«Правовая защита во время войны» — первая книга такого рода в области международного гуманитарного права (МГП). В ней собрано более 230 прецедентов, что делает ее наиболее современным и полным из имеющихся трудов по международному гуманитарному праву. Книга будет полезна преподавателям вузов, практикующим юристам и студентам.

Том I: Части I и II

Часть I представляет собой подробное и систематическое изложение МГП. Читатели могут расширить свои знания по конкретным вопросам, обратившись к соответствующим разделам в «Прецедентах и документах», представленных в Части III. По каждой теме даны ссылки на статьи Женевских конвенций и Дополнительных протоколов к ним, а также на нормы, содержащиеся в исследовании МККК об обычном МГП. Наконец, избранная библиография по каждой теме облегчает дальнейшие исследования.

Часть II содержит советы и рекомендации относительно преподавания МГП, а также несколько вариантов учебных курсов, которые в первую очередь предназначены для юридических факультетов, но их можно также использовать на факультетах журналистики и политологии.

Тома II—IV: Часть III

Часть III, «Прецеденты и документы», — основная часть данного издания. Все прецеденты и документы расположены в хронологическом и географическом порядке. Каждый прецедент или документ тщательно подобран к конкретной теме МГП, указанной в Части I. Уникальность этого материала заключается во второй части описания каждого прецедента, озаглавленной «Обсуждение», где читателю предлагают вопросы, которые затрагивают проблемы, связанные с рассматриваемым прецедентом.

Основная цель данной книги — показать, что международное гуманитарное право сохраняет свое значение для современной практики и помогает решать, пусть и не до конца, гуманитарные проблемы во время вооруженных конфликтов.

Первое издание этой книги на английском языке было опубликовано в 1999 г. Данное издание является переводом уже второго английского издания, вышедшего в 2006 г., значительно исправленного и дополненного. Оно включает в себя около 70 новых прецедентов и документов, отражающих совсем недавнюю практику.

Публикуя этот материал, МККК надеется способствовать основанному на практике преподаванию международного гуманитарного права в вузах по всему миру и снабдить практикующих юристов справочником по современной практике в области международного гуманитарного права.

MKKK

Международный Комитет Красного Креста
19, Avenue de la Paix
1202 Женева, Швейцария
T +41 22 734 60 01 Ф +41 22 733 20 57
E-mail: icrc.gva@icrc.org
www.icrc.org
Оригинал на английском языке
Русская версия подготовлена
Региональным информационным центром МККК в Москве
E-mail: csc.mos@icrc.org
© МККК, октябрь 2008

0739/005 10.2008 1000

Марко
Сассоли

Антуан
Бувье

ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА ВО ВРЕМЯ ВОЙНЫ

Том III

MKKK

Марко Сассоли
Антуан Бувье
при участии
Сьюзан Карр, Линдсей Кэмерон
и Томаса де Сен-Мориса

ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА ВО ВРЕМЯ ВОЙНЫ

Прецеденты, документы и учебные материалы,
относящиеся к современной практике
международного гуманитарного права

В четырех томах

Том III

Прецеденты и документы (№ 69 – 171)

MKKK

ЦЕЛИ И ЗАДАЧИ МККК

Международный Комитет Красного Креста (МККК) является беспристрастной, нейтральной и независимой организацией, чьи цели и задачи носят исключительно гуманитарный характер и заключаются в том, чтобы защищать жизнь и достоинство людей, пострадавших от вооруженных конфликтов и ситуаций насилия внутри страны, и предоставлять им помощь. МККК руководит деятельностью Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца по оказанию международной гуманитарной помощи в ситуациях конфликта и координирует ее. Пропагандируя и укрепляя гуманитарное право и универсальные гуманитарные принципы, он прилагает все усилия к тому, чтобы предотвратить страдания людей. МККК, основанный в 1863 г., стоит у истоков Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца.

ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА ВО ВРЕМЯ ВОЙНЫ

В четырех томах

ТОМ III

Часть III: Прецеденты и документы (№ 69–171)

Марко Сассоли
и
Антуан Бувье
при участии
Сьюзан Карр, Линдсей Кэмерон и Томаса де Сен-Мориса

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОМИТЕТ КРАСНОГО КРЕСТА
Москва, 2008

HOW DOES LAW PROTECT IN WAR?
Second explained and updated edition

by Marco Sassòli and Antoine A. Bouvier
in cooperation with
Susan Carr, Lindsey Cameron and Thomas de Saint Maurice

ICRC, Geneva, 2006

Перевод с английского

ISBN 5-94013-110-7

© Перевод на русский язык,
МККК, 2008

Оглавление

Том III

Часть III (продолжение)

ПРЕЦЕДЕНТЫ И ДОКУМЕНТЫ

Глава 2

Документы и прецеденты, относящиеся к конфликтам прошлого и современности

I. Гражданская война в США 15

Прецедент № 69, США, «Призовые дела» 15

II. Вторая мировая война 20

Документ № 70, Действия Швейцарии в качестве державы-покровительницы во время Второй мировой войны 20

1. События во время войны 21

Документ № 71, Вторжение Германии на Крит 21

Документ № 72, Германия/Великобритания, Заковывание военнопленных в кандалы 23

Документ № 73, Политика Великобритании по отношению к немцам, потерпевшим кораблекрушение 23

Документ № 74, Великобритания/Германия, Потопление госпитального судна «Тюбинген» («Tubingen») в Адриатическом море 25

2. Решения военных трибуналов союзников в Германии 29

Прецедент № 75, Британский военный трибунал в Гамбурге, Судебный процесс по делу о грузовом пароходе «Пелеус» («Peleus») . . . 29

Прецедент № 76, Военный трибунал США в Германии, Судебный процесс по делу Скорцени и других 35
Прецедент № 77, Военный трибунал США в Нюрнберге, Суд над нацистскими судьями 38
Прецедент № 78, Военный трибунал США в Нюрнберге, «США против Альфреда Круппа и других» 40
Прецедент № 79, Военный трибунал США в Нюрнберге, «Дело министерств» 48
Документ № 80, Военный трибунал США в Нюрнберге, «США против Вильгельма Листа» 57
Документ № 81, Военный трибунал США в Нюрнберге, «США против Вильгельма фон Лееба и других» 63

3. Решение Международного военного трибунала для Дальнего Востока 67

Документ № 82, Токийский процесс над военными преступниками 67

4. Решения национальных судов 70

Прецедент № 83, США, Дело по заявлению Квирина и других 70
Прецедент № 84, США, «Джонсон против Айзентрагера» 74
Прецедент № 85, США, Судебный процесс по делу генерал-лейтенанта Харуки Исаямы и других 79
Прецедент № 86, США, К делу Ямашиты 83
Прецедент № 87, Бирма, «Ко Маунг Тин против Ю Гон Манна» 89
Прецедент № 88, Нидерланды, К делу Пильца 91
Прецедент № 89, Сингапур, «Компания «Батаафше Петролеум» против Комиссии по установлению ущерба, причиненного войной» 93
Прецедент № 90, США, Экстрадиция Демьянюка 101

III. Гражданская война в Китае 111

Прецедент № 91, Китай, Мао Цзэдун о войне 111

IV. Корейская война 113

Прецедент № 92, США, «США против Бэтчелора» 113

V. Венгрия 118
Прецедент № 93, Венгрия, Резолюция о военных преступлениях 118

VI. Гоа 125
Прецедент № 94, Индия, «Его Преподобие монсеньор Монтейру против штата Гоа» 125

VII. Куба 134
Прецедент № 95, Куба, Статус захваченных «партизан» 134

VIII. Йемен 136
Прецедент № 96, «Отчет МККК по Йемену», 1967 г. 136

IX. Малайзия 140
Прецедент № 97, Малайзия, «Государственный обвинитель против Ойе Хи Коя» 140
Прецедент № 98, Малайзия, «Осман против прокурора» 144

X. Конго 157
Прецедент № 99, Бельгия, «Государственный обвинитель против Г. У.» . . 157

XI. Вьетнам 160
Прецедент № 100, США, Сортировка задержанных во Вьетнаме 160
Прецедент № 101, США, «США против Уильяма Л. Келли, мл.» 166
Прецедент № 102, США, Бывший военнопленный направлен послом в Ханой 173

XII. Нигерия 177
Прецедент № 103, Нигерия, Кодекс поведения в бою 177
Прецедент № 104, Нигерия, «Пиус Нваога против государства» 180

XIII. Индо-пакистанский конфликт 183
Прецедент № 105, Бангладеш/Индия/Пакистан, Соглашение 1974 г. . . . 183

XIV. Арабо-израильский конфликт 187

Документ № 106, Обращения МККК относительно ситуации на Ближнем Востоке 187

A. Обращение в октябре 1973 г. 187

B. Обращение в ноябре 2000 г. 188

C. Заявление МККК от 5 декабря 2001 г. 191

Прецедент № 107, Международный суд/Израиль, «Разделительная стена»/«барьер безопасности» на оккупированных палестинских территориях 196

A. Международный суд, Консультативное заключение относительно правовых последствий строительства стены 197

B. Высокий суд правосудия, «Совет деревни Бейт-Сурик против правительства Израиля [и других]» 246

C. Палестинцы «заработали миллионы», продавая дешевый цемент для стены, против строительства которой они столь ожесточенно выступают 266

1. Практика Израиля 271

Прецедент № 108, Израиль, Применимость Конвенции к оккупированным территориям 271

Прецедент № 109, Израиль, «Военный прокурор против Кассема и других» 276

Прецедент № 110, Израиль, «Аюб против министра обороны» 284

Прецедент № 111, Израиль, Разрушение жилых домов на оккупированных палестинских территориях 291

A. «Сахвил и другие против командующего округом Иудея и Самария» 291

B. Израильский информационный центр по правам человека на оккупированных территориях, «Разрушения в якобы военных целях» 292

C. Министерство иностранных дел Израиля, «Уничтожение палестинских структур, используемых в террористических целях. Правовые предпосылки» 296

D. «Международная амнистия», «Разрушение домов: палестинские гражданские лица в лагере беженцев Рафах» 298

E. Газета «Хаарец», «Высокий суд дает разрешение на разрушения в секторе Газа: дело решается в пользу «оперативной необходимости» армии» 300

Прецедент № 112, Израиль, «Аль-Навар против министра обороны» 303

Прецедент № 113, Израиль, «Шейх Обейд и другие против министерства безопасности» 310

Прецедент № 114, Израиль, Судебные дела о предписаниях о депортации 319

Прецедент № 115, Израиль, «Ажури против командующего Силами безопасности Израиля» 344

Прецедент № 116, Израиль, Вывоз тел из лагеря беженцев в Дженине 371

Прецедент № 117, Израиль, «Дело о событиях в Рафахе» 377

2. Точка зрения международного сообщества 396

Прецедент № 118, ООН, Резолюции и Конференция по вопросу о соблюдении Четвертой Конвенции 396

A. Резолюция 681 (1990) Совета Безопасности ООН 396

B. Резолюция ES-10/2 Генеральной Ассамблеи ООН 397

C. Резолюция ES-10/3 Генеральной Ассамблеи ООН 399

D. Доклад Генерального секретаря ООН 401

E. Резолюция ES-10/4 Генеральной Ассамблеи ООН 403

F. Пресс-релиз, Совещание экспертов, июнь 1998 г. 405

G. Доклад председателя, Совещание экспертов, октябрь 1998 г. . . . 406

H. Резолюция ES-10/6 Генеральной Ассамблеи ООН 413

I. Декларация, принятая на Конференции Высоких Договаривающихся Сторон Четвертой Женевской конвенции, 5 декабря 2001 г. 413

J. Резолюция ES-10/10 Генеральной Ассамблеи ООН 418

K. Резолюция ES-10/15 Генеральной Ассамблеи ООН 418

3. Точка зрения третьих стран 423

Прецедент № 119, Великобритания, Позиция по вопросу о применимости Четвертой Конвенции 423

Документ № 120, Швейцария, Запрещение депортации с территорий, оккупированных Израилем 426

4. Доклады неправительственных организаций 429

Прецедент № 121, «Международная амнистия», Нарушение принципа проведения различия 429

A. В своем докладе организация «Международная амнистия» призывает палестинские вооруженные группировки прекратить убийства гражданских лиц 429

B. «Международная амнистия», «Не проводя различия» 431

5. Ливан 435

Прецедент № 122, МККК/Ливан, Сабра и Шатила 435

Прецедент № 123, МККК/Южный Ливан, Закрытие лагеря Инсар 437

Прецедент № 124, Ливан, Нападение с вертолета на машины «скорой помощи» 439

Прецедент № 125, Израиль, Патрульный катер ВМС потопил лодку у берегов Ливана 440

Прецедент № 126, Израиль, Укрываясь в древних развалинах 443

XV. Кипр 445

Прецедент № 127, Европейский суд по правам человека, «Кипр против Турции» 445

XVI. Чили 468

Прецедент № 128, Чили, Судебное преследование Освальдо Ромо Мены 468

XVII. Конфликты в Центральной Америке 476

Прецедент № 129, Никарагуа, Вертолет с изображением эмблемы 476

1. Международные решения 478

Прецедент № 130, Международный суд, «Никарагуа против США» 478

2. Точка зрения третьих стран 492
Прецедент № 131, Канада, «Рамирес против Канады» 492
Прецедент № 132, Швейцария, Квалификация конфликта в Сальвадоре 501

XVIII. Гренада 506
Прецедент № 133, Межамериканская комиссия по правам человека, «Коард против США» 506

XIX. Операция США в Панаме 521
Прецедент № 134, США, «США против Норьеги» 521
A. Вопрос о юрисдикции 521
B. Место содержания под стражей 533

XX. Восточная Африка 549
Прецедент № 135, Эфиопия/Сомали, Военнопленные в Огаденском конфликте 549
Прецедент № 136, Эритрея/Эфиопия, Частичное решение о военнопленных 554
A. Военнопленные, Иск № 4 Эфиопии 554
B. Военнопленные, иск № 17 Эритреи 586
Прецедент № 137, Судан, Эритрейцы сражаются в районе Голубого Нила 613
Прецедент № 138, Судан, Доклад Следственной комиссии ООН по Дарфуру 615
A. Доклад Международной следственной комиссии по Дарфуру Генеральному секретарю ООН 615
B. Резолюция Совета Безопасности ООН 1593 (2005) 665

XXI. Южно-Африканская Республика 671
Прецедент № 139, ЮАР, «Сагариус и другие» 671
Прецедент № 140, ЮАР, «С. против Петана» 676
Прецедент № 141, ЮАР, «Народная организация Азании против Южно-Африканской Республики» 693

XXII. Первая война в Персидском заливе (Иран/Ирак) 702

Прецедент № 142, МККК, Меморандум относительно Ирана и Ирака 702

A. Меморандум от 7 мая 1983 г. 702

B. Меморандум от 10 февраля 1984 г. 708

Прецедент № 143, Иран/Ирак, Совет Безопасности ООН оценивает нарушения международного гуманитарного права 718

A. Документ ООН S/15834 718

B. Резолюция Совета Безопасности 540 (1983) 732

C. Письмо от 28 июня 1984 г., направленное Ираком Генеральному секретарю 733

D. Письмо от 29 июня 1984 г., направленное Генеральным секретарем Ирану и Ираку 734

Прецедент № 144, Иран/Ирак, Репатриация 70 тысяч военнопленных 738

A. Резолюция 598 (1987) Совета Безопасности ООН 738

B. Письмо от 17 июля 1989 г. от Ирана 739

C. Письмо от 21 июля 1989 г. от Ирака 742

D. Иран/Ирак: репатриировано более 70 тысяч военнопленных 744

Прецедент № 145, ООН/МККК. Применение химического оружия 747

A. Резолюция 620 (1988) Совета Безопасности 747

B. Пресс-релиз МККК от 23 марта 1988 г. 748

XXIII. Вторая война в Персидском заливе (1990—91 гг.) 750

Прецедент № 146, Совет Безопасности ООН, Санкции, наложенные на Ирак 750

A. Резолюция 661 (1990) Совета Безопасности 750

B. Резолюция 665 (1990) Совета Безопасности 752

C. Резолюция 666 (1990) Совета Безопасности 752

Прецедент № 147, ООН, Содержание под стражей иностранных граждан 756

Прецедент № 148, Саудовская Аравия, Использование эмблемы красного креста войсками США 758

Прецедент № 149, ООН, Резолюция 688 Совета Безопасности по Северному Ираку 759

Прецедент № 150, США/Великобритания, Доклад о ведении войны в Персидском заливе 761

A. Доклад министерства обороны Конгрессу о ведении войны в Персидском заливе 761

B. Протокол свидетельских показаний, данных в Комитете по обороне палаты общин Великобритании в среду, 6 марта 1991 г. 771

Прецедент № 151, Капитуляция в войне в Персидском заливе 775

Прецедент № 152, Компенсационная комиссия ООН, Рекомендации 783

XXIV. Третья война в Персидском заливе 787

Прецедент № 153, США/Великобритания, Ведение войны 2003 г. в Ираке 787

Документ № 154, США, Регистрация информации о населенных пунктах в Ираке, выбираемых в качестве объектов нападения 805

Прецедент № 155, Ирак, Использование силы войсками США в оккупированном Ираке 808

Прецедент № 156, США, Доклад Тагубы 815

Прецедент № 157, США, Доклад Шлезингера 834

A. Заключительный доклад Независимой комиссии по расследованию действий Министерства обороны, связанных с содержанием под стражей, август 2004 г. 834

B. Реакция Международного Комитета Красного Креста на доклад комиссии Шлезингера о действиях Министерства обороны США, связанных с содержанием под стражей 850

Прецедент № 158, Ирак, Врачебная этика в местах содержания под стражей 857

A. Тюрьма Абу-Грейб: последствия для военной медицины 857

B. Токийская декларация 863

Прецедент № 159, Ирак, Оккупация и построение мира 865

A. Резолюция 1483 (2003) Совета Безопасности ООН 865

B. Приказы Временной коалиционной администрации 867

C. Дафна Эвиатар «Свободный рынок в Ираке? Не так скоро», «Нью-Йорк Таймс» (10 января 2004 г.) 874
Прецедент № 160, Ирак, Суд над Саддамом Хусейном 881
A. Ирак: Право оккупации 881
B. Ирак: Меморандум по вопросам правопорядка 887
C. Трибунал, учрежденный без проведения предварительных консультаций 889
D. Специальный иракский трибунал: вопросы и ответы 890
Прецедент № 161, Ирак, Окончание оккупации 892

XXV. Аргентина и Фолклендские (Мальвинские) острова 897
Прецедент № 162, Аргентина/Великобритания, Зона Красного Креста . . . 897
Прецедент № 163, Межамериканская комиссия по правам человека, «Табладское дело» 900
Документ № 164, МККК, Запрос о посещении мест захоронения на Фолклендских (Мальвинских) островах 916

XXVI. Шри-Ланка 917
Прецедент № 165, Шри-Ланка, Санитарная зона в Джафне 917
A. Сообщение агентства Рейтер от 26 сентября 1990 г. 917
B. Пресс-релиз МККК от 6 ноября 1990 г. 918
Прецедент № 166, Канада, «Сивакумар против Канады» 921

XXVII. Сомали 930
Прецедент № 167, ООН, Силы ООН в Сомали 930
A. Резолюция 794 (1992) Совета Безопасности 930
B. Резолюция 814 (1993) Совета Безопасности 933
Прецедент № 168, Бельгия, Бельгийские солдаты в Сомали 936
A. «Корад Калид против парашютиста-десантника» 936
B. Осман Сомов против парашютиста-десантника 944
Прецедент № 169, Канада, «Р. против Броклбэнка» 952
Прецедент № 170, Канада, «Р. против Болэнда» 969
Прецедент № 171, Канада, «Р. против Сьюарда» 976

Часть III

Прецеденты и документы
(Продолжение)

Глава 2

Документы и прецеденты, относящиеся к конфликтам прошлого и современности

I. Гражданская война в США

Прецедент № 69, США, «Призовые дела»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Supreme Court of the United States, 67 US 635 (1862) http://laws.findlaw.co/us/67/635.html.]

БРИГ «ЭМИ УОРВИК» («AMY WARWICK»); ШХУНА «КРЕНШО» («CRENSHAW»); БАРК «ГАЙАВАТА» («HIAWATHA»); ШХУНА «БРИЛЛИАНТ» («BRILLIANTE»)

[Призовые дела]

декабрь 1862 г.

ПРЕДЫСТОРИЯ:

[…]
Весь вопрос сводится, следовательно, к нескольким утверждениям. Чтобы оправдать признание подсудимого виновным в данном случае, в момент так называемого захвата, должна была идти война — не та война,

которую описывают древние авторы, начиная с войны между Каином и Авелем, не сражение, в котором участвуют двое — или тысячи, не конфликт с применением того или иного оружия, который ведет то или иное число людей, но война как она известна в международном праве — война, в которой противники взаимно признали друг друга как воюющие стороны, война, дающая право на блокаду неприятельских портов, наделяющая все другие народы нейтральным характером до тех пор, пока они не вмешались в противоборство. Война в этом смысле, единственном, который имеет значение в данном случае, является предметом права, а не просто реальным фактом. […]

Стоит заметить, что суверен может воспользоваться этими правами воюющей стороны с самого начала, если вообще может. С течением времени он не приобретает новых прав войны. Признание восставшего государства как воюющей стороны иностранными державами не наделяет суверена какими-либо правами. Оно лишь подтверждает уже имеющееся право. Признание восставших государств суверенными со стороны иностранных держав не наделяет суверена какими-либо новыми военными правами. В тот момент, когда он перестает претендовать на юрисдикцию в отношении восставшей территории, война перестает быть гражданской войной и становится международной войной. […]

Согласно этой теории, если гражданская война — это война, в которой каждая сторона утверждает, что является государством, ни одна из них не может пользоваться правами воюющей стороны. Если ни одна из них этого не утверждает, обе могут пользоваться этими правами. Если одна из сторон утверждает, что является государством, а вторая нет (как в данном случае), то этими правами может воспользоваться лишь последняя. […]

МНЕНИЕ СУДЬИ ГРИЕРА

[…]
Войне дано хорошее определение: «Война — это состояние, в котором своего права добиваются силой».

Воюющие стороны в межгосударственной войне — независимые нации. Однако для наличия войны необязательно, чтобы обе стороны были признаны независимыми нациями или суверенными государствами. Война может существовать, и когда одна из воюющих сторон претендует на суверенные права в отношении другой стороны.

Восстание против правительства может привести или не привести к организованному мятежу, но гражданская война всегда начинается с восстания против законной власти правительства. Гражданская война

никогда не объявляется официально, она становится таковой согласно происходящим в ней событиям, согласно числу, силам и организации лиц, которые начали и ведут ее. Когда восставшие заняли и удерживают враждебным образом определенную часть территории, объявили о своей независимости, отказались от своей присяги на верность, организовали армию, начали военные действия против своего бывшего суверена, мир признает их воюющей стороной, а противоборство — войной. Они утверждают, что взялись за оружие, чтобы получить свободу и независимость, чтобы стать суверенным государством, тогда как суверен относится к ним как к повстанцам и мятежникам, которые являются его подданными и должны быть покараны смертью за измену.

Законы войны, установленные между нациями, основываются на здравом смысле и все они направлены на то, чтобы смягчить жестокости и несчастья, которые приносит бич войны. Поэтому стороны в гражданской войне обычно предоставляют друг другу права воюющей стороны. Они обмениваются пленными и соблюдают иные правила этикета и нормы, обычные для межгосударственных или внутригосударственных войн.

«Гражданская война, — говорит Ваттель, — расторгает связи общества и правительства или по меньшей мере приостанавливает их действие и следствия; она порождает в нации две независимые партии, которые смотрят одна на другую, как на врагов, и не признают никакого общего судьи над собою. По необходимости приходится рассматривать эти партии как образующие впредь, по крайней мере на время, два политических тела или как бы два разных народа... У них нет верховного главы на земле. Они оказываются в положении двух спорящих наций, которые, не будучи в состоянии договориться, прибегают к оружию.

Раз так, то очевидно, что общие законы войны, эти правила человечности, умеренности, искренности и честности, которые мы излагали выше, должны соблюдаться обеими сторонами в гражданской войне... Если суверен сочтет себя вправе вешать пленных как мятежников, противная сторона применит репрессалии; ...и война станет жестокой, ужасной и все более и более пагубной для нации» (Де Ваттель Э., *Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов*. — М., 1960, с. 595).

Поскольку гражданская война никогда не объявляется открыто, ее nominee против повстанцев, ее действительное существование — факт нашей государственной истории, который Суд обязан принять во внимание и знать.

Настоящий критерий ее наличия, как можно обнаружить в трудах классиков общего права, кратко состоит в следующем: «Когда бунт, мятеж или восстание нарушают обычный ход правосудия, так что суды не могут ос-

таваться открытыми, существует гражданская война, и судебное преследование в связи с военными действиями может происходить на тех же основаниях, как если бы те, кто противостоит правительству, были врагами-иностранцами, захватившими страну». […]

Гражданская война, даже с воюющими сторонами, выстроенными в боевом порядке, не становится таковой в меньшей степени из-за того, что одна сторона называет ее «восстанием», а повстанцы могут считаться мятежниками или предателями. Независимость мятежной провинции или государства необязательно должна быть признана, чтобы они являлись воюющей стороной в войне согласно праву народов. Иностранные государства признают это состояние войной, объявляя о своей нейтральности. Состояние нейтральности не может существовать, если не существует двух воюющих сторон. […]

Как только известия о нападении на форт Самтер и организации правительства отделившихся штатов, предполагающего действовать в качестве воюющей стороны, достигли Европы, а именно 13 мая 1861 г., королева Англии объявила о своей нейтральности, «признав существование военных действий между правительством Соединенных Штатов Америки и некоторых штатов, именующих себя Конфедеративными Штатами Америки». За этим немедленно последовали подобные заявления или молчаливое согласие со стороны других государств.

После такого официального признания со стороны суверена подданный иностранного государства лишается возможности отрицать существование войны со всеми ее последствиями, касающимися нейтральных лиц и государств. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Разве определение войны, использованное Судом («состояние, в котором государство осуществляет свое право силой»), не является весьма близким подходу Клаузевица? Дозволяется ли сегодня такое использование войны? (См. статью 2(4) Устава ООН.) Объясняет ли это причину, по которой Комиссия международного права ООН (КМП) решила не изучать вопросы, касающиеся jus in bello? Было ли это решение КМП правильным?

2. Одинаково ли отношение в МГП к немеждународным вооруженным конфликтам и международным вооруженным конфликтам? Полагает ли Суд, что оно должно быть одинаковым?

3. a. Должна ли быть объявлена война для того, чтобы применялось МГП? (См. общую статью 2 Конвенций, статью 1(3) Протокола I и статью 1 Протокола II.) Если нет, только в случаях мятежа внутри страны? Или и во время конфликтов между государствами?

   b. В наши дни так ли уж необходимо взаимное признание противостоящих сторон друг друга воюющими сторонами, чтобы применялось МГП? И в немеждународных вооруженных конфликтах тоже? (См. общую статью 3(4) Конвенций.)

4. a. Согласно сегодняшнему международному праву, какие факторы превращают внутренний конфликт, такой как гражданская война, в конфликт международный? (См., например, **Прецедент № 180**, МТБЮ, «Обвинитель против Тадича» (особенно А. Юрисдикция, пп. 72—73) и **Прецедент № 182**, МТБЮ, «Обвинитель против Раича», решение в соответствии с правилом 61 (особенно пп. 13—31).

   b. Делает ли автоматически конфликт международным признание, например, повстанцев третьим государством?

   c. Когда напряженность или беспорядки внутри страны достигают уровня такого конфликта, к которому применяются общая статья 3 и (или) Протокол II? Является ли критерий, приведенный в процитированных Судом трудах классиков общего права, истинным?

   d. Является ли существование вооруженного конфликта в современном МГП реальным фактом или предметом права?

II. Вторая мировая война

Документ № 70, Действия Швейцарии в качестве державы-покровительницы во время Второй мировой войны

[**Источник**: Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939–1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp. 82–83.]

ДИПЛОМАТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

[…]

Третий рейх и англо-американцы

Одна из задач державы-покровительницы — передавать тому или иному правительству обвинения в нарушении международного права со стороны правительства. Министерство иностранных дел Германии, например, направляет ноту в немецкое посольство в Берне (Швейцария), посольство передает эту ноту Министерству иностранных дел Швейцарии (называемому Федеральным политическим департаментом), которое пересылает ее по телеграфу в швейцарское посольство в Лондоне или Вашингтоне, которое, в свою очередь, доводит ее до сведения британского или американского правительства. После надлежащего расследования Министерство иностранных дел Великобритании или Государственный департамент США составляет официальный ответ и посылает его по телеграфу в свое посольство в Берне для передачи Федеральному политическому департаменту Швейцарии, который замкнет круг, уведомив об этом ответе Министерство иностранных дел Германии через швейцарское посольство в Берлине. […]

Министерство иностранных дел Германии получало информацию о нарушениях законов войны из множества источников: в первую очередь, из Бюро по военным преступлениям, а также через собственных связных в Верховном командовании армии, военно-морских и военно-воздушных сил, в отделе пропаганды вермахта и в полевых армиях. Однако Бюро, помимо предоставления своих документов министерству иностранных дел, часто само рекомендовало подать протест державе-покровительнице и иногда подготавливало проект ноты.

Возможно, самым частым поводом для протеста становилось обращение с немецкими военнопленными; одним из самых известных дел было заковывание в кандалы немецких солдат, захваченных в плен британскими десантниками в Дьеппе в августе 1942 г. Другое дело было связано с

противоправным использованием немецких военнопленных на опасных заданиях вблизи линии фронта. 20 декабря 1944 г. Бюро переслало в Штаб оперативного руководства вермахта данные под присягой показания рядового Ханса Грайсса, который утверждал, что его и других немецких военнопленных заставили копать траншеи вдоль линии фронта американских войск вблизи района Кирхберг в городе Юлих в ноябре 1944 г. Грайсс указал, что его и его товарищей принуждали работать под огнем немецкой артиллерии и что в результате двое из них погибли, а двадцать человек были ранены. Гольдше рекомендовал заявить дипломатический протест правительствам Великобритании и США, «поскольку этот случай является очень серьезным нарушением Конвенции об обращении с военнопленными (статей 7 и 9)». (Женевская конвенция о военнопленных 1929 г.) Штаб оперативного руководства передал эту рекомендацию министерству иностранных дел, которое согласилось с ней и направило официальный протест 26 января 1945 г. […]

1. События во время войны

Документ № 71, Вторжение Германии на Крит

[**Источник**: Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939–1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp. 156, 157.]

[…]
Судья Рюдель, которому было поручено расследование заявлений относительно преступлений, совершенных против парашютистов, сначала допросил множество раненых солдат, доставленных по воздуху в госпитали в Афинах. Их показания убедили начальника штаба 11-го авиационного корпуса генерал-майора Альфреда Шлемма, что на Крит следует незамедлительно направить специальную комиссию под началом офицера разведки майора Иоганнеса Бока для продолжения расследования на месте. Рюдель, будучи членом комиссии, вылетел на Крит 28 мая 1941 г. Он представил 14 июля обширный отчет, в котором лучше отзывался о британских военнослужащих, чем о гражданском населении Крита. Вот его выводы:

На основании данных под присягой показаний немецких солдат, участвовавших в боях на Крите, [а также] допросов греческих и британских солдат и при помощи фотографий мы смогли установить следующее:

1. Гражданские лица и полицейские участвовали в открытых сражениях на всех фронтах, особенно в западных частях острова, в некоторых

районах гражданские лица оказывали организованное согласно военным законам сопротивление. Гражданские лица, включая детей примерно десятилетнего возраста, стреляли из всех видов оружия, используя в том числе и пули «дум-дум», и охотничьи патроны. Неоднократно были замечены снайперы, стрелявшие из кустов или с деревьев…

2. Мертвых и раненых солдат грабили и раздевали главным образом гражданские лица.

3. На телах немецких солдат были обнаружены многочисленные увечья: у некоторых были ампутированы гениталии, выколоты глаза, отрезаны уши и носы, другим были нанесены ножевые ранения в лицо, живот и спину, кое-кому перерезали горло или отрубили руки. По большей части таким образом оскверняли тела погибших, лишь в некоторых случаях улики указывают на то, что жестокое обращение и пытки привели к смерти жертвы. Некоторые тела были обнаружены со связанными руками или ногами, в одном случае веревка была на шее погибшего…

4. Наблюдалось использование неприятелем немецкой формы, особенно десантных комбинезонов и касок. Также неприятель подавал сигналы флагами со свастикой с целью ввести другую сторону в заблуждение.

5. Британцы стреляли в потерпевших кораблекрушение солдат легкой эскадры «Запад», …которая была атакована и частично уничтожена британскими военными кораблями в ночь с 21 на 22 мая. Солдаты, плывшие в воде в спасательных жилетах или погрузившиеся в спасательные шлюпки, были обстреляны, многие были убиты или ранены…

Из расследования следует, что увечили трупы и жестоко обращались с солдатами почти исключительно гражданские лица из числа населения Крита. В некоторых случаях выжившие наблюдали, как гражданские лица набрасывались на трупы, грабили их и резали ножами. Лишь в одном случае в подобных действиях участвовали неприятельские солдаты; напротив, британцы придавали большое значение надлежащему обращению с военнопленными, предотвращали злоупотребления со стороны греческих солдат и гражданских лиц и делали все необходимое с медицинской точки зрения. С другой стороны, потерпевших кораблекрушение обстреливали исключительно британские военные корабли. Трудно определить, каким образом получилось, что гражданское население Крита участвовало в боях и совершало зверства; к заявлениям, сделанным жителями Крита и британскими пленными, следует относиться с осторожностью, поскольку они склонны перекладывать вину друг на друга.

Документ № 72, Германия/Великобритания, Заковывание военнопленных в кандалы

[**Источник**: Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939–1945*, University of Nebraska Press, 1989, p. 108.]

Заковывание пленных в кандалы

Возможно, самым печально известным примером официальных репрессалий с немецкой стороны было заковывание военнопленных в кандалы после высадки британского десанта в Дьеппе (Франция) в августе 1942 г. Как показывают свидетельства очевидцев, многих немцев, которых британцы захватили врасплох и с которыми в тот момент не было возможности обращаться как с военнопленными, связали и они находились в таком положении в течение всей десантной операции. В ответ Гитлер приказал таким же образом связывать всех британских военнопленных. В качестве ответной репрессалии британское правительство распорядилось заковывать немецких военнопленных в кандалы. Лишь постоянные усилия Международного Комитета Красного Креста позволили разорвать этот порочный круг репрессалий и ответных санкций.

Документ № 73, Политика Великобритании по отношению к немцам, потерпевшим кораблекрушение

[**Источник**: Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939–1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp. 258–259.]

Нет сомнений, что официальная политика Великобритании соответствовала законам войны. Но это не мешало британским министерствам обсуждать границы законов войны и, в частности, возможные военные преимущества более жесткой политики по отношению к потерпевшим кораблекрушение судовым командам неприятеля.

В начале 1943 г. командир немецкой подводной лодки Ханс-Дидрих фон Тизенхаузен, которого подобрал британский эсминец после потопления его подлодки, подал протест британскому правительству и просил, чтобы он был передан державе-покровительнице. Он утверждал, что британские самолеты продолжали атаковать и обстреливать из пулемета потерпевший кораблекрушение экипаж после того, как подводная лодка выкинула белый флаг. Доклад фон Тизенхаузена рассматривался на заседании министерства иностранных дел Великобритании 3 июня 1943 г. Юридический советник Патрик Дин, председательствовавший на заседании, выступил против передачи доклада державе-покровительни-

це. Он уже доказывал на заседании Министерства военно-воздушных сил 14 мая 1943 г., что самолет не может захватить подводную лодку, а может лишь потопить ее. «Сдачу в плен таких судов не следует принимать, если в непосредственной близости нет надводных кораблей союзников, которые могут обеспечить их захват. При всех иных обстоятельствах нападение должно быть доведено до конца, несмотря на белый флаг. Было условлено, что по оперативным причинам эту установку следует, насколько возможно, скрывать от немецкого правительства... узнай о ней немцы, они могут санкционировать репрессалии против захваченных британских моряков». Однако Дин не преуспел в отстаивании своей точки зрения; вместо этого Министерство военно-воздушных сил разработало очень четкие инструкции для летчиков-истребителей: «Ни при каких обстоятельствах находящийся в воде экипаж немецкой подводной лодки не может подвергаться нападению в какой-либо форме». 28 мая 1943 г. Дин возражал: «Могут сложиться обстоятельства (например, экипаж подводной лодки плывет от своей затонувшей или поврежденной лодки к неприятельскому военному судну), при которых можно было бы счесть оправданным нападение на них с воздуха».

Точка зрения Дина соответствует предположению немцев, выдвинутому в связи с битвой под Нарвиком, что экипажи британских эсминцев считали оправданным обстреливать потерпевших кораблекрушение немцев, потому что добравшиеся до берега немецкие моряки были бы включены там в наземные немецкие силы. Возможно, британские эсминцы под Нарвиком действовали в соответствии с этим неписаным правилом, но другие нападения на переживших кораблекрушение моряков труднее объяснить с рациональной точки зрения. Здесь уместно вспомнить случай, когда четыре британских истребителя обстреливали из пулеметов потерпевший кораблекрушение экипаж лодки «U-852» 3 мая 1944 г. вблизи селения Бендер-Бейла в Британском Сомали, у берега, находившегося в руках британцев, — следовательно, не было никакой опасности того, что немецкий экипаж присоединится к другим немецким силам на суше. На самом деле, все выжившие были взяты в плен вскоре после выхода на берег.

Этот эпизод не лишен определенной исторической иронии: именно эта подлодка двумя месяцами ранее, 13 марта 1944 г., потопила в Атлантическом океане грузовой пароход «Пелеус» и расстреляла из пулеметов нескольких спасшихся греков. После войны в ходе уголовного процесса в Британском военном трибунале в Гамбурге командир «U-852» Хайнц Эк оправдывал свои действия оперативной необходимостью, доказывая, что воздушное наблюдение союзников в Атлантике было весьма пристальным, и в конце 1943 г. в том же районе были обнаружены и потоплены истребителями четыре немецкие подлодки. Он утверждал, что никогда не отдавал приказа убивать выживших; скорее, он приказал уничтожить плававшие на поверхности обломки, чтобы самолеты союз-

ников не могли по ним обнаружить его лодку, — хотя и знал, что некоторые пули попадут в выживших, а шансы на выживание у тех, кто не будет ранен, окажутся гораздо меньше, если они не смогут цепляться за крупные обломки, плавающие на поверхности.

[См. **Прецедент № 75**, Британский военный трибунал в Гамбурге, Судебный процесс по делу о грузовом пароходе «Пелеус» («Peleus»).]

Документ № 74, Великобритания/Германия, Потопление госпитального судна «Тюбинген» («Tubingen») в Адриатическом море

[**Источник**: Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939–1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp. 261–266.]

ГОСПИТАЛЬНЫЕ СУДА

[…]
Поскольку бомбардировки госпитальных судов продолжались, Бюро составило второй список из 24 случаев, происшедших в период с мая 1943 г. по декабрь 1944 г. и включавших в себя тщательно задокументированные нападения на «Эрланген» («Erlangen») 13 и 15 июня 1944 г. и на «Фрайбург» («Freiburg») 14 августа 1944 г. На основании этих записей немецкое правительство направляло ноты протеста правительству Великобритании: например, в ноте от 1 ноября 1944 г. описывались нападения на корабли «Хюкстер» («Huxter»), «Инсбрук» («Innsbruck»), «Эрланген» («Erlangen»), «Бонн» («Bonn») и «Сатурнус» («Saturnus»), а также на санитарные поезда, обозначенные красным крестом.

Самым значительным случаем в списке Бюро было потопление «Тюбингена» (водоизмещением 3509 тонн) 18 ноября 1944 г. в 07.45 по Гринвичу вблизи Полы, к югу от мыса Промонторе в Адриатическом море. Случай был тем более примечательным, что Великобритания признала «Тюбинген» госпитальным судном и командование британским средиземноморским флотом знало его точный курс. И все же два британских истребителя «Бофайтер» атаковали его и потопили.

Очевидно, это потопление стало неожиданностью для министерства иностранных дел Великобритании: в тот же день после полудня оно сообщило об этом швейцарскому правительству как державе-покровительнице. Швейцарцы позвонили в немецкую миссию в Берне, которая, в свою очередь, телеграфировала немецкому министерству иностранных дел в Берлине: «Госпитальное судно «Тюбинген», в соответствии с

данными гарантиями, отплыло 17 ноября … из Бари в Триест. Британские власти были уведомлены, что сегодня рано утром это госпитальное судно подверглось нападению со стороны британского самолета и получило сильнейшие повреждения. Британцы отдали приказ о немедленном расследовании».

Британское правительство 19 ноября 1944 г. послало державе-покровительнице вторую, более подробную ноту. Официальный протест со стороны Германии последовал 24 ноября:

«18 ноября 1944 г. в 07.45 вблизи Полы немецкое госпитальное судно «Тюбинген» подверглось нападению со стороны двухмоторных британских бомбардировщиков, вооруженных пулеметами и бомбами, вследствие чего оно затонуло, хотя курс госпитального судна был сообщен британскому правительству задолго до его плавания в Салоники и обратно для транспортировки раненых немецких солдат. Многие члены экипажа были при этом убиты и ранены. Немецкое правительство решительно протестует против серьезных нарушений международного права, совершенных при потоплении госпитального судна «Тюбинген».

Немецкое правительство требует, чтобы правительство Великобритании приняло все необходимые меры, чтобы предотвратить повторение таких — несомненно намеренных — нарушений международного права. Оно также оставляет за собой право сделать соответствующие выводы из этого и многих других нарушений международного права, особенно тех, о которых было сообщено швейцарской миссии в Берлине в вербальной ноте от 1 ноября 1944 г.»

Эта нота была передана швейцарцами в Лондон 27 ноября 1944 г.:

«Министерство военно-воздушных сил Великобритании уже отдало приказ о проведении расследования 18 ноября 1944 г., а 29 ноября 1944 г. министерство иностранных дел Великобритании уведомило свою миссию в Берне, что расследование дела началось. 19 ноября из штаба ВВС на Средиземном море была направлена телеграмма в министерство военно-воздушных сил Великобритании: «Доклад слишком длинен и сложен, чтобы обобщить его в телеграмме, однако инцидент произошел в результате удивительного смешения неудачного стечения обстоятельств и человеческой глупости». Судя по всему, приказ атаковать корабль был отдан в результате цепи ошибок со стороны британских пилотов и неверно понятой радиопередачи. В официальном ответе Великобритании, переданном Германии 4 декабря 1944 г., объяснялось, что четыре самолета облетали судно, но поскольку ведущий все еще не мог его опознать, он решил передать его описание по радио на базу и запросить инструкции. По техническим причинам он не мог передать сигнал сам, поэтому приказал сделать это второму самолету своего отряда.

Пилот второго самолета […] опознал судно как госпитальное и ошибочно решил, что его ведущий также сделал это. Однако он предположил, что какие-либо особые обстоятельства могли оправдывать исключение из постоянно действовавших предписаний, запрещавших нападения на госпитальные суда, и передал следующее сообщение: «I H.S. 350» (одно госпитальное судно — курс 350 градусов) — и дал его координаты. Из-за атмосферных условий на базе сообщение приняли неправильно и прочли следующим образом: «I H.S.L. 350» (один быстроходный катер — курс 350 градусов) с координатами нахождения в середине Венецианского залива. Второй вариант этого сообщения, в котором указывалось, что судно находится на суше, на территории полуострова Истрия, и запрашивались инструкции, был позже повторно передан другой станцией, однако и в нем ошибочно упоминался быстроходный катер.

Затем эти сообщения были доведены до сведения дежурного офицера, который убедился, что в точке, указанной в первом варианте сообщения (и, в любом случае, находившейся за много миль от местонахождения «Тюбингена»), нет никаких быстроходных катеров союзников, и отдал приказ о нападении. Получив этот приказ, ведущий, который все еще не знал, что судно является госпитальным, приказал своему отряду атаковать. Лишь пролетев над кораблем после завершения атаки, он разобрал название «Тюбинген» на его борту и осознал, что это за судно.

Правительство Его Величества дало указание, чтобы обстоятельства, сопровождавшие это нападение, были полностью расследованы следственной комиссией для предотвращения подобных инцидентов в будущем, и чтобы были наложены соответствующие дисциплинарные взыскания, если это будет оправдано выводами следствия […].

Хотя, как указывалось выше, правительство Его Величества сожалеет о потоплении судна при описанных обстоятельствах, оно не может не отметить, что будь «Тюбинген» в соответствии с международной практикой должным образом освещен в тот момент, когда его заметили, ведущий отряда без труда опознал бы его как госпитальное судно и инцидента тем самым удалось бы избежать. Правительство Его Величества надеется, что будут приняты меры к тому, чтобы в будущем все немецкие госпитальные суда в условиях плохой видимости были освещены таким образом, чтобы не возникало никаких сомнений относительно их принадлежности».

Как можно было ожидать, немецкие власти также уделили значительное время расследованию обстоятельств потопления «Тюбингена». 23 декабря 1944 г. капитан корабля Вольфганг-Дитрих Хермихен, первый помощник Гюнтер Квидде и третий помощник Генрих Брунс дали показания

под присягой судье суда немецких ВМС Францу Наденау; 29 декабря то же самое сделали главный инженер Эрнст Френц, второй помощник Мартин Мессек и третий инженер Аугуст Гландер. Показания капитана Хермихена подвергают сомнению версию британцев:

«Оба британских самолета летели метрах в 60–70 прямо над нашим кораблем. Невооруженным глазом я видел на фюзеляже британский флаг. Даже если самолеты не опознали нас ранее как госпитальное судно — о чем, как я считаю, не может быть и речи, поскольку видимость была необычайно хорошей, — уж в этот-то момент они должны были осознать, что мы — госпитальное судно. Пролетев над кораблем, оба самолета развернулись и пролетели над кораблем один за другим, один с правого борта, другой — с левого, и вновь атаковали нас. Нас обстреляли где-то шесть раз с правого борта и три — с левого».

Очевидно, что ключевой вопрос — можно ли было немедленно опознать корабль (как заявляли немцы) или видимость была плохая (как утверждали британцы). Второй помощник Мартин Мессек, отвечавший за освещение, объяснил: «Примерно после 7.00 утра я приказал электрику Кессениху выключить ночное освещение. Около 6.30 уже поднялось солнце... в течение моей вахты погода не менялась. После восхода солнца погода была исключительно спокойной. Вскоре после 7 утра, после выключения ночного освещения, над нами пролетели четыре истребителя-бомбардировщика. Однако они развернулись и полетели на юг. Это точно были британские самолеты. Я видел их нанесенные флаги». По словам немцев, судно было атаковано между 7.45 и 8.05 утра и затонуло в 8.20. У них было достаточно времени, чтобы спустить на воду спасательные шлюпки, и два члена команды, матросы Тёллнер и Хойер смогли сделать фотографии тонущего корабля. Эти фотографии, которые сохранились, свидетельствуют, что видимость была хорошей, а море спокойным.

На основании этих свидетельств верховное командование немецких военно-морских сил передало министерству иностранных дел предварительный отчет, в котором опровергались утверждения британцев: «Сделанное в ноте утверждение, что инцидента удалось бы избежать, если бы «Тюбинген» был освещен, можно назвать лишь негодным оправданием, учитывая, что немецкий суд снял показания с капитана «Тюбингена», а также с первого и третьего помощников, по чьим словам об ошибке в опознании судна как госпитального не могло быть и речи, поскольку погода стояла ясная.

2. Решения военных трибуналов союзников в Германии

Прецедент № 75, Британский военный трибунал в Гамбурге, Судебный процесс по делу о грузовом пароходе «Пелеус» («Peleus»)

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. I, 1947, pp. 1–21.]

ДЕЛО О ГРУЗОВОМ ПАРОХОДЕ «ПЕЛЕУС» («PELEUS»)

СУД НАД КАПИТАН-ЛЕЙТЕНАНТОМ ХАЙНЦЕМ ЭКОМ И ЧЕТЫРЬМЯ ДРУГИМИ ЛИЦАМИ, ОБВИНЯЕМЫМИ В УБИЙСТВЕ ЧЛЕНОВ КОМАНДЫ ГРЕЧЕСКОГО ПАРОХОДА «ПЕЛЕУС» («PELEUS»), ПОТОПЛЕННОГО В ОТКРЫТОМ МОРЕ

БРИТАНСКИЙ ВОЕННЫЙ ТРИБУНАЛ ПО ВОЕННЫМ ПРЕСТУПЛЕНИЯМ,
СОСТОЯВШИЙСЯ В СУДЕ ПО ВОЕННЫМ ПРЕСТУПЛЕНИЯМ,
ГАМБУРГ, 17–20 ОКТЯБРЯ 1945 г.

[…]

2. ОБВИНЕНИЕ

Заключенные:

капитан-лейтенант Хайнц Эк,

лейтенант флота Аугуст Хоффман,

капитан медицинской службы флота Вальтер Вайсспфенниг,

капитан-лейтенант (инженерной службы) Ханс-Рихард Ленц,

ефрейтор Швендер.

Они совместно были обвинены:

«В совершении военного преступления, состоявшего в том, что… в Атлантическом океане в ночь с 13 на 14 марта 1944 г., будучи командиром и членами экипажа подводной лодки «U-852», потопившей пароход «Пелеус» в нарушение законов и обычаев войны, участвовали в убийстве членов команды упомянутого парохода, граждан союзных держав, путем обстреливания и забрасывания их гранатами». […]

3. ВСТУПИТЕЛЬНАЯ ЧАСТЬ ДЕЛА, ЗАЧИТАННАЯ ОБВИНИТЕЛЕМ

Греческий корабль «Пелеус» был зафрахтован британским министерством военного транспорта. Команда состояла из лиц разных национальностей: на борту было 18 греков, 8 британских матросов, один матрос из Адена, два египтянина, три китайца, один русский, чилиец и поляк. 13 марта 1944 г. корабль был потоплен посреди Атлантического океана немецкой субмариной «U-852» под командованием первого обвиняемого Хайнца Эка. По всей видимости большинство членов команды «Пелеуса» упали в воду и добрались до двух плотов и обломков крушения, плававших вокруг. Подводная лодка всплыла, и одного из членов команды подозвали, чтобы узнать, как называлось судно и куда оно направлялось, а также чтобы получить другую информацию.

Затем с подводной лодки открыли огонь из пулемета или пулеметов по выжившим людям, находившимся в воде и на плотах, а также забросали их ручными гранатами, в результате чего все члены команды, находившиеся в воде, были убиты или умерли из-за ранений, за исключением троих, а именно первого помощника-грека, греческого матроса и матроса-британца. Эти люди оставались в воде около 25 дней, а потом были подобраны португальским пароходом и доставлены в порт. […]

4. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА ОБВИНЕНИЯ

[…]
Пятый обвиняемый, капитан-лейтенант инженерной службы Ленц, видимо, действовал следующим образом: (a) Когда он услышал, что командир решил уничтожить все следы потопления, он обратился к командиру и уведомил его, что не согласен с этим приказом. Эк ответил, что тем не менее он намерен уничтожить все следы потопления. После этого Ленц спустился вниз, чтобы записать полученную от выживших информацию, и не принимал участия в обстреле и бросании гранат. (b) Позже Ленц пришел на мостик и увидел обвиняемого Швендера с пулеметом в руках. Он увидел, что Швендер собирается выстрелить из пулемета по цели, вслед за чем он, Ленц, взял пулемет из рук Швендера и выстрелил из него сам в общем направлении указанной цели. Он сделал это, поскольку считал, что Швендер, давно известный ему как один из самых плохо подготовленных рядовых на лодке, был недостоин того, чтобы ему поручили выполнение такого приказа.

5. ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ЗАЩИТЫ

[…] Защита утверждала, что уничтожение следов «Пелеуса» было необходимо с оперативной точки зрения для спасения подводной лодки.

Другие обвиняемые главным образом полагались на ссылку на приказ начальника. […]

В отношении ссылки на приказ начальника профессор Вегнер сказал, что придерживается «добрых старых английских принципов», изложенных в «деле "Каролины"», согласно которым, утверждал он, твердо установлена норма международного права, говорящая о том, что лицо, составляющее часть государственных сил и действующее в подчинении своему правительству, не должно нести личной ответственности в качестве правонарушителя или преступника, что деяние такого лица — это государственный акт, совершаемый таким лицом, находящимся на службе Его Величества и действующим в исполнение приказа начальника, и что ответственность, если она есть, возлагается на правительство Его Величества. […]

6. ПОКАЗАНИЯ ОБВИНЯЕМОГО ХАЙНЦА ЭКА, КОМАНДИРА ПОДВОДНОЙ ЛОДКИ

Обвиняемый, Хайнц Эк, […] считал, что плоты представляют для него опасность, во-первых, потому, что они укажут самолетам точное место потопления судна, и, во-вторых, потому, что плоты в тот момент войны, как хорошо известно, могли оснащаться современными сигнальными системами. Когда он открыл огонь, на плотах не было видно людей. Он также приказал бросать ручные гранаты, когда понял, что пулеметного огня недостаточно для затопления плотов. Он думал, что выжившие покинули плоты. […]

Ему было очевидно, сказал он далее, что нет никакой возможности спасти тех, кто пережил потопление корабля. Он не мог принять выживших на борт подлодки, поскольку это противоречило полученным им приказам. У него создалось впечатление, что настроение экипажа было довольно подавленным. Он и сам находился в таком же состоянии, поэтому он сказал экипажу, что с тяжелым сердцем принял наконец решение уничтожить остатки потопленного судна.

Эк ссылался на якобы имевший место инцидент с немецкой подлодкой «Хартенштайн», о котором ему рассказали два офицера. Эта лодка подобрала многих выживших, после чего ее заметили с самолета. Лодка выкинула знак Красного Креста, а один из выживших, старший лейтенант авиации, с помощью сигнальной лампы подал самолету какие-то сигналы, чтобы тот не атаковал лодку, поскольку на ее борту были выжившие, в том числе женщины. Самолет улетел, но через некоторое вернулся и атаковал лодку, которой пришлось выбросить спасенных за борт, чтобы совершить погружение; она смогла спастись, однако получила повреждения. Этот случай, о котором ему рассказывали до начала плавания, показал ему, что неприятельская сторона руководствуется скорее военными соображениями, чем соображениями гуманности, то есть спасени-

ем жизни выживших. По этой причине он считал принятые им меры оправданными. […]

Приведенное Эком описание случая с «Хартенштайном» по большей части подтвердил свидетель-англичанин, адвокат, служивший временным гражданским служащим при адмиралтействе. Он подтвердил, что в результате этого инцидента командование немецким подводным флотом издало следующее распоряжение:

«Не следует предпринимать никаких попыток спасти команды потопленных кораблей, в том числе подбирать лиц, находящихся в воде, и помещать их в спасательные шлюпки, переворачивать опрокинувшиеся спасательные шлюпки и передавать им продовольствие и воду. Их спасение противоречит элементарным требованиям войны об уничтожении неприятельских кораблей и их команд. Приказ о доставлении капитанов и главных инженеров по-прежнему в силе. Спасайте выживших лишь в том случае, если имеющаяся у них информация важна для вашей лодки. Будьте суровы, помните, что враг не заботится о женщинах и детях во время бомбардировок немецких городов». […]

8. ДОПРОС ДРУГИХ ЧЕТЫРЕХ ОБВИНЯЕМЫХ

[…]
Обвиняемый Вайсспфенниг также ссылался на приказ, но признал, что в военно-морских силах Германии существуют правила относительно поведения офицеров медицинской службы, запрещающие им использовать оружие в наступательных целях. Вайсспфенниг пренебрег этим правилом, поскольку получил приказ от командира. Он не знал, предусматривает ли устав, что он может отказаться подчиниться приказу, противоречащему Женевской конвенции. Он знал, что такое Женевская конвенция, и понимал, что одна из причин, по которым он получает защиту как врач, состоит в том, что он не является комбатантом. Он сознавал, что в воде были выжившие. Он не считал использование пулемета в его конкретном случае наступательными действиями. […]

12. РЕЗЮМЕ СУДЬИ-АДВОКАТА

Судья-адвокат с самого начала заявил, что суд ни в коей мере не должны смущать предполагаемые сложности в международном праве, которые, как утверждалось, были связаны с подобным делом. Убийство безоружных врагов запрещено — это один из основополагающих обычаев войны, вытекающих из многовекового опыта цивилизованных народов. Стрельба, направленная на то, чтобы убить беспомощную команду торпедированного корабля, — серьезное нарушение права народов. Право наказывать лиц, нарушивших такие правила войны, было четко признано много лет назад. […]

В отношении защиты ссылкой на оперативную необходимость судья-адвокат заявил: «Вопрос о том, имеет ли воюющий право убить безоружного человека для спасения собственной жизни, многократно был предметом обсуждения. Вероятно, могут возникнуть обстоятельства — необязательно их представлять, — при которых подобное убийство было бы оправданно. Однако суд должен рассматривать данное дело на основании фактов, полученных из показаний Эка. Он курсировал вокруг места потопления этого судна в течение пяти часов, он не использовал свою скорость, чтобы скрыться как можно быстрее, он предпочел плавать вокруг, стреляя из пулеметов, как он говорит, по обломкам». Судья-адвокат спросил суд, считает ли он, что стрельба из пулемета по крупным обломкам и плотам является эффективным способом уничтожить все следы потопления. Он спросил, неужели не очевидно, что в любом случае на воде осталось бы масляное пятно, которое послужило бы для любого самолета знаком того, что здесь был недавно потоплен корабль. Далее он сказал: «Не думаете ли вы, что командир подводной лодки, который действительно в первую очередь был озабочен спасением своего экипажа и лодки, поступил бы так, как, по его словам, поступил бы капитан Шне, вызванный в качестве свидетеля защиты, то есть как можно раньше удалил бы себя и свою лодку на наивысшей возможной скорости на наибольшее возможное расстояние?»

Эк не воспользовался ссылкой на приказ начальника для своей защиты. Он выступал перед судом, взяв на себя одного ответственность за отданный им приказ.

Что касается защиты ссылкой на приказ начальника, судья-адвокат сказал: «Обязанность подчиняться ограничена выполнением законных приказов. Не может быть обязанности подчиняться приказу, который незаконен. Тот факт, что норма ведения военных действий была нарушена в исполнение приказа правительства или отдельного командира воюющей стороны, не лишает обсуждаемое деяние его характера военного преступления и не наделяет совершившее его лицо иммунитетом против наказания со стороны пострадавшей воюющей стороны».

Судья-адвокат добавил: «Совершенно очевидно, что ни один матрос или солдат не может носить с собой целую библиотеку по международному праву и не может немедленно обратиться к преподавателю этого предмета, который объяснит ему, является ли конкретный приказ законным или нет. Если бы данное дело было связано с тщательным изучением вопросов международного права с целью определить, являлся ли законным приказ стрелять по беспомощным людям, барахтавшимся в воде, вам вполне могло бы показаться несправедливым, чтобы кто-то из подчиненных, являющихся обвиняемыми в этом деле, нес ответственность за то, что они, как утверждается, сделали, но разве вам не кажется вполне очевидным, что, если на самом деле выполнение приказа Эка означа-

ло убийство этих беспомощных людей, этот приказ не был законным и что даже самому неразвитому уму должно было быть ясно, что этот приказ незаконен, и что тех, кто стрелял при этом, нельзя оправдать, ссылаясь на приказ начальника?»
[…]

13. ВЕРДИКТ

Пятеро обвиняемых были признаны виновными в том, что им вменялось в вину.

14. ПРИГОВОР

После того как адвокат защиты попросил о смягчении приговора от лица обвиняемых и некоторые из них также вызвали свидетелей, следующие выводы и приговоры суда были объявлены 20 октября 1945 г. для последующего подтверждения:
Эк, Хоффман, Вайсспфеннинг были приговорены к смертной казни через расстрел. Ленц был приговорен к пожизненному заключению, Швендер был приговорен к 15 годам тюремного заключения.

Приговоры были подтверждены главнокомандующим британской армии на Рейне 12 ноября 1945 г., и смертные приговоры, вынесенные капитан-лейтенанту Хайнцу Эку, капитану медицинской службы флота Вальтеру Вайсспфеннигу и лейтенанту флота Аугусту Хоффману, были приведены в исполнение в Гамбурге 30 ноября 1945 г.

ОБСУЖДЕНИЕ

Пожалуйста, считайте, что Женевские конвенции 1949 г. и Дополнительные протоколы 1977 г. применяются в следующем ниже обсуждении.

1. Нарушил ли Эк МГП, не взяв потерпевших кораблекрушение лиц на борт своей лодки? Уничтожив их плоты и обломки судна? Отдав приказ стрелять в них? (См. статьи 12(2), 18 и 51 Конвенции II.)

2. Исключает ли судья-адвокат возможность того, что стрельба по потерпевшим кораблекрушение могла быть оправдана военной необходимостью? Могла бы быть оправдана стрельба по потерпевшим кораблекрушение согласно Женевским конвенциям 1949 г., если бы это был единственный шанс для подводной лодки остаться незамеченной? Чтобы спасти жизнь стрелявшего?

3. Какие обязанности медицинского персонала нарушил Вайсспфенниг? Является ли запрещение использовать оружие в наступательных целях, действовавшее для офицеров медицинской службы немецких военно-морских сил, обязательным согласно современному МГП? (См. статью 35 Конвенции II, статьи 13 и 16(2) Протокола I.)

4. Должным ли образом повел себя Ленц? Что он должен был сделать, чтобы не нарушить МГП? Не участвовать в исполнении приказа? Помешать своим подчиненным выполнять приказ? Помешать всем членам экипажа выполнять приказ? Арестовать Эка? (См. статьи 86—87 Протокола I.)

5. Когда ссылка на приказ начальника предотвращает наказание за нарушение МГП?

6. Было ли нападение британцев на «Хартенштайн» законным согласно современному МГП? Законно ли было то, что экипаж «Хартенштайна» показал эмблему красного креста, когда лодка была атакована? (См. статьи 41 и 43 Конвенции II; см. также Руководство Сан-Ремо по международному праву, применимому к вооруженным конфликтам на море, **Документ № 68**.)

Прецедент № 76, Военный трибунал США в Германии, Судебный процесс по делу Скорцени и других

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IX, 1949, pp. 90–93.]

СУД НАД ОТТО СКОРЦЕНИ И ДРУГИМИ

Главный трибунал военной администрации оккупационной зоны США в Германии
18 августа — 9 сентября 1947 г.

A. КРАТКОЕ ОПИСАНИЕ ПРОЦЕССА

Все десять обвиняемых на этом судебном процессе были офицерами 150-й танковой бригады под командованием обвиняемого Скорцени.

Их обвиняли в участии в незаконном использовании американской формы при вступлении в бой, когда, будучи замаскированными подобным образом, они открыли вероломную стрельбу по военнослужащим вооруженных сил США и совершили убийство. Их также обвиняли в участии в преступном получении из лагерей для военнопленных американской формы и посылок Красного Креста, предназначавшихся американским военнопленным.

В октябре 1944 г. обвиняемый полковник Отто Скорцени имел беседу с Гитлером. Гитлер познакомился со Скорцени лично после проведенной последним успешной операции по освобождению Муссолини и поручил ему организовать группу специального назначения для особых действий при контрнаступлении в Арденнах. Члены этой группы должны были перейти американскую линию фронту в военной форме американцев и захватить определенные цели в тылу неприятеля. [...] Была сформирована группа специального назначения под названием 150-я бригада. [...] Ее членов учили говорить по-английски и вести себя как американцы, водить американский автотранспорт и пользоваться американским оружием. Скорцени обратился к начальнику штаба Немецкого бюро военнопленных с просьбой снабдить бригаду американской формой. В основном форму брали в трофейных полевых складах и хранилищах, но в некоторых случаях ее получали из лагерей для военнопленных, где ее забирали у пленных по приказу двоих из обвиняемых. [...]

Проникновение танковой дивизии СС в тыл врага потерпело неудачу, и в 18 декабря Скорцени решил отказаться от плана захвата трех мостов через Маас [в рамках наступления в Арденнах] и предоставил свою бригаду в распоряжение командующего корпусом СС [...] для использования в качестве пехоты. Ему дали задание осуществлять наступательные действия в направлении городка Мальмеди. В ходе этого нападения несколько свидетелей видели, как военнослужащие бригады Скорцени, в том числе двое обвиняемых, носили в районе боевых действий американскую форму в сочетании с немецким парашютом, однако лишь в двух случаях свидетели наблюдали, как они сражались в американской форме.

В первом случае лейтенант О'Нил показал, что в бою, в котором он принимал участие примерно 20 декабря, солдаты неприятеля были одеты в американскую форму и немецкие десантные комбинезоны; некоторые из них, будучи захвачены им в плен, говорили, что принадлежат к «Первой» или «Танковой» дивизии или к дивизии «Адольфа Гитлера». Второй случай упоминался в аффидевите обвиняемого Кошершайда, который [...] заявил в своих показаниях, что во время нападения на Мальмеди он и не-

которые из его людей участвовали в разведывательной операции в американской форме [...].

Все обвиняемые были признаны невиновными по всем пунктам обвинения. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. а. Разрешено ли когда-либо носить неприятельскую форму? Всегда ли это разрешено по МГП или лишь иногда? Когда? Разрешено ли носить неприятельскую форму во время нападения? Если нет, то почему? Разрешается ли носить неприятельскую форму перед нападением, как во время этого наступления в Арденнах, когда они хотели проникнуть на вражескую территорию, если с началом настоящего боя надевается собственная форма? Мог ли Скорцени быть оправдан, если бы был применим Протокол I? (См. статью 23(б) и (е) Гаагского положения и статьи 37 и 39(2) Протокола I.)

   б. Является ли ношение неприятельской формы актом вероломства? Каково различие между вероломством и военными хитростями? Разве последние не разрешены? Но разве военные хитрости не направлены также на то, чтобы ввести неприятеля в заблуждение? Ввел ли Скорцени неприятеля в заблуждение относительно того, что он находится под защитой МГП? (См. статьи 23(е) и 24 Гаагского положения и статьи 37 и 44(3) Протокола I.)

2. Не должно ли хотя бы использование посылок, обозначенных красным крестом, для маскировки наступательных действий считаться вероломством? Заставляет ли тот, кто несет посылку с красным крестом, неприятеля поверить, что он находится под защитой МГП? (См. статьи 37(1)(d), 38 и 39 Протокола I.) Является ли такое использование эмблемы красного креста или красного полумесяца серьезным нарушением? (См. статью 85(3)(f) Протокола I.) При нанесении красного креста на такие посылки эмблема используется в целях обозначения или с защитной целью? Законно ли такое использование? (См. статьи 38—44 Конвенции I.)

Прецедент № 77, Военный трибунал США в Нюрнберге, Суд над нацистскими судьями

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *War Crimes Commission Report*, vol. 6, 1948, p. 1. Цит. по Lauterpacht, H. (ed.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Year 1947*, London, Butterworth & Co. Ltd., 1951, pp. 278, 288–289; примечания не приводятся.]

По делу Альтштёттера и других (суд над нацистскими судьями) Нюрнберг, Германия, Военный трибунал США 4 декабря 1947 г.

ФАКТЫ. Четырнадцать обвиняемых были судьями, прокурорами или высокими должностными лицами министерства юстиции Рейха. Военный трибунал США обвинял их в принятии и применении законов, декретов и приказов в высшей степени преступного характера и в сотрудничестве с организациями немецкой полиции безопасности в столь же преступных целях; при этом, искажая и отвергая судебную процедуру, они совершали преступления против цивилизованных жителей оккупированных территорий, военнопленных и граждан Германии. […]

Решено: что Альтштёттер и девять других обвиняемых виновны по различным пунктам обвинения. Четверо других обвиняемых оправданы. […]

(10) *Воздействие агрессивной войны на право агрессоров полагаться на нормы ведения военных действий*. «Убедительно доказывается следующее: тот факт, что Германия вела преступную агрессивную войну, придает всем этим деяниям преступный оттенок. В отношении тех, кто вел агрессивную войну, и тех, кого обвиняют и кто повинен в преступлении против мира, как оно определяется в Уставе, этот довод является решающим, однако этих подсудимых не обвиняют в преступлениях против мира, не было здесь и доказано, что они знали, что война, которую они поддерживали дома, основывалась на преступном сговоре или была по сути нарушением международного права. Лживая пропаганда Гитлера и Геббельса скрывала даже от многих государственных чиновников преступные замыслы внутреннего круга агрессоров. Если мы примем ту точку зрения, что, поскольку эта война была преступной агрессивной войной, любое действие, которое было бы законным в оборонительной войне, являлось незаконным в этой войне, мы будем вынуждены сделать вывод, что каждый солдат, подчинявшийся приказу

вступить на оккупированные территории или сражавшийся у себя на родине, был преступником и убийцей. Нормы ведения сухопутной войны, на которые опиралось обвинение, не будут тогда мерилом поведения, а вынесение решения о виновности в любом случае станет пустой формальностью. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. В чем jus in bello отличается от jus ad bellum? Является ли jus in bello всего лишь продолжением jus ad bellum? Почему Комиссия международного права ООН решила не уделять внимания кодификации jus in bello? (См. **Цитату**, глава 2. II. 2. Неизбежное противоречие между запрещением применения силы и международным гуманитарным правом.) Что такое jus contra bellum?

2. a. Прав ли Суд в этом деле, утверждая, что в представленных доводах ошибочно смешаны jus ad bellum и jus in bello? Что нарушения jus ad bellum не предполагают автоматически нарушений jus in bello? Если бы Суд согласился с представленными доводами о том, что нарушение jus ad bellum окончательно устанавливает виновность в отношении совершения этих деяний, верно ли обратное: что вторая сторона в конфликте неспособна совершать нарушения, поскольку ее война «справедлива», и, следовательно, может использовать любые средства, чтобы утвердить свои права? Какие последствия имело бы доказанное нарушение jus ad bellum в отношении обвинения в преступлении против мира?

   b. Почему опасно путать jus ad bellum и jus in bello? Не приведет ли это к невозможности обеспечить соблюдение МГП? Как на практике доказать, а затем установить, какая сторона в конфликте прибегает к силе в соответствии с jus ad bellum, а какая — нарушает jus contra bellum? Разве жертвы с обеих сторон не нуждаются в одинаковой защите? Разве все жертвы несут ответственность за нарушение jus ad bellum их стороной?

3. Если jus ad bellum не имеет ничего общего с jus in bello, какие ограничения накладываются на jus ad bellum в связи с МГП и наоборот? (См. Преамбулу Протокола I.)

Прецедент № 78, Военный трибунал США в Нюрнберге, «США против Альфреда Круппа и других»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. X, 1949, pp. 130–159; примечания не приводятся.]

СУДЕБНЫЙ ПРОЦЕСС НАД КРУППОМ
СУДЕБНЫЙ ПРОЦЕСС НАД АЛЬФРЕДОМ ФЕЛИКСОМ АЛЬВИНОМ КРУППОМ ФОН БОЛЕНОМ УНД ХАЛЬБАХОМ И ОДИННАДЦАТЬЮ ДРУГИМИ ЛИЦАМИ

ВОЕННЫЙ ТРИБУНАЛ США, НЮРНБЕРГ, 17 НОЯБРЯ 1947 г. — 30 ИЮНЯ 1948 г.

[…]

4. Решение Трибунала по пунктам II и III […]

***(ii) Закон о расхищении и разграблении* […]**

«[…] Процитированные выше статьи Гаагского положения [статьи 45–52 и 56] изложены четко и недвусмысленно. Вот их суть: если в результате военных действий воюющая сторона оккупирует территорию неприятеля, она не приобретает тем самым права распоряжаться имуществом на этой территории и может это делать лишь в соответствии со строгими правилами, установленными в Положении. Экономика территории, находящейся под военной оккупацией, должна оставаться нетронутой, за исключением точно определенных действий, которые разрешены оккупирующим властям, — все они касаются оккупационной армии. […]

Следовательно, разграбление частной собственности запрещено с двух точек зрения: во-первых, лицо, имеющее нечто в личной частной собственности, не должно быть этого лишено; во-вторых, оккупанты не должны завладевать экономической составляющей территории, находящейся под военной оккупацией, или ставить ее на службу своим военным усилиям, — всегда с оговоркой, что существуют исключения из этого правила, которые строго ограничиваются потребностями оккупационной армии в той мере, в которой такие потребности не превышают экономические возможности оккупированной территории».

Статья 43 Гаагского положения звучит следующим образом:

«С фактическим переходом власти из рук законного Правительства к занявшему территорию неприятелю последний обязан принять все зависящие от него меры к тому, чтобы, насколько возможно, восстановить и обеспечить общественный порядок и общественную жизнь, уважая существующие в стране законы, буде к тому не встретится неодолимого препятствия».

Данная статья разрешает оккупирующей державе конфисковывать общественную или частную собственность, чтобы сохранять и поддерживать общественный порядок и безопасность. Однако эта статья налагает ограничения на деятельность оккупирующей державы. Такое ограничение заложено в условии, требующем, чтобы оккупирующая держава уважала, «буде к тому не встретится неодолимого препятствия», законы, действующие в оккупированной стране. Это положение отражает одну из основных норм Гаагского положения: личные и частные права лиц на оккупированной территории не должны ущемляться, если это не оправдано чрезвычайными условиями. Оккупирующей державе запрещается навязывать какое-либо новое представление о праве на оккупированной территории, если это не оправдано требованиями общественного порядка и безопасности. […]

[…] Статья 46 […] требует, чтобы воюющая сторона уважала частную собственность неприятеля, и запрещает конфискацию, а […] статья 47 […] запрещает грабеж.

[…]

«Общая норма, содержащаяся в статье 46, развивается в статьях 52 и 53. В статье 52 упоминаются «реквизиции натурой и повинности», которых можно требовать от общин и жителей, и предусматривается, что такие реквизиции и повинности «могут быть требуемы… лишь для нужд занявшей область армии». Рассматриваемые здесь и единственно разрешенные реквизиции и повинности должны относиться к нуждам оккупационной армии, с чем согласны все авторитеты. Даже по этой одной причине «реквизиции натурой», проводившиеся фирмой Круппа или от ее имени, были незаконными. […]

Ситуация, о которой идет речь в статье 52, четко описана во второй части этой статьи:

«Эти реквизиции и повинности могут быть требуемы лишь с разрешения военачальника занятой местности».

Убежденность подсудимых в том, что агрессор может сначала захватить неприятельскую территорию, а затем промышленные фирмы из страны агрессора могут устремиться на оккупированную территорию и восполь-

зоваться имеющимся там имуществом, совершенно чужда законам и обычаям войны, установленным в Гаагском положении, и четко объявляется им незаконной, поскольку в Гаагском положении неоднократно и недвусмысленно указывается, что реквизиции могут осуществляться лишь для удовлетворения потребностей и с разрешения оккупационной армии. […]

Безуспешны попытки подсудимых отрицать — на основании нормы права — свою ответственность за акты разграбления, в которых их обвиняют, поскольку эти акты были разрешены и активно поддерживались некоторыми немецкими правительственными и военными ведомствами или лицами. Общий принцип уголовного права состоит в том, что поощрение и поддержка, полученные от других правонарушителей, не являются простительными. Необходимо подчеркнуть этот важный момент: деяния, запрещенные законами и обычаями войны, не могут стать допустимыми благодаря использованию сложных юридических построений. Подсудимых обвиняют в крупномасштабном расхищении. Многие из этих актов расхищения были совершены самым очевидным и непосредственным способом, а именно путем физического изъятия механизмов и материалов. Другие акты были совершены путем смены корпоративной собственности, передачи прав собственности по договору и тому подобное. Значение имеют результаты, и пусть результат в последнем случае достигался с помощью навязанных «договоров», незаконные результаты, то есть лишение имущества, достигались точно так же, как если бы материалы были физически изъяты и отправлены в Германию».

(iii) Ссылка на чрезвычайное положение в стране

Далее в Решении говорилось:

«Наконец, защита доказывала, что действия, ставшие предметом жалоб, были оправданы чрезвычайным положением, в котором находилась сама немецкая военная экономика. […]

[…] Довод о том, что нормы и обычаи войны можно нарушить, если одна из сторон находится в каком-либо затруднительном положении, следует отвергнуть на других основаниях. Война, по определению, — рискованное и опасное дело. Вот одна из причин, по которым исход войны, когда она уже началась, непредсказуем, и война по существу является нерациональным средством «разрешения» конфликтов, — потому-то разумные люди во всем мире отказываются от агрессивной войны и ненавидят ее. Суть войны именно в том, что одна или другая сторона должна проиграть, и опытные генералы и политики знали это, когда разрабатывали нормы и обычаи сухопутной войны. Короче говоря, эти нормы и обычаи войны

предназначены как раз для всех этапов войны. Они представляют собой право для таких чрезвычайных положений. Утверждать, что ими можно намеренно и единственно по усмотрению одной воюющей стороны пренебречь, когда эта сторона считает свое положение критическим, означает, не более и не менее, полностью отказаться от законов и обычаев войны».

(iv) Применение Трибуналом этих норм к фактам дела: выводы по пункту II

В последующих абзацах можно видеть, что Трибунал применяет рассмотренные выше нормы конкретно к некоторым фактам дела:

«Мы заключаем из представленных нам надежных свидетельств, что конфискация завода «Остин» на основании принятых немцами антиеврейских законов и его последующее удержание фирмой «Крупп» являются нарушением статьи 43 Гаагского положения, которая требует, чтобы действующие в оккупированной стране законы уважались; что это также нарушение статьи 46 Гаагского положения, которая предусматривает, что частная собственность должна пользоваться уважением; что фирма «Крупп», в лице подсудимых Круппа, Лёзера, Удремона, Мюллера, Янссена и Эберхардта, добровольно и без принуждения участвовала в этих нарушениях, покупая и перемещая оборудование и сдавая в аренду имущество завода «Остин», и в сдаче в аренду парижского имущества; и что такие действия не могут быть оправданы ни интересами общественного порядка и безопасности, ни нуждами оккупационной армии.

Тщательно изучив надежные свидетельства, мы заключаем, что по Гаагскому положению не было оправдания захвату имущества завода «Эльмаг» и вывозу оборудования в Германию. Эта конфискация основывалась на предполагаемом включении Эльзаса в Рейх и на допущении, что с имуществом, находящимся в Эльзасе и принадлежащим французу, живущему за пределами Эльзаса, можно обращаться с полным пренебрежением к обязательствам, которые несет оккупирующая воюющая сторона. Эта попытка включить Эльзас в состав немецкого Рейха была недействительна в соответствии с международным правом, и, следовательно, ущемление прав на частную собственность являлось нарушением статьи 46 Гаагского положения.

В отношении захвата механизмов с фабрики «Альс-Том» Трибунал также постановил: «Мы заключаем из надежных свидетельств, что изъятие и удержание этих механизмов было явным нарушением статьи 46 Гаагского положения».

И снова Трибунал решил: «Мы заключаем, что на основании надежных свидетельств было четко установлено, что начиная с 1942 г. в Нидер-

ландах совершались фирмой «Крупп» и от ее лица крупномасштабные незаконные акты расхищения и разграбления и что особенно в период между сентябрем 1944 г. и весной 1945 г. некоторые производства Нидерландов эксплуатировались и расхищались ради военных усилий Германии, «самым жестоким образом, без заботы о местной экономике, и в результате сознательного умысла и политики». […]

(vii) Ссылка на приказ начальника или крайнюю необходимость

Рассмотрев право и свидетельства, касавшиеся использования труда гражданских лиц, Трибунал перешел затем к аргументу, выдвинутому защитой:

«Настоящим аргументом защиты в этом деле, особенно в отношении пункта III, является так называемая крайняя необходимость. Утверждается, что она возникла главным образом потому, что нормы производства были установлены министерством Шпеера, что выполнение этих норм было обязательным и для этого требовалось использовать военнопленных, принудительный труд и заключенных из концентрационных лагерей, предоставляемых правительственными ведомствами, поскольку иной рабочей силы не было в достаточном количестве, и если бы подсудимые отказались это делать, они бы серьезно пострадали, так как находились в руках правительственных ведомств, которые строго следили за всеми аспектами их деятельности. […]

Ссылка на крайнюю необходимость во внутригосударственном праве называется по-разному: «необходимость», «принуждение», «насилие и принуждение» и «давление и насильственное принуждение». Обычно ее порождает принуждение скорее со стороны отдельного лица или группы лиц, а не со стороны правительства.

Эта норма признана в системах различных стран. В Уголовном кодексе Германии (раздел 52) она звучит следующим образом:

«Преступление не было совершено, если подсудимого вынудила действовать непреодолимая сила или угроза, связанная с непосредственной опасностью для жизни и здоровья подсудимого или его родственников, если эту опасность нельзя было предотвратить иным образом».

Англо-американская норма, выведенная из современных прецедентов, сформулирована так:

«Необходимость является обстоятельством, освобождающим от ответственности, когда доказано, что вменяемое в вину действие было совершено, чтобы избежать серьезного и непоправимого вреда, что не было иных пригодных средств избежать его и что принятые меры были

соразмерны этому вреду. Убийство из необходимости — когда жизнь одного человека можно спасти, лишь принеся в жертву жизнь другого, — будет рассмотрено в следующей главе. Вопрос, следует заметить, заключается не просто в том, должна ли быть принесена в жертву жизнь конкретного человека в случае необходимости, но в том, правильно ли совершать преступление, чтобы спасти свою жизнь. Каноническое право предусматривает, что лицо, чья жизнь зависит от немедленной помощи, может сослаться на такую необходимость в качестве защиты от судебного преследования в связи с незаконным использованием такой помощи. Об этом же говорят крупные английские и американские специалисты. Однако жизнь обычно можно отнять, ссылаясь на необходимость, лишь когда это необходимо для спасения жизни лица, пользующегося такой ссылкой, или для спасения жизни его близких родственников».

Как говорится в обвинении, большинство дел, в которых рассматривалось это обстоятельство, освобождающее от ответственности, были связаны с ситуациями, подобными следующим: два потерпевших кораблекрушение лица, пытавшихся спастись на плавучем объекте, который мог вынести лишь одного, выбрасывание пассажиров из переполненной спасательной шлюпки или участие в преступлении под непосредственной угрозой смерти или серьезного телесного повреждения. Насколько мы могли убедиться с помощью имеющихся в наличии ограниченных средств, ссылка на крайнюю необходимость применительно к такой фактической ситуации, какая была представлена на Нюрнбергском процессе над промышленниками, является новшеством. [...]

Защита ссылкой на крайнюю необходимость не тождественна защите ссылкой на самооборону. Главное различие между ними состоит в лежащем в основе правовом принципе. Самооборона оправдывает противостояние вреду, тогда как норма, касающаяся крайней необходимости, оправдывает посягательство на право. [...]

Мы здесь не рассматриваем необходимость, рожденную обстоятельствами, не зависящими от человеческого фактора или возникшими в результате несчастного случая. Напротив, говорят, что предполагаемое принуждение, на которое здесь ссылаются, было основано исключительно на уверенности в потере или ущербе, который будет причинен лицом или лицами, в чьих руках находится обвиняемый, если их приказы не будут выполняться. В подобных случаях, если при совершении незаконного деяния воля обвиняемых не была подавлена волей тех, кто осуществлял предполагаемое принуждение, но, наоборот, совпадала с ней, не существует необходимости, оправдывающей незаконное поведение. Именно так произошло в данном случае. [...]

Трибунал рассмотрел и другой аспект ссылки на крайнюю необходимость:

«Как можно заметить, необходимо, чтобы «вменяемое в вину действие было совершено, чтобы избежать серьезного и непоправимого вреда», и чтобы «предпринятые меры были соразмерны этому вреду». Каков же был вред, который угрожал подсудимым и какие меры они приняли, чтобы избежать его? Свидетельства не оставляют никаких сомнений на этот счет». По мнению Трибунала и по всей вероятности, худшим последствием невыполнения приказа об использовании рабского труда для Круппа была бы потеря его завода, для остальных обвиняемых — утрата их должностей.

(viii) Личная ответственность обвиняемых

Рассматривая правовые нормы по защите военнопленных, Трибунал сделал следующее замечание: «Законы и обычаи войны обязательны для частных лиц так же, как для правительственных чиновников и военнослужащих. Если они нарушаются, может существовать различие в степени вины, в зависимости от обстоятельств, но не в наличии вины». [...]

Трибунал подчеркнул, что вина должна быть личной, и продолжил: «Одного лишь факта, что подсудимый был членом правления фирмы «Крупп» или ее служащим, недостаточно. Норма, которую мы принимаем и применяем, следующим образом изложена в авторитетном американском источнике:

«Служащие, управляющие или представители корпорации, участвующие в нарушении права при ведении дел компании, могут нести за это личную уголовную ответственность. [...] Он несет ответственность, когда его [...] власть установлена или когда он является собственно непосредственным исполнителем» [*Corpus Juris Secundum*, Vol. 19, p. 363, American Law Book Co. (1940), Brooklyn, N.Y.]

При сложившихся обстоятельствах к структуре предприятия Круппа, после того как оно стало частной фирмой в декабре 1942 г., применяются те же принципы. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Что является грабежом согласно МГП? При каких обстоятельствах можно использовать собственность с оккупированных территорий? Любой вид собственности? Кто может использовать такую собственность? (См. статьи 23(ж), 46(2), 47, 52, 53 и 55 Гаагского положения.) Запре-

щают ли указанные ранее положения МГП использование собственности частными лицами? Даже если эти частные лица уполномочены оккупирующей державой? Может ли оккупирующая держава передать некоторые из своих прав по МГП частным предприятиям?

2. a. К кому применяются нормы МГП? Только к государствам? Только к комбатантам? Только к представителям государства? К частным лицам? Если они применимы к частным лицам, МГП запрещает только действия, совершенные отдельными лицами против государства? Или также действия против других лиц? (См. статьи 49/50/129/146 соответственно четырех Конвенций, статьи 85 и 86 Протокола I.)

   b. Правильно ли, что Суд признал частных лиц виновными в нарушениях МГП? Особенно если государство не только разрешило, но и активно поощряло их действия? Мог ли Суд вынести такое решение, если бы эти лица действовали не в соответствии с политикой и идеологией нацистского режима, а под «оккупирующей державой», следующей «манчестерскому либеральному подходу» невмешательства в дела частных предприятий? Вообразимы ли грабеж и рабский труд при наличии нормальных рыночных условий, без вмешательства оккупирующей державы?

3. Правильно ли Суд определил, что обвиняемые не могут ссылаться для своей защиты на чрезвычайное положение в стране? Правильно ли утверждать, что ни при каких обстоятельствах государство или отдельное лицо не могут отступать от норм МГП в случае чрезвычайного положения в стране? Совместим ли соответствующий отрывок из этого решения с теорией, лежащей в основе решения Международного суда в **Прецеденте № 46** (Международный суд, Консультативное заключение по вопросу о ядерном оружии), где Международный суд оставляет открытым вопрос о том, могут ли нарушаться нормы МГП «в чрезвычайном случае самообороны, когда под угрозу поставлено само дальнейшее существование государства»?

4. a. Может ли послужить ссылка на крайнюю необходимость или принуждение защитой для лица, обвиняемого в серьезных нарушениях МГП? Если да, то в каких случаях?

   b. Можно ли одинаково относиться к защите ссылкой на чрезвычайное положение в стране и к защите ссылкой на крайнюю необходимость в том, что касается нарушений МГП?

Прецедент № 79, Военный трибунал США в Нюрнберге, «Дело министерств»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Levie, H.S. (ed.), *International Law Studies: Documents on Prisoners of War,* Naval War College, R.I., Naval War College Press, vol. 60, Document No. 104, 1979, pp. 481–496.]

США против ЭРНСТА фон ВАЙЦЗЕККЕРА И ДРУГИХ («ДЕЛО МИНИСТЕРСТВ»)

(Военный трибунал США, Нюрнберг, 11–13 апреля 1949 г.)

ИСТОЧНИК
14 TWC 308

[…]

ПУНКТ ТРИ — ВОЕННЫЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ, УБИЙСТВО И ДУРНОЕ ОБРАЩЕНИЕ С ВОЮЮЩИМИ И ВОЕННОПЛЕННЫМИ

[…]

ШТЕЕНГРАХТ ФОН МОЙЛАНД

* * * * *

Убийства в Сагане. — Международный военный трибунал установил:

«В марте 1944 г. пятьдесят офицеров британских ВВС, сбежавших из лагеря в Сагане, где их держали как пленных [sic], были застрелены при поимке по прямому приказу Гитлера. Их тела были немедленно кремированы, а урны с прахом возвращены в лагерь. Подсудимые не оспаривают, что это не было обычным убийством, в абсолютное нарушение международного права».

Швейцария, держава-покровительница, 26 мая 1944 г. обратилась с запросом в министерство иностранных дел Германии относительно побега этих британских офицеров из «Шталага Люфт III». Подсудимый Штеенграхт фон Мойланд 6 июня ответил от лица министерства иностранных дел, что 17 апреля в швейцарскую дипломатическую миссию была передана предварительная нота касательно побега, состоявшегося 25 марта, где указывалось, что, по данным расследования, 19 из 80 бежавших военнопленных были возвращены в лагерь, что поиски все еще продолжаются, и расследование не завершено, что есть предварительные сообщения о

том, что 37 британских военнопленных были застрелены, когда поисковые отряды их обнаружили и они оказали сопротивление или пытались снова бежать при повторном захвате в плен, и еще 13 военнопленных, не являвшихся гражданами Великобритании, были застрелены после побега из того же лагеря; что министерство иностранных дел оставляет за собой право сделать окончательное заявление после завершения расследования и как только станут известны подробности, однако можно сказать следующее: в марте произошли массовые побеги военнопленных, в которых участвовало до нескольких тысяч человек; часть из них была методично подготовлена общими штабами в сотрудничестве с агентами за границей и преследовала политические и военные цели; они представляли собой угрозу общественной безопасности Германии и были направлены на то, чтобы парализовать управление страной; чтобы подавить в зародыше подобные посягательства, поисковые отряды получили особо суровые приказы в отношении не только повторного захвата в плен, но и защиты самих отрядов, и, соответственно, поисковые отряды вели непрекращающиеся поиски бежавших военнопленных, которые не ответили на оклик часового при побеге, или оказали сопротивление, или пытались вновь бежать, будучи повторно захвачены в плен, и использовали оружие, пока беглецы не были лишены возможности сопротивляться либо снова бежать; пришлось использовать оружие против некоторых военнопленных, в том числе против 50 военнопленных из «Шталага Люфт III», пока в лагерь доставили прах 29 британских военнопленных.

Судя по всему, 23 июня министр иностранных дел Великобритании сделал заявление относительно этих убийств. Швейцарцы вновь послали запрос 26 июня в министерство иностранных дел Германии и получили датированный 21 июля ответ, что Германия решительно опровергает заявление министра иностранных дел Великобритании, что из-за предполагаемых бомбардировок гражданского населения и других приписываемых ей деяний Великобритания должна быть лишена морального права упорствовать в вопросе о беглых пленных или подавать жалобы на других и что правительство Германии отказывается в дальнейшем обсуждать этот вопрос.

25 мая Фогель по указанию Риттера уведомил советника швейцарской дипмиссии Сете, что министерство иностранных дел еще не получило копию сообщения верховного командования вермахта от 29 апреля. 4 июня Риттер уведомил министерство иностранных дел, что накануне Кейтель одобрил проект ноты в швейцарскую дипмиссию относительно британских военнопленных и спросил, зачем министерство иностранных дел хотело заранее уведомить державу-покровительницу [sic] о похоронах, раз эта информация не запрашивалась. […]

22 июня фон Тадден передал начальнику группы «Inland II» меморандум о том, что Энтони Иден сделал в палате общин заявление относительно того, что будет принято решение в отношении застреленных британских пленных, которые бежали из лагерей для военнопленных, и что Альбрехт,

начальник правового отдела министерства иностранных дел, сообщил ему, что Великобритания была уведомлена через Швейцарию, что было сочтено необходимым застрелить в ходе подобных действий нескольких британских офицеров и граждан иных стран из-за их отказа подчиниться приказам при захвате; что еще 19 офицеров, которые не оказали сопротивления, были возвращены в лагерь, и что дальнейшие подробности о делах 50 застреленных пленных будут переданы Великобритании.

17 июля Бреннер из министерства иностранных дел уведомил Риттера, что Гитлер согласился послать ноту в швейцарскую миссию относительно побегов из «Шталага Люфт III» и одобрил составление предупреждения о попытках побега и публикацию немецкой ноты, направленной в швейцарскую дипмиссию, и что это предупреждение следует опубликовать; что фон Риббентроп приказал Риттеру передать второй ответ Германии швейцарскому посланнику и велел Риттеру сотрудничать с верховным командованием вермахта при составлении предупреждения, которое будет вывешено в лагерях для военнопленных, а также передать его на утверждение фон Риббентропу; что, возможно, в предупреждении стоит указать о существовании неких зон смерти, где испытывают весьма специфическое оружие, и что любой человек, обнаруженный в одной из этих зон, будет сразу застрелен, и что, поскольку в Германии множество таких зон, бежавшие пленные рискуют не только тем, что их примут за шпионов, но и тем, что невольно попадут в одну из этих зон и будут застрелены. […]

Появились два служащих уголовной полиции и представили фотокопии телетайпных посланий и докладов из различных полицейских участков по всей Германии, сообщающих об отдельных военнопленных или группах военнопленных из лагеря в Сагане, которых застрелили при сопротивлении задержанию или при новых попытках к бегству.

И Риттеру, и Альбрехту было ясно, что эти телетайпные сообщения — подделка, с чем полицейские служащие и не слишком спорили. Затем, по словам Альбрехта, после совещания с Риттером он составил ответ на основании этой поддельной и ложной информации, а Риттер передал его фон Риббентропу с настоятельной рекомендацией, к которой присоединился и Альбрехт, что его не следует отсылать. […]

Хотя, возможно, правда, что на раннем этапе Кейтель отдал приказ не информировать министерство иностранных дел об убийствах в Сагане и что «предварительное сообщение» верховного командования вермахта от 29 апреля 1944 г. не было одновременно доставлено в министерство иностранных дел, факт остается фактом, что 25 мая 1944 г. советник дипмиссии Сете изучил его и снял с него копию в ставке верховного командования вермахта, так что, когда нота была составлена, Риттер точно знал, что бежавшие военнопленные были намеренно убиты офицерами немецкого Рейха в явное нарушение международного права и Женевской конвенции. […]

Меморандум Бреннера от 17 июля касается второй ноты и предупреждения: в нем указано, что фон Риббентроп приказал Риттеру сотрудничать с верховным командованием вермахта в составлении предупреждения и передать последнее на утверждение в министерство иностранных дел, а также, что Риттер вносил предложения относительно формулировки пункта о зоне смерти. На нем стоит подпись: «Передано, посол Риттер». 5 августа 1944 г. Риттер написал Альбрехту, что «прилагаемый вариант предупреждения сейчас утверждается в министерстве иностранных дел Рейха и верховном командовании вермахта», что верховное командование занимается его переводом, по завершении которого оно будет передано отделам по делам военнопленных верховного командования для распространения в лагерях, что «министерство иностранных дел еще не передало предупреждение швейцарскому правительству, это должно произойти одновременно с вывешиванием предупреждения в лагерях; проект ноты для швейцарцев должен быть заранее передан на утверждение Риббентропу, чтобы можно было отправить его как можно скорее после вывешивания предупреждения».

21 июля 1944 г. министерство иностранных дел Германии доставило швейцарскому правительству вторую ноту, где говорилось, что министерство иностранных дел отказывается далее обсуждать этот вопрос под предлогом оскорбительного характера речи Идена, произнесенной им 23 июня в палате общин. Этот инфантильный поступок, конечно, никого не обманул.

Однако, кажется, предлагавшаяся нота, упомянутая в меморандуме Риттера Альбрехту от 5 августа, так и не была послана, и нет свидетельств, что предупреждения когда-либо вывешивались. Вполне можно сделать вывод, что немецкое правительство решило, что его «страусиная» нота от 21 июля дает ему возможность выйти, как оно надеялось, с остатками достоинства из чудовищного положения, которое оно не могло больше отстаивать и не могло позволить себе предстать в неприглядном виде перед цивилизованным миром, поэтому предлагавшаяся нота так и не была послана, предупреждения не были вывешены и над всей ситуацией была опущена завеса.

Хотя Штеенграхт фон Мойланд был не столь близко знаком с ситуацией, как Риттер, тем не менее именно он, будучи ответственным высокопоставленным чиновником министерства иностранных дел, уступавшим в ранге только фон Риббентропу, доставил, по крайней мере первую, ноту в швейцарскую миссию.

Вполне возможно, что он доставил и второе сообщение, поскольку это входило в его признанные должностные обязанности. Он показал, что «плохо помнил» заседание руководителей министерства иностранных дел от 22 июня 1944 г., на котором обсуждались как речь Идена, так и заявление Альбрехта, что британцев уведомили через Швейцарию о том, что несколько британских и иных летчиков были застрелены и что подробности о 50 таких случаях будут в дальнейшем переданы Великобритании. […]

При обсуждении заявления Рейнгардта о том, что «случаи, подобные происшедшему в лагере в Сагане, когда 50 офицеров были застрелены после попытки совершить побег, весьма прискорбны», Штеенграхт фон Мойланд сказал: «Мы все крайне сожалеем об этом, это было страшное преступление».

В столь важном вопросе, связанном с неизбежными последствиями в нейтральных, а также неприятельских странах, невероятно, чтобы государственный секретарь доставил ноту столь откровенно неубедительную, не изучив дело, и крайне маловероятно, что Альбрехт или Риттер не проинформировали его не только о том, что оправдания расстрелов были поддельными, но и о своих опасениях в отношении формулировок, использованных в ноте.

Разумный человек должен был осознать, что речь идет о попытке скрыть инцидент, который нельзя выносить на всеобщее рассмотрение. Мы уверены, что Штеенграхт фон Мойланд доставил ноту 6 июня 1944 г. швейцарскому правительству и что он был знаком с реальными фактами.

Убийство этих несчастных беглецов [...] стало ужасным и бессмысленно жестоким преступлением [...], и бесспорно, что оно нарушило все принципы Женевской конвенции. Все подсудимые осуждают его, и каждый отрицает какую-либо связь с ним.

Штеенграхт фон Мойланд не участвовал ни в отдании приказа, ни в его исполнении. Убийства давно стали состоявшимся фактом, когда он о них узнал. Однако в соответствии с Женевской конвенцией и Гаагским положением (статья 77 Женевской конвенции [о военнопленных] 1929 г. и статья 14 Гаагского положения [Приложение к Конвенции IV о законах и обычаях сухопутной войны] 1907 г.) Германия была обязана правдиво сообщать державе-покровительнице о фактах, касающихся обращения с военнопленными, и обстоятельствах, относящихся к смерти этих пленных. Представление поддельного отчета означало нарушение ею международного соглашения и нарушение международного права. Обязанность держав-покровительниц сообщать о таких фактах была предусмотрена именно для предотвращения подобных жестокостей по отношению к беззащитным пленным, какие были совершены во время событий в Сагане.

Если воюющая сторона может тайно морить голодом, убивать пленных или дурно с ними обращаться или безнаказанно передавать ложную информацию державе-покровительнице, тогда сдерживающее влияние, которое может оказывать держава-покровительница в интересах беззащитных бедняг, будет сведено на нет. Таким образом, подразумевается обязательство давать честные и правдивые ответы на вопросы, подобные тем, которые задавало швейцарское правительство.

Поддельные отчеты, которые Риттер помогал составлять, а Штеенграхт фон Мойланд передавал, какими глупыми и нелепыми они ни были, предназначались для того, чтобы обмануть и державу-покровительницу, и Великобританию или по крайней мере придать некоторую законность тому, что выходило за рамки международного права.

Запросы державы-покровительницы относительно обращения с военнопленными и их судьбы, направленные немецкому правительству, и по необходимости, и в соответствии с дипломатической традицией были направлены в министерство иностранных дел. Ответ немецкого правительства державе-покровительнице, по необходимости и в соответствии с дипломатической традицией, пришел из министерства иностранных дел.

Штеенграхт фон Мойланд и Риттер должны быть оба признаны виновными в преступлении, указанном в части 28с пункта три обвинительного акта.

* * * * *

фон Вайцзеккер и Вёрман

* * * * *

Лишение французских пленных державы-покровительницы. — 1 ноября 1940 г. Риттер передал в министерство иностранных дел меморандум, где говорилось, что он уведомил генерала Йодля о решении Гитлера снять с США функции державы-покровительницы в отношении французских военнопленных. Инициатором этого был фон Вайцзеккер.

2 ноября Альбрехт, начальник правового отдела министерства иностранных дел, телеграфировал в посольство Германии в Париже, что фюрер дал указания о том, чтобы в будущем французы сами выступали в роли державы-покровительницы для французских военнопленных, и приказал Абецу обсудить с Лавалем следующие задачи:

(1) французы должны взять на себя защиту собственных военнопленных,

(2) Соединенным Штатам должно быть открыто объявлено, что их деятельность в качестве державы-покровительницы подошла к концу, и, наконец,

(3) Лаваля надо проинформировать, что Германию устроит Скапини в качестве полномочного представителя по делам военнопленных, и последний должен быть направлен в Берлин для обсуждения подробностей.

Эту телеграмму составили Риттер, фон Вайцзеккер и Вёрман.

3 ноября Абец телеграфировал в министерство иностранных дел, что Лаваль был информирован и что правительство Виши немедленно уведомит США, что их больше не признают державой-покровительницей для французских военнопленных, а также что Скапини пригласили на встречу с маршалом Петеном во вторник, дабы он был официально уведомлен о своих планируемых обязанностях и подготовился к поездке в Берлин. Этот ответ получил фон Вайцзеккер.

Вёрман утверждает, что «после установления прямых сношений между Германией и Францией в державе-покровительнице больше нет нужды» и что эти вопросы немцы могут урегулировать со Скапини. Он утверждает, что назначение Скапини не ухудшило условия содержания французских военнопленных, а улучшило их. Мы сильно сомневаемся, что действия французов [sic] были добровольными. Гитлер решал, что они должны делать. Министерство иностранных дел приказало Абецу устроить так, чтобы французы согласились, и в течение суток вопрос был решен.

Столь важные вопросы не решаются с такой скоростью между иностранными державами, обладающими свободой действий и решений. Однако обвинение не представило свидетельств того, что по причине этих изменений условия содержания французских военнопленных и обращение с ними ухудшились, и при отсутствии таких доказательств этот инцидент не может лечь в основу решения о виновности.

Убийство пленных британских солдат. — 14 февраля 1941 г. США в качестве державы-покровительницы сделали запрос относительно обстоятельств, при которых шесть британских солдат были схвачены, а затем расстреляны в лесу под Дьеппом.

В меморандуме из канцелярии фон Риббентропа, составленном фон Вайцзеккером, дипломатическому советнику Альбрехту приказано установить факты и указать, что он придерживается мнения, что нота должна быть «отклонена в самых жестких выражениях».

Альбрехт послал письменный запрос в отдел вермахта по делам военнопленных. Здесь записи заканчиваются. Ответил ли вермахт, какой ответ дало министерство иностранных дел правительству США, предприняло ли министерство иностранных дел вообще какие-либо меры в связи с этими фактами или отклонило ноту, все это совершенно не известно. Обвинительный приговор не может основываться на таких записях.

ОБСУЖДЕНИЕ

Пожалуйста, применяйте в следующем ниже обсуждении современные нормы международного гуманитарного права.

1. Что такое держава-покровительница? (См. статью 2(c) Протокола I.) Какую роль она играет? (См. статьи 8/8/8/9 соответственно четырех Конвенций.) Ограничиваются ли задачи державы-покровительницы теми, которые определяются в различных статьях Конвенций? Какие задачи выполняет держава-покровительница, например, в отношении военнопленных? (См. статьи 13—108 и 126 Конвенции III.)

2. a. Каковы процедуры назначения державы-покровительницы? Кто может стать державой-покровительницей? Кто назначает державу-покровительницу? Должна ли неприятельская держава автоматически принять державу-покровительницу? Может ли она отказаться от всех назначенных нейтральных держав? (См. статьи 10/10/10/11 соответственно четырех Конвенций и статью 5 Протокола I.)

   b. Может ли государство сместить державу-покровительницу, заключив перемирие с удерживающей в плену державой? Даже если военнопленные остаются под стражей, они все еще пользуются услугами державы-покровительницы? Даже несмотря на то, что держава происхождения была оккупирована удерживающей в плену державой? Может ли держава происхождения быть державой-покровительницей для собственных военнопленных? Может ли удерживающая в плену держава договориться с державой происхождения о том, чтобы отказаться от защиты, предусмотренной Конвенцией III? (См. статьи 5, 6 и 8 Конвенции III и статью 5 Протокола I.)

3. Когда заканчиваются обязанности державы-покровительницы? Когда оккупация распространяется на всю территорию державы происхождения? Когда заключается соглашение о прекращении огня? Когда не остается больше покровительствуемых лиц в значении Конвенции? (См. статьи 5 и 8 Конвенции III и статью 5 Протокола I.)

4. a. Какие обязательства несет удерживающая в плену держава перед державой-покровительницей? Обязана ли удерживающая в плену держава извещать державу-покровительницу обо всех нарушениях МГП, совершенных против военнопленных? О смерти каждого из военнопленных? О результатах расследования смерти военнопленного? О причинах смерти военнопленных? (См. статьи 121, 122 и 126 Конвенции III.) Каковы последствия умышленного невыполнения этого

обязательства? Является ли его невыполнение серьезным нарушением Конвенций? Военным преступлением? (См. статью 14 Гаагского положения, статьи 50/51/130/147 соответственно четырех Конвенций и статьи 11(4) и 85 Протокола I.)

b. Были ли эти лица признаны виновными в невыполнении обязательства надлежащим образом информировать державу-покровительницу? Или в конкретном действии, которое они скрыли, в данном случае — в убийстве военнопленных? Или и в том, и в другом? Если в сокрытом ими конкретном действии, то почему? Является ли сокрытие преступления после его совершения участием в этом деянии? Должно ли так быть? (См. статьи 50/51/130/147 соответственно четырех Конвенций и статьи 11(4) и 85 Протокола I.)

5. Согласно сегодняшнему МГП, если бы Великобритания бомбила немецкое гражданское население, потеряла бы Великобритания право обеспечивать применение Германией Конвенций в отношении британских военнопленных? Была бы Германия свободна от обязательства соблюдать Конвенции в отношении Великобритании? (См. статьи 1 и 2(3), общие, Конвенций, статью 13(3) Конвенции II, статьи 51(6) и 96(2) Протокола I и статью 60 Венской конвенции о праве договоров, см. Цитату, глава 13. IX. 2. c) dd) Применимость общих норм об ответственности государств. Но нет взаимности.)

6. a. Может ли удерживающая в плену держава стрелять в военнопленных, чтобы помешать им бежать? В бежавших военнопленных, чтобы вновь захватить их в плен? Только в качестве чрезвычайной меры? Только когда они вооружены? Было бы поведение немцев совместимо с МГП, если бы дело происходило так, как описывалось в ответе министерства иностранных дел Германии от 6 июня 1944 г.? (См. статью 42 Конвенции III.)

b. Может ли удерживающая в плену держава наказывать военнопленных за попытку побега? За успешный побег, если их вновь захватили в плен прежде, чем они добрались до своих? Может ли наказание заключаться даже в смертной казни? Могут ли бежавшие быть наказаны за преступления по общему праву, совершенные с единственной целью осуществить побег (за кражу денег, стрельбу в охранника и т.д.)? (См. статьи 89, 91—93 и 100 Конвенции III.)

7. Показывает ли этот прецедент, что МГП имело какое-то значение для Гитлера и его чиновников?

Документ № 80, Военный трибунал США в Нюрнберге, «США против Вильгельма Листа»

[**Источник**: *The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, 1949, pp. 34–76.]

ДЕЛО ЗАЛОЖНИКОВ
СУД НАД ВИЛЬГЕЛЬМОМ ЛИСТОМ И ДРУГИМИ

ВОЕННЫЙ ТРИБУНАЛ США, НЮРНБЕРГ,
8 ИЮЛЯ 1947 г. — 19 ФЕВРАЛЯ 1948 г.

Все обвиняемые являлись бывшими высокопоставленными офицерами немецкой армии; их обвиняли в том, что они несут ответственность за преступления, совершенные войсками под их командованием во время оккупации Греции, Югославии, Албании и Норвегии, каковые преступления заключались главным образом в убийствах, совершенных в качестве репрессалий, предположительно в попытке поддержать порядок на оккупированных территориях перед лицом партизанского сопротивления или в произвольном уничтожении имущества, не оправданном военной необходимостью. Обвиняемым вменялось в вину совершение тем самым военных преступлений и преступлений против человечности.

В своем решении Трибунал рассмотрел ряд юридических вопросов, в том числе […] меру ответственности командиров за преступления, совершенные их войсками, и степень эффективности ссылки на приказ начальника. […]

3. РЕШЕНИЕ ТРИБУНАЛА

[…]

(ii) Ссылка на приказ начальника

[…]

«Подсудимые в свою защиту сослались на то, что действия, которые им вменяются в вину как преступления, были совершены по приказу вышестоящих офицеров, которым они были обязаны подчиняться. […]

Несомненно, что действия, совершенные во время войны под военным командованием неприятеля, не могут повлечь за собой уголовную ответственность офицеров или солдат, если эти действия не запрещены договорными или обычными нормами войны. Безоговорочное подчинение

приказам вышестоящих офицеров — то, без чего почти не может обходиться любая военная система. Однако она предполагает подчинение только законным приказам. Если действие, совершенное по приказу начальника, является убийством, отдание приказа не сделает его чем-то иным. Он может смягчить вину, но не может оправдать преступление. Однако мы полагаем, что, если нижестоящий чин не знал о незаконности приказа и нельзя было бы ожидать, с точки зрения здравого смысла, чтобы он знал о его незаконности, не существует противоправного намерения, необходимого для совершения преступления, и нижестоящий чин должен пользоваться защитой. Но общая норма такова, что военнослужащие обязаны подчиняться лишь законным приказам своих командиров и не могут избежать уголовной ответственности, если подчинились приказу, который нарушает международное право и подрывает основные принципы правосудия. Во время судебных процессов над немецкими военными преступниками (1921 г.) Верховный суд Германии в Лейпциге указал в деле «Лландовери Кастл»: «Приказ Патцига не освобождает обвиняемого от ответственности. Действительно, согласно п. 47 Военно-уголовного кодекса, если выполнение приказа в ходе обычного несения службы связано с наказуемым нарушением права, ответственность лежит только на вышестоящем офицере, отдавшем такой приказ. Однако согласно № 2 подчиненный, повиновавшийся такому приказу, подлежит наказанию, если ему было известно, что приказ начальника связан с нарушением гражданского или военного права.

Действительно, предшествующая норма заставляет командира сделать выбор между возможным наказанием со стороны его беззаконного правительства за неподчинение незаконному приказу вышестоящего офицера или законным наказанием за преступления по праву народов. Первый выбор, сделанный в надежде, что победа лишит деяние его преступного характера, указывает лишь на слабость воли и не является аргументом защиты.

> Мы признаем серьезные последствия этого выбора, особенно если его делает офицер в армии диктатора. Однако эта норма необходима, иначе армия противника во многих случаях вообще будет лишена защиты от преступного произвола, совершаемого по приказу начальников.

Защита сильно рассчитывает на то, что ее позицию подкрепят труды профессора Л. Оппенгейма. Действительно, он выступал в защиту этого принципа во всех своих работах. В качестве соавтора британского «Руководства по военному праву» он включил этот принцип и туда. Он также, кажется, проник в «Нормы ведения сухопутной войны» США (1940 г.) Мы считаем, что профессор Оппенгейм поддерживал точку зрения, явно разделяемую меньшинством. Она основана на следующем положении: закон не может требовать, чтобы человека наказывали за действие, кото-

рое он обязан был совершить по закону. В этой формулировке совершенно упускается из виду тот факт, что незаконный приказ ни в каком значении слова не является имеющим силу законом, которому человек обязан подчиняться. Тот факт, что британская и американская армии приняли в качестве установки эту норму в руководствах для своих вооруженных сил, не возводит ее в ранг нормы международного права. Мы указываем на то, что воинские уставы не являются подходящим источником международного права. Они не являются ни законодательным, ни судебным решением. Они не подходят ни с какой целью для определения того, был ли основополагающий принцип правосудия повсеместно принят цивилизованными народами. Однако подобные уставы, опирающиеся на обычай и практику в ведении войны, могут иметь ценность в качестве доказательств, особенно если соответствующие выдержки применялись в общей практике. Можно отметить, что существование обычая или практики является вопросом факта. Был ли принят основополагающий принцип правосудия — вопрос судебного или законодательного решения. В определении первого военные уставы могут сыграть важную роль, но для определения второго они не являются решающим прецедентом.

Те, кто придерживается мнения, будто приказ начальника является обстоятельством, полностью освобождающим от ответственности за преступление против международного права, основывают его главным образом на противоречии в военных уставах, обнародованных несколькими ведущими нациями. Хотя мы считаем, что воинские уставы не являются подходящим источником международного права, когда речь идет об основополагающей норме правосудия, мы утверждаем, что это противоречие в любом случае не подкрепляет позицию, в защиту которой на него ссылаются. Если, например, человека обвиняют в действии, признанном преступным согласно применяемым принципам международного права, а он ссылается на приказ начальника в качестве обстоятельства, освобождающего от ответственности, долг Суда — изучить источники международного права, чтобы определить суть такой ссылки. Если Суд обнаружит, что воинские уставы некоторых членов семьи народов предусматривают, что приказ начальника полностью освобождает от ответственности, а в воинских уставах других стран выражается противоположная точка зрения, Суд обязан будет сделать вывод, предположив в рамках дискуссии, что лишь такие уставы являются компетентным источником международного права, что в семье народов отсутствует всеобщее признание или согласие. Поскольку среди народов существует значительное расхождение относительно того, является ли приказ начальника обстоятельством, освобождающим от уголовной ответственности, возможен лишь следующий вывод: нет основания объявить приказ начальника обстоятельством, освобождающим от ответственности за преступление по международному праву. Это дает Суду право положительно заявить, что приказ начальника не является обстоятельством, освобождающим от ответственности за преступление по международно-

му праву, если он решает, что задействованный принцип является основополагающей нормой правосудия и по этой причине пользуется всеобщим признанием.

Международное право никогда не санкционировало защиту ссылкой на приказ начальника как обязательное препятствие для судебного преследования военных преступников. В настоящем деле подсудимые не могут воспользоваться этим доводом в свою защиту, хотя, если обстоятельства позволят, он может быть рассмотрен для смягчения наказания согласно прямо оговоренному положению Закона № 10 Контрольного совета. […]

(v) Вопрос о незаконности агрессивной войны не имеет значения для настоящего обсуждения

[…]
В целях настоящего обсуждения мы признаем истинность заявления о том, что войны против Югославии и Греции прямо нарушали пакт Бриана–Келлога и, следовательно, носили преступный характер. Однако отсюда не следует, что любое действие, совершенное немецкими оккупационными силами, направленное против лица или имущества, является преступлением или что каждое действие, предпринятое населением оккупированной страны против немецких оккупационных сил, становится таким образом законной обороной. Обвинение стремится упростить вопрос, сформулировав его следующим образом:

> «Единственный вопрос здесь: могут ли немецкие силы безнаказанно нарушать международное право, развязывая и ведя агрессивные войны, и одновременно требовать, чтобы жертвы этих преступлений строго выполняли обязанности и обязательства, которые они несут только перед законным оккупантом».

Вначале мы хотим указать на то, что международное право не делает различия между законным и незаконным оккупантом при рассмотрении соответствующих обязанностей оккупанта и населения на оккупированной территории. Не существует взаимно обязывающей связи между характером военной оккупации территории и правами и обязанностями оккупанта и населения друг перед другом после того, как эти отношения установились на деле. Было военное вторжение законным или преступным — не имеет значения при рассмотрении этой темы.

Не следует упускать из виду тот факт, что международное право является правом запретительным. Когда народы утвердили определенные нормы, как в случае с Гаагским положением 1907 г., международное право запрещает противоречащее им поведение. Его конкретные положения

регулируют общие теории, какими бы разумными они ни казались. Мы согласны с точкой зрения, выраженной в следующей выдержке, посвященной этой теме: «…какова бы ни была причина начавшейся войны, вне зависимости от того, является ли эта причина так называемой справедливой причиной, действуют одни и те же нормы международного права относительно того, чего не должно делать, что можно делать и что должны делать воюющие стороны и нейтральные государства. Это так, даже если объявление войны ipso facto является нарушением международного права, как в том случае, когда воюющая сторона объявляет войну нейтральному государству за отказ предоставить проход ее войскам или когда государство начинает войну в явное нарушение своих обязательств по Уставу Лиги или Общего договора об отказе от войны. Неверно будет сказать, что, раз такое объявление войны ipso facto является нарушением нейтральности и международного права, оно «недействительно и не имеет законной силы». Нормы международного права применяются к войне *вне зависимости от породившей ее причины*». […]

(x) Степень ответственности командующего оккупированной территорией

«Мы уже указывали ранее, что в обязанности командующего оккупированной территорией входит поддержание мира и порядка, наказание преступников и защита жизни и имущества. Эти обязанности распространяются не только на жителей оккупированной территории, но и на его собственные и союзные войска. Командующий оккупированной территорией, обладающий исполнительной властью так же, как и военной, не может сказать, что подразделение, подчинившееся незаконным приказам иного лица, а не командующего, несет ответственность за преступление, тогда как он тем самым освобождается от ответственности. Здесь утверждается, например, что некоторые подразделения СС под непосредственным командованием Генриха Гиммлера совершили некоторые из зверств, вменяемых в вину подсудимым в этом деле, которые не знали об этом и не давали своего согласия или одобрения. Но это обстоятельство не может освободить от ответственности командующего оккупированной территорией. На командующем лежит обязанность поддерживать мир и порядок, предупреждать преступления — и ответственность за это. Он не может игнорировать очевидное и ссылаться на свое незнание как на обстоятельство, освобождающее от ответственности. Факты состоят в том, что в докладах подчиненных подразделений, почти без исключений, сообщалось этим подсудимым о политике терроризма и устрашения, проводившейся подразделениями на местах. […]

«Вопрос о подчинении подразделений в качестве основания для определения уголовной ответственности приобретает значение лишь в случае

командира, осуществляющего только командование во время боя. Но для командующего оккупированной территорией, на которого возложено поддержание мира и порядка, наказание преступников и защита жизни и имущества, вопросы субординации относительно не важны. Он несет общую ответственность, которая не ограничивается руководством подразделениями, находящимися под его непосредственным командованием. Нижестоящие командиры на оккупированной территории несут такую же ответственность в той степени, в какой им передается исполнительная власть».

В решении по другому делу указывалось, что командующий «обязан уделять внимание всем происшествиям, имеющим место на данной территории. Он может требовать соответствующих докладов обо всех происшествиях, которые находятся в сфере его полномочий, а если такие доклады окажутся неполными или недостаточными по иной причине, он обязан потребовать дополнительных докладов, из которых и получит все необходимые факты. Если он не потребует и не получит полную информацию, то будет виновен в халатности и не сможет ссылаться на свою халатность как на обстоятельство, освобождающее его от ответственности. Его отсутствие в штаб-квартире не может освободить и не освобождает его от ответственности за действия, совершенные в соответствии с введенной им или молчаливо допускаемой им политикой. Ему не могут, конечно, вменяться в вину действия, совершенные по приказу другого лица, который выходит за рамки отданных им основных приказов. Если время позволяет, он должен отменить такие незаконные приказы, в ином же случае он должен принять меры для предотвращения их повторения.

Недостаточное знание содержания подаваемых ему докладов не является обстоятельством, освобождающим от ответственности. Доклады командующим делаются специально для них. Тот факт, что командующий не ознакомился с содержанием таких докладов или не потребовал дополнительных докладов, если первые показались недостаточными, является халатностью, которая не может послужить ему защитой.

Доклады, подававшиеся подсудимому Листу как командующему юго-восточными силами вермахта, показывают, что его уведомляли о незаконных убийствах тысяч невинных людей, которые не были законным объектом для такого наказания, в ответ на действия неизвестных лиц из числа населения. Ни разу он не призвал к ответу тех, кто отвечал за эти бесчеловечные и варварские действия. Тот факт, что он не положил конец этим незаконным убийствам и не принял соответствующих мер к тому, чтобы предотвратить их повторение, является серьезным нарушением долга и влечет за собой уголовную ответственность». […]

4. РЕШЕНИЕ ТРИБУНАЛА

[…]
Что касается Фёрча, Трибунал пришел к выводу, что характер должности подсудимого Фёрча как начальника штаба, полное отсутствие у него права принимать окончательные решения на местах, его попытки добиться отмены некоторых незаконных приказов и смягчения других, а также отсутствие прямых доказательств, возлагающих ответственность на него, заставляют нас сделать заключение, что обвинение не смогло привести доводы, доказывающие виновность подсудимого. Не было установлено физическое действие, которое позволило бы сделать вывод о преступном умысле.

«Нельзя сомневаться в том, что он знал о совершении действий, которые мы здесь определили как незаконные по международному праву. Недостаточно сказать, что он должен был быть виновным участником. Это должно быть выявлено на основании какого-либо ответственного действия. Многие из таких действий совершались организациями, над которыми у вермахта, за исключением командующего, совсем не было контроля. Многие другие действия осуществлялись по обычным каналам при его высказанном вслух возражении или пассивном сопротивлении. Улики не доказывают совершения незаконного деяния, которое было бы результатом любого действия, положительно выраженного или пассивного, со стороны этого подсудимого. Один тот факт, что он знал о совершении незаконных деяний, не отвечает требованиям уголовного права. Он должен быть тем, кто приказал совершить преступление, содействовал его совершению или добровольно участвовал в нем. Мы не можем сказать, что этот обвиняемый удовлетворяет указанным выше требованиям относительно участия в преступлении. Поэтому мы должны сказать, что улики не доказывают, при отсутствии разумных оснований для сомнения, что подсудимый Фёрч виновен по какому-либо пункту обвинения».

Документ № 81, Военный трибунал США в Нюрнберге, «США против Вильгельма фон Лееба и других»

[**Источник**: *The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XII, 1949, pp. 86–89.]

Следующий анализ основан на решении по делу «США против Вильгельма фон Лееба и других» (Дело верховного командования, Военный трибунал США, Нюрнберг, 27–28 октября 1948 г.), источник 11 TWC 462.
[…]

(xii) Толкование и применимость Гаагской и Женевской конвенций

Трибунал указал, что «еще один вопрос, представляющий общий интерес в этом деле, касается применимости Гаагской и Женевской конвенций в отношениях между Германией и Россией». […]

О применимости Женевской конвенции Трибунал сказал следующее: «Следует помнить, что Россия не являлась державой, подписавшей эту Конвенцию. В этом деле есть доказательства, извлеченные из дивизионного приказа немецкой дивизии, что Россия объявила о своем намерении взять на себя обязательства по этой Конвенции. Однако среди письменных свидетельств нет официального документа, на котором могло бы основываться подобное заключение». В деле Геринга и других […] Международный военный трибунал […] заявил следующее:

«Довод защиты по обвинению относительно убийства советских военнопленных и дурного обращения с ними, заключавшийся в том, что СССР не является участником Женевской конвенции, лишен всякого основания. 15 сентября 1941 г. адмирал Канарис выразил протест против правил обращения с советскими военнопленными, подписанных генералом Рейнеке 8 сентября 1941 г. Он заявил:

«Женевская конвенция об обращении с военнопленными не является обязательной в отношениях между Германией и СССР. Поэтому применяются лишь принципы общего международного права об обращении с военнопленными. Эти принципы постепенно устанавливались с XVIII в. в том смысле, что военный плен не является ни местью, ни наказанием, а представляет собой только профилактическое лишение свободы с единственной целью — помешать военнопленным принимать дальнейшее участие в войне. Этот принцип развивался в соответствии с разделяемой всеми армиями точкой зрения, что убийство или нанесение ранений беззащитным людям противоречит военной традиции… Прилагаемые предписания об обращении с советскими военнопленными основаны на совершенно иной точке зрения».

Статья 6(b) Устава предусматривает, что «дурное обращение… с гражданским населением оккупированной территории… убийство заложников… произвольное уничтожение городов, поселков и деревень» является военным преступлением. По большей части эти положения лишь поясняют действующие законы войны, установленные в Гаагской конвенции, в статье 46 которой говорится: «Честь и права семейные, жизнь отдельных лиц и частная собственность, равно как и религиозные убеждения и отправление обрядов веры, должны быть уважаемы».

Из приведенной выше цитаты кажется, что Трибунал принял как международное право заявление адмирала Канариса, что Женевская конвен-

ция не применяется в отношениях между Германией и Россией как договор, но что применяются общие принципы международного права, изложенные в этих Конвенциях. Другими словами, кажется, Международный военный трибунал в процитированном деле следовал тем же рассуждениям относительно Женевской конвенции, что и относительно Гаагской конвенции, а именно: они являются обязательными в той степени, в какой они по сути являются выражением международного права, принятого цивилизованными нациями мира, и этой же точки зрения придерживается данный Трибунал».

Затем Трибунал следующим образом решил две проблемы толкования:

«Один из встающих перед нами серьезных вопросов касается использования военнопленных для строительства укреплений. Указывается, что Гаагская конвенция конкретно запрещает использование военнопленных на любых работах, связанных с военными действиями, тогда как более поздняя Женевская конвенция предусматривает, что не должно быть *прямой* связи с военными операциями. Ситуацию еще больше осложняет тот факт, что, когда было внесено предложение в явной форме предусмотреть исключение для построения укреплений, на конференции было заявлено возражение против такого ограничения, и положение о таком конкретном исключении при использовании военнопленных не было принято. С точки зрения данного Трибунала, утверждение, что неприятель совершает международные преступления, не является основанием для освобождения от ответственности, однако в качестве свидетельства, помогающего в толковании того, какое использование военнопленных является приемлемым по международному праву, оно имеет отношение к делу. В любом случае, представляется, вовсе не было ясно, что такое использование военнопленных незаконно. Использование военнопленных для строительства укреплений — это обвинение, предъявленное представшим перед этим судом командирам на местах. Данный Трибунал полагает, что ввиду неясной позиции международного права по этому вопросу приказы вышестоящего командования, предусматривавшие такое использование, но не связанные с использованием военнопленных в опасных районах, не являлись явно преступными, и командиры на местах имели право предположить, что этот вопрос был надлежащим образом решен специалистами по праву в высших инстанциях.

Еще одно обвинение против командиров на местах в этом деле таково: они посылали военнопленных в Рейх для работы в оружейной промышленности. Упоминание оружейной промышленности встречается во многих документах. Хотя есть некоторые сомнения относительно того, как следует толковать это выражение, кажется, оно использовалось для обозначения производства оружия и боеприпасов. Тем не менее со стороны командиров на местах было законным переводить военнопленных

в Рейх, после чего они утрачивали контроль над военнопленными. Сообщения и приказы, где указывалось, что их желательно использовать в оружейной промышленности или что военнопленных передавали в оружейную промышленность, на самом деле не являются обязательными для их реального использования. Их использование после перевода было таким вопросом, над которым командиры на местах не имели власти. На самом деле, русских военнопленных использовали для многих целей, не связанных с оружейной промышленностью. Нельзя сказать, что подобные заявления сами по себе могут служить неопровержимым доказательством против подсудимых и в пользу незаконного использования военнопленных, которых они передавали дальше. В любом случае, чтобы подсудимый нес ответственность за передачу военнопленных в оружейную промышленность, улики должны доказывать, что вывезенные из его района военнопленные действительно там использовались.

Поэтому, что касается командиров на местах в этом деле, мы полагаем, что, согласно уликам, на командиров, которых мы судим, нельзя возложить ответственность за использование военнопленных в оружейной промышленности».

Затем Трибунал вернулся к вопросу о декларативном характере Гаагской и Женевской конвенций:

«Утверждая, что Гаагская и Женевская конвенции отражают общепринятые традиции и обычаи войны, следует отметить, что о некоторых подробных положениях, касающихся ухода за военнопленными и обращения с ними, вряд ли можно это сказать. Мы уверены, что подобные подробности могут стать юридически обязательными лишь посредством международного соглашения. Однако поскольку в этом деле не идет речь о нарушениях этих положений, мы не комментируем их, а лишь заявляем, что данное решение ни в коей мере не основано на нарушении таких положений в отношении русских военнопленных.

Большинство запрещений как в Гаагской, так и в Женевской конвенциях, если рассматривать их по существу, явно являются отражением общепринятых убеждений цивилизованных народов и были обязательны для Германии и подсудимых по этому делу в войне против России. Это относится к (1) обращению с военнопленными […]».

[Здесь Суд приводит 24 выдержки из некоторых норм Гаагского положения 1907 г. и Женевской конвенции о военнопленных 1929 г., которые он считает обязательными в качестве положений обычного права.]

3. Решение Международного военного трибунала для Дальнего Востока

Документ № 82, Токийский процесс над военными преступниками

[**Источник**: International Military Tribunal for the Far East, The Tokyo War Crimes Trial, November 1948, reprinted from Friedman, L. (ed.), *The Law of War: A Documentary History*, New York, Random House, vol. 2, 1972, pp. 1037–1040.]

[…]

(b) Ответственность за военные преступления против пленных

Пленные, захваченные во время войны, и интернированные гражданские лица находятся во власти захватившего их правительства. Так было не всегда. Однако последние два столетия такое положение дел признается, и нормы обычного права на этот счет нашли официальное выражение в IV Гаагской конвенции 1907 г., а затем в Женевской конвенции о военнопленных 1929 г. Следовательно, ответственность за попечение о военнопленных и интернированных гражданских лицах (мы будем называть их всех «пленными») возлагается на правительство, в руках которого они находятся. Эта ответственность не ограничивается обязанностью поддерживать их существование, но распространяется и на предотвращение дурного обращения с ними. В частности, правительство, несущее ответственность за пленных, должно предотвращать бесчеловечные действия по отношению к пленным, запрещенные обычным правом народов, а также конвенциями.

Выполнение своих обязательств перед пленными правительства осуществляют посредством людей. Более того, ответственное правительство, в данном смысле, — это те люди, которые руководят выполнением функций правительства и контролируют его. В этом случае и в вышеуказанном смысле нас интересуют члены кабинета министров Японии. Долг перед пленными — не бессмысленное обязательство, прикрывающее политическую абстракцию. Это конкретная обязанность, которая должна выполняться в первую очередь теми лицами, которые составляют правительство. При том множестве обязанностей и задач, возлагаемых на современные правительства, необходима продуманная система подразделений и делегирования обязанностей. В случае обязанности правительств перед пленными, захваченными ими во время войны, лица, составляющие правительства, несут основную и постоянную ответственность за своих пленных, пусть даже они делегируют другим обязанность по их содержанию и защите.

В общем, можно утверждать, что ответственность за пленных, которых удерживала Япония, была возложена на:

(1) членов правительства;

(2) офицеров армии или флота, командовавших подразделениями, в руках которых находились пленные;

(3) должностных лиц в тех ведомствах, которые занимались благополучием пленных;

(4) должностных лиц, как гражданских, так и представителей армии или флота, которые осуществляли непосредственный контроль над пленными.

В обязанности всех, на кого возложена ответственность, входит обеспечивать надлежащее обращение с пленными и предотвращать дурное обращение с ними, организуя и обеспечивая постоянную и эффективную работу системы, подходящей для этих целей. Указанные лица не выполняют эту обязанность и несут ответственность за дурное обращение с пленными, если:

(1) они не в состоянии создать такую систему;

(2) создав такую систему, они не могут обеспечить ее постоянную и эффективную работу.

Каждое из этих лиц обязано убедиться, что система работает, и если оно не сделает этого, то будет нести ответственность. Они не выполняют свою обязанность, если только создали надлежащую систему, но пренебрегают изучением ее применения в дальнейшем. Командующий армией или военный министр, например, должны прилагать такие же усилия, чтобы обеспечить выполнение своих приказов в этом отношении, какие они прилагают в связи с другими приказами, касающимися вопросов первоочередной важности.

Тем не менее указанные лица не несут ответственности, если обеспечены создание надлежащей системы и ее эффективное функционирование и совершаются обычные военные преступления, за исключением тех случаев, когда:

(1) они знали о совершении таких преступлений и, зная о них, не приняли меры, которые были в их власти, для предотвращения совершения таких преступлений в будущем, или

(2) они были виноваты в том, что не смогли получить такую информацию.

Если такое лицо имело или должно было иметь, если бы не его небрежность или лень, подобную информацию, его бездействие не будет оправдано, если его должность требовала или позволяла ему принять какие-либо меры для предотвращения этих преступлений. С другой стороны, для снятия вины с лица, которое иначе несло бы ответственность, недостаточно, чтобы оно доказало, что приняло утверждения других лиц, более тесно связанных с контролем над пленными, если, учитывая должность этих других лиц, частоту сообщений о таких преступлениях или любые другие обстоятельства, оно должно было провести дальнейшее расследование относительно правдивости этих утверждений. При вменении знания следует рассматривать такие факторы, как общеизвестность преступлений, их многочисленность и крупномасштабность с точки зрения времени и места.

Член кабинета министров, который несет коллективную ответственность как один из основных органов правительства за попечение о пленных, не освобождается от ответственности, если, зная о совершении преступлений в обсуждавшемся выше смысле и пренебрегая мерами, которые предотвратили бы совершение таких преступлений в будущем, или будучи не в состоянии принять такие меры, он решает оставаться членом кабинета министров. Таково положение дел даже в том случае, если ведомство, которым он руководит, не связано напрямую с попечением о пленных. Член кабинета министров может подать в отставку. Если он знает о дурном обращении с пленными и не может предотвратить такое дурное обращение в будущем, но предпочитает остаться в кабинете министров, тем самым продолжая участвовать в коллективной ответственности за защиту пленных, он добровольно принимает на себя ответственность за все случаи дурного обращения в будущем.

Командующий армией или флотом может, отдав приказ, обеспечить надлежащее обращение с пленными и предотвратить дурное обращение с ними. Это могут сделать и военное или военно-морское министерства. Если против пленных, находящихся под их надзором, совершаются преступления, о возможном совершении которых они знали или должны были знать заранее, они несут ответственность за эти преступления. Если, например, будет доказано, что в подразделениях, находящихся под его командованием, совершаются обычные военные преступления, о которых он знал или должен был знать, командир, не принявший необходимых мер для предотвращения таких преступлений в будущем, будет нести ответственность за такие будущие преступления.

Должностные лица, знающие о дурном обращении с пленными, не несут ответственность в той мере, чтобы подавать в отставку, но если их должностные обязанности включали в себя управление системой защиты пленных и если они знали или должны были знать о преступлениях и не приняли действенных мер, в рамках своих полномочий, для их предотвращения в будущем, они несут ответственность за такие будущие преступления.

4. Решения национальных судов

Прецедент № 83, США, Дело по заявлению Квирина и других

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Supreme Court of the United States, 317 US 1 (1942); примечания не приводятся.]

ДЕЛО ПО ЗАЯВЛЕНИЮ КВИРИНА И ДРУГИХ; США В ДЕЛЕ «КВИРИН И ДРУГИЕ ПРОТИВ КОКСА, НАЧАЛЬНИКА ВОЕННОЙ ПОЛИЦИИ» […]

ЗАКЛЮЧЕНИЕ: ПРЕДСЕДАТЕЛЬ ВЕРХОВНОГО СУДА СТОУН огласил заключение Суда. […]

Все истцы родились в Германии, все жили в США. Все они вернулись в Германию в период между 1933 и 1941 г. Все, кроме истца Хаупта, по общему признанию являются гражданами немецкого Рейха, с которым Соединенные Штаты находятся в состоянии войны. Хаупт приехал в эту страну с родителями, когда ему было пять лет; утверждается, что он стал гражданином США в силу натурализации его родителей в тот момент, когда он был несовершеннолетним, и что с тех пор он не утратил гражданства. Однако правительство утверждает, что, достигнув совершеннолетия, он решил сохранить немецкое подданство и гражданство или, в любом случае, что своим поведением он отверг гражданство США либо отказался от него. […]

После объявления войны между США и немецким Рейхом истцы прошли подготовку в школе подрывной деятельности в Берлине, Германия, где их обучали использованию взрывчатых веществ и способам тайнописи. После этого истцы […] взошли на борт немецкой подводной лодки, которая пересекла Атлантический океан […] на пути к Нью-Йорку. Там эти четверо высадились с подводной лодки под покровом ночи […], имея при себе запас взрывчатых веществ, запалы, зажигательные устройства и таймеры. При высадке на берег они были одеты или частично одеты в форму немецких морских пехотинцев. Сразу после высадки они закопали форму и другие упомянутые предметы в землю и направились к Нью-Йорку в гражданской одежде. […]

Все они получили в Германии от офицера немецкого Верховного командования указания уничтожать военно-промышленные объекты и военные учреждения в США, за что они или их родственники в Германии должны были получать заработную плату от немецкого правительства. […]

Президент как Президент и Главнокомандующий армией и флотом приказом от 2 июля 1942 г. назначил Военный трибунал и предписал ему судить истцов за преступления против права войны и военного кодекса сухопутных и военно-морских сил. В тот же день Президент издал Декларацию, где объявил, что «все лица, являющиеся подданными, гражданами или жителями любой страны, находящейся в состоянии войны с Соединенными Штатами, или подчиняющиеся любой такой стране или действующие под ее руководством, которые во время войны проникают или пытаются проникнуть на территорию США… через береговые или пограничные укрепления и которых обвиняют в саботаже, шпионаже, враждебных или военных действиях, в их попытке или подготовке, или в нарушениях права войны, являются субъектами права войны и подпадают под юрисдикцию военных трибуналов». […]

По всеобщему согласию и в соответствии с общей практикой, в праве войны проводится различие между вооруженными силами и мирным населением воюющих стран, а также между законными и незаконными комбатантами. Законные комбатанты могут быть захвачены и содержаться под стражей неприятельскими вооруженными силами как военнопленные. Незаконные комбатанты также могут быть захвачены и содержаться под стражей, но кроме того их могут судить и наказывать военные трибуналы за действия, которые придают их участию в войне незаконный характер. Шпион, тайно и без формы проникающий в тыл воюющей стороны во время войны, чтобы собирать военную информацию и передавать ее неприятелю, или неприятельский комбатант, который без формы и тайно переходит линию фронта, чтобы вести войну путем лишения жизни и уничтожения имущества, — вот хорошо известные примеры воюющих, которые обычно не считаются имеющими права на статус военнопленного, а являются нарушителями права войны, которых должны судить и наказывать военные трибуналы. […]

В Обвинительном акте 1 указано, что истцы, «будучи врагами Соединенных Штатов и действуя на благо […] немецкого Рейха, неприятельской воюющей страны, тайно и скрытно миновали, в гражданской одежде, в нарушение права войны, военные и военно-морские границы и заграждения США […] и проникли за эти границы, в нарушение права войны, в гражданской одежде […] с целью совершить […] враждебные действия, в частности уничтожить определенные военно-промышленные объекты, военные предприятия и военное сырье на территории США».

Этот обвинительный акт столь явно предполагает нарушение права войны, что требует лишь краткого обсуждения утверждений истцов. Как мы видели, проникновение на нашу территорию во время войны неприятельских комбатантов, в том числе действующих под руководством вооруженных сил неприятеля, с целью уничтожения имущества, которое используется или может быть полезно при ведении войны, является враждебным и военным действием. Для тех, кто принимал в нем участие, не будучи одетыми в форму, оно влечет за собой наказание, предусмотренное правом войны для незаконных комбатантов. Не имеет значения, что не утверждалось, что истцы имели при себе обычное оружие и что их предполагаемые враждебные действия необязательно предполагали столкновение с Вооруженными силами США. [...] Современная война направлена на уничтожение военных запасов неприятеля и средств их производства и транспортировки в той же мере, что и на уничтожение его вооруженных сил. Любое соображение, по которому незаконный комбатант заслуживает наказания, в равной степени применимо, будь его целью хоть первое, хоть второе. Право войны не может, по всей справедливости, считать агентов неприятельской армии, которые проникают на нашу территорию, вооруженные взрывчаткой, предназначенной для уничтожения военно-промышленных объектов и запасов, в меньшей степени неприятельскими комбатантами, чем агентов, проникающих таким же образом с целью уничтожить укрепления или наши Вооруженные силы. Пересекая наши границы с такими целями без формы или какой-либо эмблемы, указывающей на их статус комбатантов, или избавляясь от таких средств идентификации после проникновения, эти враги становятся незаконными комбатантами, которых следует судить и наказывать.

Тот факт, что неприятельский комбатант имеет гражданство США, не освобождает его от последствий участия в войне, которое является незаконным, будучи нарушением права войны. Граждане, которые присоединяются к военному управлению неприятельского правительства и проникают в эту страну с его помощью, под его руководством и управлением, настроенные на совершение враждебных действий, являются неприятельскими комбатантами в смысле Гаагской конвенции и права войны. [...] Именно как неприятельский комбатант истец Хаупт обвиняется в проникновении на территорию США, а незаконное участие в войне — суть преступления, в котором его обвиняют. [...]

Соответственно, мы заключаем, что Обвинение I, по которому истцы были задержаны для осуществления над ними суда Военным трибуналом, представляет собой преступление, которое Президент уполномочен передать на рассмотрение Военному трибуналу, что его Приказ о создании Трибунала был законным приказом и что Трибунал создан законно, что истцы законно содержались под стражей и что они не смогли привести

доводы в пользу своего освобождения. Отсюда следует, что приказы Окружного суда должны быть подтверждены и что в разрешении подать ходатайства об издании приказа habeas corpus в этом Суде следует отказать. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

В целях настоящего обсуждения, пожалуйста, считайте применимыми Конвенции и Протокол I.

1. a. Кто имеет право на статус военнопленного по МГП? Только комбатанты? (См. статью 28(2) Конвенции I, статью 4 Конвенции III, статьи 44(4)—(5) и 45 Протокола I.)

   b. Влияет ли гражданство на статус лица, в ином случае имеющего право на статус военнопленного? Даже если лицо имеет гражданство удерживающей в плену державы? Может ли человек, даже являясь военнопленным, быть наказан за акт измены, состоящий в том, что он участвовал в войне против своей страны или сражался в неприятельских вооруженных силах? (См. статьи 4, 16 и 85 Конвенции III и статью 43 Протокола I.)

2. Почему Суд особо упомянул об отсутствии формы у неприятельского комбатанта? Какой статус имеет комбатант, который не отличает себя от гражданского населения? (См. статью 1 Гаагского положения, статью 4(A)(2) Конвенции III и статью 44(3)—(4) Протокола I.) Какой цели служит этот принцип проведения различия? Объясняет ли это, почему нормы МГП не предоставляют статус комбатантов шпионам? (См. статьи 29—31 Гаагского положения и статьи 44(4), 45(3) и 46 Протокола I.) Одинаково ли отношение в МГП к диверсантам и шпионам? Какова разница между диверсантом и шпионом?

3. Могло ли быть принято это решение, если бы применялся Протокол I?

Прецедент № 84, США, «Джонсон против Айзентрагера»

ПРЕЦЕДЕНТ

[См. также **Прецедент № 218**, США, «Расул против Буша».]

[**Источник**: U. S. Supreme Court JOHNSON v. EISENTRAGER, 339 U.S. 763 (1950); June 5, 1950; см. http://laws.findlaw.com/us/339/763.html]

Верховный суд США
ДЖОНСОН против АЙЗЕНТРАГЕРА, 339 U. S. 763 (1950)

ДЖОНСОН, МИНИСТР ОБОРОНЫ, И ДРУГИЕ против АЙЗЕНТРАГЕРА, ОН ЖЕ ЭРХАРДТ, И ДРУГИХ

ИСТРЕБОВАНИЕ ДЕЛА В ОКРУЖНОЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД США ОКРУГА КОЛУМБИЯ. № 306

Обсуждалось 17 апреля 1950 г.

Решение принято 5 июня 1950 г.

[…]

СУДЬЯ ДЖЕКСОН огласил заключение Суда.

Основной вопрос в этом деле касается юрисдикции гражданских судов США в отношении военных властей при рассмотрении деяний, совершенных за границей гражданами враждебных государств. Факты заключаются в следующем:

Граждане Германии, 21 человек, подали в Окружной суд округа Колумбия ходатайства об издании судебного приказа habeas corpus. Они утверждали, что до 8 мая 1945 г. служили в немецких вооруженных силах в Китае. […] 8 мая 1945 г. немецкое верховное командование […] подписало акт о безоговорочной капитуляции, прямо обязав все силы, находящиеся под немецким контролем, немедленно прекратить активные военные действия. Эти пленные признаны виновными в нарушении законов войны путем участия в военных действиях против США, разрешения их или отдания приказа о них после капитуляции Германии и до капитуляции Японии. Их враждебные действия состояли главным образом в сборе и предоставлении секретных сведений относительно американских сил и их передвижений японским вооруженным силам. Они, а также еще шестеро, которые были оправданы, были арестованы армией США после

капитуляции Японии, предстали перед судом и были признаны виновными Военным трибуналом, созданным нашим командующим в Нанкине, которому это право делегировал командующий силами США в Китае в соответствии с полномочиями, специально предоставленными ему Объединенным комитетом начальников штабов США. Трибунал заседал в Китае с особого разрешения китайского правительства. Судебное разбирательство происходило исключительно под эгидой США, в нем не участвовали представители иностранных держав. После вынесения обвинительного приговора судебные решения были должным образом пересмотрены. […]

Пленные были репатриированы в Германию для отбытия срока наказания. […]

В ходатайствах они настоятельно просят издать приказ о том, чтобы пленные предстали перед Окружным судом, и Суд, расследовав вопрос их тюремного заключения, приказал освободить их от ответственности за эти преступления и от тюремного заключения. Утверждается, что суд над ними, их осуждение и тюремное заключение нарушают статьи I и III Конституции и Пятую поправку к ней, а также другие положения Конституции и законов Соединенных Штатов и положения Женевской конвенции, регулирующей обращение с военнопленными. […]

I

[…]

Именно война вскрывает относительную уязвимость статуса иностранца. Безопасность и защита, которыми он пользуется, пока страна его государственной принадлежности сохраняет мирные отношения с США, значительно снижаются, когда его страна поднимает против нас оружие. Хотя с ним обращаются гораздо более гуманно […] и его положение более терпимо, чем судьба многих наших граждан в некоторых неприятельских странах, оно все же не слишком приятно. Однако ограничения, которые наша страна накладывает на иностранца, который также становится врагом, налагаются временно в связи с войной, а не в связи с его иностранным гражданством. […]

Американская доктрина влияния войны на статус граждан воюющих сторон обрела постоянную форму после нашей первой войны с иностранной державой. […] Воинский призыв, обязательная служба в армии и меры по мобилизации каждого человека и всех материальных ресурсов и использованию всех своих граждан, где бы они ни были, под ружьем, при осуществлении заговоров и диверсий подтверждают […] высказанное ранее мнение этого Суда, что во время войны «каждый гражданин

одной страны должен признать каждого гражданина другой страны как собственного врага, ибо он враг его страны». [...] При этом не учитываются его собственные чувства или желания. [...] Враждебный иностранец связан своим подданством, которое обязывает его не упускать ни одной возможности поспособствовать делу нашего врага, поэтому США, предполагая, что он будет верен своему подданству, [...] считают его частью неприятельских ресурсов. Следовательно, они принимают меры, чтобы лишить его способности совершать враждебные действия, вменяемые как его намерения, поскольку они являются долгом перед его сувереном. [...]

Процессуальная правоспособность враждебного иностранца, позволяющая ему предъявлять иски в судах США, часто оспаривается и иногда отрицается. [...] Недавно Суд единогласным решением прояснил и право получить доступ в наши суды, и налагаемые на него ограничения. Мы заявили: «Старинная норма, запрещающая иски со стороны постоянно проживающих здесь враждебных иностранцев, все еще применяется лишь в той степени, в какой она необходима, чтобы предотвратить использование судов для достижения цели, которая может помешать нашим собственным военным усилиям или помочь неприятелю. Это можно считать твердым принципом сегодняшнего общего права». [...]

Однако враждебные иностранцы, не проживающие здесь постоянно, особенно те, которые по-прежнему пребывают на службе неприятеля, не имеют даже такого ограниченного доступа в наши суды, поскольку они не могут иметь сопоставимых прав на наши учреждения и поскольку их использование последних не может не быть полезным неприятелю. [...]

II

[...]

Мы здесь столкнулись с решением, основной предпосылкой которого является то, что эти заключенные имеют конституционное право подавать иск в какой-либо суд США с целью получить приказ habeas corpus. Для подкрепления этого предположения мы должны решить, что пленный, захваченный нашими военными властями, имеет конституционное право на такой судебный приказ, даже если он: (a) является враждебным иностранцем; (b) никогда не был или не жил в США; (c) был захвачен за пределами нашей территории и содержался там в заключении как военнопленный; (d) был отдан под суд и осужден Военным трибуналом, заседавшим за пределами США; (e) за преступления против права войны, совершенные за пределами США; (f) и всегда находился в заключении за пределами США.

Мы указали, что право на инициирование судебного процесса было распространено на иностранцев, будь они гражданами дружественных или враждебных государств, лишь потому, что полученное ими разрешение пребывать в нашей стране предполагало […] защиту. Здесь подобных оснований нет, поскольку эти заключенные ни в какое время, имеющее отношение к делу, не находились на территории, сувереном которой являются США, и места совершения ими преступлений, их захвата, суда и отбывания срока наказания все находятся за пределами территориальной юрисдикции какого-либо суда в США. […]

Основное соображение в производстве в порядке habeas corpus — это то, что заключенный предстанет перед судом. […] Издание […] такого приказа в отношении этих заключенных может означать, что нашей армии придется привезти их на слушание через океан. Это потребует выделения места на корабле, персонала для конвоирования, жилья и продовольствия. Это также может потребовать транспортировки свидетелей, которых заключенных захотят вызвать, а также тех, кто будет необходим для защиты законности приговора. Приказом habeas corpus, поскольку это считается вопросом права, в равной степени смогли бы воспользоваться враги во время активных военных действий, как и в нынешнем промежуточном состоянии между войной и миром. Подобные суды помешали бы нашим военным усилиям и принесли бы помощь и поддержку неприятелю. Они снизили бы авторитет наших командующих не только среди врагов, но и среди колеблющихся нейтральных держав. Трудно было бы придумать более действенное ограничение для командира, чем позволить тем самым врагам, которых ему приказано привести к повиновению, привлекать его к ответственности в гражданских судах его собственной страны и отвлекать его энергию и внимание от военных наступательных действий за границей, направляя их на правовые оборонительные действия в США.

Кроме того, мы не может ожидать взаимности, давая в руки неприятеля неограниченную свободу пользоваться оружием судебных тяжб. […] Приказ habeas corpus не пользуется повсеместной известностью. […]

Несмотря на это, двери наших судов не были полностью закрыты для всех этих заключенных. Три суда рассмотрели их заявление и предоставили их адвокатам возможность высказать все аргументы в их […] защиту и дать некоторое обоснование ходатайству относительно того, почему на них не должны распространяться обычные ограничения, накладываемые на враждебных иностранцев, не проживающих постоянно в США. […] Выслушав все доводы, которые они считали уместным выдвинуть, и рассмотрев каждый довод, который можно основывать на их заявлении и приведенных ниже решениях, мы приходим

к тому же выводу, который сделал Суд в каждом из этих дел, а именно: что здесь отсутствует право на получение судебного приказа habeas corpus. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Нарушил ли гражданин Германии, продолжавший сражаться с японскими войсками против США после 8 мая 1945 г., «законы войны»? МГП?

   b. Согласно Конвенции III, стали бы истцы военнопленными, попав во власть США? Если бы они были военнопленными, могли бы им вынести приговор за то, что они делали? Без возможности подать прошение в Верховный суд США? (См. статьи 82, 84, 85, 99, 102 и 106 Конвенции III.)

   c. Если бы истцы были гражданскими лицами, находившимся под защитой Конвенции IV, могли бы им вынести приговор за то, что они делали? Без возможности подать прошение в Верховный суд США? (См. статьи 64, 66, 70 и 73 Конвенции IV.)

2. Что вы думаете насчет ограничений, налагаемых по законам США на «враждебных иностранцев»? Соответствуют ли они нормам МГП? (См. статьи 35—43 Конвенции IV, статью 23(з) Гаагского положения.)

3. Может ли покровительствуемое лицо подать судебный иск в суды неприятельской державы, в чьей власти оно находится? Даже если оно не находится на собственной территории неприятеля? (См. статью 14(3) Конвенции III, статью 38 Конвенции IV, статью 23(з) Гаагского положения.)

4. Может ли военнопленный подать ходатайство об издании приказа habeas corpus в суды удерживающей в плену державы? Может ли гражданское лицо, являющееся враждебным иностранцем, подать ходатайство об издании приказа habeas corpus в суды держащей под стражей державы? Является ли каждый гражданин неприятельской страны либо военнопленным, либо покровительствуемым гражданским лицом? (См. статьи 4 и 5 Конвенции III, статью 4 Конвенции IV.)

Прецедент № 85, США, Судебный процесс по делу генерал-лейтенанта Харуки Исаямы и других

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Levie, H. S. (ed.), *International Law Studies: Documents on Prisoners of War*, Naval War College, R. I., Naval War College Press, vol. 60, 1979, pp. 345–348.]

СУД НАД ГЕНЕРАЛ-ЛЕЙТЕНАНТОМ ХАРУКИ ИСАЯМОЙ И СЕМЬЮ ДРУГИМИ ЛИЦАМИ

(Военный трибунал США, Шанхай, 25 июля 1946 г.)

ИСТОЧНИК
5 LRTWC (Law Reports of Trials of War Criminals) 60

A. КРАТКОЕ СОДЕРЖАНИЕ СУДЕБНОГО ПРОЦЕССА

1. ОБВИНЕНИЯ

[…]
И в Обвинительном заключении, и в Записке о подробностях, где указывались конкретные преступления, утверждается, что обвиняемый генерал-лейтенант Харуки Исаяма «допустил, санкционировал и приказал провести незаконный, несправедливый, неоправданный и «фальшивый» судебный процесс» в японском военном трибунале по делу нескольких американских военнопленных, «незаконно приказал японскому военному трибуналу и дал ему указания» приговорить этих американских военнопленных к смерти и «незаконно приказал, дал указания и санкционировал незаконную казнь» этих американских военнопленных. […] Что касается других обвиняемых […], в Обвинительном заключении и Записке о подробностях утверждается, что они в качестве членов японского военного трибунала сознательно, противоправно, незаконно и «фальшиво» судили, обвинили в нескольких преступлениях и осудили «нескольких американских военнопленных», опираясь на ложные и поддельные доказательства и отказав этим военнопленном в справедливом судебном разбирательстве, «сознательно, противоправно и умышленно приговорили» нескольких американских военнопленных к смертной казни и незаконно казнили. Некоторые из подсудимых также обвиняются в качестве председателя суда и прокуроров, а те, кто выступал в роли судей, также обвиняются в противоправном и умышленном неисполнении своих обязанностей в качестве этих судей и в том, что они не выполнили свой долг, не обеспечив справедливое и надлежащее судебное разбирательство. Подсудимые заявили о своей невиновности.

2. СВИДЕТЕЛЬСТВА, ПРЕДСТАВЛЕННЫЕ ТРИБУНАЛУ

Свидетельства показывают, что 14 американских летчиков были схвачены японской армией Формозы и подвергнуты допросу в связи с предполагаемыми нарушениями Кодекса военных законов Формозы, касающегося наказания неприятельских летчиков за бомбардировки и воздушные нападения в нарушение международного права. Эти 14 летчиков были в большинстве своем радистами, фотографами и стрелками, их захватили в период между 12 октября 1944 г., когда был выпущен Кодекс военных законов, и 27 февраля 1945 г. Старшие члены экипажей — пилоты и вторые пилоты — были отправлены в Токио в целях получения от них информации, и их не судили вместе с остальными членами экипажа.

Кодекс, о котором идет речь, предусматривал, что его условия применяются ко всем неприятельским летчикам, находящимся под юрисдикцией 10-й Армии, и что наказание будет назначено всем неприятельским летчикам, которые выполняли следующие действия: осуществляли бомбардировки и воздушные нападения с намерением уничтожить или сжечь частные объекты невоенного характера, осуществляли бомбардировки невоенных объектов и воздушные нападения на них, за исключением тех случаев, когда этого нельзя было избежать, пренебрегали правами человека и совершали бесчеловечные деяния или проникали в зону юрисдикции с намерением осуществить какое-либо из указанных выше действий. В качестве наказания предусматривалась смертная казнь, которая могла быть в зависимости от обстоятельств заменена на пожизненное заключение или заключение сроком не менее 10 лет. В Кодексе указывалось, что приговор должен быть приведен в исполнение соответствующим командующим, предусматривалось создание военного трибунала в Тайхоку, состоящего из офицеров 10-й Армии и других подразделений под ее командованием, и что к военному трибуналу применим устав специального военно-полевого суда. Далее в нем предусматривалось, что любого, кто нарушит этот Кодекс, будет судить военный трибунал, что командующий будет руководить трибуналом и что трибунал будет состоять из трех судей: двух обычных армейских офицеров и одного судебного чиновника, которых назначит командующий.

Всех 14 летчиков допрашивали члены Юридического отдела 10-й Армии. Существовали некоторые доказательства того, что в ходе расследования начальник Юридического отдела, подсудимый Фурукава, запрашивал в Токио распоряжения относительно захваченных летчиков и получил ответ, что их следует судить, если они подпадают под сферу действия Кодекса военных законов. По возвращению на Формозу он дал указание своим подчиненным завершить расследование. Свидетельства, представленные в Военный трибунал США, показывают, что протоколы допроса нескольких американских летчиков были подделаны до судебного процесса в японском суде или до того, как были окончательно составлены протоколы японского суда.

Переводчик, присутствовавший при даче фальсифицированных показаний, засвидетельствовал, что никто из данных летчиков не признавался в бомбардировках или воздушных нападениях неизбирательного характера. Эти свидетельства подкрепляют показания некоторых из тех лиц, кто вел протоколы допросов. Обвиняемые отрицают фальсификацию и утверждают, что летчики признали свою вину.

Обвиняемые на данном процессе утверждают, что в соответствии с директивами Военного департамента Японии 10-я Армия запросила у центрального правительства указания во время предварительного расследования и отправила изложение заключений, прежде чем передать дела в суд. Из Токио пришел ответ: если сделанные заключения верны, должен быть вынесен суровый приговор. Обвиняемому Исаяме, начальнику штаба 10-й Армии, сообщали обо всех процессуальных действиях. […]

Четырнадцать американцев судили группами, разделив их по самолетам, членами экипажей которых они были. Рассматривалось шесть дел; все они слушались 21 мая 1945 г. Американским летчикам не дали возможности получить доказательства или вызвать свидетелей в свою защиту. Защита пыталась оправдать это, во-первых, тем, что недостаток персонала и средств не позволял летчикам выехать на место их предполагаемых неизбирательных бомбардировок и воздушных нападений, а во-вторых, тем, что летчикам дали в суде все возможности сделать любые заявления по их желанию. Обвинению на суде в США были представлены доказательства того, что летчикам не перевели никаких документов или свидетельств, за исключением обвинения, и что их не защищал адвокат.

Были доказательства того, что, согласно японской системе военного правосудия, обвиняемому не разрешали иметь защитника во время войны; представленные суду свидетельства являлись в большинстве своем документами, основанными на признаниях и заявлениях обвиняемых, полученных во время предварительного расследования, и отчетах жандармерии об ущербе и расследованиях; обвиняемый мог давать показания перед трибуналом и представлять доказательства в свою защиту. Защита утверждала, что такой процедуры придерживались в каждом из судебных процессов над 14 американскими летчиками, и эта процедура, согласно свидетельствам, была нормальной.

Защита утверждала, что, поскольку намерение японского обвинения требовать смертной казни было одобрено в Токио и поскольку смертной казни требовали во время судебного процесса, военному трибуналу пришлось приговорить подсудимых к смерти, а командующему — привести приговор в исполнение. […] Командующий […] издал приказ о казни всех 14 человек после получения окончательных указаний из Токио. Утром 19 июня 1945 г. американских летчиков выстроили в шеренгу над выкопанным рвом, расстреляли и захоронили в этом рву.

Оформление японских судебных материалов, касавшихся этих американских летчиков и переданных американским властям в сентябре 1945 г., было завершено лишь после капитуляции Японии. [...] Обвиняемые подписали судебные материалы лишь после войны.

3. РЕШЕНИЕ СУДА И ПРИГОВОРЫ

Все обвиняемые были признаны виновными.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Были ли американские военнопленные лишены справедливого судебного разбирательства, как заключил Суд? Если да, потому ли, что судебный процесс нарушал применимые в то время нормы МГП? Даже несмотря на то что Япония не была государством — участником Конвенции об обращении с военнопленными 1929 г.? Были ли обвиняемые в том деле лишены справедливого суда в соответствии с теми нормами МГП, которые применяются сегодня? (См. статьи 82—89 и статьи 99—108 Конвенции III.)

2. a. Согласно современному МГП, может или должна удерживающая в плену держава наказывать военнопленных за такие действия, какие были криминализованы в Кодексе Формозы, даже если они были совершены до их захвата в плен? (См. статью 85 Конвенции III и статьи 51 и 85 Протокола I.)

   b. Если следовать современному МГП, был ли Кодекс военных законов Формозы применим к обвиняемым? Соответствовал ли этот Кодекс нормам МГП? Если нет, было ли это потому, что Кодекс приняли, не уведомив должным образом державу-покровительницу? В крайнем случае, мог ли Кодекс быть применен к 14 летчикам, захваченным в тот же день, когда он был принят? Это произошло, потому что Кодекс был принят без согласия державы, за которой числились военнопленные? Или потому, что Кодекс предусматривал смертную казнь в качестве наказания? Или потому, что Кодекс применялся лишь к неприятельским летчикам? (См. статьи 82, 87, 88 и 100 Конвенции III.)

3. a. Проводился ли японский суд в соответствии с судебными гарантиями, которые предусматриваются современным МГП? Если нет, был ли вынесенный им приговор правомерен? (См. статьи 84, 102 и 105 Конвенции III.)

   b. Должным ли образом собирались улики против летчиков? (См. статью 99(2) Конвенции III.)

c. Должны ли были обвиняемые получить возможность собрать доказательства или вызвать свидетелей? (См. статью 105 Конвенции III.)

d. Хотя японская система военного правосудия не позволяла обвиняемым пользоваться помощью адвоката, должны ли были предоставить адвоката обвиняемым в этом деле? (См. статьи 99(3) и 105 Конвенции III.)

e. Должен ли был суд дать обвиняемым право обжаловать приговор? Было ли у них такое право? (См. статью 106 Конвенции III.)

4. Могли ли японский и американский суд состояться, несмотря на то что державу-покровительницу не уведомили о судебном разбирательстве? (См. статью 104 Конвенции III.)

5. Не противоречит ли современным нормам МГП смертная казнь через столь короткое время после вынесения приговора? Не следует ли сначала уведомить державу-покровительницу? Какая информация должна содержаться в таком сообщении? (См. статьи 100(3), 101 и 107 Конвенции III.)

6. Согласно современному МГП, имели бы США право или несли бы обязательство наказать японских судей за их участие в вынесении приговора летчикам? Находились ли японские судьи под юрисдикцией США, когда совершали свои преступления? Можно ли осудить судью за вынесенный им приговор? (См. статью 130 Конвенции III.)

Прецедент № 86, США, К делу Ямашиты

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Supreme Court of the United States 327 US 1 (1946); примечания приводятся частично.]

[…]
Председатель Верховного суда Стоун огласил заключение Суда.

[…]
Обвинение. Ни акция Конгресса, ни военные приказы, согласно которым был создан трибунал, не уполномочивали его судить истца, если избранным против него обвинением не было нарушение права войны. Обвинение — в той степени, в какой это сейчас имеет значение, — состояло в

том, что истец на Филиппинских островах в период между 9 октября 1944 г. и 2 сентября 1945 г., «будучи командующим вооруженными силами Японии, находившейся в состоянии войны с США и их союзниками, противоправно пренебрег и не выполнил свои обязанности в качестве командующего в отношении контроля над действиями личного состава своего соединения, позволив ему совершать бесчеловечные зверства и другие серьезные преступления против граждан США и его союзников и колоний, особенно Филиппинских островов; и [...] тем самым он нарушил законы войны».

В записках о подробностях, поданных обвинителем по распоряжению трибунала, содержались утверждения о ряде действий, общим число 123, совершенных личным составом сил, находившихся под командованием истца в указанный период. В первом пункте указывалось выполнение «продуманного плана по избиению и истреблению большой части гражданского населения в провинции Батангас и уничтожению и разрушению общественной и частной собственности и собственности религиозных организаций в ней, в результате чего более 25 тысяч мужчин, женщин и детей (все — невооруженные гражданские некомбатанты) подверглись жестокому обращению и были убиты без причины или суда, а целые поселения были разорены и уничтожены произвольно и без всякой военной необходимости». В других пунктах указывались акты насилия, жестокости и убийства, совершавшиеся против гражданского населения и военнопленных, акты массовых грабежей и произвольное уничтожение религиозных сооружений.

Не отрицается, что подобные действия, направленные против гражданского населения оккупированной страны и против военнопленных, признаются в международном праве нарушениями права войны. Статьи 4, 28, 46 и 47 Приложения к Четвертой Гаагской конвенции 1907 г. [...] Однако утверждается, что в обвинении не указано, что истец совершал или приказывал совершить подобные деяния, и, следовательно, он не обвиняется в каком-либо нарушении. Однако здесь упущен тот факт, что суть обвинения — неправомерное невыполнение истцом как командующим армией своих обязанностей по контролю над действиями личного состава своего соединения, состоявшее в том, что он позволил личному составу совершать указанные массовые и широкомасштабные жестокости. Вопрос здесь заключается в том, налагает ли право войны на командующего обязанность принимать все необходимые меры, доступные его власти, чтобы контролировать находящиеся под его командованием войска с целью предотвратить указанные действия, которые являются нарушениями права войны и которых вполне можно ожидать при оккупации вражеской территории неконтролируемыми солдатами, и в том, можно ли возложить на него личную ответственность за непринятие таких мер, когда в результате происходят нарушения. [...]

Очевидно, что ведение военных операций войсками, произвол которых не сдерживается приказами или действиями их командующего, почти наверняка выльется в нарушения, для предотвращения которых и существует право войны. Его предназначение — защита гражданского населения и военнопленных от жестокости — практически не было бы выполнено, если бы командующий армией вторжения мог безнаказанно пренебрегать принятием разумных мер для их защиты. Следовательно, право войны предполагает, что его нарушений следует избегать путем контроля над военными операциями со стороны командующих, которые в определенной степени ответственны за своих подчиненных.

Это признается в Приложении к Четвертой Гаагской конвенции 1907 г. о законах и обычаях сухопутной войны. Статья 1 предусматривает в качестве условия, которое вооруженные силы должны выполнить, для того чтобы им были предоставлены права законных воюющих сторон, то, что они должны иметь «во главе лицо, ответственное за своих подчиненных». […] А статья 26 Женевской конвенции Красного Креста 1929 г. об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях вменяет «в обязанности главнокомандующих воюющих армий предусмотреть подробности исполнения вышеизложенных статей (Конвенции), а также непредвиденные случаи…» Наконец, статья 43 Приложения к Четвертой Гаагской конвенции требует, чтобы командующий силами, оккупировавшими неприятельскую территорию, каковым был истец, принимал «все зависящие от него меры к тому, чтобы насколько возможно восстановить и обеспечить общественный порядок и общественную жизнь, уважая существующие в стране законы, буде к тому не встретится неодолимого препятствия».

Эти положения явно возлагали на истца, который в указанное время был не только командующим японскими силами, но и военным губернатором Филиппин, положительную обязанность принимать зависевшие от него и соответствовавшие обстоятельствам меры для защиты военнопленных и гражданского населения. Еще ранее нашими собственными военными трибуналами эта обязанность командующего была признана имевшей место, а ее невыполнение — преступным. […]

Мы не пишем законы войны, но соблюдаем их в той мере, в какой они не противоречат распоряжениям Конгресса или Конституции. Не утверждается, что настоящее обвинение, сформулированное таким образом, не подкреплено доказательствами или что трибунал признал истца ответственным за непринятие мер, которые были не в его власти или которые не могли быть приняты командующим при имевшихся обстоятельствах.

[В примечании 4 говорится: В своем заключении трибунал принял во внимание сложности, «вставшие перед обвиняемым не только в связи со стремительным и непреодолимым наступлением американских сил, но и в связи с ошибками его пред-

шественников и недостатками в организации, оборудовании, снабжении... подготовке личного состава, связи, слабости дисциплины и боевого духа его войск», а также «боевую обстановку, характер, подготовку и возможности штабных офицеров и нижестоящих командиров, а также особенности... его войск». Тем не менее он пришел к заключению, что истец не принял тех мер для контроля над своими войсками, которых «требовали обстоятельства».]

Мы не оцениваем доказательства. Мы лишь констатируем, что обвинение в достаточной степени устанавливает нарушение права войны и что трибунал на основании обнаруженных фактов вполне мог признать истца виновным в таком нарушении. […] Ясно, что обвинение, по которому судили истца, возлагало на него невыполнение обязанности контролировать действия личного состава его соединения, что позволило им совершить указанные зверства. Это и послужило основанием для трибунала рассмотреть свидетельства, которые вели к установлению преступного неисполнения истцом обязанности, возложенной на него правом войны, и затем вынести решение о том, что этих свидетельств достаточно для установления виновности. […]

Судья Мерфи, особое мнение […]

[…] Я не могу согласиться с тем, что обвинение против истца констатировало признанное нарушение законов войны. […]

С учетом условий, в которых происходили военные события на Филиппинах после 9 октября 1944 г., эти обвинения состоят в следующем: «Мы, победоносные американские силы, сделали все возможное, чтобы уничтожить и дезорганизовать ваши линии связи, ваш эффективный контроль над вашим персоналом, вашу способность вести войну. В этом отношении мы преуспели. Мы победили и сломили ваши силы. А теперь мы обвиняем и приговариваем вас за то, что вы не могли эффективно контролировать ваши войска в тот период, когда мы столь успешно блокировали и уничтожали ваши силы и лишали вас способности сохранять действенный контроль. Ваши неорганизованные войска совершили множество зверств. Поскольку эти зверства были столь широко распространены, мы не возьмем на себя труд обвинять вас в том, что вы совершили какие-либо из них, приказали их совершить или потворствовали их совершению, а также доказывать это. Мы решим, что они стали следствием вашей несостоятельности и бездействия как командующего. Короче говоря, мы обвиним вас в неэффективном контролировании ваших сил. Мы будем оценивать выполнение вами ваших обязанностей в условиях беспорядка, который по большей части мы сами и создали. Мы устанавливаем любые критерии оценки, какие захотим».

Во всей истории международного права, по крайней мере насколько я знаю, ничто не оправдывает подобного обвинения против командующе-

го проигравшей стороны. Использование тех самых неэффективности и беспорядка, которые создали победившие силы, в качестве главной основы для осуждения офицеров проигравших армий не имеет ничего общего с правосудием или реальными событиями войны.

Международное право не пытается определить обязанности командующего армией, подвергающейся постоянному и сокрушительному нападению; оно также не накладывает при таких обстоятельствах ответственность за невыполнение обычных обязанностей командующего. Это исключение вполне понятно. Обязанности, а также способность контролировать войска меняются в зависимости от характера и интенсивности каждого конкретного сражения. Для того чтобы обнаружить неправомерное отступление от обязанностей в боевых условиях, требуются сложные и тщательные расчеты. Такие расчеты весьма маловероятны, когда их производит победитель в отношении действий побежденного командующего. […]

Ссылки суда на смутные и неопределенные указания в Гаагских конвенциях и Женевской конвенции Красного Креста неуместны. Так, указание в статье 1 Приложения к Четвертой Гаагской конвенции № IV от 18 октября 1907 г. […] на то, что военные законы, права и обязанности применяются к армии и добровольческим отрядам, только если они «имеют во главе лицо, ответственное за своих подчиненных», не относится к данному делу. Даже в обратном случае в условии «ответственное за своих подчиненных» не указано, перед кем это лицо ответственно или какой тип ответственности предусмотрен. Эту фразу по-разному толковали авторитетные специалисты по международному праву. В книге Оппенгейма *Международное право* (т. II, под ред. Лаутерпахта. — М., 1949; 6th ed., rev. by Lauterpacht, 1940, vol. 2, p. 204, fn. 3) сказано, что «значение слова «ответственное»… не ясно». Оно, возможно, означает «ответственное перед какой-либо более высокой властью, независимо от того, назначено ли указанное лицо свыше или избрано будущими подчиненными…» Другой автор указывает, что слово «ответственно» в данном конкретном контексте означает, «по-видимому, ответственное перед вышестоящим начальством» или, «возможно, оно просто обозначает того, кто контролирует своих подчиненных и на кого, следовательно, можно возложить ответственность за их действия» (Wheaton, *International Law*, 7th ed., by Keith. — London, 1944, p. 172, fn. 30). Еще один специалист, Уэстлейк (Westlake, *International Law*, 1907, part II, p. 61), считает, что, «вероятно, предусмотренная здесь ответственность не что иное, как способность осуществлять эффективный контроль». Наконец, Эдмондс и Оппенгейм (Edmonds and Oppenheim, *Land Warfare*, 1912, p. 19, par. 22) указывают: достаточно того, «что на командующего войсками постоянно или временно возложены обязанности офицера или он обладает высоким положением и авторитетом…» Кажется совершенно бесспорным, что слово «ответственно» не было использовано именно в этой Гаагской конвенции, чтобы установить какую-то высокую планку эффективности командующего побежден-

ной армии в тот момент, когда он подвергается сокрушительному нападению; не было оно использовано и для того, чтобы возложить на него какую-либо уголовную ответственность за военные преступления, совершенные войсками под его командованием в таких обстоятельствах. Положения других конвенций, на которые ссылался суд, явно в той же степени не имеют отношения к рассматриваемой ситуации или не важны для нее. Ни в статье 19 Десятой Гаагской конвенции [...], ни в статье 26 Женевской конвенции Красного Креста 1929 г. [...] не говорится об обстоятельствах, когда войска командующего совершают зверства в чрезвычайно неблагоприятных для них боевых условиях. Также упоминалось требование статьи 43 Приложения к Четвертой Гаагской конвенции [...] о том, что командующий силами, оккупирующими неприятельскую территорию, «обязан принять все зависящие от него меры к тому, чтобы насколько возможно восстановить и обеспечить общественный порядок и общественную жизнь, уважая существующие в стране законы, буде к тому не встретится неодолимого препятствия». Однако истец был не только командующим силами, оккупировавшими неприятельскую территорию, он стоял во главе армии, которая подвергалась постоянным непрерывным и сокрушительным нападениям превосходящих сил. Это положение также умалчивает об обязанностях командующего в подобных обстоятельствах. [...]

Единственный вывод, который я могу сделать, — обвинения против истца явно не имеют прецедента в международном праве или в анналах военной истории. Это не означает, что неприятельские командующие могут избежать наказания за явное и противоправное непредотвращение зверств. Однако такое наказание должно основываться на обвинениях, справедливо составленных с учетом установленных норм международного права и признанных идей правосудия.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. В то время являлись ли действия, вменяемые в вину истцу, признанным нарушением законов войны? Или дело было лишь в том, что правосудие вершили победители?

   b. Являются ли такие действия признанным нарушением МГП в наши дни? (См. статьи 86 и 87 Протокола I.)

2. a. Если военачальник несет личную ответственность за преступное поведение личного состава своего подразделения по отношению к покровительствуемым лицам в том случае, если он не принимает необходимых мер, чтобы предотвратить такое поведение прежде, чем оно произошло (и чтобы положить ему конец и наказать преступников,

если оно все же произошло), каковы же необходимые меры, которых будет достаточно, чтобы избежать личной ответственности? Как это можно оценить? Будут ли минимально необходимые меры различаться в зависимости от обстоятельств?

b. Для признания виновности применяется субъективный или объективный критерий, то есть должен ли командующий *знать*, что его подчиненные собираются совершить нарушение МГП, или иметь информацию, которая *должна была бы* позволить ему сделать такое заключение? Какой критерий mens rea более суров?

3. a. Прав ли судья Мерфи в своем особом мнении, говоря, что командующий не должен нести ответственность за действия своих войск, когда они подвергаются «непрерывному и сокрушительному нападению»? Реально ли это с военной точки зрения? Имеет ли это значение? Должно ли это иметь значение?

b. Действительно ли напряженная боевая ситуация может быть справедливо оценена при последующем рассмотрении? Особенно если ее рассматривают победители в конфликте? Если нет, значит ли это, что солдат никогда не смогут справедливо судить и наказывать? (*См. также* **Прецедент № 101**, США, «США против Уильяма Л. Келли, мл.».)

Прецедент № 87, Бирма, «Ко Маунг Тин против Ю Гон Мана»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *AD*, vol. 14, 1947, pp. 233–235.]

КО МАУНГ ТИН
против
Ю ГОН МАНА

Бирма, Верховный суд (Апелляционный гражданский суд)
(председатель суда Робертс, судьи Ба Ю, Благден, Райт и Е. Маунг)
3 мая 1947 г.

ФАКТЫ. Во время японской оккупации Бирмы истец ссудил 1000 рупий в японских банкнотах ответчику, который выдал истцу долговое обязательство с обещанием возвратить 1000 рупий только в японских банкнотах с процентами и обеспечил его документами о праве собственности на его

имущество с целью получения ссуды под недвижимость. После возобновления британской оккупации истец возбудил дело против ответчика на основании этого долгового обязательства. Со стороны ответчика утверждалось, что выпуск японских денег был незаконен и 1000 рупий (в японской валюте) не являлись деньгами в значении указанной в долговом обязательстве суммы. […]

Решено: что иск по долговому обязательству должен быть отклонен. […] Японские военные власти превысили свои полномочия, соответствующие международному праву, выпустив валюту, ходившую одновременно с валютой, установленной законным правительством.

По мнению судьи Е. Маунга: «Решив, что японские военные власти при оккупации Бирмы превысили свои законные полномочия, соответствующие международному праву, выпустив параллельную валюту и соотнеся ее с валютной системой, установленной законным правительством Бирмы, я не забыл о прецедентах, созданных во время войны 1914–1918 гг. немцами во Франции и Бельгии и австрийцами в Сербии, а затем во время войны, начавшейся в 1939 г., — Германией и ее союзными державами. Немецкие юристы и имперский верховный суд пытались оправдать подобные действия теорией о том, что при эффективной оккупации неприятельской территории власть оккупирующей державы полностью исключает и заменяет государственную власть законного правительства. Эта теория не получила всеобщего признания и противоречит современным взглядам на статус оккупирующей державы. Право оккупанта на оккупированной территории — лишь право управления. См. McNair, *Legal Effects of War* (2nd ed.), at page 337.

На статьи 42–56 Гаагского положения 1907 г. явно нельзя ссылаться в поддержку того, что оккупирующая держава вносит изменение в валютную систему оккупированной территории и делает это изменение обязательным для законного правительства.
[…]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Может ли оккупирующая держава издавать законы для оккупируемой ею территории? По каким вопросам? При каких условиях? (См. статью 64 Конвенции IV и статью 43 Гаагского положения.)

2. Может ли оккупирующая держава вводить на оккупированной территории собственную валюту в качестве законного платежного средства? Хотя бы параллельно с местной валютой? Может ли она создать отдельную законную валюту для оккупированной территории? Когда введение валюты является законодательным актом?

Прецедент № 88, Нидерланды, К делу Пильца

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *AD*, vol. 17, 1950, pp. 391–392, исходный доклад в NJ, No. 681, 1950.]

НАКАЗАНИЕ ВОЕННЫХ ПРЕСТУПНИКОВ

К делу ПИЛЬЦА

Голландия, Окружной суд Гааги (Особая уголовная палата). 21 декабря 1949 г.

Особый кассационный суд. 5 июля 1950 г.

ФАКТЫ. В оккупированной Голландии молодой голландец, которого завербовали в немецкую армию, попытался бежать из своего подразделения и был при этом ранен выстрелом. Обвиняемый, немецкий военный врач, подвергся судебному преследованию после войны за то, что отказался разрешить немецкому персоналу оказать медицинскую помощь раненому и злоупотребил своими полномочиями, приказав или по крайней мере допустив, чтобы его подчиненный застрелил последнего. В своем решении от 21 декабря 1949 г. Особая уголовная палата Окружного суда Гааги постановила, что не обладает юрисдикцией для рассмотрения дела такого характера. По апелляции прокурора,

Решено (Особым кассационным судом): что апелляцию следует отклонить. Кассационный суд согласился с судом низшей инстанции в том, что нидерландские суды обладали бы юрисдикцией в этом деле, только если бы немецкий врач совершил военное преступление, и что, следовательно, необходимо выяснить, являлись ли действия, в которых его обвиняют, нарушением законов войны. Однако Гаагское положение 1907 г. о законах и обычаях войны не было нарушено, поскольку в цели Положения и, в частности, статьи 46 входит защита жителей страны, оккупированной неприятелем, а не военнослужащих оккупационных сил. Юридическое положение последних регулировалось не международной конвенцией, а военно-уголовным правом оккупирующей державы. Суд низшей инстанции установил как факт, что раненый принадлежал к оккупационной армии. При этих условиях его гражданство или бывшее гражданство не имело значения, поскольку из-за своего поступления в оккупационную армию он утратил право на защиту со стороны международного права и добровольно подчинил себя законам оккупирующей державы. Не применялась также и Женевская конвенция от 27 июля 1929 г. об улучшении

участи раненых и больных в действующих армиях, поскольку эта Конвенция защищает лишь личный состав армии от военнослужащих из числа личного состава противостоящей армии. Отказать в медицинской помощи раненому солдату в данном и допустить его убийство, если этому найдутся доказательства, — это ужасающие преступления со стороны военного врача, противоречащие всем гуманитарным принципам и врачебному призванию. Однако они являются не военными преступлениями, а преступлениями, входящими в сферу действия внутригосударственного немецкого военно-уголовного права и юрисдикции. Не являлись действия, за которых немецкого врача судили в Голландии, и преступлениями против человечности в смысле Устава Международного военного трибунала, поскольку пострадавший более не принадлежал к гражданскому населению оккупированной территории и совершенные против него действия нельзя было считать частью системы преследований «по политическим, расовым или религиозным мотивам».

ОБСУЖДЕНИЕ

Пожалуйста, предположите в целях настоящего обсуждения, что применяются Конвенции и Протокол I.

1. Применяется ли Конвенция I только к обращению со стороны неприятеля? А Протокол I? Утрачивает ли неприятельский гражданин, добровольно вступивший в вооруженные силы державы, в руках которой он находится, статус покровительствуемого лица? (См. статьи 7/7/7/8 соответственно четырех Конвенций, статьи 10, 11 и 75 Протокола I.) Является ли нарушением МГП отказ в медицинской помощи такому лицу? Суммарная казнь такого лица? (См., например, статью 5(3) Конвенции IV, статьи 50/51/130/147 соответственно четырех Конвенций, статьи 10 и 75 Протокола I.)

2. Является ли отказ в медицинской помощи серьезным нарушением МГП? Даже в этом случае? (См. статью 13 Конвенции III, статьи 50/51/130/147 соответственно четырех Конвенций, статью 11(1) и (4) Протокола I.)

3. Нарушает ли МГП офицер, позволяющий своему подчиненному застрелить дезертира, вышедшего из строя? (См. статью 3, общую, Конвенций и статьи 75 и 83(3)(e) Протокола I.)

Прецедент № 89, Сингапур, «Компания «Батаафше Петролеум» против Комиссии по установлению ущерба, причиненного войной»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *AJIL*, vol. 51(4), 1957, pp. 802–815; примечания не приводятся.]

КОМПАНИЯ «БАТААФШЕ ПЕТРОЛЕУМ МААЧАППИ Н. В. & ДР.» против КОМИССИИ ПО УСТАНОВЛЕНИЮ УЩЕРБА, ПРИЧИНЕННОГО ВОЙНОЙ

22 Malayan Law Journal 155 (1956)
Апелляционный суд, Сингапур,
13 апреля 1956 г. Главный судья Уайатт, главный судья Мэтью и судья Уиттон

Принадлежавшие голландским корпорациям нефтяные запасы в Голландской Ост-Индии были захвачены японскими вооруженными силами и использовались в гражданских и военных целях Японии. Однако они не были реквизированы японцами по Гаагскому положению. В конце войны большая часть этой нефти была обнаружена в Сингапуре и захвачена британской армией в качестве военного трофея. Голландские корпорации подали иск о компенсации. Их иск был отклонен в первой инстанции, но удовлетворен после апелляции. Главный судья Уайатт в заключении, более полно представлявшем факт, среди прочего сказал:

[...] Истцы утверждают, что нефть была их собственностью, а не, как предположили ответчики, собственностью государства Япония, и в поддержку этого утверждения они опираются на два общих аргумента: во-первых, что они имели законное право собственности на эту нефть по внутригосударственному праву, и, во-вторых, что японские оккупанты никогда не лишали их права собственности законным путем.

Перед тем как подробно рассмотреть эти доводы, было бы удобно представить имеющие отношение к делу факты, которые были доказаны или признаны в ходе этого длительного судебного разбирательства. Истцы владели тремя нефтяными компаниями, зарегистрированными в Голландии, которые до начала войны с Японией в 1941 г. занимались добычей и переработкой нефти на Суматре. [...] К концу 1941 г. истцы организовали разработку 32 нефтяных пластов (таково техническое название) в различных местах принадлежащих им участков. [...]

Для описания событий, происшедших во время японской оккупации […] можно следующим образом суммировать показания японских офицеров флота и армии. Когда японские вооруженные силы оккупировали Суматру, они немедленно захватили установки по добыче нефти, принадлежавшие истцам, а также их нефтеперегонные заводы в Палембанге, поскольку, как выразился японский морской офицер, адмирал Ватанабе, вызванный ответчиками, «нефть была в то время важнейшим военным имуществом, и лично я считал, что войну мы начали из-за нефти». Установки были сильно повреждены в связи с проводившейся правительством Голландской Ост-Индии политикой «выжженной земли», и японские военные власти создали для их восстановления специальное техническое подразделение, подчинявшееся военной дисциплине. К концу первого года японской оккупации все установки снова были исправны, и сырая нефть вновь извлекалась из нефтяных пластов и перерабатывалась на нефтеперегонных заводах истцов. Японские военные власти не начинали разработку новых нефтяных месторождений, а продолжали добывать нефть из существующих нефтяных пластов в течение всего периода оккупации. Полученная таким образом нефть или по крайней мере ее значительная часть отправлялась в очищенном и иногда в сыром виде в Сингапур, где ее держали в резервуарах-хранилищах, принадлежавших в некоторых случаях дочерним компаниям истцов, до тех пор, пока в конце концов ее не отправляли в различные пункты назначения […] для удовлетворения не только военных, но и гражданских нужд в этих районах. Японский полковник, возглавлявший транспортный отдел нефтяного ведомства в Сингапуре […] не сообщил, какое количество нефти выделялось соответственно военным и гражданским потребителям. Когда британцы высадились в Сингапуре 5 сентября 1945 г., они обнаружили в резервуарах-хранилищах […] очищенную нефть и […] сырую нефть; вся она, как признали ответчики, была получена из нефтяных пластов на Суматре вооруженными силами оккупирующей стороны. […] Британские вооруженные силы захватили эти нефтяные запасы в качестве военного трофея. […]

Теперь я перейду к рассмотрению вопроса о том, имели ли осуществлявшие военную оккупацию японцы право захватывать сырую нефть в земле и тем самым лишать истцов права собственности на нее. Общепризнано, что, если такое право существовало при военной оккупации, оно вытекало из статьи 53 Гаагского положения. Однако прежде чем я обращусь к этой статье, необходимо рассмотреть выдвинутый истцами внушительный аргумент, который, если он окажется верным, переведет подробное изучение Гаагского положения в чисто теоретическое русло. Истцы утверждали, что японцы начали войну или по крайней мере вторглись в Ост-Индию, чтобы завладеть нефтяными запасами этой страны, поскольку нефть является необходимым сырьем в современной войне. Поэтому японская армия вторжения, стоило ей установить необходимое военное превосходство, захватила все до одной установки истцов, а за-

тем, как можно быстрее, приступила к их ремонту и введению в эксплуатацию, используя для этого гражданских техников [...] приданных армии и подчинявшихся воинской дисциплине. Вся операция, как уверяют истцы, была подготовлена и осуществлена японскими вооруженными силами в соответствии с генеральным планом Японии по использованию нефтяных ресурсов Голландской Ост-Индии для поддержки своей агрессивной войны. Этот план увенчался успехом и позволил японским силам в Юго-Восточной Азии распределять во время войны большие количества нефти, как сырой, так и переработанной, чтобы удовлетворять потребности военных и гражданских потребителей на территориях, находившихся под их контролем, и в самой Японии. Это использование нефтяных ресурсов Голландской Ост-Индии являлось, по утверждению истцов, заранее обдуманным тотальным разграблением частной собственности японским государством и в качестве такового противоречило законам и обычаям войны.

Истцы полагались на свидетельства японских офицеров армии и флота, чтобы доказать факты, на которых основывался этот аргумент. Начальник топливной секции склада снабжения министерства военно-морского флота в Токио заявил, что весной 1942 г. он принимал участие в составлении планов восстановления нефтяных месторождений в Голландской Ост-Индии, а позже объезжал захваченные нефтяные месторождения и организовывал отправку персонала и материалов для их восстановления и ввода в эксплуатацию. [...] Другие подробности переработки, очистки и распределения нефти были предоставлены японскими офицерами, которые находились в Палембанге и штаб-квартире нефтяного ведомства в Сингапуре и четко показали, что помимо [sic] удовлетворения военных потребностей нефть также использовалась в гражданских нуждах. С моей точки зрения, эти свидетельства доказывают, что захват армией вторжения нефтяных установок истцов на Суматре произошел в рамках общего плана, разработанного японским государством, чтобы завладеть нефтяными ресурсами Голландской Ост-Индии для удовлетворения потребностей не только оккупационной армии, но и военно-морских сил, армии и гражданского населения Японии как в самой стране, так и за ее пределами в ходе войны против союзных держав.

Раз это доказано, требует ответа следующий вопрос: противоречит ли захват частной собственности в таких масштабах и в таких целях законам и обычаям войны? На этот счет, к счастью, имеется значительное количество прецедентов — судебные решения, принятые после войны в Европе. Прежде всего это вынесенное в 1946 г. решение Нюрнбергского трибунала, в котором устанавливается тот принцип, что использование ресурсов оккупированной территории во исполнение предумышленного плана по содействию общему ведению войны воюющей стороной без учета местной экономики является грабежом и, следовательно, нарушением законов и обычаев войны. Этот принцип был одобрен и развит в делах Флика

(1947 г., Военный трибунал США, Нюрнберг), Круппа (1948 г., Военный трибунал США, Нюрнберг) [См. **Прецедент № 78**, Военный трибунал США в Нюрнберге, «США против Альфреда Круппа и других»] и Крауха (1948 г., Военный трибунал США, Нюрнберг), где он был применен к действиям немецких промышленников, которые систематически разграбляли экономику оккупированных территорий, завладевая значительной долей или контрольным пакетом акций частных предприятий вопреки желаниям их владельцев. В настоящем деле есть еще более веские основания для его применения, поскольку разграбление собственности истцов совершалось не японскими промышленниками, но самими вооруженными силами Японии, систематически и беспощадно, в течение всего периода оккупации. На мой взгляд, эти прецеденты полностью поддерживают аргументацию истцов. Соответственно, я прихожу к выводу, что захват и последующее использование японскими вооруженными силами нефтяных ресурсов истцов на Суматре являлись нарушением законов и обычаев войны и, следовательно, не могли привести к переходу права собственности от истцов к оккупирующей воюющей стороне.

Теперь я обращаюсь к альтернативному аргументу истцов в этом же разделе, а именно: что захват в любом случае был незаконен, поскольку сырая нефть в земле не является «боевыми припасами» в смысле статьи 53 Гаагского положения, потому что в это время она является сырьем и, более того, недвижимым сырьем. Согласно Британскому наставлению по военно-судебному производству, выпущенному Армейским советом в соответствии со статьей 1 Гаагского положения, «боевые припасы» — это «предметы, которые могут быть непосредственно использованы в военных целях». Ответчики принимают это толкование «боевых припасов», как они, собственно, и обязаны сделать, поскольку они на самом деле представляют корону, хотя и не используя это наименование в данном судебном разбирательстве. Следовательно, они обязаны доказать, что сырая нефть в земле, хотя и является сырьем, может быть непосредственно использована в военных целях или по крайней мере иметь достаточно тесную связь с непосредственным использованием в военных целях, чтобы подпадать под действие статьи 53. Ни в одном прецеденте не было прямо подтверждено заявление, что сырье может быть «боевыми припасами», однако ответчики сослались на отрывок из *Международного права* Оппенгейма (7th edition, p. 404), где сказано, что «все виды частного движимого имущества, которые могут служить военным имуществом, такие как… ткань для форменной одежды, кожа для сапог… могут быть конфискованы… для военных целей…», что, по их утверждению, поддерживает мнение, что сырье может являться «боевыми припасами». С другой стороны, финский профессор Кастрен в книге *Право войны и нейтральность* (*Law of War and Neutrality*, p. 236) говорит, что «сырье и полуфабрикаты, необходимые для войны, вряд ли можно считать боевыми припасами». Возможно, определенные виды сырья или полуфабрикатов, такие как ткань для формы или кожа для сапог, которые могут быть пре-

вращены в готовую продукцию армейским персоналом без помощи гражданских специалистов и гражданского оборудования, можно, не слишком расширяя понятие «боевые припасы», считать достаточно тесно связанными с непосредственным использованием в военных целях, чтобы они подпадали под действие статьи 53. Однако нет необходимости принимать решение по этому пункту, поскольку обстоятельства рассматриваемого дела показывают, что в данном случае такой тесной связи не существует. Согласно свидетельским показаниям, армия нуждалась в сложных установках и гражданских специалистах, чтобы завладеть этой нефтью и подготовить ее к использованию своими боевыми техническими средствами. Ее необходимо было извлечь из подземных резервуаров, затем перевезти на нефтеперегонный завод, затем подвергнуть сложному процессу очистки, прежде чем кто-либо смог бы ею воспользоваться. При таких обстоятельствах нельзя сказать, по-моему, что в момент ее захвата в земле нефть была достаточно тесно связана с непосредственным использованием в военных целях, чтобы подпадать под значение термина «боевые припасы», указанное в статье 53.

Следующий аргумент, выдвинутый истцами, заключался в том, что «боевые припасы» не включают в себя недвижимое имущество, и, поскольку сырая нефть в момент конфискации была частью недвижимого имущества, она не являлась «боевыми припасами». Истцы признали, что определенные объекты, включенные в указанные в статье 53 категории, которые обладают определенными свойствами недвижимости, как, например, система железнодорожного транспорта, могут подвергаться конфискации, однако утверждали, что нефть в земле нельзя было считать исключением, и в поддержку этой точки зрения приводили мнение лорда Саймона в деле «Шиффарт-Тройханд против генерального прокурора» (1953 г., A.C. 232 (на с. 262)) относительно того, что «противозаконно захватывать неприятельскую частную собственность на суше (если она не представляет собой боеприпасы или оружие, которые могут быть использованы против неприятеля в бою»)…» Лорд Саймон, конечно, не собирался давать исчерпывающее толкование «боевых припасов», но, я думаю, было бы крайне странно толковать его фразу «оружие или боеприпасы, которые могут быть использованы против неприятеля в бою» настолько широко, чтобы утверждать, что она может относиться к находящимся в земле полезным ископаемым. По моему мнению, статья 53 должна применяться, вообще говоря, к движимому имуществу, и лишь в тех категориях, описание которых достаточно широко, чтобы включить в них все то, что частично является недвижимостью, как, например, «средства… для перевозки лиц и вещей», упомянутые во второй части этой статьи, допустимо толковать ее так, будто она распространяется на недвижимое имущество. «Боевые припасы», по-моему, не являются такой категорией. Соответственно, я полагаю, что сырая нефть в земле, которая является недвижимым имуществом и которую нельзя непосредственно использовать в военных целях, не является «боевыми припасами» в значении статьи 53.

Истцы, которые выдвигали большое количество альтернативных аргументов, утверждали, что даже если бы сырая нефть в земле могла быть захвачена как «боевые припасы» по статье 53, захват и в этом случае был бы незаконен, поскольку ни владельцы, ни их представители не получили расписок. В статье 53 не указывается расписка, тогда как статья 52 (касающаяся реквизиции) прямо предусматривает ее наличие; следовательно, можно сказать, исходя только из текста, что разработчики Положения намеренно опустили этот момент в статье 53, и такого требования не предполагалось. Однако внутригосударственные суды, толковавшие эту статью, придерживались иной точки зрения. В деле Бийота (1948 г., Окружной суд Нидерландов, Арнем) было решено, что тот факт, что немецкий военный персонал не выдал расписку при конфискации машины, сделал конфискацию незаконной. Кассационный суд Гааги занял такую же позицию в деле Хинриксена в 1950 г. В этом деле рассматривалась ситуация, когда немецкий таможенник на пограничном посту конфисковал два мотоцикла, не дав владельцу расписки, и Суд постановил, что «этого нельзя делать, не удостоверив это действие каким-либо официальным образом, чтобы обеспечить соблюдение нормы о том, что такие предметы подлежат возврату с возмещением убытков по заключении мира». Вынося свое решение, Кассационный суд сослался на отчет о работе Первой Гаагской мирной конференции (1899 г.), где указывалось, что, хотя Комитету не показалось уместным внести специальное условие о расписке, тем не менее он полагает, что факт конфискации должен быть четко установлен тем или иным образом, хотя бы для того, чтобы дать владельцу возможность потребовать компенсацию. […] Ответчики пытались провести различие между этими прецедентами и настоящим делом на основании того, что расписка или подтверждение не требуются, когда конфискация становится общеизвестной иным образом. В поддержку этой точки зрения не было приведено никаких прецедентов, но в любом случае она не имеет отношения к тем ситуациям, когда, как здесь, факт конфискации известен, но неизвестно конфискованное количество. Истцы не знали и не имели способов узнать, сколько сырой нефти было добыто из их нефтяных пластов во время японской оккупации, и даже если бы все остальное было сделано по закону, они не могли бы сейчас требовать компенсации, прямо предусмотренной в статье 53. Японии, оккупирующей воюющей стороне, было нетрудно дать официальное подтверждение хранителю неприятельского имущества, который […] был назначен японцами на Суматре, чтобы представлять отсутствующих владельцев, и предоставить ему надлежащие записи о добываемой ими сырой нефти; однако ничего подобного сделано не было, что, по моему мнению, является нарушением статьи 53 и делает конфискацию незаконной.

Последний альтернативный аргумент, выдвинутый истцами в связи с толкованием статьи 53, заключался в том, что, даже если конфискация была законной во всех отношениях, оккупирующая воюющая сторона получает лишь временное право собственности на конфискованное имущество и

должна возвратить его первоначальному частному владельцу, если оно все еще существует по окончании военных действий. Они утверждали, что в настоящий момент захваченное имущество все еще существует после окончания военных действий, поэтому права истцов восстановлены, и имущество должно быть им возвращено. В поддержку этого довода истцы ссылались, во-первых, на саму формулировку статьи, где сказано, что «захваченные предметы подлежат возврату... по заключении мира», во-вторых, на мнение Уэстлейка (Westlake, *War*, vol. II, p. 115) и Ролена (Rolin, *Le Droit Moderne de la guerre*, par. 492), и, наконец, на два дела, решения по которым были вынесены во внутригосударственных судах в 1943 и 1947 гг. [...] Ответчики признали, что положения о возвращении применимы к некоторым случаям конфискации и что, если бы, например, захваченным предметом был грузовой автомобиль, оккупирующая воюющая сторона должна была бы вернуть его владельцу, однако они утверждали, что применение этих положений к расходным военным материалам, таким как нефть, принадлежность которых конкретному владельцу не сразу можно определить, противоречило бы здравому смыслу. Подобное различие, кажется, основывается не на каком-либо принципе, а на предполагаемой трудности применения положений статьи на практике. Тем не менее, если на самом деле не существует практических затруднений для определения владельца имущества, как в данном деле, я не вижу, чем можно оправдать отступление от четкой формулировки статьи. Ответчики далее возразили, что, если бы существовало обязательство вернуть эти нефтяные запасы, оно возникало бы лишь после действительного заключения мира. Однако очевидно, что право оккупирующей воюющей стороны на использование «боевых припасов» должно прекращаться с прекращением военных действий, и мне кажется, что, когда это происходит, у оккупирующей воюющей стороны остается лишь право по-прежнему удерживать у себя имущество от имени владельца, а все иные права на имущество возвращаются изначальному владельцу. Соответственно, я считаю, что, с какой бы точки зрения ни рассматривалось это дело, истцы имели право потребовать от оккупирующей воюющей стороны удерживать эти оставшиеся нефтяные запасы от их имени до того времени, пока они не смогут быть возвращены согласно положениям статьи 53.

Я рассмотрел все доводы, выдвинутые истцами в связи с Гаагским положением. В начале своего выступления адвокат истцов утверждал, что захват этой сырой нефти японскими вооруженными силами совершенно во всем противоречил нормам международного права. Это весьма сильное заявление, но я должен признать, что, по моему мнению, он доказал, что захват нефтяных ресурсов Голландской Ост-Индии представлял собой экономическое разграбление, что сырая нефть в земле не является «боевыми припасами», что невыдача расписки была роковым упущением и что обязательство возвращать неизрасходованную нефть не было выполнено. Во всех этих моментах, как я считаю, оккупирующая воюющая сторона нарушила законы и обычаи войны и, следо-

вательно, ей не удалось ни приобрести самой право собственности, ни лишить истцов права собственности, которым, как я выяснил, они обладали до захвата. [...]

По этим причинам я считаю, что следует разрешить подачу апелляции. Истцы возьмут на себя расходы по апелляции и рассмотрению этого дела [Другое мнение не приводится.] [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Если доказано, что Япония осуществила вторжение, чтобы захватить частную собственность (нефть) исключительно для применения в военных усилиях, почему это, как заявил Суд, переведет изучение Гаагского положения в чисто теоретическое русло? Нарушают ли такие действия со стороны Японии законы и обычаи войны? Означает ли это, что Япония не может пользоваться правами оккупирующей державы в соответствии с МГП? Что все ее действия становятся незаконными? О каких законах и обычаях войны говорит Суд? Не смешивает ли Суд в своих доводах jus ad bellum и jus in bello?

2. a. Когда армия может захватывать имущество на территории, которую она оккупирует? Может ли оккупирующая армия конфисковывать имущество для собственного использования? Для использования своим гражданским населением? (См. статьи 23(ж), 46(2), 52, 53 и 55 Гаагского положения.).

   b. Какое имущество оккупирующая армия может захватывать, использовать или уничтожать? Имеет ли значение, находится это имущество в государственной или в частной собственности? Какие еще характеристики имущества являются определяющими при оценке возможного захвата или реквизиции оккупирующей стороной? (См. статьи 23(ж), 46(2), 52, 53 и 55 Гаагского положения.)

3. a. Является ли сырая нефть боевыми припасами? Что является боевыми припасами по статье 53 Гаагского положения? Чтобы превратиться в боевые припасы, должен ли предмет удовлетворять двум условиям: его можно непосредственно использовать в военных целях и он является движимым имуществом? Является ли определение, данное в Британском наставлении по военно-судебному производству, обязательным для всех?

   b. Если принять определение боевых припасов, данное в Британском наставлении по военно-судебному производству, убедителен ли проведенный Судом анализ обстоятельств дела, на основании которого он решил,

что нефть как сырье не может быть непосредственно использована в военных целях? Разве сырье никогда не бывает боевыми припасами?

c. Должны ли боевые припасы быть движимым имуществом? Убедительно ли Суд толкует формулировку этого момента в статье 53 Гаагского положения? Является ли нефть действительно недвижимым имуществом?

4. Какова разница между захватом и реквизицией предметов? Что оккупирующей стороне разрешается захватывать? А реквизировать? Разные ли нормы регулируют захват и реквизицию в МГП? Правильно ли Суд толкует требования, необходимые для соблюдения статьи 53 Гаагского положения относительно захвата? Эти требования установлены в статье прямо или только подразумеваются? (См. статьи 52 и 53 Гаагского положения.) Стал ли тот факт, что Япония не выдала расписку, «роковым упущением», как считает Суд?

5. Подлежит ли захваченное имущество возврату? Если да, то когда? Когда заключен мир? (См. статью 53 Гаагского положения.) Когда именно наступает этот момент? При прекращении военных действий?

6. Не нарушает ли присвоение имущества в этом деле статью 147 Конвенции IV? Достаточно ли одной статьи 147, чтобы превратить присвоение имущества японцами в серьезное нарушение МГП, или для применения этой статьи необходима материальная норма, защищающая такое имущество?

Прецедент № 90, США, Экстрадиция Демьянюка

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: United States District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, 612 F. Supp. 544 (1985); примечания не приводятся.]

ПО ДЕЛУ ОБ ЭКСТРАДИЦИИ ДЖОНА (ИВАНА) ДЕМЬЯНЮКА

Misc. No. 83–349,
15 апреля 1985 г.

Правительство государства Израиль 31 октября 1983 г. потребовало экстрадиции Джона (Ивана) Демьянюка [именуемого в дальнейшем

«ответчик»] из Соединенных Штатов Америки в соответствии с ордером на арест, выданным в Израиле 18 октября 1983 г. В ордере Демьянюк обвиняется в «преступлениях в виде убийства евреев, [что] является преступлениями согласно разделам 1–4 «Закона о наказании нацистов и лиц, сотрудничавших с нацистами» государства Израиль. Государство Израиль требует экстрадиции Джона Демьянюка.

Правительство США, согласно своему обязательству по Договору об экстрадиции между правительством Соединенных Штатов Америки и правительством государства Израиль (T.I.A.S. 5476, 14 U.S.T. 1717) (подписан 10 декабря 1962 г.) (вступил в силу 5 декабря 1963 г.) [именуемому в дальнейшем «Договор»], 18 ноября 1983 г. выступило против экстрадиции ответчика в Израиль, предъявив иск [именуемый в дальнейшем «Правительственный иск»]. В своем Иске правительство заявляет, что ответчик обвиняется в «убийствах и злоумышленном нанесении ран, в причинении серьезного телесного вреда», каковые преступления включены в перечень преступлений в статье II Договора, все еще имеющего полную силу.

Этот Суд должен определить, может ли государство экстрадировать ответчика в Израиль согласно Кодексу законов США, раздел 18, п. 3184.

ПРЕДЫСТОРИЯ

Ответчик, уроженец Республики Украина в составе Союза Советских Социалистических Республик [именуемого в дальнейшем «СССР»], въехал в США 9 февраля 1952 г.; […] 14 ноября 1958 г. ему было предоставлено гражданство США Окружным судом США в Кливленде, штат Огайо. […]

23 июня 1981 г. этот Суд вынес решение о том, что ответчик в своем заявлении о получении визы ввел власти в заблуждение относительно существенного обстоятельства, скрыв тот факт, что он служил в немецких войсках СС в лагерях смерти Травники и Треблинка в 1942–1943 гг. Было предписано лишить ответчика гражданства США и аннулировать его свидетельство о натурализации. […]

6 декабря 1982 г. Служба иммиграции и натурализации начала работу по депортации ответчика. 23 мая 1984 г. иммиграционный судья Адольф П. Анджеллили вынес решение о том, что ответчик подлежит депортации, и определил СССР в качестве страны для депортации. Однако иммиграционный судья также предоставил ответчику возможность добровольно покинуть США. 14 февраля 1985 г. Апелляционный совет по иммиграционным делам отклонил апелляцию ответчика в отношении приказа о депортации; Совет подтвердил решение о том, что ответчик подлежит депортации, и отменил данное ему разрешение покинуть страну добровольно. […]

17 июля 1984 г. Суд постановил, что, хотя ответчик и обжаловал решение о своей депортации, процедуры экстрадиции и депортации не связаны друг с другом, и, следовательно, слушание по вопросу об экстрадиции ответчика может продолжаться. Суд также заявил, что правительство США не несет обязательства выбрать только депортацию или экстрадицию в качестве средств судебного преследования ответчика.

II.

[…] На слушании по вопросу об экстрадиции 12 марта 1985 г. рассматривались три вопроса, а именно:

1. Является ли ответчик тем самым лицом, которое обозначено в иске [вопрос установления личности];

2. Являются ли преступления, в связи с которыми требуется экстрадиция ответчика, преступлениями, находящимися «в сфере действия договора» [вопросы толкования договора]; и

3. Существуют ли «надлежащие и допустимые доказательства» или «достаточное основание» для того, чтобы полагать, что ответчик совершил действия, в которых его обвиняют [вопрос достаточного основания].

Ниже будет изучен каждый из этих вопросов и получены ответы на них.
[…]

IV.

ТОЛКОВАНИЕ ДОГОВОРА

Обращаясь ко второму вопросу, который должен рассмотреть суд в деле об экстрадиции, этот Суд примет решение о том, обвиняют ли ответчика в совершении в рамках юрисдикции государства Израиль какого-либо из преступлений, предусмотренных в Договоре. […]

A. Юрисдикция Израиля

Ответчик утверждает, что Израиль не обладает юрисдикцией согласно «признанным принципам международного права» для того, чтобы судить его. Ходатайство ответчика о прекращении дела подано 2 апреля 1984 г. Если Израиль не обладает юрисдикцией, США не могут выдать ответчика Израилю. Однако притязание Израиля на юрисдикцию в отношении ответчика обосновано в соответствии как с внутригосударственным правом Израиля, так и с международным правом. Кроме того, юрисдикция

Израиля никоим образом не нарушает принципы или практику США в определении юрисдикции. […]

Международное право в целом не запрещает применение законов государства (так называемую законодательную юрисдикцию) или юрисдикцию его судов (исполнительную юрисдикцию) в отношении лиц, не являющихся его гражданами, или действий, совершенных за пределами его территории. «Дело о пароходе «Лотус» (Франция против Турции)» (The Case of S.S. Lotus (France v. Turkey) [1927], P.C.I.J. Ser. A., No. 10). Скорее государства имеют «значительную степень усмотрения, которая ограничивается в определенных случаях только запретительными мерами» (там же, и по-русски — в Консультативном заключении о ядерном оружии, п. 21). В других случаях каждое государство «вольно принимать те принципы юрисдикции, которые оно считает наилучшими и наиболее подходящими» (там же). Осуществление экстерриториальной уголовной юрисдикции в отношении лиц, не являющихся гражданами государства, при определенных обстоятельствах не нарушает международные обязательства государства, такие как обязанность уважать суверенитет других государств. (См. там же.) Здесь нет необходимости устанавливать, разрешает ли международное право все, что оно не запрещает. Притязание Израиля на юрисдикцию в отношении ответчика, основанное на законе о нацистах, соответствует принципам «универсальной юрисдикции» международного права.

Международное право предусматривает, что наказание за определенные преступления может быть вынесено любым государством, поскольку преступники являются «общими врагами всего человечества, и все народы в равной степени заинтересованы в их задержании и наказании». […]

Принцип, согласно которому лица, совершившие преступления против человечности и военные преступления, подлежат универсальной юрисдикции, обрел признание после Второй мировой войны. Союзные державы судили лиц, обвинявшихся в военных преступлениях и преступлениях против человечности, в нескольких судах. В ряде случаев они осуществляли экстерриториальную юрисдикцию в отношении обвиняемых. Международный военный трибунал в Нюрнберге судил главных военных преступников, «чьи преступления не связаны с определенным географическим местом». […] Множество отдельных подсудимых были признаны виновными в «военных преступлениях» и «преступлениях против человечности», многие из которых были совершены за пределами территории четырех союзных держав. Международное сообщество утвердило и поддержало работу трибуналов и использованные ими принципы права с помощью резолюции Генеральной Ассамблеи. Резолюция ГА 95 (A/64/Add. 1, p. 188 (1946 г.)). […]

В ряде случаев, разбиравшихся в военных трибуналах США, подсудимые, которых обвиняли в военных преступлениях, возражали против притязания на юрисдикцию в отношении них, потому что преступления были совершены не на территории США или не в оккупационной зоне США в Германии. Подобные доводы защиты постоянно отклонялись. Доказывая свою юрисдикцию, военные суды США обсуждали универсальность юрисдикции в отношении военных преступлений. Например, в деле «США против Вальдека и других» (Case No. 000-50-9, DJAWC, Nov. 15, 1947) подсудимыми были врачи, охранники и представители администрации концентрационного лагеря Бухенвальд в Германии. Их в различной степени обвиняли и признали виновными в «убийствах, избиениях, пытках, лишении людей пищи» и другом жестоком обращении. Устанавливая свою юрисдикцию в отношении действий, нарушающих право войны и совершенных против граждан любой страны в любом месте до вступления США в войну, Суд заявил:

«Любые нарушения международного права посягают на интересы всех суверенных государств и наносят им вред. Осуществление права наказывать за такие преступления в каждом конкретном случае остается на усмотрение государства. Однако самоочевидно, что государство, соблюдающее право войны, которое является частью международного права, заинтересовано в его защите и применении. Это так вне зависимости от того, когда или где было совершено преступление, от положения наказывающей державы в войне или от гражданства пострадавших». […]

И Франция, и Норвегия приняли законодательные акты, предусматривающие судебное преследование военных преступников, совершивших экстерриториальные преступления против их граждан или их государственных интересов. […] Не было представлено или обнаружено свидетельств того, что международное сообщество возражало против притязаний союзных держав на юрисдикцию в отношении экстерриториальных военных преступлений и преступлений против человечности.

Работа ООН и ее различных организаций после Второй мировой войны также показывает заинтересованность международного сообщества в судебном преследовании лиц, совершивших военные преступления, в том числе преступления против человечности, которые произошли при совершении других военных преступлений или в связи с ними. По просьбе Генеральной Ассамблеи ООН Комиссия международного права сформулировала «Нюрнбергские принципы» (Доклад Комиссии международного права о ее второй сессии, 5 U.N. GAOR, Supp. 12, pt. 111, U.N. Doc A/1316 (1950)), где преступления против мира, военные преступления и преступления против человечности обозначались как «международные преступления». […] Кроме того, в 1948 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла (резолюция 260(A) Генеральной Ассамблеи ООН, Док. ООН A/810, 1948 г.) Конвенцию ООН о предупреждении преступления геноцида и наказании за

него [именуемую в дальнейшем «Конвенция о геноциде»] (78 UN.T.S. 277, открыта для подписания 9 декабря 1948 г.), которая была ратифицирована 93 странами. Конвенция подтверждает, что геноцид является «преступлением, которое нарушает нормы международного права», и определяет геноцид как различные действия, включающие в себя «убийство» и «причинение серьезных телесных повреждений», совершенные «с намерением уничтожить... какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу» (статьи 1 и 2 Конвенции). Договаривающиеся стороны «обязуются принимать меры предупреждения» против геноцида и «карать за его совершение» (статья 1 Конвенции). [...]

B. Обвинения, находящиеся в сфере действия договора

[...] В ордере на арест (вещественное доказательство J) ответчик обвиняется в «преступлениях против "Закона о наказании нацистов и лиц, сотрудничавших с нацистами, 5710–1950"». В запросе на ордер (вещественное доказательство J) более полно раскрываются обвинения. Подробности преступлений: Подозреваемый, прозванный «Иваном Грозным», был сотрудником СС и в 1942–1943 гг. являлся оператором газовых камер, предназначенных для уничтожения заключенных, в лагере смерти Треблинка в Люблинском воеводстве Польши, которая была оккупирована нацистами во время Второй мировой войны. Подозреваемый замучил десятки тысяч евреев, а также лиц других национальностей, убивая их, нанося им ранения, причиняя им тяжкие телесные и психические повреждения и помещая их в такие условия, которые должны были привести к их физическому уничтожению. Подозреваемый совершал эти действия с намерением уничтожить еврейский народ и совершить преступления против человечности. Пункты обвинения: пункты 1, 2, 3 и 4 «Закона о наказании нацистов и лиц, сотрудничавших с нацистами, 5710–1950». Кроме того, в показаниях свидетелей, содержащихся в израильском запросе об экстрадиции, указываются конкретные случаи совершения ответчиком убийств и избиений и нанесения им ранений. По приведенным ниже причинам этот Суд считает, что некоторые из правонарушений, в которых обвиняют Демьянюка являются преступлениями, требующими экстрадиции по статье III Договора, и преступлениями, указанными в статье II Договора. [...]

2. Статья III

[...] Если вменяемое в вину экстерриториальное преступление является наказуемым в запрашиваемом государстве «при сходных обстоятельствах», запрашиваемое государство должно выдать обвиняемого согласно другим статьям Договора. Если вменяемое в вину преступление не влечет за собой судебного преследования по законам запрашиваемой стороны, экстрадиция «не обязательна», то есть экстрадиция оставляется на

усмотрение этой стороны. Тем не менее суд, решающий вопрос об экстрадиции, должен вынести правовое решение относительно того, подлежит ли обвиняемый экстрадиции в соответствии с соответствующим договором [...]. [...]

США признают преступный характер вменяемых действий. США участвовали в Нюрнбергском процессе, на котором отдельные лица понесли наказание за зверства, совершенные ими при уничтожении гражданского населения. [...] Кроме того, военные трибуналы США судили отдельных лиц за ужасающие деяния, совершенные ими в концентрационных лагерях. [...] Помимо этого, и Конгресс, и исполнительная власть в лице Государственного департамента ясно дали понять, что считают массовые убийства, пытки и другие формы жестокого обращения с гражданскими лицами преступлениями, которые влекут за собой уголовное преследование. [...] Действующее законодательство США, однако, не предусматривает судебного преследования и наказания лиц, обвиняемых в убийстве гражданских лиц в нацистских концентрационных лагерях в Европе во время Второй мировой войны. Следовательно, «сходные обстоятельства» отсутствуют. Значит, решение об экстрадиции ответчика предоставлено на усмотрение США. Согласно статье III, обязанностью Суда является вынесение решения о том, может ли ответчик быть экстрадирован. Исполнительная власть должна определить, будет ли ответчик экстрадирован на самом деле. [...]

VI.

ДОВОДЫ ЗАЩИТЫ

Было установлено наличие всех предпосылок для экстрадиции согласно Договору и Кодексу законов США, раздел 18, п. 3184. Таким образом, Суду остается ответить на вопрос, подпадает ли это дело под какое-либо из положений Договора, которые запрещают или ограничивают экстрадицию. Ответчик выдвинул несколько доводов против вынесения решения о том, что он подлежит экстрадиции. Как будет показано ниже, эти доводы несостоятельны.

A. Израильский закон не имеет обратной силы

Ответчик доказывает, что Демьянюк не подлежит экстрадиции согласно Кодексу законов США, раздел 18, п. 3184, поскольку израильский закон нарушает обязательства Израиля по международному праву и Конституцию США, потому что закон не имеет обратной силы. См. Ходатайство о прекращении дела. Аргументы ответчика и сделанный им вывод ошибочны.

По международному праву закон, который делает деяние преступным, при том что оно не было преступным в момент совершения, может быть запрещенным законом, имеющим обратную силу. Этот вопрос не нужно обсуждать сегодня, поскольку «Закон о наказании нацистов и лиц, сотрудничавших с нацистами» не является законом, имеющим обратную силу. Израильский закон не объявляет незаконным то, что было законным ранее; скорее, он предусматривает новый суд, который может судить лиц за действия, ранее признанные преступными. Подсудимые, подвергающиеся судебному преследованию в соответствии с этим законом, подлежали ли бы уголовной юрисдикции государства, где были совершены их деяния, а также юрисдикции военных трибуналов союзников и, возможно, немецких судов.

Ответчику вменяются в вину преступления, которые были преступными в момент их совершения. В указанный момент убийство беззащитных гражданских лиц во время войны было незаконным по международному праву. Обе Гаагские конвенции 1899 и 1907 гг. о законах и обычаях сухопутной войны […] прямо запрещают убивать беззащитных людей, даже если они являются неприятельскими гражданами (статья 23(б) и (в), и запрещают «общие взыскания» (статья 50). Нормы Конвенции были обязательны для государств-участников, в том числе для Германии, и к 1939 г. были признаны всеми цивилизованными народами и считались разъясняющими законы и обычаи войны. […] Кроме того, абсурдно доказывать, что в 1942–1943 гг. обслуживание газовых камер, пытки и убийство невооруженных пленных не являлись незаконными действиями по законам и стандартам каждого цивилизованного народа. […]

Израильский закон всего лишь дает израильским судам полномочия судить лиц, обвиняемых в определенных преступлениях, совершенных за пределами территории Израиля, и устанавливает порядок судопроизводства и применяемые меры наказания. […] Подобным же образом Нюрнбергский международный военный трибунал стал новым судом для преследования лиц, которых обвиняли в военных преступлениях, совершенных во время Второй мировой войны, в соответствии с соглашением между союзными державами. […] Этот трибунал последовательно отклонял заявления подсудимых о том, что их судят по законам, имеющим обратную силу. […] Таким образом, Израиль не нарушил никаких запретов на применение уголовных законов, имеющих обратную силу, которые существуют в международном праве. […]

Убийство евреев, цыган и других лиц в лагере Треблинка не было частью политических волнений или борьбы за политическую власть в Третьем Рейхе. Убивали невинное гражданское население Польши после того, как вторжение в Польшу завершилось. Не утверждалось (и подобные утверждения были бы безосновательны), что эти евреи и лица других национальностей были убиты в рамках активной попытки изменить политическую структуру или свергнуть оккупационное правительство. […]

Скорее, лица из числа невинного гражданского населения были намеренно избраны жертвами «окончательного решения». Вменяемые преступления были совершены без учета политической принадлежности или положения жертв в правительстве или армии. [...] Гражданский статус жертв также имеет значение, поскольку США не считают неизбирательное использование насилия против гражданских лиц преступлением по политическим мотивам. [...] Утверждение ответчика, что убийство беззащитных гражданских лиц в Треблинке было частью военных усилий нацистов и, следовательно, носило политический характер, несерьезно и оскорбительно. В любом случае тот факт, что инкриминируемые убийства в Треблинке и Вторая мировая война происходили одновременно, не может служить достаточным основанием для того, чтобы преступление приобрело «политические мотивы» в значении Договора. [...]

В другом недавнем деле об экстрадиции, касавшемся членов Временной ирландской республиканской армии, исключение из Договора об экстрадиции между Соединенными Штатами Америки и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии (28 U.S.T. 227 (1977)), сделанное для преступлений по политическим мотивам, было истолковано следующим образом: ни одно деяние не считается имеющим политические мотивы, если характер этого деяния нарушает международные стандарты цивилизованного поведения. Конечно, деяние, которое было бы должным образом наказуемым даже в ситуации объявленной войны или в пылу открытого военного конфликта, не может и не должно быть признано подпадающим под исключение из Договора, сделанное для преступлений по политическим мотивам. [...] Суду необязательно рассматривать в данный момент вопрос о том, следует ли толковать исключения преступлений по политическим мотивам из договоров США об экстрадиции так широко, как толкует это исключение суд, рассматривавший дело Догерти. Тем не менее ясно, что даже такое очень емкое определение «преступления по политическим мотивам» не включает в себя преступления, вменяемые в вину Демьянюку. Эти заявленные преступления не соответствуют международным стандартам цивилизованного поведения. [...]

Убийство множества гражданских лиц человеком, являвшимся охранником нацистского концентрационного лагеря, в рамках более общего «окончательного решения» по истреблению религиозных или этнических групп не является преступлением «политического характера» и тем самым не подпадает под исключение из экстрадиции, сделанное для преступлений, совершенных по политическим мотивам. [...]

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Согласно разделу 18 Кодекса законов США, п. 3184, данный Суд подтверждает государственному секретарю:

[…] что обвинения в «убийстве», содержащиеся в запросе о выдаче ордера на арест и в ордере на арест, согласно статьям II и III Договора, являются обвинениями в преступлениях, влекущих за собой экстрадицию; и что были представлены надлежащие и достаточные доказательства в поддержку выдвинутых против ответчика обвинений в «убийстве», которые содержатся в запросе о выдаче ордера на арест и в ордере на арест.

ПОСТАНОВИЛИ:

[…] Председатель Суда Фрэнк Дж. Баттисти.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Согласно каким законам предполагаемые действия Демьянюка были незаконными в 1940-х гг.?

2. Мог ли Суд обосновать юрисдикцию Израиля в отношении Демьянюка положениями Женевских конвенций 1949 г., касающимися юрисдикции? Или это означало бы применение обратной силы закона? Можно ли было рассматривать дело так, как это осуществил Суд в соответствии с Женевскими конвенциями? (См. статьи 49/50/129/146 соответственно четырех Конвенций.)

3. Могли бы в США наказать Демьянюка за его преступления во время Второй мировой войны? По законам США? По МГП? Нарушает ли МГП отсутствие закона, предоставляющего США юрисдикцию в отношении Демьянюка? Нарушает ли МГП тот факт, что США не наказали Демьянюка? (См. статьи 49/50/129/146 соответственно четырех Конвенций.)

4. Может ли серьезное нарушение МГП когда-либо быть преступлением по политическим мотивам, исключающим экстрадицию?

III. Гражданская война в Китае

Прецедент № 91, Китай, Мао Цзэдун о войне

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *Selected Military Writings of Mao Tse-Tung*, Peking, Foreign Language Press, 1963, p. 341; примечания не приводятся.]

ДИРЕКТИВА ГЛАВНОГО КОМАНДОВАНИЯ НАРОДНО-ОСВОБОДИТЕЛЬНОЙ АРМИИ КИТАЯ В СВЯЗИ С ПОВТОРНОЙ ПУБЛИКАЦИЕЙ ТРЕХ ОСНОВНЫХ ПРАВИЛ ДИСЦИПЛИНЫ И ПАМЯТКИ ИЗ ВОСЬМИ ПУНКТОВ

10 октября 1947 г.

1. Три основных правила дисциплины нашей армии и памятка из восьми пунктов […] теперь объединены и выпускаются повторно. Ожидается, что данный вариант станет стандартным вариантом для изучения в армии и строгого соблюдения. Что до других вопросов, требующих нашего внимания, высокое командование вооруженных сил может устанавливать дополнительные правила в различных областях в соответствии с конкретными условиями и отдавать приказ об их выполнении.

2. Три основных правила дисциплины:

   (1) во всех действиях подчиняться командованию;

   (2) не брать у населения ничего, даже иголки и нитки;

   (3) все трофеи сдавать в казну.

3. Памятка из восьми пунктов:

   (1) разговаривай вежливо;

   (2) честно расплачивайся за купленное;

(3) занял вещь — верни;

(4) испортил вещь — возмести;

(5) не дерись, не ругайся;

(6) не порти посевов;

(7) не допускай вольностей с женщинами;

(8) не обращайся жестоко с пленными.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Эти Правила дисциплины и Памятка МГП соответствуют ли?

2. Какие положения МГП отсутствуют в этих Правилах и Памятке? При ответе обратите особое внимание на статью 3, общую, Конвенций.

3. В каких областях Правила и Памятка выходят за рамки МГП? (См. статью 3, общую, четырех Конвенций, а также Протокол II.)

4. Какие механизмы имплементации предусмотрены в этих Правилах и Памятке?

5. Обратите внимание на правило (1). Всегда ли военнослужащий должен подчиняться приказам командования? Даже если эти приказы противоречат другим Правилам или пунктам Памятки?

IV. Корейская война

Прецедент № 92, США, «США против Бэтчелора»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: United States Army Board of Review, 19 CMR 452 (1955).]

США
против
КАПРАЛА КЛОДА ДЖ. БЭТЧЕЛОРА [...] ВОЕННЫЙ СУД 377832
Рассматривается ходатайство о пересмотре дела
Апелляционным судом США по военным делам

1 августа 1955 г.

ПРЕДЫСТОРИЯ: Приговор вынесен 30 сентября 1954 г. Утвержденный приговор:

Увольнение с лишением прав и привилегий, полное лишение денежного содержания и тюремное заключение на срок двадцать (20) лет.

РЕШЕНИЕ: [...]

I

Во время судебного процесса в военном трибунале высшей инстанции (где, по указанию созвавшего трибунал органа власти, по этому делу нельзя было вынести приговор в виде смертной казни) подсудимый заявил о своей невиновности, но был осужден за два преступления, состоявших в том, что он вступил в связь с неприятелем без надлежащих полномочий (пункт обвинения I, подпункты 1 и 2), написал некое письмо, изменническое по отношению к США, с намерением распространить изменнические настроения и недовольство среди гражданского населения США (пункт обвинения II и его описание), совершал неправомерные действия, будучи военнопленным (дополнительный пункт обвинения I, описание 2), и незаконно участвовал в «суде» над другим военнопленным и предложил расстрелять последнего (дополнительный пункт обвинения II и его описание); все эти преступления были совершены в лаге-

ре 5 провинции Пиоктонг, Северная Корея, когда подсудимый находился в руках неприятеля в качестве военнопленного в нарушение статей 104, 134, 105 и 134 соответственно Унифицированного военного кодекса. […]

II

Подсудимый был осужден за то, что сознательно и не имея надлежащих полномочий общался, вел переписку и вступал в сношения с неприятелем, находясь в руках последнего в качестве военнопленного примерно с 1 июля 1951 г. до примерно 1 сентября 1953 г., присоединялся к проводимым неприятелем обсуждениям, участвуя в них и возглавляя их; во время этих обсуждений предлагались, развивались, обсуждались и воспроизводились определенные взгляды и мнения относительно того, что США вели в Корее бактериологическую войну и являлись агрессором в конфликте в Корее и что военнопленные должны обратиться к коммунизму; произносил речи в поддержку коммунизма, распространял петиции, критиковавшие США за участие в конфликте в Корее, призывал американских военнопленных подписывать данные петиции и помогал и содействовал неприятелю в том, чтобы убедить других военнопленных принять философию и принципы коммунизма и следовать им в нарушение статьи 104 Кодекса (пункт обвинения I, подпункт 2). […]

VIII

[…]

c. Отклонение ходатайств, основанных на заявлении о неприменимости Кодекса поведения военнопленных (пп. II и III)

Выступающий в апелляционном суде адвокат защиты утверждает, по сути, что все обвинения, будучи основаны на действиях, совершенных обвиняемым в роли военнопленного китайских коммунистов, должны быть сняты, поскольку Женевская конвенция о военнопленных 1929 г. возлагает всю полноту власти над военнопленными на захватившую их в плен державу и лишает такой власти их родную державу (п. III). […]

(1) Юрисдикция в отношении преступлений, совершенных лицом в статусе военнопленного

[…] Выступающий в апелляционном суде адвокат защиты, очевидно, утверждает, что Женевская конвенция о военнопленных 1929 г., дополненная Техническим руководством 19–500, препятствует подобной юрис-

дикции. Конечно, верно, что США юридически обязаны соблюдать эту Конвенцию [...], и, хотя Женевская конвенция о военнопленных 1949 г. была ратифицирована лишь недавно, если точно — 14 июля 1955 г., следует отметить, что в письме от 6 июля 1951 г. от представителя США в Совете Безопасности Генеральному секретарю ООН говорится, что «силы США в Корее получали и получают указания всегда соблюдать Женевские конвенции 1949 г. ...об обращении с военнопленными» (UN Doc. S/2232, 25 Dept/State Bull. 189 (1951)). Однако эти Конвенции о военнопленных (далее приводятся с указанием года и статьи, например, 1929–2) не были предназначены для оказания действия, приписываемого им адвокатом защиты, и не оказывают его. Они не имеют своей целью повлиять на юрисдикцию родной державы военнопленного после его репатриации в отношении преступлений, совершенных им в нарушение ее законов в неприятельском плену. Они также не имеют целью допускать действия, подобные тем, которые указаны в описаниях пунктов обвинения, или потворствовать им. С другой стороны, четко выраженная цель Конвенций — обеспечить гуманное обращение и исключить жестокое и бесчеловечное обращение с жертвами войны (1929 — преамбула; 1949–3), и для достижения этой цели они лишь соглашаются с неизбежным временным дисциплинарным контролем со стороны держащего в плену неприятеля (1929–9, 18, 45, 50, 51, 54, 62, 66; 1949–21, 39, 82, 87–94, 98, 100), выражая тот принцип, что военнопленные продолжают служить своей собственной стране (Oppenheim's International Law, 7th Ed., Lauterpacht, Vol. II, sec. 127e), и совершенно определенно признавая сохранение верности родной стране (1929–19, 27, 31, 49, 75; 1949–5, 18, 22, 40, 43, 49, 50, 54, 68, 87, 118) без какого-либо долга верности по отношению к держащему в плену неприятелю, гражданами которого они не являются (1929–45, 66; 1949–87, 100; Oppenheim's International Law, supra, secs. 128, 128b). Также не подтверждают утверждение адвоката защиты части статей 2 и 45 Конвенции 1929 г., на которые он особенно сильно опирается. Так, положение статьи 2 о том, что «военнопленные находятся во власти неприятельской державы, а не отдельных лиц или подразделений, захвативших их», лишь обеспечивает гуманное обращение и защиту со стороны держащей в плену неприятельской державы (см. Winthrop's Military Law and Precedents, [2d. Ed., 1920 reprint], p. 790); это признается в самой статье 2, так как далее предусматривается, что «они должны всегда пользоваться гуманным обращением и защитой, в особенности от актов насилия, оскорблений и любопытства толпы...». Положение статьи 45 о том, что «военнопленные подчиняются законам, уставам и приказам, действующим в армиях держащей в плену державы» (учитывая, что статья 45 — первая статья раздела «Общие положения» главы 3 «Наказания, применяемые к военнопленным»), является всего лишь явным признанием того, что мы ранее назвали неизбежным временным дисциплинарным контролем со стороны держащей в плену неприятельской державы. То же самое явно можно сказать и о пункте 57 Технического руководства 19–500 (Изменение 7, 29 августа

1945 г.), предусматривающем, что «пленные подчиняются законам, уставам и Военным статьям, действующим в Армии США, в том числе военному кодексу сухопутных и военно-морских сил. Они не подчиняются законам, уставам и приказам страны, в вооруженных силах которой они служили, за исключением случаев, установленных в данном Руководстве» (причем пункт 57 входит в раздел под общим заголовком «Дисциплина и контроль», а Техническое руководство 19–500 специально предназначалось для дополнения Женевской конвенции 1929 г. (п. 2а, Изменение 3, 9 августа 1945 г.). […]

Следовательно, очевидно, что первое утверждение лишено оснований, и таково решение Суда.

(2) Применимость статьи 104 Кодекса поведения военнопленных […]

Также в Женевских конвенциях о военнопленных 1929 г. или 1949 г. даже не подразумевается, что они разрешают такие сношения, как указанные в описаниях пункта обвинения I. С другой стороны, эти Конвенции, кажется, только требуют, чтобы военнопленный при допросе сообщал «свое настоящее имя и звание или же личный номер « (1929–5; 1949–17), и разрешают подавать жалобы на режим пребывания в плену либо лично (1929–42; 1949–78), либо через выбранных военнопленными представителей (1929–43; 1949–79). Военнопленных нельзя принуждать к предоставлению иной информации (1929–5; 1949–17). Так, было сказано:

«Очевидно, что пленные не обязаны предоставлять информацию о чем бы то ни было, помимо своего звания и личности. Было бы незаконно наказывать или подвергать лишениям тех пленных, которые отказываются давать такую информацию…» (Wheaton's International Law — War, 7th Ed., 1944, p. 184.)

и

«В Конвенции подробно описано, какие сведения можно требовать от пленного. Они ограничиваются его фамилией, именем и званием, датой рождения и личным номером…» (Oppenheim's International Law, Lauterpacht, Vol. II, 127).

Ясно, что разрешение сообщать свои личные данные и подавать жалобы на условия содержания в плену никаким полетом фантазии нельзя истолковать как разрешение участвовать в такой деятельности, как та, в которой обвиняют здесь подсудимого. […]

Можно ли теперь по всей справедливости впервые сказать, что Конгресс сам подразумевал, что данные статьи должны включать в себя такое не-

высказанное исключение просто потому, что в упомянутых документах норма об отсутствии сношений заявлена как «абсолютная», тогда как Конвенции о военнопленных, юридически обязательные для нас, возможно, в случае военнопленных допускают некоторые небольшие отклонения, такие как сообщение личных данных и жалобы? Мы думаем, что нет. […]
[…]

IX

Коллегия по проверке судебных решений, приняв решение о том, что вывод о виновности и приговор, утвержденный надлежащим органом, верны по закону и на деле, и определив, что на основании всех материалов дела их следует утвердить, настоящим подтверждает и этот вывод о виновности, и приговор.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Может ли военнопленный использовать Конвенцию III для защиты от своей собственной страны? Регулирует ли Конвенция III отношения между военнопленным и его собственной страной?

2. Военнопленный подчиняется законам держащей в плену державы или законам той страны, за которой он числится? (См. статьи 82 и 99 Конвенции III.) Что если они противоречат друг другу?

3. a. Защищает ли МГП долг верности военнопленного по отношению к державе, за которой он числится? Может ли держащая в плену держава позволить военнопленному нарушить этот долг? Может ли она подстрекать его к этому? Может ли она обещать ему какие-либо преимущества, помимо предусмотренных Конвенцией III, если он это сделает? Может ли держащая в плену держава позволить военнопленному распространять пропаганду против его собственной страны среди других военнопленных? В средствах массовой информации? (См. статью 87 Конвенции III.)
   b. Если военнопленный изменит своей присяге и по доброй воле присягнет на верность держащей в плену державе, утратит ли он свои права по Конвенции III? Могут ли ему разрешить вступить в вооруженные силы (бывшей) держащей в плену державы? (См. статьи 7, 23, 52 и 130 Конвенции III.)

V. Венгрия

Прецедент № 93, Венгрия, Резолюция о военных преступлениях

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: 53/1993. (X. 13.) AB (On War Crimes); оригинал опубликован на венгерском языке в *Magyar Közlöny*, 1993, p. 147; английский перевод любезно предоставлен персоналом Суда, см. http://www.cicr.org/ihl-nat]

РЕЗОЛЮЦИЯ ОТ ИМЕНИ ВЕНГЕРСКОЙ РЕСПУБЛИКИ
Конституционный суд, дело № 288/A/1993

На основании запроса, поданного Президентом Республики относительно проверки конституционности положений закона, утвержденного Государственным собранием, но еще не обнародованного, Конституционный суд вынес следующее решение:

1. Конституция требует, чтобы при применении статьи 33(2) […] Уголовного кодекса […] неприменимость срока давности устанавливалась только в отношении тех уголовных преступлений, которые не имели срока давности согласно действовавшему в момент совершения преступления венгерскому законодательству, за исключением тех случаев, когда международное право классифицирует преступление как военное преступление или преступление против человечности, объявляет или делает возможной неприменимость срока давности, а Венгрия взяла на себя обязательство в соответствии с международным правом не применять срок давности.

2. Конституционный суд постановляет, что Конституции не противоречит применение статьи 33(2) Уголовного кодекса без учета предусмотренного в Венгрии срока давности, действовавшего в момент совершения следующих преступлений, предусмотренных международным правом:

— «серьезных нарушений», как они определяются в Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны, заключенной в Женеве 12 августа 1949 г., применяемой во всех случаях объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, как уста-

новлено в статье 2, общей, Женевских конвенций, заключенных 12 августа 1949 г.;

— запрещенных действий в случае вооруженного конфликта немеждународного характера, возникшего на территории одной из Высоких Договаривающихся Сторон […], как установлено в общей статье 3. […]

ОБОСНОВАНИЕ

I.

1. 16 февраля 1993 г. Государственное собрание приняло закон «О процедурах рассмотрения дел в отношении некоторых преступлений, совершенных во время революции в октябре 1956 г. и борьбы за свободу» (именуемый в дальнейшем «Закон»).

Текст Закона звучит следующим образом:

Статья 2, раздел (1) Женевских конвенций о защите жертв войны, заключенных 12 августа 1949 г., к которым Венгрия присоединилась посредством Закона 32 от 1954 г., в связи со:

a) статьей 130 Конвенции об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г., на основании статьи 3(1); и

b) статьей 147 Конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г., определяющей «серьезные нарушения» на основании статьи 3(1), касающейся применимости срока давности к наказанию за уголовные преступления, совершенные во время революции и борьбы за свободу в октябре 1956 г., также с указанием статьи 1(a) Конвенции о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества, принятой Ассамблеей ООН 26 ноября 1968 г. и введенной в силу Законом I от 1971 г., статья 33(2) Уголовного кодекса должна применяться. […]

2. Согласно статье 33(2) Уголовного кодекса, срок давности не применяется к следующим преступлениям:

a) военным преступлениям, […]

b) другим преступлениям против человечности (глава XI); […]

IV.

Признаки военных преступлений и преступлений против человечности

В обсуждаемом сейчас деле толкование Конституции и внутригосударственного законодательства следует осуществлять с учетом того факта, что нормы, регулирующие военные преступления и преступления против человечности, составляют особую часть международного права, которая включает в себя не только обязанности стран друг перед другом, но и определение обязательств и уголовной ответственности отдельных лиц. Следовательно, здесь международное право затрагивает ту область, которая в иных отношениях подпадает под действие уголовного законодательства суверенного государства, при этом в отношении военных преступлений и преступлений против человечности действие международного права во многих аспектах расходится с основными принципами и применением внутригосударственного уголовного права.

1. В случае военных преступлений и преступлений против человечности речь идет о таких уголовных преступлениях, которые не классифицированы как уголовные преступления в национальном законодательстве, но которые считаются уголовными преступлениями в международном сообществе, определяющем их элементы. […]

2. Международное сообщество преследует в судебном порядке и наказывает лиц, совершивших военные преступления и преступления против человечности; оно делает это посредством международных судебных процессов, а также настаивая на том, чтобы государства, желающие быть членами международного сообщества, осуществляли судебное преследование в связи с такими преступлениями.

3. Следовательно, государство, которое преследует в судебном порядке и наказывает лиц, совершивших военные преступления и преступления против человечности, действует по поручению сообщества государств согласно условиям, предусмотренным международным правом. Сообщество государств также может иногда потребовать, с помощью действий международных организаций, пересмотра и отклонения внутригосударственных судебных процедур, которые не соответствуют международному праву. […]

4. Судебное преследование и наказание лиц, совершивших военные преступления и преступления против человечности, может происходить лишь в рамках правовых гарантий; защита прав человека без таких гарантий противоречила бы самой своей идее. Однако эти международные гарантии нельзя заменить правовыми гарантиями внутригосударственного права.

a) […] Развитие международного права с тех пор постоянно отделяло область «международного гуманитарного права» от контекста войны и сделало судебное преследование и наказание лиц, совершивших эти преступления, независимым от требований и условий внутригосударственного уголовного права, в том числе в том, что касается срока давности применимости наказания, до такой степени, что были даже заключены две конвенции о неприменимости срока давности к военных преступлениям и преступлениям против человечности.

b) […] Цель Нью-Йоркской конвенции 1968 г. (Конвенции о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества, 754 U.N.T.S. 73) заключалась именно в том, чтобы положить конец неясностям и неупорядоченности, связанным с различными национальными законами, тогда как Конвенция объявила, что к перечисленным в ней военным преступлениям и преступлениям против человечности «никакие сроки давности не применяются… независимо от времени их совершения». Из преамбулы Конвенции явствует, что военные преступления и преступления против человечности, с одной стороны, и «обычные преступления», с другой стороны, нельзя трактовать одинаково. […]

Статья 7(2) Европейской конвенции [о защите прав человека и основных свобод] и статья 15(2) Международного пакта [о гражданских и политических правах] разрешают, в принципе, подписавшим их государствам не применять внутригосударственные положения о сроках давности к преступлениям, предусмотренным сообществом государств. Напротив, Нью-Йоркская конвенция заменяет это разрешающее положение императивной нормой. Кроме того, Нью-Йоркская конвенция предусматривает обратную силу. […]

V.

Уголовные преступления, предусмотренные в международном праве и в Конституции

1. […] Нормы о военных преступлениях и преступлениях против человечности, несомненно, являются частью обычного международного права; они представляют собой общие принципы, признанные сообществом государств, или, говоря словами Венгерской Конституции, принадлежат к «общепризнанным нормам международного права». […]

4. […]

b) Именно на основании «серьезных нарушений», предусмотренных в Женевской конвенции о защите гражданского населения во время

войны от 12 августа 1949 г., и с учетом статьи 1(a) Нью-Йоркской конвенции 1968 г., которая запрещает применение сроков давности к судебному преследованию и наказанию военных преступников и лиц, совершивших преступления против человечности, статья 2 Закона предписывает применять статью 33(2) Уголовного кодекса к уголовным преступлениям, совершенным во время революции и борьбы за свободу в октябре 1956 г.

«Серьезные нарушения», предусмотренные в общей статье 2 Женевских конвенций, относятся к международным вооруженным конфликтам. Деяния, считающиеся запрещенными во время вооруженного конфликта немеждународного (внутреннего) характера, предусматриваются в общей статье 3. В различных статьях Конвенций точно и подробно описаны категории покровительствуемых лиц; «серьезные нарушения» могут быть совершены только в отношении этих категорий лиц. […]

Напротив, общая статья 3 применяется «всегда и всюду» ко всем лицам, «которые непосредственно не принимают участия в военных действиях».

В тексте Закона объединены несколько положений Женевских конвенций, касающихся различных вопросов и категорий покровительствуемых лиц, и между ними создана связь, которая отсутствует в Конвенциях. Внутригосударственное законодательство не может изменять содержание международного соглашения. Следовательно, сомнения в соответствии текста Закона Конституции оправданы.

Конституционный суд отмечает, что Нью-Йоркская конвенция 1968 г. относит требование о неприменимости сроков давности не только к тем действиям, запрещенным Женевскими конвенциями, которые квалифицируются как «серьезные нарушения». В статье 1(a) Нью-Йоркской конвенции, — согласно которой Закон разрешает применение статьи 33(2) Уголовного кодекса, — действительно говорится о «серьезных нарушениях», но в качестве примера военных преступлений, как их определил международный Нюрнбергский военный трибунал. Согласно статье 1, «никакие сроки давности не применяются к следующим преступлениям независимо от времени их совершения: a) военным преступлениям, как они определяются в Уставе международного Нюрнбергского военного трибунала от 8 августа 1945 г. […], в частности «серьезным нарушениям», перечисленным в Женевских конвенциях».

Деяния, перечисленные в статье 3, общей, Женевских конвенций, представляют собой преступления против человечности; конвенции содержат в себе минимальные требования, которые обязано выполнять каждое государство, участвующее в конфликте, и деяния эти запрещаются «всегда и всюду» (в отличие от сферы действия «серьезных нарушений»). Согласно статье 3(2), общей, Женевских конвенций, находящиеся в конфликте

стороны могут и должны стараться ввести в действие остальные положения Конвенций путем специальных соглашений. Таким образом, наказание лиц, совершивших «серьезные нарушения», по статье 3 требует отдельного соглашения.

Однако, по мнению Международного суда, запрещения, установленные в статье 3, основываются на «элементарных соображениях гуманности» и не могут быть нарушены в ходе любого вооруженного конфликта, вне зависимости от того, носит он международный или внутренний характер (Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J.4 (June 27) at 114 [См. **Прецедент № 130**, Международный суд, «Никарагуа против США»]). Статья 3 Конвенций упоминалась также в ссылке на определение преступлений против человечности в Докладе ООН (п. 47), санкционировавшем создание Международного трибунала для судебного преследования лиц, совершивших преступления на территории бывшей Югославии.

Таким образом, срок давности в отношении деяний, перечисленных в общей статье 3, также не может истечь, если эти преступления не попадают в категорию военных преступлений, указанных в статье 1(a) Нью-Йоркской конвенции, — либо будучи направлены на другую категорию лиц, либо из-за способа совершения деяния, — на них будет неизбежно распространяться требование о неприменении сроков давности, предусмотренное статьей 1(b) (преступления против человечности) Конвенции.

c) [...] Конституционный суд указывает, что правомерность классификации конкретного уголовного преступления как военного преступления или преступления против человечности в последнем случае контролируется сообществом государств, если эти преступления передаются на рассмотрение международных комитетов или трибуналов по правам человека.

d) [...] Таким образом, не имеет значения, состоялось ли надлежащее обнародование Женевских конвенций и было ли обязательство по их имплементации принято Венгерским государством до той даты, которую Закон обозначает как точку ограничения его сферы действия во времени (т.е. 23 октября 1956 г.). Уголовная ответственность преступников попрежнему определяется международным правом, а принятое впоследствии внутригосударственное законодательство может ввести в действие эту ответственность в полном объеме.[...]

Будапешт, 12 октября 1993 г.
[...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. В конфликте какого типа происходят преступления, о которых говорится в статье 2 венгерского закона? Имеет ли значение тип конфликта для применения МГП? Если да, то какое? Квалифицирует ли Суд открыто или неявно события, происшедшие в Венгрии в 1956 г.?

2. a. В конфликтах какого типа применяются положения о «серьезных нарушениях», как они определяются в Конвенциях (статьи 50/51/130/147 соответственно четырех Конвенций)?

   b. Распространяется ли понятие серьезных нарушений и на нарушения общей статьи 3 Конвенций? Если нет, проводится ли это различие в венгерском законе? Проводит ли его Суд? Что имеет в виду Суд, говоря, что «в тексте Закона объединены несколько положений Женевских конвенций, касающихся различных вопросов и категорий покровительствуемых лиц, и между ними создана связь, которая отсутствует в Конвенциях»? (См. раздел V 4.b. Решения.)

3. Согласно обсуждению в Суде, к какой классификации преступлений не применяются сроки давности? Считаются ли такими преступлениями нарушения статьи 3, общей, Конвенций? Если да, то по какой классификации?

4. Все ли нарушения общей статьи 3 Конвенций являются преступлениями против человечности? (*См. также* **Прецедент № 180**, МТБЮ, «Обвинитель против Тадича», В. Судебная камера, Существо дела, пп. 626—659, 700 и Апелляционная камера, существо дела, пп. 238—304.)

5. Содержит ли международное право обязательство исключить применение срока давности по отношению к определенным преступлениям? (См., например, статья 7(2) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, статья 15(2) Международного пакта о гражданских и политических правах и Нью-Йоркскую конвенцию 1968 г. (Конвенцию о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества).) Исключает ли предусмотренное МГП обязательство пресекать серьезные нарушения применение срока давности?

VI. Гоа

Прецедент № 94, Индия, «Его Преподобие монсеньор Монтейру против штата Гоа»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: India, Supreme Court Reports, 87–102 (1970); примечания не приводятся.]

ЕГО ПРЕПОДОБИЕ МОНСЕНЬОР СЕБАШТЬЯН ФРАНСИШКУ ШАВЬЕР ДУЖ-РЕМЕДЬЮШ МОНТЕЙРУ
против
ШТАТА ГОА

26 марта 1969 г.

[…]

Решение Суда было зачитано

председателем суда Хидаятуллой. Истец (преподобный отец Монтейру) постоянно проживает в Гоа. Когда Гоа был аннексирован Индией, перед ним встал выбор: стать гражданином Индии или сохранить гражданство Португалии. Он выбрал последнее и был зарегистрирован как иностранец. Он также получил временный вид на жительство […]. Когда период его пребывания в стране истек, он не запросил о его продлении или о выдаче нового вида на жительство. Вице-губернатор Гоа приказал ему покинуть Индию. […] Преподобный отец Монтейру не подчинился этому приказу, в результате чего был подвергнут судебному преследованию. […] Его осудили и приговорили […]. Сейчас он подает апелляцию по специальному разрешению данного Суда […].

В свою защиту преподобный отец Монтейру приводил следующие доводы: что он пользуется защитой Закона 1960 г. о Женевских конвенциях, что приказ вице-губернатора о его депортации был вне сферы действия Закона и что он не совершил никакого преступления. Судебная комиссия и два нижестоящих суда постановили (по различным причинам), что Женевские конвенции перестали применяться после того, как Гоа стал частью Индии, и что муниципальные суды Индии не могут удовлетворить его жалобу на акт государственной власти. В поданной нам апелляции

преподобного отца Монтейру представляет г-н Эдуард Гарднер, королевский адвокат, с разрешения данного Суда.

Чтобы разобраться в этом деле, необходимо вкратце напомнить историю аннексии Гоа Индией и то, что случилось после. На протяжении примерно 450 лет Гоа был португальской колонией, завоеванной с оружием в руках. 19 декабря 1961 г., после недолгих военных действий Гоа был оккупирован вооруженными силами Индии. Затем он перешел под власть индийского правительства. [...] 27 марта 1962 г. был принят Закон о Конституции (Двенадцатая поправка) 1962 г., который считался вступившим в силу с 20 декабря 1961 г. Согласно этой поправке Гоа был включен в число союзных территорий, и упоминание о Гоа было добавлено в статью 240 Конституции. В этот момент действие многих законов, которые были в силе на территории Индии, распространилось на Гоа, и было обнародовано множество постановлений и приказов. [...]

С самого начала можно заметить, что г-н Гарднер [адвокат защиты] признает, что не ставит под вопрос законность военных действий или аннексии. На самом деле, он вполне явно дал понять, что мы можем считать аннексию законной. Его точка зрения, говоря кратко, заключается в том, что приказ вице-губернатора равносилен депортации преподобного отца Монтейру, а Закон о Женевских конвенциях предоставляет защиту от таких депортаций во время оккупации, каковая юридически еще не закончилась, и, следовательно, он не совершил никакого преступления.

В этом доводе упущен один важнейший принцип международного права, и вот какой. Преподобный отец Монтейру, по собственному заявлению, сохранил свое португальское гражданство. На его временное пребывание в Индии распространялись законы, действовавшие в Индии в целом и в Гоа в частности. Несомненно, решение о приеме и проживании иностранцев — это вопрос из области дискреционных правомочий, и каждое государство по причине своего территориального верховенства не только имеет законное право, но и обладает юрисдикцией, чтобы выдворять иностранцев со всей своей территории или из какой-либо ее части. [...]

Когда этот вопрос был разъяснен, г-н Гарднер попытался найти поддержку своим доводам в положениях Закона 1960 г. о Женевских конвенциях. Этот Закон был принят, чтобы позволить ввести в действие международные конвенции, совершенные в Женеве в 1949 г. И Индия, и Португалия подписали и ратифицировали эти Конвенции. Г-н Гарднер опирается на положения Четвертого приложения о защите определенных лиц во время войны. Он ссылается, в частности, на статьи 1, 2, 4, 6, 8, 47 и 49. Статьи 1 и 2 предусматривают обязательство соблюдать и заставлять соблюдать Конвенции при любых обстоятельствах в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, даже если одна из сторон не признает состояния войны, и во всех случаях оккупации всей или части

территории Высокой Договаривающейся Стороны, даже если эта оккупация не встретит вооруженного сопротивления. Статья 4 дает определение покровительствуемых лиц, включая в эту категорию тех лиц, которые в какой-либо момент и каким-либо образом находятся в случае конфликта или оккупации во власти стороны в конфликте или оккупирующей державы, гражданами которой они не являются. Статья 6 устанавливает момент начала и окончания применения Конвенции. Конвенция применяется с начала всякого конфликта или оккупации. На территории сторон, находящихся в конфликте, применение Конвенции прекращается после общего окончания военных действий. На оккупированных территориях ее применение прекращается через год после общего окончания военных действий, однако оккупирующая держава в той степени, в которой она осуществляет функции правительства на этой территории, будет связана на период оккупации положениями статей 1–12, 27, 29–34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61–73 и 143.

Далее мы переходим к статьям 47 и 49, в которых заключается суть дела и на которых основывается защита. Г-н Гарднер указывает, что в соответствии со статьей 8 даже покровительствуемые лица ни в коем случае не смогут отказываться, частично или полностью, от прав, которые им обеспечивают Конвенции. Следовательно, все зависит от того, применимы ли здесь статьи 47 и 49. Мы можем обратиться к тексту статей 47 и 49:

«47. Покровительствуемые лица, которые находятся на оккупированной территории, не будут ни в коем случае и никаким образом лишены преимуществ настоящей Конвенции ни в силу какого-либо изменения, происшедшего в установлениях, действующих на данной территории, или в управлении этой территорией вследствие ее оккупации, ни в силу соглашения, заключенного между властями оккупированной территории и оккупирующей Державы, ни в силу аннексии оккупирующей Державой всей или части оккупированной территории».

«49. Воспрещаются по каким бы то ни было мотивам угон, а также депортирование покровительствуемых лиц из оккупированной территории на территорию оккупирующей Державы или на территорию любого другого Государства независимо от того, оккупированы они или нет. [...]»

Разногласие между представшими перед нами сторонами в отношении статьи 47 заключается в том, продолжается ли оккупация, несмотря на аннексию территории, а в отношении статьи 49 — в том, равносилен ли приказ вице-губернатора депортации покровительствуемого лица.

Аргументы г-на Гарднера таковы: отданный приказ является приказом о депортации и, следовательно, противоречит Женевским конвенциям. Эти Конвенции создают права личности, от которых даже само лицо не может отказаться. Пока оккупация продолжается, эти права сохраняют-

ся, а Женевские конвенции следует рассматривать не по отдельности, но в сочетании с международным правом как часть действующего права. От них не следует так легко отказываться. По его мнению, завоевание было методом завладения территориями в прошлом, однако после появления Устава Лиги наций, Устава ООН и Общего договора об отказе от войны завладение территорией с использованием силы по международному праву не предоставляет никаких прав. Следовательно, может существовать лишь оккупация «ничейной земли», что сейчас невозможно. Он [...] говорит, что история создания Женевских конвенций показывает, что именно с этим злом они должны бороться и что Конвенции стали сейчас частью индийских законов посредством законодательных актов парламента. Он признает, что война за освобождение Гоа и аннексия были законными, но утверждает, что аннексия не лишает защиты покровительствуемых лиц. По его словам, если существуют военные действия и оккупация, эта оккупация не может быть прекращена односторонним актом аннексии и включением территории Гоа в Индию. Если Индия не хотела быть связанной обязательствами в соответствии с Конвенциями, в статье 158 предусмотрен метод денонсации, но поскольку Конвенция зарегистрирована согласно статье 159, даже денонсация на позднем этапе была невозможна. Он ссылается на статью 77, говоря, что слово «освобожденная» относится к тому периоду, когда оккупация завершена. Поправка к Конституции только узаконила аннексию с точки зрения Индии, однако по международному праву территория остается оккупированной. Оккупация не завершилась и не может быть завершена в одностороннем порядке. Сама формулировка статьи 47 достаточна четко это показывает. Короче говоря, довод состоит в том, что оккупация не заканчивается с аннексией, и, следовательно, защита сохраняется либо до уступки территории, либо до ухода с территории оккупирующей державы, — а ни одно из этих событий не имело места. [...]

От имени государства утверждается, что оккупация означает оккупацию вооруженными силами или военную оккупацию, и что оккупация заканчивается, когда происходит завоевание и покорение. [...] Мы должны сделать выбор между этими двумя утверждениями.

Это первое дело такого рода [...]. Мы полагаем, что доводы г-на Гарднера о том, что Закон о Женевских конвенциях делает ненаказуемым поведение преподобного отца Монтейру, должны быть отклонены.

Прежде всего Закон о Женевских конвенциях не дает никому конкретного права обращаться в Суд. [...] Не очень ясно, какой метод следует выбрать пострадавшей стороне для обращения с ходатайством в муниципальный суд, но мы не должны рассматривать этот вопрос, поскольку наши заключения касаются других частей дела. Мы должны рассмотреть сами Конвенции. [...]

Закон о Женевских конвенциях 1960 г. […] состоит из пяти Глав. […] Закон предусматривает, что Конвенции прилагаются к нему, и Конвенции, которых всего четыре, содержатся в таком же количестве приложений к Закону.

Становится очевидно, что сам Закон не предоставляет никаких средств судебной защиты. Он предоставляет косвенную защиту, предусматривая наказания за нарушения Конвенций. Правительство не дает возможности принудительно применять Конвенции против него самого, и Закон не дает никому оснований для подачи иска о принудительном применении Конвенций. Таким образом, существует только принятое правительством Индии обязательство соблюдать Конвенции в отношении обращения с гражданским населением, но не существует права, которое было бы даровано покровительствуемым лицам и о принудительном применении которого могли бы попросить Суд. Если нет правовой нормы, которую суды могли бы применить, суд может оказаться бессилен. […]

Истец, однако, пытался прибегнуть к помощи Женевских конвенций, чтобы установить, что его нельзя было заставить покинуть Гоа, и тем самым он не совершил никакого преступления. Поэтому мы можем сказать несколько слов о Женевских конвенциях, особенно о Приложении IV, которое касается защиты гражданских лиц во время войны. В прошлом защита гражданского населения в недостаточной степени обеспечивалась Конвенциями и договорами. […] Четвертая Гаагская конвенция 1907 г. содержала статьи 42–56, но эта защита ограничивалась ситуациями оккупации неприятельской армией. В Положении только заявлены определенные принципы, предписано поддерживать правопорядок и уважать семейные права, жизнь людей и частную собственность и запрещены коллективные наказания. На деле все правила относились только к «основным районам военных действий» и не применялись, когда происходила «тотальная война», и гражданское население подвергалось таким же опасностям войны, как и военные. […]

[…] Конвенции 1949 г. дополняют Положение, что четко указано в статье 154 Женевской конвенции IV.

В статьях 42–56 Гаагского положения содержатся некоторые ограниченные и общие нормы по защите жителей оккупированной территории. Положение является дополнением. Следует прочитать статьи 43 и 55, у которых нет аналогов в Женевских конвенциях. Для нас это не имеет значения. Равным образом, поскольку в Женевских конвенциях нет определения «оккупации», надо прочитать статью 42, где содержится это определение:

«42. Территория признается занятою, если она действительно находится во власти неприятельской армии».

Далее Положение поручает органам власти, контролирующим территорию, принять все меры, чтобы восстановить и обеспечить правопорядок.

Положение в общих выражениях обязывает оккупирующую державу уважать личность и имущество жителей оккупированной территории. В нем не было правила, которое устанавливало бы, когда оккупация начинается, а когда заканчивается. Именно из-за этого упущения здесь утверждается, что оккупация продолжается до того момента, пока побежденные не уступят территорию или пока завоеватель не уйдет, а до тех пор защита Женевских конвенций [...] [сохраняется]. Однако статья 6, которая устанавливает начало и окончание применения Конвенций, некоторым образом проливает свет на этот вопрос.

Итак, остается вопрос: что же подразумевается под оккупацией? Это, конечно, не оккупация «ничейной земли», а нечто другое. Поскольку в Женевских конвенциях нет определения «оккупации», нам придется обратиться за определением к Гаагскому положению [...].

Следует прочесть определение «оккупации» в Положении, поскольку Положение представляет собой изначальные нормы, а Конвенции лишь дополняют Положение. Мы уже процитировали это определение, и оно показывает, что территория считается оккупированной, если она на самом деле находится во власти неприятельской армии. Это означает, что оккупация осуществляется военными властями [sic]. В «деле правосудия» было установлено, что законы военной оккупации применяются лишь к оккупации во время реальных военных действий, а когда неприятель окончательно побежден, эти законы не применяются к последующей оккупации.

Итак, вопрос трансформируется следующим образом: является ли оккупация по статье 47 военной оккупацией или оккупацией, которая продолжается после окончательной победы над неприятелем? В связи с этим суды должны взять факты из заявлений государственных властей. Военная оккупация — это временная ситуация де-факто, которая не лишает оккупированную державу ее суверенитета или статуса государства. Все дело в том, что оккупированная держава в течение некоторого времени не может осуществлять свои права. Другими словами, военная оккупация означает, что правительство не может функционировать, а власть принадлежит оккупирующим силам.

Аннексия, с другой стороны, происходит, когда оккупирующая держава завладевает оккупированной территорией и делает ее своей. Аннексия дает право де-юре на управление территорией. Аннексия означает не просто обладание, но неоспоримую верховную власть над территорией. [...] Военную оккупацию следует отличать от покорения, когда территория не только завоевывается, но и аннексируется завоевателем.

Однако существует разница между настоящей аннексией, с одной стороны, и преждевременной аннексией или, как ее иногда называют, ожидаемой, аннексией, — с другой. Юристы считают аннексию преждевремен-

ной, пока продолжаются военные действия и существует действующая неприятельская армия, даже если оккупирующая держава полностью выдворена с территории. Ожидаемая аннексия в одностороннем порядке не является настоящей аннексией. Настоящей аннексия является только тогда, когда территория завоевана и покорена […].

Конвенции справедливо предусматривают, что аннексия не влияет на защиту. Однако в них идет речь о преждевременной или ожидаемой аннексии. Преждевременная или ожидаемая аннексия не оказывает такого влияния. Подобный довод был по тем же причинам отклонен Нюрнбергским трибуналом. На самом деле, когда разрабатывалась сама Конвенция, эксперты почти склонялись к тому, чтобы добавить слово «предполагаемая» перед словом «аннексия» в статье 47, — желая провести различие между аннексией после завоевания и покорения и аннексией в тот момент, когда еще продолжаются военные действия. Покорение кладет конец состоянию войны и уничтожает источник власти существующего правительства. При покорении, признанном одним из способов завладения правами, не только фактически, но и юридически права переходят к завоевателю. После покорения жители должны подчиняться принимаемым законам и не препятствовать их выполнению.

Таким образом, признан принцип, согласно которому оккупирующая держава должна применять Конвенцию, даже если она утверждает *во время конфликта*, что аннексировала оккупированную территорию. Однако когда конфликт закончился и нет действующей неприятельской армии, аннексия дает право на владение территорией. Может возникнуть вопрос, почему тогда в статье 6 упоминается срок в один год? Это объясняется тем, что, если оккупированная держава победит, страна будет через год освобождена, а если победа останется на стороне оккупирующей державы, когда военные действия прекратятся, сильнодействующие меры против гражданского населения будут уже не нужны. Здесь, как и в других законах, временные рамки выбраны произвольно и составляют один год. Иначе, опять же, оккупация, то есть военная оккупация, заканчивается, когда прекращаются военные действия, и территория становится частью оккупирующей державы. […]

На вопрос, когда возникает право на владение новой территорией, ответить нелегко. […]

Хотя в Уставе ООН предусмотрено обязательство воздерживаться от применения силы против территориальной неприкосновенности других государств (статья 2, пункт 4), происшедшие после Второй мировой войны события показали, что завладение правом на территорию путем завоевания все еще признается. […] Если уступка после поражения приводит к созданию права владения, то оккупация в сочетании с отсутствием противостояния должна приводить к возникновению такого же права.

В настоящем деле обстоятельства таковы, что военное столкновение длилось всего несколько часов, а затем не было совсем никакого сопротивления. [...] Оккупация, осуществленная 20 декабря 1961 г., не была ни военной, ни ожидаемой оккупацией, но являлась настоящей аннексией путем завоевания и покорения. Не следует забывать, что г-н Гарднер признает законность аннексии. Следовательно, поскольку оккупация в значении статьи 47 подошла к концу, защита также должна прекратиться. Поэтому мы считаем, что в настоящем деле не было нарушения Женевских конвенций. [...]

Женевские конвенции перестали применяться после 20 декабря 1961 г. Индийское правительство предложило преподобному отцу Монтейру подданство и гражданство Индии, однако он отказался и сохранил свое португальское гражданство. Как гражданин Португалии он мог находиться в Индии, получив на это разрешение. Поэтому он справедливо подвергся судебному преследованию в соответствии с применимым к нему законом. Поскольку относительно самого судебного процесса жалоб не поступало, в апелляции должно быть отказано. Она будет отклонена.

Апелляция отклонена.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Когда территория считается оккупированной? Какое определение оккупации используется в Женевских конвенциях? (См. статью 154 Конвенции IV и статью 42 Гаагского положения, см. **Документ № 1**, Гаагское положение, 18 октября 1907 г.)

2. a. В чем заключается различие между «военной оккупацией» и «оккупацией»? Почему это различие имеет такое значение для анализа статьи 47 со стороны Суда?

   b. Запрещает ли МГП аннексию оккупированной территории оккупирующей державой? Согласно МГП, лишает ли аннексия территорию статуса оккупированной и кладет ли тем самым конец применимости Конвенций? Имеет ли значение, какая это оккупация — «настоящая» или «преждевременная»? Проводится ли в статье 47 Конвенции IV различие между типами аннексии, то есть предусмотрено ли ее применение только к «преждевременным аннексиям»?

   c. Действительно ли тот факт, что истец признает законность аннексии, делает его доводы менее убедительными? Принял бы Суд иное решение, если бы истец не признал законность аннексии?

3. a. Является ли аргументация Суда, в которой идет речь о различиях между «оккупацией» и «военной оккупацией» и между «настоящей аннексией» и «преждевременной аннексией», убедительным ответом на утверждение истца о том, что «оккупация продолжается до тех пор, пока побежденные не уступят территорию или пока завоеватель не уйдет, а до тех пор защита Женевских конвенций [сохраняется]»? Как может Конвенция IV перестать применяться на оккупированной территории? Согласуется ли статья 2, общая, Конвенций с использованием Судом различия между «оккупацией» и «военной оккупацией» при определении применимости Конвенций?

   b. Если следовать доводам истца, а не Суда, когда бы перестала применяться Конвенция IV в Гоа? Каковы преимущества и недостатки такого толкования?

4. Дает ли Суд удовлетворительный ответ на поставленный им вопрос относительно применения Конвенций в течение одного года (после общего окончания военных действий), как указано в статье 6 Конвенции IV?

5. Может ли оккупирующая держава регламентировать пребывание иностранцев на оккупированной территории? Если речь идет о гражданах оккупирующей державы? Если речь идет о других иностранцах? Согласно МГП, каковы возможности и рамки оккупирующей державы в этом вопросе? (См. статьи 4, 48, 49 и 64 Конвенции IV и статью 43 Гаагского положения 1907 г.)

6. a. Обладает ли запрещение депортаций с оккупированных территорий само по себе исполнительной силой? Имеет ли ответ на этот вопрос значение в индийской правовой системе? Была ли статья 49 Конвенции IV включена в индийское законодательство? Почему истец не может ссылаться на нее перед Верховным судом Индии?

   b. Правда ли, что закон, включающий Женевские конвенции во внутригосударственное законодательство, «не дает никому конкретного права обращаться в Суд» в поисках судебной защиты при нарушении? Действительно ли посредством такого закона правительство не дает возможности принудительно применять Конвенции «против него самого»? Разве не должен, как минимум, подсудимый в уголовном суде иметь право утверждать, что его предполагаемое преступление оправдано включенным в законодательство международным договором?

   c. Тогда какие еще цели может преследовать этот Закон? По мнению Суда, как должен был бы быть сформулирован Закон, чтобы позволить судам обеспечивать правовой рамкой применение Женевских конвенций?

VII. Куба

Прецедент № 95, Куба, Статус захваченных «партизан»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Chapelle, D., «How Castro Won», in Greene, T. N. (ed.), *The Guerrilla — And How to Fight Him: Selections from the Marine Corps Gazette*, 1965, p. 233. Приводится также в работе Walzer, M., *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 1977, 360 pp.]

Тем же вечером я наблюдал, как сдаются в плен сотни солдат из преданного Батисте гарнизона маленького городка. К ним, согнанным вместе под дулами автоматов повстанцев, обратился с речью Рауль Кастро:

«Мы надеемся, что вы останетесь с нами и будет сражаться против хозяина, который дурно с вами обошелся. Если вы решите отклонить это предложение, — а я не стану его повторять, — завтра вас передадут на попечение Кубинского Красного Креста. Мы надеемся, что, вернувшись под начало Батисты, вы не поднимете оружие против нас. А если вы это сделаете, то помните:

Мы схватили вас в этот раз. Мы сможем схватить вас снова. И когда это произойдет, мы не будем вас запугивать или пытать... Если вы попадете в плен второй или даже третий раз... мы снова вернем вас точно так же, как делаем это сейчас».

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Согласно МГП, получают ли статус военнопленных те, кто участвует в военных действиях в немеждународном вооруженном конфликте? Что мог сделать Рауль Кастро с пленными в этом случае? Могли ли их судить за то, что они сражались за неправое дело?

2. Законно ли то, что он сделал? Выходят ли его действия за рамки даже того права, которое применяется во время международных вооруженных конфликтов?

3. а. Защищает ли МГП долг верности военнопленного в отношении державы, за которой он числится? Может ли держащая в плену дер-

жава позволить военнопленному нарушить этот долг? Может ли она подстрекать его сделать это? (См. статью 87 Конвенции III.)

b. Если военнопленный изменит своей присяге и по собственной воле присягнет на верность держащей в плену державе, утратит ли он свои права по Конвенции III? Могут ли ему разрешить вступить в вооруженные силы (бывшей) держащей в плену державы? (См. статьи 7, 23, 52 и 130 Конвенции III.)

4. Могут ли военнопленные, которых один раз уже репатриировали, вновь взяться за оружие согласно МГП? (См. статью 14 Конвенции I и статью 117 Конвенции III.) Какой будет их судьба, если их вновь возьмут в плен?

5. Какие опасности и преимущества заключаются в действиях Рауля Кастро? Поможет ли это ему победить?

6. Надлежащая ли роль отведена здесь Кубинскому Красному Кресту? Не следовало бы скорее возложить эти функции на Международный Комитет Красного Креста? Почему? (См. статьи 3 и 5 **Документа № 20**, Устав Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца.)

VIII. Йемен

Прецедент № 96, «Отчет МККК по Йемену», 1967 г.

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *Annual Report 1967*, ICRC, pp. 15–17.]

Йемен

Деятельность МККК в области здравоохранения в Северном Йемене. Основной деятельностью МККК в этом регионе в течение 1967 г. было представление медицинской помощи раненым и больным в той части Йемена, которая находится под контролем роялистов. […]

Однако работу этой делегации неимоверно затруднили несколько происшествий. Первым из них стал инцидент в Кетафе в Джауфе 5 января 1967 г., когда в результате воздушного налета на деревню были убиты 120 человек, среди них много женщин и детей.

После этого нападения МККК обратился 31 января к воюющим сторонам со следующим обращением:

«Международный Комитет Красного Креста в Женеве чрезвычайно обеспокоен воздушными налетами на гражданское население и заявленным применением ядовитого газа в Йемене и соседних регионах.

Учитывая то, какие страдания причиняют подобные действия, МККК обращается ко всем властям, участвующим в этом конфликте, с настоятельной просьбой соблюдать при любых обстоятельствах повсеместно признанные гуманитарные нормы международной морали и права.

МККК нуждается в понимании и поддержке всех заинтересованных сторон, чтобы его врачи и делегаты в Йемене могли продолжать выполнять свою работу, в наилучших возможных условиях оказывая беспристрастную помощь жертвам этого конфликта.

МККК хотел бы воспользоваться этой возможностью, чтобы подтвердить, что в интересах всех лиц, нуждающихся в его помощи, он принял за правило не обнародовать наблюдения, которые делают его делегаты при исполнении своих обязанностей. Тем не менее эти наблюдения исполь-

зуются для подкрепления его позиции во время соответствующих переговоров, которые он неизменно ведет, если это необходимо. [»]

После того как еще один налет 12 мая унес жизни 75 человек, сотрудники медицинской миссии МККК отправились туда для оказания помощи, но перед этим они сами подверглись нападению с воздуха. Отчет, составленный врачами МККК, был отправлен 2 июня правительствам сторон, участвующих в конфликте; в нем излагались наблюдения врачей и содержался призыв к правительствам ни при каких обстоятельствах не прибегать к методам ведения военных действий, которые запрещены Женевским протоколом 1925 г.

С тех пор МККК не получал сообщений о других инцидентах такого рода.

В конце июня один из делегатов МККК пострадал в результате серьезного происшествия. Г-н Лоран Вуст, сопровождавший груз медикаментов на самолете, следовавшем из Наджрана в Гизан, был тяжело ранен во время аварийной посадки. Он был единственным, кто остался в живых, и получил сильные ожоги. В конце декабря 1967 г. г-н Вуст все еще находился на лечении.

С сотрудниками этой делегации МККК произошел и другой инцидент. 26 августа колонна автотранспорта МККК подверглась нападению бедуинов в пустыне Джауф. Молодому врачу Фредерику де Бро пуля попала в левую руку, что привело к открытому перелому, вызвавшему частичный паралич руки.

Осенью в результате соглашений, заключенных в Хартуме, МККК, в принципе, решил завершить свою деятельность в области здравоохранения к концу года.

Однако в декабре в городе Санаа и его окрестностях вновь начались бои. Поэтому в роялистском тылу пришлось продолжить оказание медицинской помощи. Преодолев на грузовиках 600 километров между Наджраном и Джиханахом со всеми сопутствующими трудностями, медицинская бригада МККК расположилась в городе Джиханах, работая по ночам и прячась в укрытиях днем. В Джиханахе, где ожидалось лишь небольшое число раненых, бригада МККК обнаружила около 30 брошенных в неописуемых страданиях раненых, около 20 из них были серьезно ранены и жестоко изувечены, в основном это были женщины и дети.

В этих обстоятельствах можно представить, что задача врачей МККК была крайне сложной, особенно если добавить, что медицинские бригады, находившиеся под защитой эмблемы красного полумесяца, дважды подвергались бомбардировкам и нападениям в течение 1967 г. Их мужество и готовность рисковать своей жизнью ради других заслуживают высочайших похвал.

Наконец, ввиду возобновления боев в последние дни 1967 г. МККК выпустил второе обращение к двум сторонам в конфликте, призывая их соблюдать основополагающие гуманитарные принципы, содержащиеся в Женевских конвенциях.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Каждое ли нападение, при котором намеренно убивают и ранят гражданских лиц, является нарушением МГП? Если нет, то в каких случаях нарушается МГП? Различны ли условия по МГП международных конфликтов и МГП немеждународных конфликтов? Что если такие нападения направлены на запугивание гражданского населения? (См. статью 51(2) Протокола I и статью 13(2) Протокола II.) Каждое ли нападение, направленное против гражданских лиц, нарушает Протокол I или Протокол II? (См. статью 25 Гаагского положения, статью 51 Протокола I и статью 13 Протокола II.)

   b. Разве женщины и дети не пользуются особой защитой по МГП немеждународных вооруженных конфликтов? (См. статью 4(2)(e) и (3) Протокола II.) Действует ли эта защита в данном случае?

2. a. Какую защиту предусматривает МГП немеждународных вооруженных конфликтов для больных и раненых? На какой уход они имеют право? (См. статью 3(2), общую, Конвенций и статью 7 Протокола II.) Предусматривает ли МГП немеждународных вооруженных конфликтов такую же обширную защиту и уход для раненых и больных, как МГП международных вооруженных конфликтов?

   b. Какие обстоятельства, обнаруженные делегатами МККК в Йемене в связи с ранеными, являются явными нарушениями МГП? Если применима только статья 3, общая, Конвенций? Если мы применяем МГП международных вооруженных конфликтов?

   c. Какую защиту предусматривает МГП для тех, кто ухаживает за больными и ранеными или предоставляет им гуманитарную помощь? (См. статьи 11 и 18 Протокола II.) Если больницы и медицинский персонал часто подвергаются нападениям, как это происходит здесь с отделениями и персоналом МККК, когда гуманитарной организации следует прекратить свою деятельность? Особенно если становится очевидным, что эмблема не пользуется уважением? (См. статью 12 Протокола II.) Что если это означает, что помочь жертвам будет уже некому?

3. a. Запрещает ли применение химического оружия обычное международное право? Или только договорное право? (См. статью 23(а) и (д) Гаагского положения, статьи 35 и 51 Протокола I и **Документ № 2,** Женевский протокол о химическом оружии 1925 г.) Однако применимы ли эти положения в данной ситуации? Почему МГП немеждународных вооруженных конфликтов высказывается столь неопределенно относительно запрещенных видов оружия? Потому что обычное МГП запрещает такие виды оружия? Потому что это запрещение можно вывести из «оговорки Мартенса» и каким-то образом из статьи 3, общей, Конвенций? Или в Протоколе II предполагается, что будет сделана ссылка на МГП международных вооруженных конфликтов? На все его аспекты? Если только на некоторые аспекты, то на какие? (См. статью 23(а) и (д) Гаагского положения, статьи 63(4)/62(4)/142(4)/158(4) соответственно четырех Конвенций, статьи 1(2) и 35(2) Протокола I и ч. 4 преамбулы Протокола II.)

   b. Вне зависимости от происхождения этой нормы, разве Йемену как государству — участнику Протокола о запрещении применения на войне удушливых, ядовитых или других подобных газов и бактериологических средств 1925 г. (см. **Документ № 2**, Женевский протокол о химическом оружии 1925 г.), не запрещено применять химическое оружие?

4. a. Означает ли публичное обращение МККК, что в определенных ситуациях обычные и особые механизмы имплементации МГП не работают?

   b. Какие критерии вы бы предложили использовать МККК, чтобы определить, требуется ли публичное обращение к сторонам в конфликте относительно нарушений в конкретной ситуации? Является ли такое обращение действительно обращением ко всем государствам-участникам «обеспечивать соблюдение» МГП?

   c. Не противоречит ли это обращение принципам нейтральности и беспристрастности Красного Креста? Необходимо ли было МККК, с учетом этих принципов, критиковать воюющие стороны? Из-за продолжавшихся нарушений? Правда ли, что, согласно этим двум принципам, МККК никогда не может критиковать только одну сторону в вооруженном конфликте?

   d. Чем объясняется тот факт, что МККК, как правило, избирает политику неразглашения наблюдений, которые делают его делегаты? Следует ли это из принципов нейтральности и беспристрастности Красного Креста? Или это просто метод работы?

IX. Малайзия

Прецедент № 97, Малайзия, «Государственный обвинитель против Ойе Хи Коя»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Levie, H.S. (ed.), *International Law Studies: Documents on Prisoners of War*, Naval War College, R.I., Naval War College Press, vol. 60, Document No. 155, 1979, pp. 737–744.]

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ОБВИНИТЕЛЬ ПРОТИВ ОЙЕ ХИ КОЯ (И СОПУТСТВУЮЩИЕ АПЕЛЛЯЦИИ)
Тайный совет, 4 декабря 1967 г.

1 ALL E.R.419 [1968], A.C. 829 [1968], 42 ILR 441 (1971)

[…]

ЛОРД ХОДСОН: В данных сопутствующих апелляциях основной вопрос заключается в том, имеют ли обвиняемые право на то, чтобы с ними обращались как с военнопленными, пользующимися покровительством в соответствии с Законом о Женевских конвенциях 1962 г., к которому прилагаются Женевские конвенции 1949 г.

Обвиняемые являются так называемыми китайскими малайцами, либо родившимися, либо поселившимися в Малайзии, но ни в одном случае не было указано, имеют ли они малайзийское гражданство. […]

Они были схвачены во время конфликта с Индонезией. Все они, кроме двоих, были сброшены над Малайзией с парашютами в группе десантников под командованием офицеров военно-воздушных сил Индонезии. Основная группа была сброшена над проливом Джохор; ее члены были одеты в камуфляжную форму. Каждый имел при себе огнестрельное оружие, боеприпасы, две ручные гранаты, пищевые рационы и другое военное оснащение. Из 48 членов основной группы 34 были индонезийскими солдатами, а 14 — китайскими малайцами, среди которых были 12 обвиняемых. Один был с таким же оснащением сброшен с другого самолета. Остальные двое обвиняемых высадились позже с моря, их схватили и судили. Один из них также претендовал на защиту Женевских конвенций.

Все обвиняемые были осуждены за преступления по Закону о внутренней безопасности Федерации Малайзия от 1960 г. и приговорены к смертной казни. […]

* * * *

Все обвиняемые обжаловали свои приговоры […], и их апелляции были отклонены Федеральным судом Малайзии, за исключением двух случаев, а именно в деле Ойе Хи Коя (Апелляция № 16 от 1967 г.) и Оои Ван Юя (Апелляция № 17 от 1967 г.); в обоих случаях апелляции были разрешены на основании того, что обвиняемые были военнопленными в значении Закона о Женевских конвенциях Федерации Малайзия от 1962 г. (в дальнейшем называемого «Закон 1962 г.») и в качестве таковых имели право на защиту по Женевским конвенциям об обращении с военнопленными (Приложение 3 к Закону 1962 г.).

В этих двух случаях обвинитель подает апелляцию по специальному разрешению, данному в решении Федерального суда. В остальных случаях обвиняемые подают апелляцию по специальному разрешению вопреки решениям Федерального суда, поддерживающего их приговоры.

* * * *

[…]
Статья 5 [Конвенции III от 1949 г.] предусматривает в той части, которая здесь существенна:

«…В случае, если в отношении лиц, принявших то или иное участие в военных действиях и попавших в руки противника, возникает сомнение в их принадлежности к одной из категорий, перечисленных в статье 4, такие лица будут пользоваться покровительством настоящей Конвенции до тех пор, пока их положение не будет определено компетентным судом». […]

Статья 5 Конвенции относится к такому лицу, какие описаны в статье 4, в отношении которого «возникает сомнение» в его принадлежности к одной из категорий, перечисленных в статье 4. Согласно статье 5 такому лицу предоставляется защита Конвенции на настоящий момент, то есть до тех пор, пока его «положение не будет определено компетентным судом». […]

В двух случаях, в отношении которых государственный обвинитель подает апелляции, то есть в делах Ойе Хи Коя и Оои Ван Юя […], когда судья, участвующий в рассмотрении дела, поднял этот вопрос, Федеральный суд постановил, что обвиняемые имеют право на защиту. По решению Федерального суда в других делах, в которых приговоры

были поддержаны, [...] во время суда этот вопрос не поднимался и, следовательно, не «возникло сомнение», в связи с которым начал бы действовать раздел 4.

Их светлости придерживаются того мнения, что при слушании их апелляций в Федеральном суде на обвинении не лежало бремя доказывания того, что те обвиняемые, во время процесса над которыми не возникло сомнения относительно правильности судопроизводства, не имели права на то, чтобы с ними обращались как с пользующимися защитой военнопленными. Хотя бремя доказывания вины всегда возлагается на обвинение, это не означает, что оно также должно доказывать, что обвиняемый не имеет права ходатайствовать об отсрочке суда над ним до тех пор, пока не будут предприняты определенные процессуальные действия. Пока не «возникает сомнение», статья 5 не действует, и от суда не требуется определять, применима ли эта гарантия. Соответственно, в тех случаях, когда в отношении обвиняемого не возникало сомнения, вопрос о неправильном судебном разбирательстве не вставал.

Единственный прецедент, на который обратили внимание их светлости и который поддерживает мнение о том, что Женевская конвенция (или, скорее, предшествующая ей Конвенция, в которой использовалась та же формулировка) применяется, так сказать, автоматически, причем не возникает вопрос о существовании защиты, — это дело «Р. против Джузеппе». Мировой судья судил 12 итальянских военнопленных и вынес им приговор по обвинению в краже, не известив представителя державы-покровительницы, как того требует Конвенция. При рассмотрении ходатайства о пересмотре дела по особому запросу Короны было решено, что осуждение и приговоры следует отменить. Таким образом, представляется, Корона запросила о пересмотре дела, в котором военнопленные были гражданами неприятельских держав и явно имели право на защиту Конвенции. Их светлости не считают это решение веским доводом в пользу того утверждения, что в рассматриваемых делах имело место неправильное судебное разбирательство.

* * * *

[...]
Не было доказано, что обвиняемые являлись гражданами Малайзии или имели обязательства перед Малайзией, хотя во многих случаях существовали свидетельства, которые, если бы вопрос был прямо поднят, могли навести на мысль, что так оно и было; однако для ответа на каждый из этих вопросов потребовалось бы дальнейшее установление фактов по делу. За исключением одного случая, когда обвиняемый заявил право на защиту Конвенции на суде, судопроизводство, при котором не были сделаны извещения, необходимые по разделу 4 [Закона 1962 г.], не

представляло собой неправильное судебное разбирательство. Ничто не указывало на то, что обвиняемые являются пользующимися защитой военнопленными, и не возникало сомнения в их принадлежности к этой категории. Сам факт, что они высадились в составе вооруженных сил Индонезии не вызвал сомнения, и только в одном случае было подано ходатайство, давшее суду, перед которым предстали обвиняемые, какое-то основание для применения раздела 4 Закона.

В этом единственном случае, в деле «Тео Боон Чай против государственного обвинителя» (№ 15 от 1967 г.), судя по материалам дела, адвокат обвиняемого утверждал, что его клиент не является ни гражданином Малайзии, ни гражданином Индонезии и что поэтому с ним следует обращаться как с военнопленным согласно Женевской конвенции. Это утверждение было отклонено на ложном основании, а именно, что юрисдикция вызвала сомнение. Федеральный суд придерживался такого мнения: обвиняемый должен был доказать, что имеет право на защиту, а он не сделал этого. Утверждение, сделанное в суде, перед которым обвиняемый предстал при уже описанных обстоятельствах, было, по мнению их светлостей, достаточным, чтобы вызвать сомнение относительно того, не является ли он военнопленным, пользующимся защитой Конвенции. Суд должен был обращаться с ним как с военнопленным на тот момент и либо вынести решение о том, пользуется ли он защитой или нет, либо воздержаться от продолжения судебного процесса в отсутствие извещений. Только в этом случае их светлости считают, что имело место неправильное судебное разбирательство и что правосудие требует, чтобы апелляция была разрешена, приговоры были отменены, а дело отправлено на повторное слушание.

В остальных случаях не было неправильного судебного разбирательства в связи с отсутствием извещений, которые требуются по разделу 4. […]

* * * *

Их светлости, соответственно, доложили правителю Малайзии, что [рассмотрение] апелляций в № 16 и 17 от 1967 г. разрешено; […] что апелляция по делу № 15 разрешена. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Должен ли обвиняемый положительно доказывать, согласно МГП, свое право на статус военнопленного и на защиту Конвенций, чтобы эта защита была ему предоставлена? (См. статью 5 Конвенции III.) Если да, во всех ли случаях? Только в тех, когда не «возникает сомнение»?

2. a. Какой критерий должен использоваться для оценки того, возникло ли или, возможно, должно ли было у суда «возникнуть сомнение»? Разве сам факт принадлежности к неприятельским вооруженным силам не должен всегда вызывать сомнения, о которых говорится в статье 5(2) Конвенции III? Или даже позволить предположить наличие статуса военнопленного?

   b. Согласны ли вы с тем, что обстоятельства этого дела не вызывают сомнений относительно статуса обвиняемых? В частности, обстоятельства их захвата в плен?

Прецедент № 98, Малайзия, «Осман против прокурора»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *Law Reports*, vol. 1, 1969, Appeal Cases, pp. 430–455 (P.C.).]

ПАЛАТА ЛОРДОВ
[ТАЙНЫЙ СОВЕТ]
ОСМАН БИН ХАДЖИ МОХАМЕД АЛИ
И ДРУГИЕ ИСТЦЫ
И ПРОКУРОР В РОЛИ ОТВЕТЧИКА
ПО АПЕЛЛЯЦИИ ИЗ ФЕДЕРАЛЬНОГО СУДА МАЛАЙЗИИ

[…]
10 марта 1965 г. две секретарши в банке в Сингапуре были убиты при взрыве сумки, содержавшей 25 фунтов нитроглицерина, которую эти два истца оставили на лестнице здания. Истцы не были одеты в форму и не имели удостоверений личности, также они не были одеты в форму в тот момент, когда их арестовали. Их обвинили в соответствии с Уголовным кодексом в убийстве двух секретарш и еще одного человека, который получил ранения при взрыве и умер позже, и судили в Верховном суде Сингапура. […] Истцы утверждали, что являются военнослужащими вооруженных сил Индонезии и имеют право на защиту Женевской конвенции об обращении с военнопленными 1949 г. Судья, участвовавший в рассмотрении дела, постановил, что они не имели права на статус военнопленных, и признал их виновными. […]

[Доводы в пользу истцов:] В-третьих, истцы являлись военнопленными по смыслу Женевской конвенции и, соответственно, имели право на защиту Конвенции, и поскольку нет доказательств того, что были высланы

извещения, которых требует статья 104 Женевской конвенции и раздел 4 Закона о Женевских конвенциях 1962 г., имело место неправильное судебное разбирательство, и приговоры истцов должны быть отменены. Заявления в поддержку этого утверждения таковы:

A. [...]

Данная апелляция должна быть рассмотрена на основании того, что Конвенция применялась к Сингапуру [являвшемуся в тот момент частью Малайзии] и что в соответствующий период времени существовало состояние вооруженного конфликта между Индонезией и Малайзией.

B. Если возникает «сомнение» относительно статуса, можно провести отличное от судебного процесса следствие относительно статуса без высылки извещения. [...] Если статус не определен или извещение не выслано, судебный процесс не может продолжаться: статья 5 Конвенции. «Сомнение» относительно статуса возникло в тот же день, когда истцы были арестованы и заявили, что принадлежат к вооруженным силам Индонезии. «Сомнение» возникает в значении статьи 5, когда существует вооруженный конфликт и обвиняемые при захвате в плен утверждают, что принадлежат к вооруженным силам. Могут быть обстоятельства, которые ясно показывают, что притязание на статус явно ложное, однако обстоятельств этого дела достаточно, чтобы вызвать «сомнение» относительно того, что истцы могли бы воспользоваться защитой Конвенции. Ничто в обстоятельствах дела не указывало с очевидностью на то, что истцы не являлись военнослужащими вооруженных сил Индонезии. Суд дал более широкое толкование статьия 5. Неправильно было бы сказать, что «сомнение» возникло лишь тогда, когда адвокат заявил претензию на защиту Конвенции. Соответственно, судебное разбирательство было неправильным из-за того, что извещение не было отправлено, а статус истцов не был определен. «Участие в военных действиях» в значении статьи 5 означает любые действия в ходе войны, как законные, так и незаконные. Они не ограничиваются только законными военными действиями. В любом случае «сомнение» возникло, когда адвокат заявил о праве на защиту Конвенции в начале судебного процесса, и суд первой инстанции должным образом провел следствие относительно статуса и принял решение, что истцы не имеют права на защиту Конвенции. Было доказано, что это решение по предварительному вопросу неверно; соответственно, суд первой инстанции не имел оправданий для продолжения судебного процесса без отправки извещений. В связи с появлением новых свидетельств, которых не было во время судебного разбирательства, должен быть назначен новый суд. Если суд не был отложен в соответствии со статьей 104, то имело место неправильное судебное разбирательство, и нельзя допустить, чтобы обвинительные приговоры истцов оставались в силе.

C. Согласно статье 4A(1), личный состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте, а также личный состав ополчения и добровольческих отрядов, входящих в состав этих вооруженных сил, подпадает под категорию «военнопленных», и это равным образом относится к лицам из личного состава вооруженных сил, которые в момент захвата в плен не носили форму. Требования статьи 4A (2) не следует считать косвенно относящимися к статье 4A (1). Отсутствие отличительного знака не мешает тем лицам из личного состава вооруженных сил, которые не носят форму, претендовать на защиту Конвенции. Согласно Конвенции, опознавательные знаки сводятся только к удостоверению личности. Истцам никогда не задавали вопросы, предусмотренные в статье 17. Статья 85 Конвенции применяется к военнопленным, осужденным за военные преступления, поэтому они имеют права на предоставляемые Конвенцией статус и защиту, даже если их признают виновными в совершении военного преступления; тем более они имеют право на эту защиту до вынесения обвинительного приговора, будучи подозреваемыми и обвиняемыми. […]

В-четвертых, диверсии — только разновидность военных преступлений. Диверсантов не следует приравнивать к шпионам. С военнослужащим из состава вооруженных сил в гражданской одежде следует обращаться как с военным преступником, если считать его действия незаконными. Шпион — это человек, который тайно, замаскировавшись, собирает информацию; он находится в особом положении и не пользуется защитой при захвате в плен, тогда как лицо из личного состава вооруженных сил, снявшее форму и надевшее гражданскую одежду, подлежит суду за враждебные действия, унесшие жизни или уничтожившие имущество, за совершение преступления против законов войны, а не против внутригосударственного законодательства. Конвенция 1949 г., в отличие от Конвенции 1929 г., в прямой форме предоставляет защиту и статус военнопленных лицам из состава партизанских сил. Тенденция права — расширять защиту, предусматриваемую Конвенцией. Это очень быстро развивающаяся отрасль права. Нет различия между нападениями на военные и на гражданские здания. Неизбирательные бомбардировки не являются нарушением законов войны. Невозможно найти какой-либо принцип, по которому нападение на гражданские здания можно было бы сейчас считать нарушением законов войны в условиях современной войны. Незаконное участие в военных действиях — это действия, не разрешенные нормами ведения войны, однако обращение с законными и незаконными комбатантами не может быть оставлено на усмотрение тех, кто захватил их в плен. […]

[Доводы в пользу ответчика:]

Во-первых, если предположить, что истцы принадлежат к личному составу вооруженных сил Индонезии, они лишились каких-либо прав на обра-

щение, предоставляемое военнопленным согласно защите, предусмотренной Женевской конвенцией, поскольку: (a) сняли форму; (b) надели гражданскую одежду; (c) совершили нападение на гражданский объект; и (d) их действия стали причиной смерти и ранений мирных граждан. Специалисты по Конвенции поддерживают следующие утверждения: (1) Лица из состава вооруженных сил, снимающие форму во враждебных целях, не имеют права на статус «военнопленных» по статье 4A Конвенции или каким-либо иным образом. (2) Шпионы и диверсанты, не носящие форму, подпадают под указанную выше категорию и поэтому не имеют права на статус «военнопленных» при захвате в плен. (3) Шпионы и диверсанты, не носящие форму, не виновны в военных преступлениях, как они определяются, только потому, что они не носят форму во враждебных целях. (4) Шпионы и диверсанты, не носящие форму, подлежат суду и наказанию в соответствии с внутренним правом государства, захватившего их в плен. (5) Убийство мирных граждан и нападение на невоенные здания противоречит законам и обычаям войны. (6) Неизбирательные бомбардировки и использование самолетов-снарядов «фау-1» и ракет «фау-2» противоречат законам и обычаям войны. (7) Диверсанты могут быть: (a) обычными гражданскими добровольцами, (b) участвующими в диверсиях лицами из состава ополчения и добровольческих отрядов, и (c) лицами из состава вооруженных сил, получившими приказ совершить диверсию. (8) Необходимые условия, указанные в статье 4A (2), также применимы к статье 4A (1). […]

Решение их светлостей огласил ВИКОНТ ДИЛХОРН.

20 октября 1965 г. истцы были осуждены Верховным судом Сингапура в соответствии с Уголовным кодексом за убийство трех гражданских лиц и приговорены к смертной казни. Их апелляции, направленные в Федеральный суд Малайзии, были отклонены 5 октября 1966 г., и сейчас они подают апелляции по специальному разрешению. […]

Истцов подобрал в море на некотором расстоянии от Сингапура некий человек на лодке. Он увидел, как они плыли, цепляясь за доску. […] Он показал под присягой, что оба истца не были одеты в форму: один из них был полуобнажен и одет только в темные брюки, на втором была спортивная рубашка и длинные брюки. […]

В 14.35 того же дня первому истцу было предъявлено обвинение в убийстве трех лиц, погибших при взрыве. Ему снова было сделано предупреждение об ответственности, и тогда он сделал заявление, сообщив, что прибыл в Сингапур 10 марта в 11.00, что он и второй истец отправились взглянуть на цель, затем он и второй истец «поместили два пакета со взрывчаткой на лестнице, не доходя до второго этажа», что второй истец поджег запал, а затем они ушли и сели в автобус. […]

В 18.15 первый истец имел беседу с г-ном Ео, занимавшим тогда должность четвертого магистрата. Он сообщил последнему, что является бойцом индонезийской армии и готов дать магистрату информацию о своих обязанностях, которые ему приказали выполнять его начальники. […]

В начале слушания адвокат истцов заявил, что они оба являются военнослужащими вооруженных сил Индонезии и что они имеют право на защиту по Женевской конвенции об обращении с военнопленными 1949 г. В 1962 г. в Федерации Малайзия был принят Закон о Женевских конвенциях, которым последние, среди них и данная Конвенция, вводились в действие.

Раздел 4(1) этого Закона предусматривает, среди прочего, что суд, перед которым предстает в связи с любым правонарушением пользующийся защитой военнопленный, не должен приступать к судебному процессу, пока не будет доказано к удовлетворению суда, что державе-покровительнице, обвиняемому и доверенному лицу пленного не менее чем за три недели до этого было вручено извещение, в котором указывались полное имя и описание обвиняемого и другие сведения о нем, в том числе данные о преступлении, в котором его обвиняют, о суде, который будет разбирать дело, времени и месте судебного процесса.

В поддержку этого заявления первый истец дал показания о том, что он является военнослужащим вооруженных сил Индонезии, капралом регулярного подразделения «Korps Kommando Operasi» (диверсионно-десантного отряда). Он показал под присягой, что он и второй истец были одеты в форму в тот момент, когда их спасли в море. Он сказал, что удостоверения личности, принадлежавшие ему и второму истцу, находились в пластиковых пакетах, которые были утеряны, когда их сампан затонул. Второй истец также дал показания о том, что он является членом диверсионно-десантного отряда «Korps Kommando Operasi» и был одет в форму в момент спасения. Он также сказал, что командир запретил ему надевать его личный знак. Заслушав показания спасшего их человека с лодки и других свидетелей, которые видели истцов вскоре после их спасения, относительно их одежды, судья постановил, что истцы не имели права на статус военнопленных. Он сказал, что существует достаточно доказательств того, что они не носили форму в тот момент, когда их спасли. Он также обнаружил, что сначала они утверждали, что являются рыбаками, тогда как позже один из них заявлял, что он крестьянин. […]

Он добавил, что если они принадлежали к личному составу вооруженных сил Индонезии, они, по его мнению, не имели права на статус военнопленных.

> «На мой взгляд, — сказал он, — неприятельские военнослужащие, являющиеся комбатантами, которые прибывают сюда, притворившись, будто имеют мирные цели, и изменив свой облик, чтобы не быть похожими на солдат, и попадают в плен, — такие лица не имеют права на преимущества, предоставляемые военнопленным».

После слушания дела об апелляции в Федеральном суде в защиту истцов были приняты аффидевиты двух офицеров индонезийской армии, указавших, что с марта 1965 г. истцы принадлежали к личному составу вооруженных сил Индонезии и служили в подразделениях «Kommando Mandala Siaga» (быстрого реагирования), были также предоставлены документы, якобы являвшиеся их личными армейскими досье. […]

Г-н Ле Кесн также утверждал, что истцы являлись военнопленными, подпадавшими под действие Женевской конвенции, и что требования этой Конвенции не соблюдались, в результате чего имело место неправильное судебное разбирательство.

Статья 2 Конвенции предусматривает, что Конвенция будет применяться во всех случаях объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны. В начале судебного процесса адвокат Короны заявил, что Индонезия и Малайзия не находились в тот момент в состоянии войны, но когда судья Чуа сказал, что, по его мнению, существовало состояние вооруженного конфликта, адвокат Короны более не возвращался к этому вопросу. […]

Поэтому апелляцию слушали, основываясь на том, что Конвенция применялась к Сингапуру и что на тот момент Индонезия и Малайзия находились в состоянии вооруженного конфликта.

Необходимо определить, имеют ли истцы право на защиту Конвенции с учетом обстоятельств этого дела. Мнение судьи Чуа по этому вопросу уже приводилось. Федеральный суд постановил, что не могло быть

> «никаких сомнений в том, что взрыв в доме Макдональда не только являлся диверсионным актом, но и не имел никакой связи с военной необходимостью».

Далее судьи указали:

> «Нам кажется совершенно очевидным, что по международному праву лицо из состава вооруженных сил стороны в конфликте, которое, сняв форму и надев гражданскую одежду, закладывает

> взрывные устройства на территории другой стороны в конфликте в невоенном здании, где работают гражданские лица, не имеющие отношения к каким-либо военным усилиям, лишается при захвате в плен права на то, чтобы с ним обращались как с военнопленным».

Поэтому они постановили, что истцы не являлись военнопленными в значении Конвенции.

Необходимо, во-первых, рассмотреть Положение, прилагаемое к Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г. Первый раздел этого Положения озаглавлен «О воюющих», а статья 1 является первой статьей в этом разделе и в главе, озаглавленной «О том, кто признается воюющим». Она звучит следующим образом:

> «Военные законы, права и обязанности применяются не только к армии, но также к ополчению и добровольческим отрядам, если они удовлетворяют всем нижеследующим условиям: 1) имеют во главе лицо, ответственное за своих подчиненных; 2) имеют определенный и явственно видимый издали отличительный знак; 3) открыто носят оружие; и 4) соблюдают в своих действиях законы и обычаи войны. Ополчение или добровольческие отряды в тех странах, где они составляют армию или входят в ее состав, понимаются под наименованием армии».

Глава II этого раздела озаглавлена «О военнопленных». В Положении не говорится прямо, что лицо, имеющее статус воюющего, при захвате в плен имеет право на обращение, положенное военнопленному, но это явно подразумевается. Как сказал д-р Жан Пикте в *Комментарии к Женевским конвенциям*, опубликованном Красным Крестом в 1960 г. [*The Geneva Conventions*, *Commentary*, published under the direction of Jean S. Pictet, III: The Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, ICRC; Geneva, 1958, p. 46; available on http://www.icrc.org/ihl.]:

> «Как только лицу предоставляется статус комбатанта, оно обязано соблюдать законы войны и имеет права, которые они предоставляют. Самым важным из последних является право на то, чтобы быть признанным военнопленным при захвате в плен».

Статья 29 Положения звучит следующим образом:

> «Лазутчиком может быть признаваемо только такое лицо, которое, действуя тайным образом или под ложными предлогами, собирает или старается собрать сведения в районе действий одного из воюющих с намерением сообщить таковые противной стороне. Так, не считаются лазутчиками военные чины, которые

> в форме проникнут для собирания сведений в район действия неприятельской армии».

В статье 31 говорится:

> «Лазутчик, возвратившийся в свою армию и впоследствии взятый неприятелем, признается военнопленным…»

Эти две статьи показывают, что солдаты, которые выполняют роль шпионов и попадают при этом в плен, будучи переодетыми, не имеют права считаться военнопленными. […] [Лазутчик и шпион — разные переводы одного английского слова spy. — *Примечание переводчика*.]

В статье 4 Женевской конвенции III добавлен ряд новых категорий лиц, имеющих право на то, чтобы считаться военнопленными. Нужно только прочитать статью 4A, подпункты (1), (2) и (3), которые звучат следующим образом:

> «A. Военнопленными, по смыслу настоящей Конвенции, являются попавшие во власть неприятеля лица, принадлежащие к одной из следующих категорий: 1. Личный состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте, а также личный состав ополчения и добровольческих отрядов, входящих в состав этих вооруженных сил. 2. Личный состав других ополчений и добровольческих отрядов, включая личный состав организованных движений сопротивления, принадлежащих стороне, находящейся в конфликте, и действующих на их собственной территории или вне ее, даже если эта территория оккупирована, если эти ополчения и добровольческие отряды, включая организованные движения сопротивления, отвечают нижеследующим условиям: a) имеют во главе лицо, ответственное за своих подчиненных; b) имеют определенный и явственно видимый издали отличительный знак; c) открыто носят оружие; d) соблюдают в своих действиях законы и обычаи войны. 3. Личный состав регулярных вооруженных сил, считающих себя в подчинении правительства или власти, не признанных держащей в плену державой».

Формулировка подпунктов (1) и (2) явно разработана по образцу статьи 1 Гаагского положения. Условия, которым должны удовлетворять ополчение и добровольческие отряды, не входящие в состав армии или вооруженных сил, одни и те же.

В Конвенции нет указания на то, что она должна была расширить защиту, предоставляемую солдатам Положением, а в Руководстве по военному праву, часть III (1958 г.) (Manual of Military Law, Part III (1958)), в п. 96 указано:

> «Если *регулярные* комбатанты не удовлетворяют этим четырем условиям, они могут в определенных случаях становиться незаконными комбатантами. Это будет означать, что они не будут иметь права на статус военнопленных при захвате их в плен. Таким образом, лица из личного состава регулярных вооруженных сил, схваченные как шпионы, не имеют права считаться военнопленными».

На этом основании следует сделать вывод о том, что в каждом случае недостаточно установить принадлежность к вооруженным силам, чтобы получить при захвате в плен право считаться военнопленным.

Ни в Гаагском положении, ни в Женевской конвенции не сказано прямо, что лицо из состава вооруженных сил должно быть одето в форму при захвате в плен, чтобы иметь право на такое обращение. В случае определенных отрядов ополчения или добровольческих отрядов эти подразделения должны удовлетворять определенным условиям, чтобы их члены имели право считаться военнопленными. Указание на то, что эти лица должны в момент захвата в плен иметь на себе «определенный и явственно видимый издали отличительный знак», отсутствует.

Однако международное право признает необходимость проведения различия между комбатантами и мирными жителями. «Разделение армий и мирных жителей, — писал Спейт (Spaight, *War Rights on Land*, p. 37), — возможно, величайшее достижение международного права. Его значение для уменьшения бедствий, причиняемых войной, неизмеримо». Хотя в п. 86 Руководства по военному праву признается, что это различие становится все более размытым, все же каждая из этих категорий по-прежнему обладает четкими правами и обязанностями.

Чтобы «определенный и явственно видимый издали отличительный знак» приносил какую-то пользу, его должны носить лица из состава ополчения или добровольческих отрядов, к которым применимы упомянутые четыре условия. Было бы неправильно, если бы требование о признании комбатанта и сопутствующее ему право считаться военнопленным существовало только в отношении личного состава таких сил, а в отношении личного состава вооруженных сил такого требования не было бы. Все четыре условия наличествуют в отношении вооруженных сил страны или, как их называет профессор Лаутерпахт в *Международном праве* Оппенгейма (Oppenheim, International Law, 7th ed., (1952), volume II, p. 259), «организованных вооруженных сил». Спейт (Spaight, *War Rights on Land*, p. 56) говорит в связи со статьей 1 Положения: «Четыре условия должны быть объединены, чтобы обеспечить признание статуса воюющего». Пикте в Комментарии к Женевским конвенциям говорит: «Выявление комбатанта зависит от удовлетворения этих четырех условий» (p. 48), а затем в отношении подпункта (3) статьи 4A:

> «Эти «регулярные вооруженные силы» должны обладать всеми существенными чертами и всеми признаками вооруженных сил в смысле подпункта (1): они носят форму, обладают иерархической структурой, знают и соблюдают законы и обычаи войны» (p. 63).

О войсках, высадившихся в тылу неприятеля, профессор Лаутерпахт в *Международном праве* Оппенгейма (p. 259) говорит, что до тех пор, пока

> «…они принадлежат к организованным вооруженным силам неприятеля и носят форму, они имеют право считаться регулярными комбатантами, даже если действуют в одиночку».

Таким образом, большое значение придается ношению формы или определенного отличительного знака при участии в военных действиях. […]

В данной апелляции нет необходимости пытаться определить все обстоятельства, при которых лицо, подпадающее под условия статьи 1 Положения и статьи 4 Конвенции III как лицо из личного состава армии или вооруженных сил, перестает пользоваться правом считаться военнопленным. Следует ответить на вопрос, имеют ли лица из состава таких сил, участвующие в диверсиях в гражданской одежде и захваченные в такой одежде в плен, право на защиту Конвенции.

В пункте 96 Руководства по военному праву сказано:

«Лица, принадлежащие к личному составу вооруженных сил, схваченные в гражданской одежде в тот момент, когда они действуют как диверсанты на неприятельской территории, находятся в положении, аналогичном положению шпионов». А в пункте 331 говорится:

> «Если они переодеты в гражданскую одежду или в форму армии, которая захватила их в плен, или союзной ей армии, они находятся в том же положении, что и шпионы. Если их схватят, когда они одеты в собственную форму, они имеют право считаться военнопленными».

В Законе о сухопутной войне 1956 г., американском аналоге Руководства по военному праву, содержится следующий абзац:

> «74. Необходимость ношения формы. Лица, принадлежащие к личному составу вооруженных сил стороны в конфликте и личному составу ополчения или добровольческих отрядов, входящих в состав этих вооруженных сил, утрачивают право считаться военнопленными, когда они намеренно скрывают свой статус, чтобы пересечь неприятельскую линию фронта с целью

> сбора военной информации или с целью ведения войны путем уничтожения людей или имущества. Ношение гражданской одежды или неприятельской формы является примером сокрытия статуса лица, принадлежащего к вооруженным силам».

В «деле по заявлению Квирина» [См. **Прецедент № 83**, США, Дело по заявлению Квирина и других] Верховный суд США должен был рассмотреть прошения о разрешении подать ходатайства об издании приказа habeas corpus. [Примечание 2: (1942) 317 U.S. 1.] Дело касалось нескольких немцев, которые во время последней войны высадились в диверсионных целях на берег США с взрывчаткой, одетые в форму. После высадки они надели гражданскую одежду. Их поймали. Оглашая заключение Верховного суда, председатель Суда Стоун сказал: [Примечание 3: (1942) 317 U.S. 1, 31.]

> «Шпион, тайно и без формы проникающий в тыл воюющей стороны во время войны, чтобы собирать военную информацию и передавать ее неприятелю, или неприятельский комбатант, который без формы и тайно переходит линию фронта, чтобы вести войну путем лишения жизни и уничтожения имущества, — вот хорошо известные примеры воюющих, которые обычно не считаются имеющими права на статус военнопленного…»

и: [Примечание 4: там же, 37.]

> «Пересекая наши границы с такими целями без формы или какой-либо эмблемы, указывающих на их статус комбатантов, или избавляясь от таких средств идентификации после проникновения, эти враги становятся незаконными комбатантами, которых следует судить и наказывать».

Учитывая процитированные выше отрывки, их светлости полагают, что согласно международному праву очевидно, что истцы, если они принадлежали к вооруженным силам Индонезии, не имели право при захвате в плен считаться военнопленными по Конвенции, когда они высадились для совершения диверсии и были одеты в гражданскую одежду и когда закладывали взрывчатку и поджигали запал и в момент ареста. […]

Г-н Ле Кесн далее утверждал, что действия истцов при закладывании взрывчатки являлись законными военными действиями и что поэтому их нельзя судить за убийство. Федеральный суд, отклоняя прошение истцов, очевидно сделал это частично на основании того, что закладывание взрывчатки в доме Макдональда, «в невоенном здании, где работают гражданские лица, не имеющие отношения к каким-либо военным усилиям», не принадлежало к законным военным действиям. «Неприкосновенность некомбатантов от прямых нападений — одна из основополагающих норм международного права войны», и «некомбатанты не

являются, согласно действующему международному праву, законной военной целью» (профессор Лаутерпахт в *Международном праве* Оппенгейма, pp. 524, 525).

Если истцы принадлежали к вооруженным силам Индонезии, то, по мнению их светлостей, они утратили свое право по Конвенции, участвуя в диверсии в гражданской одежде, и нет необходимости рассматривать вопрос о том, утратили ли они также эти права, нарушив законы и обычаи войны путем нападения на невоенное здание, где находились гражданские лица. Поскольку они утратили свои права, то, на взгляд их светлостей, здесь нет места для применения статьи 5 Конвенции, и, поскольку они не имеют права на защиту Конвенции, обвинительный приговор, вынесенный истцам за убийство, совершенное ими в гражданской одежде и в пределах юрисдикции Сингапура, не может быть признан недействительным.

По этим причинам их светлости пришли к заключению, что апелляцию следует отклонить. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Существовал ли между Индонезией и Федерацией Малайзия (к которой принадлежал Сингапур) международный вооруженный конфликт? Достаточно ли было для применения МГП одного того факта, что лица из состава вооруженных сил Индонезии совершали нападения в Сингапуре по приказу своих начальников? (См. статью 2, общую, Конвенций.)

2. a. По Женевским и Гаагским конвенциям должны ли лица из состава регулярных вооруженных сил постоянно отличать себя от гражданского населения? Могут ли они подвергнуться наказанию, если не сделают этого? Должны ли их наказать, если они не сделают этого? Теряют ли они статус комбатантов, если не делают этого? Как меняется эта ситуация, если применяется Протокол I? (См. статью 1 Гаагского положения, статью 4(A) Конвенции III и статьи 44(3)—(4) и 85 Протокола I.)

   b. Могут ли лица из состава регулярных вооруженных сил нападать на гражданские объекты? Могут ли их наказать за это? Должны ли их наказать за это? Теряют ли они статус комбатантов, если сделают это? (См. статьи 23(ж), 25 и 27 Гаагского положения, статью 85 Конвенции III и статьи 44(2), 48, 51, 52, 57 Протокола I; статьи 146—147 Конвенции IV и статью 85 Протокола I.)

c. Если бы истцы были одеты в форму в момент нападения, могли бы им вынести обвинительный приговор? Как бы изменился в этом случае их правовой статус?

d. Могло ли быть принято такое решение, если бы применялся Протокол I? Был бы результат иным в этом случае? Какая часть аргументации Суда изменилась бы? (См. статью 44 Протокола I.)

3. Должна ли была распространяться на истцов презумпция, предусмотренная в статье 5(2) Конвенции III? Каково было бы влияние этой презумпции на судебный процесс над ними? Применима ли была статья 104 Конвенции III?

X. Конго

Прецедент № 99, Бельгия, «Государственный обвинитель против Г. У.»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Brussels War Council 18 May 1966, partially reported in *Revue Juridique du Congo*, 1970, p. 236 and in *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, «Chronique annuelle de Droit penal militaire», 1970, p. 806; оригинал на французском. Перевод на английский язык неофициальный.]

БРЮССЕЛЬ
ВОЕННЫЙ ТРИБУНАЛ
По делу «Государственный обвинитель против Г. У.», 18 мая 1966 г.

[…]

СУДЕБНОЕ РЕШЕНИЕ

[…]

II. Обстоятельства дела

5 октября 1965 г. обвиняемый Г. У., высокопоставленный сотрудник из числа бельгийского персонала, предоставлявшего помощь Демократической Республике Конго, вел джип в сопровождении М. и М., солдат национальной армии Конго, направляясь от контрольно-пропускного пункта в районе Опалы к Лубунге, отдаленному району Стэнливиля. […]

Джип только что покинул зону, закрытую для гражданских лиц, и въехал в незапрещенную зону, когда пассажиры автомобиля увидели […] двух конголезцев с пистолетами-пулеметами «беретта», пересекавших дорогу. […]

Конголезка З. С. появилась на пороге хижины, из которой, по словам У., вышел второй повстанец; обвиняемый задавал ей вопросы с помощью своего водителя Н., но не получил внятного ответа. […]

Обвиняемый, как он сам признался, начал толкать женщину; он повалил ее на землю, она упала на бок; он поднял ее голову ногой, поскольку она упорно поворачивалась лицом к земле; он, собственно, не бил ее, а поставил ногу ей на голову и надавил.

Обвиняемый утверждает, что затем приказал ей сопровождать его в лагерь; женщина каталась по земле, не слушая его. Он приказал двум солдатам, по его собственным словам, посадить ее в джип, что им не удалось сделать; как только он услышал, что заработал двигатель (джип находился вне зоны видимости), он выстрелил из револьвера в голову жертвы, лежавшей у его ног. Затем обвиняемый вернулся в лагерь, уведомил о происшедшем конголезские и бельгийские власти и попросил выслать патруль для поисков повстанцев.

Вскрытие показало, что жертва получила два пулевых ранения, одно из них […] в голову. […]

Существенные обстоятельства дела против обвиняемого были установлены бесспорно. Было также установлено, что обвиняемый выстрелил в голову жертвы с намерением убить ее.

III. Об основаниях для оправдания […]

(a) Приказ вышестоящего начальника

Обвиняемый ссылается на отданный майором О. приказ «сразу стрелять во всех подозреваемых» в зоне, закрытой для гражданских лиц.

Материалы дела показывают (и обвиняемый не оспаривает этого), что жертва не находилась в запрещенной зоне; следовательно, приказ, на который ссылается обвиняемый, не был применим к рассматриваемому случаю.

Однако обвиняемый утверждает, что, поскольку зона, о которой идет речь, не имела четко обозначенных границ, он был уверен, что находится в запрещенной зоне. […]

Кроме того, приказ [на который ссылается обвиняемый], конечно, не обладает столь широким действием, которое приписывает ему обвиняемый, а именно не является «приказом не брать пленных и «убивать» все, что нам там попадется».

Материалы дела и расследование, проведенное во время слушания, показывают, что на самом деле это представляло собой «разрешение» стрелять в подозреваемых сразу, без предупреждения, но определенно не приказ не брать пленных или убивать пленных.

В том виде, как приказ был истолкован обвиняемым на практике, как предусматривающий право или даже обязанность убить безоружного человека, находящегося в его власти, приказ является откровенно незаконным. Казнь или приказ о казни подозреваемого или даже повстанца, попавшего в руки личного состава его батальона без предварительно проведенного надле-

жащего судебного разбирательства, явно находится вне полномочий майора О., и подобная казнь была очевидным примером умышленного убийства. Не было сомнений в незаконном характере приказа при таком его толковании, и обвиняемый должен был отказаться его выполнять. […]

Совершенное обвиняемым действие представляет собой не только убийство в значении статей 43 и 44 Уголовного кодекса Конго и статей 392 и 393 Уголовного кодекса Бельгии, но и вопиющее нарушение законов и обычаев войны и законов гуманности.

С юридической, военной и человеческой точек зрения подобные действия недопустимы и не имеют оправдания.

НА ЭТИХ ОСНОВАНИЯХ

Военный трибунал, должным образом заслушав обе стороны и вынося после этого свое решение, […]
признает Г. У. виновным во вменяемых ему в вину преступлениях,
приговаривает его к пяти годам тюремного заключения. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Являлись ли действия подсудимого нарушениями МГП вне зависимости от того, подпадали ли операции Бельгии в Конго под действие законов международного или немеждународного вооруженного конфликта? (См. статью 3, общую, Конвенций и статьи 27 и 32 Конвенции IV.)

2. Законно ли запрещать гражданским лицам проникновение в какую-либо зону? Что мог подсудимый на законных основаниях сделать с гражданским лицом, обнаруженным в такой зоне? Был ли приказ (как его истолковал Суд), разрешающий стрелять «сразу во всех подозреваемых», законным с точки зрения международного гуманитарного права: если допустить, что Протоколы I и II имеют обратную силу? (См. статьи 50(1) и 51(2) Протокола I и статью 4(1) Протокола II.) Если мы не применяем эти договоры? (См. статью 23(г) Гаагского положения.) Законно ли сразу стрелять в комбатантов? Было бы поведение подсудимого законным в «запрещенной зоне» в отношении лица, безусловно опознанного как комбатант? (См. статьи 40 и 41 Протокола I.)

3. Когда приказ начальника может являться обстоятельством, освобождающим от ответственности за нарушение МГП? Когда наличие приказа начальника предотвращает наказание за такое нарушение? Когда оно смягчает наказание за такое нарушение?

XI. Вьетнам

Прецедент № 100, США, Сортировка задержанных во Вьетнаме

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Levie, H.S. (ed.), *International Law Studies: Documents on Prisoners of War*, Naval War College, R. I., Naval War College Press, vol. 60, Document No. 155, 1979, pp. 748–751.]

КОМАНДОВАНИЕ США ПО ОКАЗАНИЮ ВОЕННОЙ ПОМОЩИ ВЬЕТНАМУ. ДИРЕКТИВЫ № 381–46, ВОЕННАЯ РАЗВЕДКА: ОБЩАЯ СОРТИРОВКА ЗАДЕРЖАННЫХ (27 декабря 1967 г.)

ИСТОЧНИКИ
Национальные архивы США
62 AJIL 766 (Annex only)
12 Santa Clara Law. 236 (1972) (Annex only)
12 Wm. & Mary L. Rev. 798 (1971) (Annex only)

[…]

1. ***ЦЕЛЬ*** Данная директива представляет собой руководство по стратегии общей сортировки задержанных и формирования при необходимости Объединенных тактических сортировочных центров (ОТСЦ).

2. ***ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ***

a. Силы, захватившие в плен или задержавшие подозрительных лиц, несут ответственность за немедленную сортировку и классификацию задержанных.

b. Критерии для определения статуса и классификации задержанных содержатся в пунктах 3 и 4 Приложения А.

c. Дальнейшее распределение классифицированных задержанных лиц будет осуществляться в соответствии с пунктом 5 Приложения А.

[…]

4. *ОБСУЖДЕНИЕ* [...] Все задержанные должны быть классифицированы по следующим категориям:

a. Военнопленные.

b. Лица, не являющиеся военнопленными:

(1) ответчики по гражданским делам;

(2) бывшие оппозиционеры;

(3) мирные гражданские лица.

5. *КОНЦЕПЦИЯ*
[...]

b. Общая сортировка задержанных будет осуществляться на самом низком возможном уровне командования, обычно в бригадных или дивизионных пунктах сбора военнопленных. Сортировочные центры должны располагаться недалеко от штабов секторов/подсекторов для облегчения доступа как к военным, так и к гражданским архивам.

c. В задачу ОТСЦ входит оптимизация сортировки и классификации большого числа задержанных, что позволит эффективно использовать хорошо осведомленные источники для получения тактической информации из первых рук и поспособствует надлежащему дальнейшему распределению военнопленных и лиц, не являющихся военнопленными.

* * * *

8. *ПРОЦЕСС СОРТИРОВКИ*

a. Осуществившее задержание подразделение обеспечивает создание и сохранение необходимой документации по каждому задержанному. Эти сведения обязательно должны включать в себя обстоятельства захвата в плен и тот факт, были ли при задержанном обнаружены документы [или] оружие.

b. Следует максимально часто использовать следователей и переводчиков при осуществлении первичной сортировки и для разделения задержанных на наиболее низком возможном уровне. Поощряется участие в первичной сортировке всех органов, представленных в ОТСЦ. Однако ответственность за определение статуса лиц, задержанных силами США, лежит только на представителях Вооруженных сил США.

c. Задержанных необходимо классифицировать в соответствии с критериями, установленными в Приложении А. […]

d. Чтобы предотвратить отказ начальников лагерей для военнопленных принять тех военнопленных, чей статус сомнителен, собранные доказательства, подтверждающие вывод о том, что задержанное лицо имеет право на статус военнопленного, должны быть переданы вместе с пленным. Военнопленные, на которых неправильно оформлены документы, не будут эвакуированы в лагеря для военнопленных.

* * * *

ПРИЛОЖЕНИЕ А

КРИТЕРИИ КЛАССИФИКАЦИИ И ДАЛЬНЕЙШЕГО РАСПРЕДЕЛЕНИЯ ЗАДЕРЖАННЫХ

1. ***ЦЕЛЬ*** Установить критерии для классификации задержанных, которые будут способствовать быстрой и точной сортировке и надлежащему дальнейшему распределению задержанных лиц.

2. ***ОПРЕДЕЛЕНИЯ***

a. Задержанные. Лица, которые подверглись задержанию, но окончательный статус которых еще не определен. Такие лица имеют право на гуманное обращение в соответствии с положениями Женевских конвенций.

b. Классификация. Планомерное зачисление задержанных лиц в категорию военнопленных или лиц, не являющихся военнопленными.

c. Военнопленные. Все задержанные лица, отвечающие требованиям подпункта 4a, ниже.

d. Лица, не являющиеся военнопленными. Все задержанные лица, отвечающие требованиям подпункта 4b, ниже.

3. ***КАТЕГОРИИ СИЛ***

a. Основные силы (ОС) Вьетконга (ВК). […]

b. Местные силы (МС) Вьетконга (ВК). […]

c. Подразделение Вьетнамской народной армии (ВНА). […]

d. Нерегулярные силы. Организованные силы, состоящие из партизан, отрядов самообороны и секретных отрядов самообороны, подчиняющихся организациям ВК на уровне селений и деревень. Эти силы осуществляют широкий круг задач в поддержку деятельности ВК и являются учебными и мобилизационными базами для ударных и боевых групп поддержки.

(1) Партизаны. Действующие постоянно силы, разбитые на команды и взводы, которые необязательно остаются в своих родных деревнях или селениях. Обычные виды деятельности партизан включают в себя пропаганду, защиту деревенских комитетов партии, террористические и диверсионные операции.

(2) Силы самообороны. Полувоенная структура ВК, отвечающая за защиту селения или деревни в зонах, контролируемых ВК. Эти силы не покидают родные места и выполняют свои обязанности только часть времени. В их обязанности входит строительство укреплений, охрана селений и защита их родных мест.

(3) Секретные силы самообороны. Тайная организация ВК, которая выполняет те же функции в зонах, контролируемых правительством Вьетнама. Их деятельность включает в себя сбор разведданных, а также диверсии и пропаганду.

4. *КЛАССИФИКАЦИЯ ЗАДЕРЖАННЫХ*

a) Задержанные классифицируются как военнопленные, когда определено, что они принадлежат к одной из следующих категорий:

(1) член одной из групп, указанных выше в пунктах 3a, b или c;

(2) член одной из групп, перечисленных выше в пункте 3d, который захвачен в плен в момент реального участия в бою или в военных действиях с применением оружия, не являющихся террористическим актом, диверсией или актом шпионажа;

(3) член одной из групп, перечисленных в пункте 3d, выше, который признает или в отношении которого доказано, что он участвовал в бою или в военных действиях с применением оружия, не являющихся террористическим актом, диверсией или актом шпионажа.

b) Задержанные классифицируются как лица, не являющиеся военнопленными, когда определено, что они принадлежат к одной из следующих категорий:

(1) ответчики по гражданским делам:

(a) задержанный, который не имеет права на статус военнопленного, но подлежит суду правительства Вьетнама за преступления против законодательства правительства Вьетнама;

(b) задержанный, который принадлежит к одной из групп, перечисленных выше в пункте 3d, и был задержан в момент, когда он не участвовал в бою или в военных действиях с применением оружия, если нет доказательств, что задержанный когда-либо реально участвовал в бою или в военных действиях с применением оружия;

(c) задержанный, подозреваемый в том, что он является шпионом, диверсантом или террористом;

(2) бывшие оппозиционеры (Хой Чан). Все лица, вне зависимости от их былой принадлежности к любой группе из перечисленных выше в пункте 3, которые добровольно переходят под власть правительства Вьетнама;

(3) мирные гражданские лица. Лица, не принадлежащие ни к одной из групп, перечисленных выше в пункте 3, и не подозреваемые в том, что они являются ответчиками по гражданским делам.

5. *ДАЛЬНЕЙШЕЕ РАСПРЕДЕЛЕНИЕ КЛАССИФИЦИРОВАННЫХ ЗАДЕРЖАННЫХ*

a. В отношении классифицированных задержанных будут осуществляться следующие действия:

(1) Захваченные США военнопленные и военнопленные, переданные США Силами свободного мира по оказанию военной помощи Вьетнаму, будут содержаться в военных структурах США до перевода их в лагерь для военнопленных Армии Республики Вьетнам.

(2) Не являющиеся военнопленными лица, в которых подозреваются ответчики по гражданским делам, будут переданы соответствующим гражданским властям правительства Вьетнама.

(3) Не являющиеся военнопленными лица, которые были классифицированы как бывшие оппозиционеры, будут переведены в соответствующий центр «Чью Хой».

(4) Не являющиеся военнопленными лица, которые были классифицированы как мирные гражданские лица, будут освобождены и возвращены на место их задержания.

* * * *

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Не противоречат ли критерии, предусмотренные в этой директиве для определения статуса военнопленных, Конвенции III? Кто имеет право считаться военнопленным по МГП? В отношении какой категории задержанных директива выходит за рамки, предусмотренные Конвенцией III? (См. статью 1 Гаагского положения, статью 28(2) Конвенции I, статью 4 Конвенции III и статью 44(5) Протокола I.)

   b. Пользуются ли лица, опознанные как лица, не являющиеся военнопленными, защитой Конвенции IV? (См. статьи 4 и 5 Конвенции IV.)

   c. Согласуются ли с МГП действия, осуществляемые в отношении различных классифицированных задержанных, предусмотренные в разделе 5 приведенного выше документа? Можно ли передать некоторых из этих задержанных или всех их правительству Южного Вьетнама? (См. статью 12 Конвенции III и статьи 4, 5 и 45 Конвенции IV.)

2. a. Зачем существует статья 5(2) Конвенции III? Почему «компетентный суд» должен определить статус задержанного лица? Что представляет собой «компетентный» суд? Является ли таковым военный трибунал?

   b. Должен ли статус лиц, которым директива отказывает в статусе военнопленных, определяться компетентным судом в соответствии со статьей 5(2) Конвенции III?

3. Согласуется ли выполнение этой директивы со статьей 5(2) Конвенции III? Могут ли государства-участники выпускать такие директивы? Должны ли они это делать? Удовлетворяет ли сортировочный центр, такой как Объединенные тактические сортировочные центры, условиям статьи 5(2) Конвенции III? Является ли отсутствие суда для определения статуса лиц нарушением Конвенций? Считается ли оно «серьезным нарушением»? (См. статьи 49/50/130/146 соответственно четырех Конвенций и статью 5(2) Конвенции III.)

4. На какое обращение имеет право лицо, пока устанавливается его статус? Только на гуманное обращение, как предусмотрено здесь в п. 2(a) Приложения А? Или оно имеет право на обращение, предоставляемое военнопленным, пока компетентный суд не определит или даже не докажет, что оно имеет такое право, пусть даже это лицо может не удовлетворить соответствующим критериям? Что означает выражение «покровительство настоящей Конвенции» в статье 5(2) Конвенции III?

5. Если бы применялся Протокол I, какие части директивы удовлетворяли бы требованиям Протокола, а какие нарушали бы его? Способствует ли эта директива тому, чтобы данные аспекты Протокола I стали обычным международным правом? (См. статьи 4 и 5 Конвенции III и статьи 43—45 Протокола I.)

Прецедент № 101, США, «США против Уильяма Л. Келли, мл.»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Levie, H. S. (ed.), *International Law Studies: Documents on Prisoners of War*, Naval War College, R. I., Naval War College Press, vol. 60, Document No. 171, 1979, pp. 804–811.]

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ ПРОТИВ УИЛЬЯМА Л. КЕЛЛИ, МЛ.
(Военно-апелляционный суд США, 21 декабря 1973 г.)

ИСТОЧНИКИ
22 USCMA (Военно-апелляционный суд США) 534 (1973)
48 CMR (Протоколы Военного суда) 19 (1973)
(Habeas corpus granted *sub nomine* CALLEY v. CALLOWAY, 382 F. Supp. 650 (1974); rev'd 519 F 2d. 184 (1975); cert. den. *sub. nomine* CALLEY v. HOFFMAN, 425 U.S. 911 (1976))

[...]

ИЗВЛЕЧЕНИЯ

ЗАКЛЮЧЕНИЕ СУДА

Судья КУИНН:

Первый лейтенант Келли осужден за преднамеренное убийство 22 младенцев, детей, женщин и стариков и за нападение с намерением совершить убийство ребенка в возрасте примерно двух лет. Все эти убийства и

нападение произошли 16 марта 1968 г. в районе деревни Ми Лай в Республике Южный Вьетнам. Армейский кассационный суд по военным делам подтвердил признание его виновным и приговор, который после смягчения созвавшим суд органом заключается в отставке и в 20 годах тюремного заключения в соединении с каторжными работами. Обвиняемый обратился к этому Суду с ходатайством о дальнейшем пересмотре дела, заявив о 30 неправильностях в ходе его рассмотрения. Мы признали три из этих неправильностей.

Лейтенант Келли командовал взводом роты «Чарли», подразделения так называемой оперативной группы Баркера, в задачу которой входило подавление неприятеля и вытеснение его из района Республики Вьетнам, известного как Пинквилль. До 16 марта 1968 г. этот район, где находилась деревня Ми Лай-4, была оплотом Вьетконга. Рота «Чарли» провела в этом районе несколько операций. Каждый раз, когда рота проникала в этот район, она несла потери из-за снайперских выстрелов, пулеметных обстрелов, минных взрывов и нападений в других формах. Лейтенант Келли сопровождал свой взвод во время нескольких рейдов.

15 марта 1968 г. состоялась панихида по бойцам роты, убитым в этом районе в предыдущие недели. После службы капитан Эрнест Л. Медина, командир роты «Чарли», сообщил личному составу роты о запланированной на следующий день операции в районе Пинквилль. Рота «Чарли» должна была стать основным ударным подразделением оперативной группы Баркера. […] Разведданные указывали на то, что подразделению будет противостоять неприятельский батальон, состоящий из опытных солдат, и что гражданских лиц в районе не будет. Цель заключалась в уничтожении неприятеля. Существуют расхождения относительно распоряжений о деталях его уничтожения.

Капитан Медина показал, что приказал войскам уничтожить Ми Лай-4: «Сжечь лачуги, уничтожить скот и посевы, отравить воду в колодцах». Медина сказал, что на вопрос, следует ли убивать женщин и детей, он ответил отрицательно, добавив: «Вы должны действовать со здравым смыслом. Если у них оружие и они пытаются вступить с вами в бой, можете стрелять в ответ, но не забывайте о здравом смысле». Однако лейтенант Келли показал, что капитан Медина сообщил войскам, что они должны убивать все живое: мужчин, женщин, детей и животных, — и ни при каких обстоятельствах не оставлять вьетнамцев за спиной, продвигаясь через деревни по направлению к главной цели. Другие свидетели более или менее подтвердили обе версии сказанного.

16 марта 1968 г. операция началась с артподготовки. Затем роту «Чарли» доставили в район операции на вертолетах. Взвод лейтенанта Келли находился в первой партии. […] Обстрела со стороны деревни не было.

Взвод Келли прошел подступы к деревне, интенсивно обстреливая окружающее пространство. Войдя в деревню, взвод обнаружил только безоружных мужчин, женщин и детей, не оказывавших сопротивления. Жителей деревни, включая матерей с младенцами на руках, собрали и согнали отдельными группами к пунктам сбора. Келли показал, что за это время его дважды вызывал по радио капитан Медина, желавший знать, что задерживает взвод. Узнав о большом числе задержанных жителей деревни, по словам Келли, Медина приказал ему «прикончить их». Далее Келли показал, что выполнил приказ, поскольку его учили подчиняться на протяжении всей его военной карьеры. Медина отрицает, что отдал такой приказ.

Один из пунктов сбора жителей деревни находился в южной части деревни. Здесь рядовой 1-го класса Пол Д. Медлоу охранял группу, состоявшую из 30–40 стариков, женщин и детей. Лейтенант Келли подошел к Медлоу и сказал: «Ты знаешь, что делать», а затем ушел. Вскоре он вернулся и спросил Медлоу, почему люди все еще живы. Медлоу ответил, что не понял слов Келли таким образом, что их следует убить. Келли заявил, что их надо убить. После этого они с Медлоу начали стрелять в людей, пока не упали все, кроме нескольких детей. Потом Келли лично застрелил этих детей. За это время он израсходовал четыре или пять магазинов для своей винтовки М-16.

Лейтенант Келли и Медлоу двинулись к оросительной канаве на восточной стороне Ми Лай-4. Здесь они увидели еще одну группу гражданских лиц под охраной нескольких солдат. По оценке Медлоу в ней было от 75 до 100 человек. Келли сказал: «Еще работенка, Медлоу» — и приказал людям спуститься в канаву. Когда все они оказались внизу, Келли и Медлоу открыли по ним огонь. Рядовой 1-го класса Джеймс Дж. Дёрси отказался участвовать в убийствах, хотя Келли приказал ему стрелять, а специалист 4-го класса Роберт Е. Мейплс отказался дать Келли свой пулемет для использования его в убийствах. Лейтенант Келли признал, что стрелял по канаве, причем дуло его винтовки находилось в полутора метрах от стоявших в ней людей. В этот раз он израсходовал от 10 до 15 магазинов боеприпасов.

Вместе с радистом рядовым Чарльзом Следжем Келли двинулся к северному концу канавы. Там он обнаружил пожилого вьетнамского монаха и допросил его. Потом Келли ударил мужчину прикладом винтовки и выстрелил ему в голову. Другие свидетельства показывают, что сразу после этого был замечен ребенок, бежавший к деревне. Келли схватил его за руку, сбросил в канаву и выстрелил в него. Келли признал, что допрашивал и ударил монаха, но отрицает, что стрелял в него. Он также отрицает инцидент с ребенком.

Подающие апелляцию адвокаты защиты утверждают, что доказательств недостаточно, чтобы установить вину обвиняемого. Они не оспаривают

участие Келли в убийствах, но заявляют, что в его действиях не было достаточного злого умысла, чтобы осудить его за убийство, что полученный им приказ убивать всех в деревне не был явно незаконным, что он действовал без знания законов войны, что, поскольку ему сказали, что в деревне будет только «неприятель», его искренняя уверенность в том, что в деревне не было мирных граждан, освобождает его от уголовной ответственности за их смерть и, наконец, что он действовал в состоянии аффекта, вызванного провокацией.

* * * *

Показания Медлоу и других лиц дали членам суда достаточно доказательств, на основании которых можно было сделать вывод о том, что лейтенант Келли руководил преднамеренными убийствами безоружных мужчин, женщин и детей, задержанных вооруженными солдатами роты «Чарли», и лично принимал в них участие. Если верить свидетелям обвинения, также существует достаточно доказательств в поддержку вывода о том, что обвиняемый намеренно застрелил вьетнамского монаха, которого он допрашивал, а также схватил и бросил в канаву ребенка, после чего стрелял в него с намерением убить.

Неприятельские пленные не подлежат казни в суммарном порядке со стороны тех, кто захватил их в плен. В военном праве давно считается, что убийство не оказывающего сопротивления пленного — это именно убийство. […]

Если признавать для целей настоящей неправильности в ходе суда, будто Келли верил, что жители деревни являлись частью «неприятельских сил», существуют неоспоримые доказательства того, что они находились под контролем вооруженных солдат и не оказывали сопротивления. В своих показания Келли признал, что знал о требовании обращаться с уважением с пленными. Он также признал, что ему был известен обычный порядок действий, который заключался в том, чтобы допросить жителей деревни, отпустить тех, кто дал о себе удовлетворительную информацию, и эвакуировать подозрительных лиц для дальнейшего расследования. Вместо этих обычных действий Келли казнил всех вне зависимости от возраста, состояния или способности вызвать подозрения. На основании доказательств военный суд вполне мог признать Келли виновным в рассматриваемых нами преступлениях.

На суде основным доводом в защиту Келли было то, что он действовал во исполнение приказа капитана Медины убивать всех в Ми Лай-4. […] Капитан Медина отрицал, что отдал подобный приказ […]. Разрешить противоречие между его показаниями и показаниями обвиняемого должны были лица, решавшие вопрос факта. […]

* * * *

Мы обращаемся к утверждению о том, что судья допустил ошибку, представляя суду защиту ссылкой на приказ начальника. Должным образом обобщив доказательства, судья дал следующее напутствие в том, что имеет отношение к данному вопросу: […]

Я […] хочу сказать вам, с точки зрения права, что, если не оказывавшие сопротивления люди были убиты в деревне Ми Лай-4, будучи под эффективной охраной и контролем наших вооруженных сил, их смерть не может быть оправдана, и любой приказ об убийстве этих людей был бы, с точки зрения права, незаконным. Таким образом, если вы решите, что лейтенант Келли получил приказ, предписывавший ему убивать не оказывавших сопротивления вьетнамцев, находившихся под его контролем или под контролем его войск, такой приказ будет незаконным приказом.

Постановление о признании приказа незаконным не налагает само по себе уголовную ответственность на выполнившее приказ лицо за совершенные в соответствии с ним действия. Солдат учат подчиняться приказам, и особое внимание уделяется подчинению приказам на поле боя. Эффективные военные действия зависят от подчинения приказам. С другой стороны, подчинение солдата не является механическим подчинением. Солдат умеет думать и обязан реагировать не как машина, а как человек. Право принимает во внимание эти факторы, оценивая уголовную ответственность за действия, совершенные в соответствии с незаконными приказами.

Действия подчиненного, совершенные в соответствии с незаконным приказом, отданным ему его начальником, могут быть оправданы и не налагают на него уголовной ответственности за исключением тех случаев, когда приказ начальника таков, что обычный разумный человек осознает, при данных обстоятельствах, его незаконность, или если обвиняемый на самом деле знает, что этот приказ незаконен.

* * * *

[…]
Если вы не постановите без всяких обоснованных сомнений, что обвиняемый действовал, на самом деле зная, что приказ был незаконным, вы должны далее решить, должен ли был при данных обстоятельствах обычный разумный человек знать, что приказ был незаконным. Ваши размышления по этому вопросу не должны быть сосредоточены на лейтенанте Келли и на том, как он отнесся к законности приказа, который, как было установлено, был ему отдан. За образец берется восприятие обычного разумного человека при данных обстоятельствах.

[…]
Подающие апелляцию адвокаты защиты утверждают, что эти наставления ведут к судебной ошибке в результате предубежденности судей. […] Они настаивают, чтобы мы приняли в качестве определяющего критерия того, является ли приказ столь очевидно или явно незаконным, тот факт, что человек «с обычными умственными способностями» сознавал бы его незаконность. Они считают, что использованный судьей стандарт слишком строг и несправедлив, что он ставит военнослужащих вооруженных сил, не являющихся обычными разумными людьми, перед выбором между смертной казнью за неподчинение приказу во время войны, с одной стороны, и столь же серьезным наказанием за подчинение — с другой. Некоторые серьезные ученые, толковавшие военное право, приводили почти такие же доводы. […]

В стрессовых условиях боя от солдата нельзя разумно ожидать продуманного решения юридической проблемы и нельзя налагать на него уголовную ответственность за неправильный ответ на вопрос, в отношении которого могут возникнуть значительные разногласия. Однако в данном случае нет разногласий относительно незаконности приказа об убийстве. Уже сто лет как твердо установлена норма американского права, по которой суммарная казнь неприятеля, который сдался и находится под эффективным физическим контролем, является убийством. Подающие апелляцию адвокаты защиты […] говорят, что лейтенант Келли не должен нести ответственность за убийство мужчин, женщин и детей, потому что военный трибунал мог признать его «человеком с обычными умственными способностями», а такой человек мог не знать, что предусматривает наше право, что его капитан приказал ему убить этих безоружных и покорных людей, а он только выполнил этот приказ, как и положено хорошему дисциплинированному солдату.

Будь лейтенант Келли самым невежественным человеком в армии США во Вьетнаме или самым разумным, надо полагать, он должен был знать, что не имеет права убивать людей в этом случае. […]

Следовательно, решение Кассационного суда по военным делам подтверждается. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Какое право применяется в этом случае? МГП международных или немеждународных вооруженных конфликтов?

   b. Имеет ли большое значение для данного дела решение о том, применяется здесь МГП международных или немеждународных вооружен-

ных конфликтов? Разве действия лейтенанта Келли не запрещены обеими этими отраслями права? Имеет ли значение, были ли жертвы мирными жителями деревни, поддерживали ли они ранее Вьетконг или являлись (законными или незаконными) бойцами Вьетконга до того, как попали в руки Келли и его солдат? (См., например, статью 23(в)—(г) Гаагского положения, статью 3, общую, Конвенций, статьи 50/51/130/147 соответственно четырех Конвенций, статьи 11, 40, 41, 51, 75, 77 и 85 Протокола I и статьи 4, 6(2) и 13 Протокола II.)

2. a. Когда приказ начальника может являться обстоятельством, освобождающим от ответственности за нарушение МГП? Когда наличие приказа начальника предотвращает наказание за такое нарушение? Когда оно смягчает наказание за такое нарушение?

   b. Соответствовал ли МГП стандарт, который судья посоветовал присяжным использовать для определения того, когда приказ начальника является обстоятельством, освобождающим от ответственности за нарушение МГП? Если нет, как насчет стандарта, предложенного защитой? Или ни тот, ни другой?

   c. Какой стандарт должен был Суд посоветовать присяжным? Какой стандарт, объективный или более субъективный, приводит к самому справедливому решению? Какой стандарт более эффективно сдерживает нарушения МГП? Это один и тот же стандарт?

   d. Является ли тот факт, что солдат учат подчиняться приказам и они знают, что неподчинение влечет за собой суровое наказание, доводом в защиту применения более субъективного стандарта? И при оценке явно преступного приказа тоже?

   e. Если рядовой, такой как рядовой 1-го класса Джеймс Дж. Дёрси, осознает неправильность приказа и решает не подчиниться ему, разве не должен уж тем более сделать это лейтенант? Разве лейтенант является наивным солдатом? Служит ли оправданием незнание законов войны? Даже для лейтенанта? Если солдаты не знают законы войны, лежит ли вина также на государстве, которое не обучило надлежащим образом своих комбатантов? (См. статьи 82, 83 и 87(2) Протокола I.)

   f. Насколько убедителен довод о том, что, если бы каждый подчиненный сомневался в законности приказов командира и подчинялся им, когда считает нужным, разрушилась бы сама структура вооруженных

сил, и во время этих споров были бы упущены все подходящие для действий моменты в конфликте? Разве нет совершенно явных случаев, когда следует не подчиниться приказу? Разве ситуация в данном деле не была таким случаем? Или, оглядываясь назад, судить гораздо проще? Можно ли действительно справедливо оценить напряженную боевую ситуацию в ретроспективе?

Прецедент № 102, США, Бывший военнопленный направлен послом в Ханой

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Cloud, D.S., *Chicago Tribune*, April 15, 1997, at N1.]

Бывший военнопленный направлен послом в Ханой. Посол США стремится к примирению

Было время, когда Пит Питерсон не мог и представить, что когда-либо вернется во Вьетнам, тем более для того, чтобы жить и работать там.

В 1966 г. Питерсона, пилота военно-воздушных сил, сбили во время боевого вылета. Шесть с половиной лет он выносил пытки и одиночество, питаясь жидким супом и рисом, в сыром северовьетнамском лагере для военнопленных, известном как «Ханойский Хилтон».

Его освободили в 1973 г., и он поклялся оставить Вьетнам и все свои беды в прошлом. «Это был осознанный акт самосохранения, — говорит Питерсон, — как подготовка к еще одному боевому заданию».

«За те шесть с половиной лет, что я провел в камере, я узнал достаточно ненависти, — сказал он в недавнем интервью. — Если бы она осталась со мной, я просто не смог бы существовать. В тот день, когда я вышел из камеры, я оставил ее позади».

Питерсон, которому исполнился 61 год, вернется в Ханой, куда когда-то его доставили в кандалах, как первый посол США после войны.

В прошлый четверг Сенат утвердил его назначение на эту должность после года задержки, в течение которого Питерсон мучился от неизвестности, пока законодатели пререкались о восстановлении связей с бывшим врагом.

У США никогда не было посла в Ханое, столице воссоединенного Вьетнама. 29 апреля Питерсон будет приведен к присяге и займет свой пост в начале мая.

Когда президент Клинтон избрал на эту должность бывшего военнопленного и конгрессмена, три срока представлявшего штат Флорида, это решение широко поддержали объединения ветеранов, возражавшие против нормализации отношений, профессиональные дипломаты в Госдепартаменте и даже вьетнамские коммунистические лидеры.

Их поддержка означала признание, что именно кто-то вроде Питерсона, у которого есть все причины лелеять ненависть, может стать посредником в примирении бывших врагов.

«То, что он пережил, подтолкнуло его к излечению и примирению, так же, как и меня», — сказал сенатор Джон Маккейн (Аризона), который провел шесть лет в том же лагере для военнопленных.

Питерсон — «единственный человек, чью кандидатуру на этот пост мы бы поддержали, потому что он был там и знает, какие проблемы волнуют ветеранов Вьетнама», — сказал Джордж Даггинс, председатель организации «Американские ветераны войны во Вьетнаме».

Последний американский посол во Вьетнаме, Грэм Мартин, в спешке бежал на вертолете из Сайгона, столицы юга, лишь немного опередив северовьетнамские войска, окружившие город. Таков был постыдный конец участия Америки в этом конфликте, — один из многих болезненных образов, запечатлевшихся в душе нации.

У Питерсона до сих пор иногда немеет рука, а на локтях так и остались шрамы от веревок, затянутых его мучителями. Но он полон решимости оставить иной след.

«Я действительно надеюсь, что смогу воспользоваться своим положением, чтобы залечить раны, от которых все еще страдают жители обеих стран. Не только мы пострадали. Вьетнамцы потеряли целые поколения мужчин».

Первоочередной задачей для Питерсона является добиться прогресса в десятках неразрешенных дел американских военнопленных и тех, кто считается пропавшими без вести. В прошлом июле «Американские ветераны войны во Вьетнаме» выступали против решения президента Клинтона нормализовать отношения с Вьетнамом, утверждая, что тогда невозможно станет давить на Ханой, чтобы добиться от него полной информации.

Питерсон не согласен с критиками нормализации. Он отмечает, что многие из десятков оставшихся дел касаются солдат, которые воевали в горных джунглях или других отдаленных частях Вьетнама вдоль границы с соседним Лаосом. Ханой готов к сотрудничеству, — говорит он, добавляя, что его присутствие поможет ускорить опознание останков.

Он утверждает, что Ханой не получит того, чего действительно хочет, — инвестиций и полноценных торговых связей с США, пока не будет прогресса в этих делах.

Несмотря на годы плена, Дуглас «Пит» Питерсон никогда не собирался выступать в роли защитника военнопленных.

10 сентября 1966 г. Питерсон совершал свой 67-й боевой вылет, когда его «Фантом» F-4 был сбит зенитной ракетой. Катапультировавшись, он упал на дерево, повредив правые руку, плечо и ногу. Питерсона взяли в плен местные ополченцы и привезли в тюрьму Хоа Ло, известную как «Ханойский Хилтон».

Без обуви, нормальной пищи, медицинской помощи и общения с другими американскими пленными его держали в камере 12 на 20 футов (360 на 600 см) с доской вместо койки. Его регулярно и жестоко пытали. Питерсон сохранил рассудок, сосредоточиваясь на воображаемых проектах, например, на постройке дома.

За время заключения его дважды переводили.

Жена и трое детей Питерсона три года ждали вестей, не имея известий о его судьбе. Потом они увидели его в пропагандистском фильме, выпущенном в Ханое накануне Рождества 1969 г. В его вещах, которые BBC переслали семье Питерсонов, были нефритовый браслет и вырезанная из дерева кошка, которые Питерсон собирался подарить своей дочери Поле Блэкберн по возвращении. [...]

Сейчас Питерсону брошен новый вызов — завершить наконец войну, которую он когда-то загнал в глубины подсознания, причем завершить более благоприятным для его страны образом.

Обсуждая со своей дочерью причины, по которым он взялся за эту работу, Питерсон сказал, что «не мог стать свободным человеком, не зная, что случилось с другими пропавшими без вести на поле боя, с теми, кто не вернулся домой» (p. 1136).

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Соответствовали ли положениям МГП условия, в которых, по описанию, содержался нынешний посол Питерсон, будучи военнопленным? (См. статьи 22, 25, 26 и 29 Конвенции III.) А обращение, которому он подвергался? (См. статьи 13, 17(4), 87(3) и 130 Конвенции III и статью 85(2) Протокола I.) Имела ли семья право получить информацию о его местонахождении и состоянии здоровья? Имел ли он право получать письма? (См. статьи 70 и 71 Конвенции III.)

2. Какие обязательства несут государства-участники по МГП в отношении военнопленных и пропавших без вести, — что поможет послу Питерсону в его первоочередной задаче по разрешению дел американских военнопленных и все еще считающихся пропавшими без вести солдат? Какие действия должны принять по требованию МГП государства — участники Конвенций в отношении пропавших без вести? (См. статьи 15—17 Конвенции I, статьи 118, 120, 122 и 123 Конвенции III, статьи 26 и 136—140 Конвенции IV и статьи 32—34 Протокола I.)

3. a. Должны ли США отказаться нормализовать отношения с Вьетнамом, если они считают, что не получили от него полной информации относительно военнопленных и пропавших без вести? Даже спустя более 20 лет? Может быть, примирение поспособствует получению всей информации? Часто ли примирение зависит от усилий бывших жертв? Влияет ли примирение на обязательства государств-участников по МГП в отношении военнопленных и пропавших без вести?

   b. Зависят ли применение и обеспечение применения положений МГП от таких опытных и проницательных людей, как посол Питерсон? Типичен ли для жертв такой взгляд на вещи? Зависит ли действенность МГП от таких людей?

XII. Нигерия

Прецедент № 103, Нигерия, Кодекс поведения в бою

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Greene, K., *Crisis and Conflict in Nigeria, A Documentary Sourcebook*, vol. I, 1966–1969, pp. 455–457.]

КОДЕКС ПОВЕДЕНИЯ В БОЕВЫХ УСЛОВИЯХ ДЛЯ НИГЕРИЙСКОЙ АРМИИ

[Примечание 1: Без даты, но выпущен в начале июля 1967 г. Воспроизводится благодаря любезности нигерийского солдата. В английской версии был обещан перевод на языки хауса, ибо, йоруба, эфик и иджо. Язык тив не упоминался.]

ДИРЕКТИВА ДЛЯ ВСЕХ ОФИЦЕРОВ И СОЛДАТ ВООРУЖЕННЫХ СИЛ ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКИ НИГЕРИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ПРОВЕДЕНИЯ ВОЕННЫХ ОПЕРАЦИЙ (ДЛЯ СЛУЖЕБНОГО ПОЛЬЗОВАНИЯ)

Как Главнокомандующий Вооруженными силами Федеративной Республики Нигерия я требую от всех офицеров и солдат двух самых важных для бойца качеств — *верности* и *дисциплины*. С момента своего создания Нигерийские вооруженные силы, особенно Армия, приобрели прекрасную репутацию на международном уровне благодаря своей строгой дисциплине и эффективности в бою, пока события 15 января 1966 г. не испортили эту репутацию. С тех пор стало совершенно необходимо требовать высочайшего уровня дисциплины и патриотизма от всех чинов вооруженных сил. Успех в бою в большой степени зависит от этого — от дисциплины и верности офицеров и солдат и от их патриотических чувств.

2. Вы все знаете о восстании подполковника Ч. Одумегву Оджукву из Восточного Центрального штата и его клики против правительства Федеративной Республики Нигерия. Ввиду такого открытого неповиновения властям неизбежной необходимостью стало использование силы для подавления этого восстания. Ядро повстанцев составляют ибо. Офицеры и солдаты районов, населенных меньшинствами (калабар, огоджа и риверс и даже некоторые ибо), не поддерживают мятежные действия подполковника Ч. Одумегву Оджукву. Во время операций войск феде-

рального правительства против повстанческих войск многие солдаты и гражданские лица сдадутся. Вы должны обращаться с ними справедливо и достойно в соответствии с этими предписаниями.

3. Вы все должны всегда помнить, что другие народы Африки и остальной мир смотрят на нас, чтобы понять, насколько мы способны выполнить эту задачу, которой требует от нас страна. Вы также не должны забывать, что не ведете войну с иностранным врагом. Вы также не ведете религиозную войну, или джихад. Вы лишь подавляете восстание подполковника Ч. Одумегву Оджукву и его клики. Вы не должны делать ничего, что поставило бы под угрозу будущее единство страны. На нас лежит моральное обязательство соблюдать нормы Женевской конвенции в любых действиях, которые вы предпринимаете против мятежного подполковника Ч. Одумегву Оджукву и его клики.

4. Я приказываю всем офицерам и солдатам строго соблюдать следующие правила в ходе операций (эти предписания следует читать совместно с Женевской конвенцией):

   a. Ни при каких обстоятельствах нельзя дурно обращаться с беременными женщинами или убивать их.

   b. Детей нельзя растлевать или убивать. Следует защищать их и заботиться о них.

   c. Молодые люди и дети школьного возраста не должны подвергаться нападению, если они не участвуют в открытых военных действиях против сил федерального правительства. Следует защищать всех их и заботиться о них.

   d. Нельзя наносить ущерб больницам, больничному персоналу и пациентам или преследовать их.

   e. Солдат, которые сдаются в плен, нельзя убивать. Следует обезоружить их и обращаться с ними как с военнопленными. При любых обстоятельствах они имеют право на гуманное обращение и уважение к их личности и чести.

   f. Не следует предумышленно уничтожать имущество, здания и т.п.

   g. Нельзя осквернять церкви и мечети.

   h. Любой грабеж запрещен. (Хороший солдат никогда не грабит.)

   i. Женщины должны пользоваться защитой от любых нападений на их личность и честь, особенно от изнасилования или непристойных посягательств в любой форме.

j. С гражданскими мужчинами, враждебными федеральным силам, следует обходиться твердо, но справедливо. Следует обращаться с ними гуманно.

l. Все раненые военнослужащие и гражданские лица должны получить необходимую медицинскую помощь и уход. Они должны пользоваться уважением и защитой при любых обстоятельствах.

m. Не следует преследовать иностранных граждан, занимающихся законным бизнесом, однако нельзя щадить наемников: они худшие из врагов.

5. Чтобы добиться успеха в выполнении наших задач, следует тщательно соблюдать эти правила. Я не смогу гордиться теми солдатами из вооруженных сил под моим командованием, которые нарушат их. Они не заслуживают ни сочувствия, ни жалости и будут беспощадно наказаны. Вы будете сражаться честно и достойно, защищая территориальную целостность вашей страны — Нигерии.

6. Вы должны помнить, что некоторые солдаты, которых подполковник Оджукву заставляет сейчас сражаться с вами, были когда-то вашими товарищами по оружию и хотели бы ими остаться. Поэтому вы должны обращаться с ними с уважением и достоинством, за исключением тех, кто вам враждебен.

Удачи.

ГЕНЕРАЛ-МАЙОР ЯКУБУ ГОВОН
Глава федерального военного правительства,
Главнокомандующий вооруженными силами
Федеративной Республики Нигерия.

Примечание. Зачитать и полностью объяснить каждому военнослужащему вооруженных сил. Предоставить достаточное количество копий всем военнослужащим вооруженных сил и полицейским. Этот документ должен всегда иметься у всех войск.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. В каких вопросах данный Кодекс выходит за рамки статьи 3, общей, Конвенций? За рамки Протокола II?

   b. Какие вопросы, упомянутые в статье 3, общей, Конвенций, не вошли в данный Кодекс? Каковы причины и возможные оправдания для этих упущений? Какие вопросы, упомянутые в более позднем Протоколе II, не вошли в данный Кодекс?

2. a. Содержит ли ранний Кодекс приказ солдатам применять МГП международных вооруженных конфликтов? Предусматривается ли в нем статус военнопленных для захваченных в плен солдат повстанческих сил? Предполагает ли это признание повстанцев воюющей стороной?

   b. Совместимо ли с современным МГП предписание не щадить наемников? Пользуются ли наемники какой-либо защитой? По праву международных вооруженных конфликтов? По статье 3, общей, Конвенций? (См. статьи 47 и 75 Протокола I, статьи 4 и 5 Конвенции IV и статью 3, общую, Конвенций.)

3. С помощью каких средств обеспечивается соблюдение данного Кодекса правительственными силами? Не угрожают ли некоторые выражения снизить шансы на то, что он будет соблюдаться? Считаете ли вы подходящим использованный в нем стиль?

4. Видите ли вы какие-либо причины, по которым данный Кодекс имеет пометку «для служебного пользования»? Видите ли вы какие-либо причины для того, чтобы предписания по имплементации МГП не становились известны неприятелю?

Прецедент № 104, Нигерия, «Пиус Нваога против государства»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *ILR*, 1972, pp. 494–497.]

ПИУС НВАОГА против ГОСУДАРСТВА
Нигерия, Верховный суд
3 марта 1972 г.

[…]
Истец вместе с другим лицом обвинялся в убийстве Роберта Нгву 20 июля 1969 г. в Ибагва Нике. Он был признан виновным и приговорен к смертной казни, тогда как второй обвиняемый был оправдан. Данная апелляция обжалует приговор.

Инцидент, который привел к убийству погибшего, произошел во время гражданской войны в стране. Истец присоединился к повстанческим силам, известным как Биафранская армия. Он вступил в них рядовым, а позже стал лейтенантом. Он был придан БОБС (Биафранской органи-

зации борцов за свободу). Его отправили в Нике, а Нике в то время находился в руках федеральных войск.

Погибший также был солдатом повстанческих сил; и он и истец были уроженцами Ибагва Нике и хорошо знали друг друга. До июля 1969 г. истец был назначен командовать ротой повстанцев в городе Оло, рядом с Ибагва Нике, тогда оперативный штаб его бригады находился в Атте. В июле 1969 г. истца вызвали в Атту. Там ему приказали отвести лейтенанта Нгву и лейтенанта Нду в Ибагва Нике и указать им погибшего. Ему сказали, что, поскольку он хорошо знает местность, а также знает погибшего, он должен опознать погибшего, чтобы два лейтенанта ликвидировали его. Проступок погибшего состоял в том, что ему выдали 800 фунтов, чтобы он вновь открыл отель «Дей спринг» в Энугу для членов БОБС и управлял им, а он использовал эти деньги для выполнения своих деловых обязательств и на самом деле заключил контракт с федеральным правительством на ремонт аэродрома в Энугу, который был поврежден повстанческими самолетами. […]

[…] Мы обращаемся к следующим фактам:

1. Что истец и сопровождавшие его лица были офицерами повстанческих сил.

2. Что они действовали на федеральной территории, поскольку свидетельства показывают, что этот район был в руках федерального правительства и федеральной армии.

3. Что истец и сопровождавшие его лица действовали на федеральной территории как диверсанты, переодевшись.

4. Что истец и сопровождавшие его лица были одеты не в форму повстанцев, а в штатскую одежду и казались мирными частными гражданами.

При данных обстоятельствах, если кто-либо из этих повстанческих офицеров совершит, как это сделал истец, деяние, которое является преступлением по Уголовному кодексу, он подлежит наказанию как любое гражданское лицо вне зависимости от того, действовал ли он в исполнение приказа.

Нашу точку зрения подкрепляет цитата из *Международного права* Оппенгейма (Oppenheim's International Law, 7th Edition, Volume II, p. 575), касающаяся военной измены:

«Неприятельские солдаты, в отличие от частных неприятельских граждан, могут быть наказаны за такие действия только в том случае, если они

их совершили во время пребывания среди войск воюющей стороны, будучи замаскированными. Если, к примеру, двоих солдат в форме послали уничтожить мост в тылу неприятеля, они не могут, будучи захвачены в плен, быть наказаны за «военную измену», поскольку их действия являлись законными военными действиями. Но если они сменили форму на штатское платье, благодаря чему казались мирными частными гражданами, они подлежат наказанию».

В примечании к этому отрывку Оппенгейм упоминает показательный случай, происшедший во время русско-японской войны 1904 г., когда двух японских офицеров, переодетых в китайскую одежду, схватили при попытке взорвать при помощи динамита железнодорожный мост в Маньчжурии. Их судили, признали виновными и расстреляли.

Мы считаем указанный выше случай применимым к рассматриваемому нами делу. На наш взгляд, предумышленное и намеренное убийство безоружного человека, мирно жившего на федеральной территории, как в этом случае, является преступлением против человечности и, даже если оно совершено во время гражданской войны, нарушает внутригосударственное право страны и должно повлечь за собой наказание.

В этом случае приговор истца подтверждается, а данная апелляция отклоняется.

[Report: [1972] 1 All Nigeria Law Reports (Part 1), p. 149.]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Квалифицирует ли суд гражданскую войну в Нигерии? Применяет ли он к этому делу МГП международных вооруженных конфликтов?

2. Являлись ли нарушением МГП немеждународных вооруженных конфликтов приказ казнить погибшего и выполнение этого приказа обвиняемым как таковые? А нарушением МГП международных вооруженных конфликтов? (См. статью 3(1), общую, Конвенций, статью 23(б) Гаагского положения и статью 51(2) Протокола I.)

3. Нарушил ли способ совершения казни МГП международных вооруженных конфликтов? МГП немеждународных вооруженных конфликтов? Если бы казнь была совершена на территории, контролировавшейся повстанцами, ваш ответ был бы иным? А если бы обвиняемый был одет в форму? (См. статью 1 Гаагского положения, статью 4(А) Конвенции III и статьи 43, 44 и 46 Протокола I.)

XIII. Индо-пакистанский конфликт

Прецедент № 105, Бангладеш/Индия/Пакистан, Соглашение 1974 г.

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *ILM*, Vol. 74, 1974, pp. 501–505.]

БАНГЛАДЕШ — ИНДИЯ — ПАКИСТАН: СОГЛАШЕНИЕ О РЕПАТРИАЦИИ ВОЕННОПЛЕННЫХ И ИНТЕРНИРОВАННЫХ ГРАЖДАНСКИХ ЛИЦ [Совершено в Нью-Дели, 9 апреля 1974 г.]

БАНГЛАДЕШ, ИНДИЯ, ПАКИСТАН, СОГЛАШЕНИЕ, ПОДПИСАННОЕ В НЬЮ-ДЕЛИ 9 АПРЕЛЯ 1974 Г.

[…]

3. Гуманитарные проблемы, возникшие после трагических событий 1971 г., представляют собой серьезное препятствие на пути к примирению и нормализации отношений между странами субконтинента. В отсутствие признания невозможно было проводить трехсторонние переговоры для решения гуманитарных проблем, поскольку Бангладеш мог принимать участие в подобной встрече лишь на основе суверенного равенства. […]

4. 17 апреля 1973 г. Индия и Бангладеш […] выдвинули совместное предложение о том, что проблема лиц, содержащихся под стражей, и лиц, не имеющих возможности вернуться домой, должна быть решена, исходя из гуманитарных соображений, путем одновременной репатриации всех этих лиц, за исключением тех пакистанских военнопленных, которых правительство Бангладеш может пожелать судить по определенным обвинениям.

5. После принятия Декларации состоялась серия переговоров между Индией и Бангладеш и Индией и Пакистаном. В результате этих переговоров 28 августа 1973 г. в Дели было заключено соглашение между Индией и Пакистаном с согласия Бангладеш, которое предусматривало решение оставшихся гуманитарных проблем.

6. В соответствии с этим Соглашением 19 сентября 1973 г. начался процесс трехсторонней репатриации. К настоящему времени были репатриированы почти 300 тысяч человек, что создало атмосферу примирения и проложило путь к нормализации отношений на субконтиненте.

7. В феврале 1974 г. состоялось признание Бангладеш, что позволило Бангладеш принять участие в трехсторонней встрече, предусмотренной в Делийском соглашении, на основе суверенного равенства. Соответственно, Его Превосходительство д-р Камал Хоссейн, министр иностранных дел правительства Бангладеш, Его Превосходительство Сардар Сваран Сингх, министр иностранных дел правительства Индии, и Его Превосходительство г-н Азиз Ахмед, государственный министр обороны и иностранных дел правительства Пакистана, встретились в Нью-Дели 5–9 апреля 1974 г. и обсудили различные вопросы, упомянутые в Делийском соглашении, в частности проблему 195 военнопленных и завершение трехстороннего процесса репатриации бенгальцев в Пакистане, пакистанцев в Бангладеш и пакистанских военнопленных в Индии. [...]

9. Министры также рассмотрели меры, которые необходимо принять, чтобы быстро привести процесс трехсторонней репатриации к успешному завершению.

10. Индийская сторона заявила, что остающиеся в Индии военнопленные и интернированные гражданские лица, которые должны быть репатриированы по Делийскому соглашению, числом примерно в 6,5 тысячи, будут репатриированы в соответствии с обычным расписанием движения поезда раз в два дня. [...] Таким образом, есть надежда, что репатриация военнопленных завершится к концу апреля 1974 г.

11. Пакистанская сторона заявила, что репатриация граждан Бангладеш из Пакистана приближается к завершению. Оставшиеся в Пакистане граждане Бангладеш будут также беспрепятственно репатриированы.

12. В отношении небенгальцев в Бангладеш пакистанская сторона заявила, что правительство Пакистана уже выдало разрешения на переезд в Пакистан тем небенгальцам, которые постоянно проживают в бывшем Западном Пакистане, являются служащими центрального правительства или служили у членов их семей или являются членами разделенных семей вне зависимости от их изначального постоянного места жительства. Также происходит выдача разрешений 25 тысячам нуждающихся. Пакистанская сторона подтвердила, что все лица, подпадающие под первые три категории, будут приняты в Пакистане в неограниченном количестве. Что касается лиц, чьи заявления были отклонены, правительство Пакистана предоставит, по запросу, объ-

яснение причин, по которым было отклонено каждое конкретное заявление. Каждый пострадавший заявитель может в любое время потребовать пересмотра своего заявления, при условии, что он сможет сообщить правительству Пакистана новые факты или дополнительную информацию в поддержку своего утверждения о том, что он подпадает под ту или иную из трех категорий. Требования таких лиц не будут иметь срока давности. В том случае, если решение в отношении пересмотра дела будет отрицательным, правительства Пакистана и Бангладеш могут попытаться разрешить его путем консультаций друг с другом.

13. Вопрос о 195 пакистанских военнопленных обсуждался тремя министрами с учетом искреннего стремления правительств к примирению, согласию и дружественным отношениям на субконтиненте. Министр иностранных дел Бангладеш заявил, что произвол и многочисленные преступления, совершенные этими военнопленными, согласно соответствующим положениям резолюций Генеральной Ассамблеи ООН и международного права, являются военными преступлениями, преступлениями против человечности и геноцидом, и что существует всеобщее согласие относительно того, что лица, обвиняемые в таких преступлениях, должны нести ответственность и быть подвергнуты надлежащим правовым процедурам. Государственный министр обороны и иностранных дел правительства Пакистана сказал, что его правительство осуждает любые преступления, которые могли быть совершены, и глубоко сожалеет о них.

14. В связи с этим три министра отметили, что вопрос должен рассматриваться с точки зрения решимости трех стран неколебимо продолжать прилагать усилия к примирению. Затем министры отметили, что после признания Бангладеш премьер-министр Пакистана объявил, что посетит Бангладеш в ответ на приглашение премьер-министра этой страны, и обратился к народу Бангладеш с просьбой простить и забыть ошибки прошлого, чтобы помочь примирению. Подобным же образом премьер-министр Бангладеш объявил, говоря о зверствах и разрушениях, совершенных в Бангладеш в 1971 г., что он хочет, чтобы люди забыли прошлое и начали все сначала, заявив, что народ Бангладеш умеет прощать.

15. В свете вышесказанного и, в частности, с учетом обращения премьер-министра Пакистана к народу Бангладеш с просьбой простить и забыть ошибки прошлого, министр иностранных дел Бангладеш заявил, что правительство Бангладеш приняло решение в качестве акта милосердия не проводить судебные процессы. Было достигнуто соглашение о том, что эти 195 военнопленных могут быть сейчас репатриированы в Пакистан вместе с другими военнопленными в процессе репатриации по Делийскому соглашению. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Когда должны были быть репатриированы военнопленные согласно МГП? Была ли необходимость в соглашении между сторонами для осуществления их репатриации? Являлось ли по МГП отсутствие признания Бангладеш со стороны Пакистана препятствием для репатриации военнопленных? (См. статью 118 Конвенции III.)

   b. Имелось ли у Бангладеш право не репатриировать военнопленных, обвинявшихся в серьезных нарушениях МГП? Не противоречит ли решение «в качестве акта милосердия не проводить судебные процессы» обязательству по МГП преследовать в судебном порядке или экстрадировать лиц, обвиняемых в совершении серьезных нарушений? (См. статью 119(5) Конвенции III, статьи 49/50/129/146 и 51/52/131/148 соответственно четырех Конвенций.)

2. Когда должны были быть репатриированы интернированные гражданские лица согласно МГП? Была ли необходимость в соглашении между сторонами для осуществления их репатриации? Являлось ли по МГП отсутствие признания Бангладеш со стороны Пакистана препятствием для репатриации интернированных гражданских лиц? (См. статьи 133 и 134 Конвенции IV и статью 85(4)(b) Протокола I.)

3. a. Имели ли небенгальцы, находившиеся в Бангладеш, право покинуть Бангладеш? Те, кто постоянно проживал в бывшем Западном Пакистане? Те, кто являлся служащими центрального правительства Пакистана? Те, кто являлся членом разделенных семей? (См. статьи 26, 35 и 134 Конвенции IV.)

   b. Обязан ли был Пакистан согласиться на репатриацию из Бангладеш небенгальцев, которые постоянно проживали в бывшем Западном Пакистане? Тех, кто являлся служащими центрального правительства Пакистана? Тех, кто являлся членом разделенных семей? Была ли необходимость в соглашении относительно их репатриации? (См. статьи 26, 35 и 134 Конвенции IV.)

XIV. Арабо-израильский конфликт

[N. B.: В относительно большом числе прецедентов, рассматриваемых в этом разделе, отражены:

а) различные юридические проблемы, возникшие во время нескольких конфликтов, которые произошли в регионе один за другим;

б) беспримерная роль, которую сыграли израильские суды в толковании МГП.]

Документ № 106, Обращения МККК относительно ситуации на Ближнем Востоке

A. Обращение в октябре 1973 г.

[**Источник**: IRRC, no. 152, 1973, pp. 583–593.]

Обращения к воюющим сторонам

9 октября 1973 г. МККК выступил со следующим обращением к сторонам в конфликте в защиту гражданских лиц:

> *Международный Комитет Красного Креста чрезвычайно обеспокоен масштабами нового всплеска насилия на Ближнем Востоке и особенно его последствиями в густонаселенных районах. Этот трагический поворот событий, который подтверждают надежные источники и протесты, полученные от различных сторон в конфликте, заставил МККК повторить свои настойчивые попытки к примирению, которые он уже предпринимал, обратившись сутки назад к соответствующим правительствам, призывая их хранить верность Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. МККК подчеркивает необходимость при любых обстоятельствах щадить гражданское население.*

Ввиду полученных тревожных новостей о тяжелом положении гражданского населения МККК 11 октября призвал все воюющие стороны (Ирак, Израиль, Арабскую Республику Египет и Сирийскую Арабскую Республику) немедленно начать соблюдать положения Части IV («Гражданское население») проекта Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. о защите жертв международных вооруженных конфликтов, в частности статью 46 («Защита гражданского населения»), статью 47 («Общая защита гражданских объектов») и статью 59 («Меры предосторожности при нападении»). [Соответственно статьи 51, 52 и 57 Протокола I от 1977 г.]

Правительства Сирийской Арабской Республики и Ирака дали МККК положительный ответ, как и правительство Арабской Республики Египет, последнее — при условии, что Израиль сделает то же самое.

Израиль ответил 19 октября следующим образом: «В ответ на обращение МККК правительство Израиля заявляет, что строго соблюдает и продолжит соблюдать положения публичного международного права, которые запрещают нападения на гражданских лиц и гражданские объекты».

Поскольку МККК счел, что это заявление не является ответом на сделанное им предложение, 1 ноября правительство Израиля — устами г-на Р. Кидрона, политического советника министра иностранных дел, — следующим образом дополнило свой ответ:

> «Как вы знаете после пространных бесед, которые мы провели 30 и 31 октября, правительство Израиля было удивлено и разочаровано негативной реакцией МККК на свое заявление. Я объяснил, что предложение МККК было рассмотрено в Иерусалиме со всей возможной серьезностью и вниманием и что приведенное выше заявление было сформулировано после самого тщательного обсуждения.

Однако, чтобы рассеять любые сомнения относительно его отношения к данному вопросу, я получил указания заявить, что правительство Израиля считает, что заявление о его позиции, переданное МККК 19 октября 1973 г., включает в себя упомянутые в ноте МККК от 11 октября 1973 г. обязательства статей 46, 47 и 50 проекта Дополнительного протокола и выходит далеко за их рамки, охватывая всю совокупность норм публичного международного права, как писаного, так и обычного, касающегося защиты гражданских лиц и гражданских объектов от нападений в международных вооруженных конфликтах.

Я полагаю, что это объяснение позиции моего правительства будет принято МККК в том же позитивном духе, в каком оно дано, и что в протокол будут внесены соответствующие изменения».

B. Обращение в ноябре 2000 г.

[**Источник**: ICRC, Press Release 00/42, 21 November 2000;
см. http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/57JQRF.]

Обращение МККК ко всем, кто участвует в насилии на Ближнем Востоке

Женева (МККК) — Международный Комитет Красного Креста (МККК) чрезвычайно обеспокоен гуманитарными последствиями продолжаю-

щегося насилия на Ближнем Востоке. С конца сентября МККК неоднократно призывал все стороны, участвующие в насилии, соблюдать запрещения, предусмотренные международным гуманитарным правом и лежащими в его основе принципами, и, в частности, обеспечивать уважение к гражданским лицам, раненым, медицинскому персоналу и тем, кто перестал принимать участие в военных действиях. К настоящему моменту более 200 человек погибли и тысячи были ранены в жестоких столкновениях. МККК особенно озабочен большим числом пострадавших во время столкновений безоружных гражданских лиц и даже детей, а также высоким процентом ранений, нанесенных боевыми патронами и резиновыми пулями или пулями, покрытыми эластичным пластиком.

В условиях палестинского восстания против Израиля как оккупирующей державы МККК подчеркивает тот факт, что Четвертая Женевская конвенция 1949 г. о защите гражданского населения во время войны остается полностью применимой и не теряет своего значения.

МККК вновь напоминает тем, кто принимает активное участие в насилии, что при любом использовании силы выбор средств и методов ограничен. Он повторяет свой призыв к тем, кто участвует в насилии или может повлиять на ситуацию, при любых обстоятельствах соблюдать и обеспечивать соблюдение международного гуманитарного права и лежащих в его основе принципов. Террористические акты абсолютно и безоговорочно запрещены, как и репрессалии против гражданского населения, нападения неизбирательного характера и нападения, направленные против гражданского населения.

Чтобы не подвергать опасности гражданское население, те, кто носит оружие, и все, кто принимает участие в насилии, должны отличать себя от гражданских лиц. Вооруженные силы и силы безопасности должны щадить и защищать всех гражданских лиц, которые не принимают или перестали принимать участие в столкновениях, особенно детей, женщин и стариков. Применение боевого оружия, направленного против безоружных гражданских лиц, нельзя оправдать.

Раненых и больных следует подбирать, им следует предоставлять уход вне зависимости от того, к какой стороне они принадлежат. Машины «скорой помощи» и персонал медицинских служб должны пользоваться уважением и защитой. Им следует разрешать передвигаться, не причиняя им вреда, чтобы они могли выполнять свои гуманитарные обязанности. Все, кто принимает участие в столкновениях, должны уважать медицинские службы, принадлежат ли они к вооруженным силам, гражданским учреждениям, Палестинскому обществу Красного Полумесяца или обществу Маген Давид Адом в Израиле.

К настоящему моменту десятки машин «скорой помощи» Палестинского Красного Полумесяца и многие его сотрудники попадали под огонь при исполнении своих медицинских функций на оккупированных территориях. Машины «скорой помощи», принадлежащие обществу Маген Давид Адом, также подвергались нападениям. МККК еще раз призывает всех, кто участвует в насилии, уважать медицинский персонал, больницы и другие медицинские учреждения, а также машины «скорой помощи», другие санитарно-транспортные средства и запасы.

Любое злоупотребление эмблемами, защищающими медицинские службы, является нарушением международного гуманитарного права и ставит под угрозу персонал, работающий под защитой этих эмблем. МККК призывает всех, кто участвует в насилии, воздерживаться от злоупотребления защитными эмблемами и призывает все соответствующие органы власти предотвращать или пресекать подобные действия.

Все арестованные лица должны пользоваться уважением и защитой от любых форм насилия. Орган власти, осуществляющий содержание под стражей, должен дать МККК разрешение на посещение таких лиц, где бы они ни были, чтобы его делегаты могли убедиться в их благополучии и передать вести их семьям.

МККК все больше беспокоят гуманитарные последствия присутствия израильских поселений на оккупированных территориях, что противоречит Четвертой Женевской конвенции, а также последствия комендантского часа и изолирования определенных районов Силами обороны Израиля. В качестве оккупирующей державы Израиль может ограничивать свободу передвижения местного населения, но лишь тогда и в той мере, когда и насколько этого требует военная необходимость. Ограничения передвижений посредством комендантского часа и изолирования определенных районов ни при каких обстоятельствах не могут являться коллективными наказаниями, они также не должны сильно мешать каждодневной жизни гражданского населения или иметь серьезные экономические последствия. Кроме того, оккупирующая держава обязана обеспечивать достаточный уровень услуг здравоохранения, в том числе доступ к больницам и медицинским службам, и не может препятствовать перемещению продовольственных запасов. Всем учреждениям, занимающимся уходом за детьми и их образованием, должно быть разрешено работать нормально. Следует уважать религиозные обычаи, что предполагает по возможности наиболее полный доступ к местам отправления культа.

Наконец, МККК призывает соответствующие органы власти и всех, кто принимает участие в насилии, содействовать работе добровольцев Палестинского общества Красного Полумесяца и общества Маген

Давид Адом в Израиле, его собственных делегатов и сотрудников Международной Федерации. Несмотря на огромные трудности, эти добровольцы и делегаты неустанно работают для того, чтобы помочь жертвам столкновений, часто с большим риском для собственной жизни.

C. Заявление МККК от 5 декабря 2001 г.

[**Источник**: Official Statement of the International Committee of the Red Cross, made at the Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention, Geneva, 5 December 2001, см. http://www.icrc.org/eng.]

Заявление Международного Комитета Красного Креста, Женева, 5 декабря 2001 г.

1. Согласно соответствующим положениям международного гуманитарного права и мандату, предоставленному ему государствами — участниками Женевских конвенций 1949 г., Международный Комитет Красного Креста (МККК) открыл в 1967 г. постоянное представительство в Израиле, соседних арабских странах и на оккупированных территориях для выполнения своих гуманитарных задач в этом регионе и для содействия добросовестному применению международного гуманитарного права.

2. В соответствии с рядом резолюций, принятых Генеральной Ассамблеей и Советом Безопасности ООН и Международной конференцией Красного Креста и Красного Полумесяца, которые отражают точку зрения международного сообщества, МККК всегда подтверждал применимость де-юре Четвертой Женевской конвенции к территориям, оккупированным с 1967 г. государством Израиль, в том числе к Восточному Иерусалиму. Эта Конвенция, ратифицированная Израилем в 1951 г., остается полностью применимой и сохраняет свое значение в имеющей место в настоящий момент обстановке насилия. В качестве оккупирующей державы Израиль также обязан соблюдать другие нормы обычного права, касающиеся оккупации, которые нашли выражение в Положении, прилагаемом к Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны от 18 октября 1907 г.

3. Говоря в общих чертах, Четвертая Женевская конвенция защищает гражданское население оккупированных территорий от злоупотреблений со стороны оккупирующей державы, в частности обеспечивая отсутствие дискриминации в отношении этого населения и давая гарантию, что оно будет защищено от любых форм насилия и, несмотря на оккупацию и войну, сможет вести нормальную, насколько это

возможно, жизнь в соответствии со своими собственными законами, культурой и традициями. Хотя гуманитарное право предоставляет некоторые права оккупирующей державе, оно также налагает ограничения на ее полномочия. Лишь временно управляя оккупированной территорией, оккупирующая держава не должна вмешиваться в ее изначальные экономическую и социальную структуры, организацию, правовую систему или демографическую ситуацию. Она должна обеспечивать защиту, безопасность и благополучие населения, живущего в условиях оккупации. Это также предполагает возможность нормального развития территории, если оккупация продолжается длительное время.

4. Точнее говоря, Четвертая Женевская конвенция устанавливает нормы, направленные на защиту достоинства и физической неприкосновенности лиц, живущих в условиях оккупации, в том числе лиц, содержащихся под стражей. Она запрещает любые формы физического и психологического дурного обращения и принуждения, коллективные наказания и репрессалии, предпринимаемые против покровительствуемых лиц или имущества. Она также запрещает перемещение части гражданского населения оккупирующей державы на оккупированную территорию, угон или депортацию покровительствуемых лиц с оккупированной территории и уничтожение движимого или недвижимого имущества за исключением случаев, когда такое уничтожение абсолютно необходимо для военных операций.

5. В ходе осуществления своей деятельности на территориях, оккупированных Израилем, МККК неоднократно замечал нарушения различных положений международного гуманитарного права, такие как перемещение Израилем части своего населения на оккупированные территории, разрушение домов, неуважение к медицинской деятельности и содержание под стражей покровительствуемых лиц за пределами оккупированных территорий. Определенные действия, противоречащие Четвертой Женевской конвенции, включены в законы и административные нормы и разрешены высшими органами судебной власти. Признавая обеспеченные для выполнения его гуманитарных задач удобства, МККК регулярно привлекал внимание израильских властей к страданиям и тяжкому бремени, которое несет палестинское население из-за оккупационной политики, и, в соответствии со своей обычной практикой, все чаще выражал свою озабоченность в двусторонних и многосторонних представлениях и публичных обращениях. В частности, МККК выражает растущую озабоченность гуманитарными последствиями создания израильских поселений на оккупированных территориях в нарушение Четвертой Женевской конвенции. Политика создания поселений часто означает уничтожение палестинских домов, конфискацию земли и водных ис-

точников и разделение территорий на участки. Меры, принимаемые для расширения поселений и защиты поселенцев, влекущие за собой уничтожение домов, реквизицию земли, изолирование определенных районов, создание контрольно-пропускных пунктов и установление продолжительного комендантского часа, также серьезно мешают каждодневной жизни палестинского населения. Однако тот факт, что поселения созданы в нарушение положений Четвертой Женевской конвенции, не означает, что живущие в них гражданские лица могут становиться объектом нападения. Они пользуются защитой гуманитарного права как гражданские лица, пока не принимают активного участия в боях.

6. МККК также привлек внимание израильских властей к последствиям длительного комендантского часа и изолирования отдельных районов Силами обороны Израиля. Возникшие в результате ограничения перемещений оказали пагубное воздействие на все палестинское население. Они мешают деятельности служб скорой медицинской помощи, а также доступу к учреждениям здравоохранения, рабочим местам, школам и местам отправления культа и оказывают разрушительное воздействие на экономику. Такие ограничения месяцами не позволяют палестинским семьям навещать родственников, содержащихся под стражей в Израиле. За последние 14 месяцев подобные действия вызывают все большую озабоченность, поскольку меры, принятые для сдерживания волны насилия, привели к ухудшению условий жизни населения оккупированных территорий.

7. МККК напомнил тем, кто принимает участие в насилии, что при любом использовании силы выбор средств и методов ограничен. Сегодня, учитывая резкий рост количества вооруженных столкновений, МККК должен подчеркнуть, что палестинские вооруженные группировки, действующие на оккупированных территориях или за их пределами, также обязаны соблюдать принципы международного гуманитарного права. Помимо Четвертой Женевской конвенции, касающейся защиты гражданского населения, существуют другие повсеместно признанные нормы и принципы международного гуманитарного права, которые касаются ведения военных действий. Они предусматривают, в частности, что только военные объекты могут подвергаться нападениям. Таким образом, нападения неизбирательного характера, такие как произведенные отдельными палестинцами или палестинскими вооруженными группами взрывы бомб среди гражданских лиц Израиля и действия, направленные на терроризирование гражданского населения, абсолютно и безоговорочно запрещены. Это же относится и к намеренным нападениям на палестинских граждан или их убийствам израильскими властями в тот момент, когда эти граждане не принимают непосредственного учас-

тия в военных действиях или не представляют непосредственной угрозы для человеческой жизни. Репрессалии против гражданских лиц и их имущества также запрещены. Когда совершается нападение на военный объект, должны быть приняты все возможные меры предосторожности, чтобы минимизировать число пострадавших среди гражданских лиц и ущерб гражданскому имуществу. Чтобы не подвергать опасности гражданское население, те, кто носит оружие, и все, кто принимает участие в вооруженном насилии, должны отличать себя от гражданских лиц.

8. Демонстрации, проводимые гражданским населением оккупированных территорий против оккупирующих сил, или противостояние между ними не являются военными действиями. Поэтому к ним не следует применять военные методы и средства. Сталкиваясь с гражданским населением, израильские силы должны проявлять сдержанность: любое использование силы должно быть соразмерным, должны быть приняты все меры предосторожности, чтобы избежать жертв, а использование огнестрельного оружия в целях лишения жизни должно быть строго ограничено теми случаями, когда оно неизбежно в качестве безотлагательной меры для защиты жизни.

9. В создавшейся сейчас ситуации также чрезвычайное значение имеет доступ всех нуждающихся к скорой медицинской помощи. Нельзя неоправданно задерживать такой доступ или отказывать в нем. Следует разрешать передвижения машин «скорой помощи» и медицинского персонала, не причиняя им вреда, и нельзя мешать им выполнять их медицинские функции. Все, кто принимает участие в насилии, должны уважать медицинские службы и оказывать им помощь вне зависимости от того, принадлежат они к вооруженным силам, гражданским организациям, Палестинскому обществу Красного Полумесяца, обществу Маген Давид Адом, МККК, Международной Федерации обществ Красного Креста и Красного Полумесяца или другим гуманитарным организациям.

10. Статья 1, общая, четырех Женевских конвенций предусматривает, что «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются при любых обстоятельствах соблюдать и заставлять соблюдать настоящую Конвенцию». Данную Конференцию следует рассматривать с учетом этого. МККК всегда приветствовал все усилия, прилагаемые государствами — участниками Женевских конвенций по отдельности или коллективно для выполнения этого обязательства и обеспечения соблюдения международного гуманитарного права. Эти усилия тем более необходимы, поскольку нарушения гуманитарного права слишком часто происходят по всему земному шару.

11. Средства, используемые для выполнения этих правовых и политических обязательств, естественно, выбирают государства. Однако какие бы средства они ни избрали, МККК хочет подчеркнуть, что любые действия, которые государство может решить предпринять на международном уровне, должны быть направлены на достижение практических результатов и на обеспечение применения и соблюдения международного гуманитарного права в интересах покровительствуемых лиц.

12. Помимо всех юридических соображений и ввиду сложившейся гуманитарной ситуации МККК вновь призывает все заинтересованные стороны приложить все возможные усилия, чтобы щадить жизнь гражданских лиц и сохранять долю гуманности.

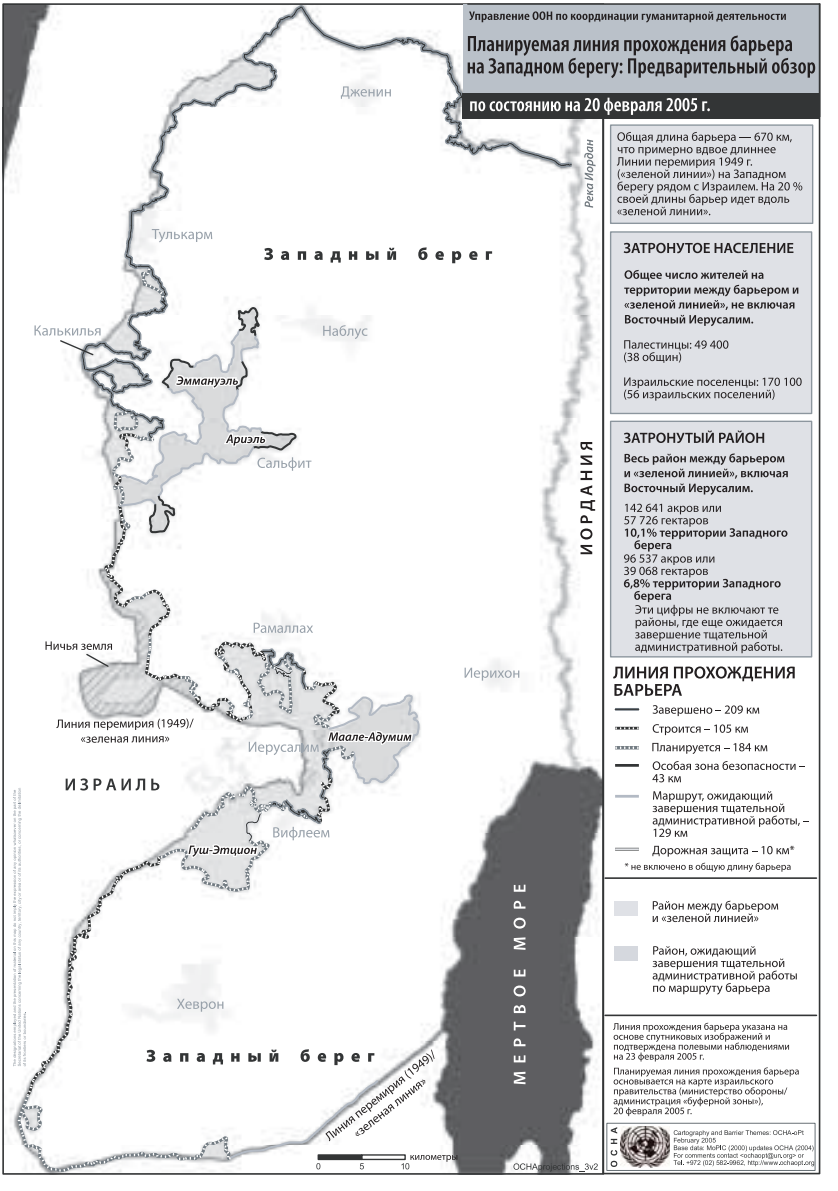
13. Со своей стороны МККК продолжит делать все возможное, чтобы предоставить помощь и защиту всем жертвам в соответствии со своим мандатом и с принципами нейтральности, беспристрастности и независимости, которыми он руководствуется в своей гуманитарной деятельности. Он рассчитывает на полную поддержку заинтересованных сторон в содействии соблюдению гуманитарных норм и облегчении гуманитарной деятельности, что может также помочь проложить путь к установлению мира между всеми народами и странами в регионе.

14. Неуклонное ухудшение гуманитарной ситуации в последние несколько месяцев и, в частности, трагические события последних нескольких дней выдвинули на первый план необходимость разорвать порочный круг насилия и вернуться к соблюдению международного гуманитарного права.

Прецедент № 107, Международный суд/Израиль, «Разделительная стена»/«барьер безопасности» на оккупированных палестинских территориях

ПРЕЦЕДЕНТ

[N. B. Эта карта была создана в Управлении ООН по координации гуманитарной деятельности (УКГД) в феврале 2005 г.; см. http://domino.un.org/unispal.nsf.]



A. Международный суд, Консультативное заключение относительно правовых последствий строительства стены

[**Источник**: Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории, Консультативное заключение Международного суда, 9 июля 2004 г., см. http://www.icj-cij.org/homepage/ru/.]

МЕЖДУНАРОДНЫЙ СУД, 9 ИЮЛЯ 2004 г. ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ СТРОИТЕЛЬСТВА СТЕНЫ НА ОККУПИРОВАННОЙ ПАЛЕСТИНСКОЙ ТЕРРИТОРИИ

[…]

КОНСУЛЬТАТИВНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

[…]

1. Вопрос, по которому было запрошено консультативное заключение Суда, излагается в резолюции ES-10/14, принятой Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций (далее — Генеральная Ассамблея) 8 декабря 2003 г. на ее 10-й чрезвычайной специальной сессии. […] В данной резолюции говорится следующее:

   «Генеральная Ассамблея,

[…]

руководствуясь принципами Устава Организации Объединенных Наций,

учитывая установленный принцип международного права о недопустимости приобретения территории силой,

учитывая также, что развитие дружественных отношений между государствами на основе уважения принципа равных прав и самоопределения народов входит в число целей и принципов Устава Организации Объединенных Наций,

ссылаясь на соответствующие резолюции Генеральной Ассамблеи, включая резолюцию 181 (II) от 29 ноября 1947 г., которая разделила подмандатную Палестину на два государства — арабское и еврейское,
[…]

вновь подтверждая применимость Четвертой Женевской конвенции […], а также Протокола I, дополняющего Женевские конвенции […], к оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим,

ссылаясь на Положение, являющееся приложением к Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г. […],

приветствуя созыв в Женеве 15 июля 1999 г. Конференции Высоких Договаривающихся Сторон Четвертой Женевской конвенции о мерах по обеспечению соблюдения Конвенции на оккупированной палестинской территории, включая Иерусалим,

заявляя о своей поддержке декларации, принятой на возобновленной Конференции Высоких Договаривающихся Сторон Четвертой Женевской конвенции в Женеве 5 декабря 2001 г.,

ссылаясь, в частности, на соответствующие резолюции Организации Объединенных Наций, в которых говорится, что израильские поселения на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим, являются незаконными и представляют собой препятствие на пути к миру и социально-экономическому развитию, а также на те из них, в которых содержится требование полностью прекратить создание поселений,

ссылаясь на соответствующие резолюции Организации Объединенных Наций, в которых говорится, что действия, предпринятые Израилем, оккупирующей державой, по изменению статуса и демографического состава оккупированного Восточного Иерусалима, не имеют юридической силы и являются недействительными,

отмечая договоренности, достигнутые между правительством Израиля и Организацией освобождения Палестины в контексте ближневосточного мирного процесса,

выражая серьезную озабоченность в связи с началом и продолжением строительства Израилем, оккупирующей державой, стены на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него, которое происходит с отклонением от линии перемирия 1949 г. («зеленой линии») и которое связано с конфискацией и уничтожением палестинских земель и ресурсов, нарушением жизнедеятельности тысяч охраняемых мирных жителей и аннексией де-факто больших участков территории, и подчеркивая единодушную оппозицию международного сообщества строительству этой стены,

выражая также серьезную озабоченность в связи с еще более катастрофическими последствиями строительства планируемых сегментов стены для палестинского гражданского населения и для перспектив урегулирования палестино-израильского конфликта и установления мира в регионе,

приветствуя представленный 8 сентября 2003 г. доклад Специального докладчика Комиссии по правам человека о положении в области прав человека на палестинских территориях, оккупированных Израилем с 1967 г. [E/CN.4/2004/6], в частности раздел, касающийся стены,

заявляя о необходимости прекращения конфликта путем создания двух государств — Израиля и Палестины, живущих бок о бок в условиях мира и безопасности на основе линия перемирия 1949 г. согласно соответствующим резолюциям Совета Безопасности и Генеральной Ассамблеи,

выражая признательность в связи с получением доклада Генерального секретаря, представленного во исполнение резолюции ES-10/13 [A/ES-10/248],

учитывая, что со временем трудности на местах лишь возрастают, поскольку Израиль, оккупирующая держава, по-прежнему отказывается соблюдать международное право применительно к строительству упомянутой выше стены со всеми вытекающими из этого пагубными последствиями,

постановляет в соответствии со статьей 96 Устава Организации Объединенных Наций просить Международный суд на основании статьи 65 Статута Суда в срочном порядке дать консультативное заключение по следующему вопросу:

> Каковы правовые последствия строительства стены, сооружаемой Израилем, оккупирующей державой, на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него, как это изложено в докладе Генерального секретаря, учитывая нормы и принципы международного права, включая Четвертую Женевскую конвенцию 1949 г. и соответствующие резолюции Совета Безопасности и Генеральной Ассамблеи?

[…]

67. Как разъясняется в пункте 82 ниже, рассматриваемая «стена» является сложным сооружением, и поэтому этот термин не следует толковать в строго физическом смысле. Однако другие термины, используемые либо Израилем («ограждение»), либо Генеральным секретарем («барьер»), не являются более точными, если их толковать в физическом смысле. Поэтому в настоящем заключении Суд решил использовать терминологию, употребляемую Генеральной Ассамблеей.

Суд отмечает далее, что просьба Генеральной Ассамблеи касается правовых последствий в отношении стены, которая строится «на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном

Иерусалиме и вокруг него». Как также разъясняется ниже (см. пункты 79–84 ниже), некоторые части сооружения строятся или планируются к строительству на территории самого Израиля; Суд не считает, что к нему был обращен призыв изучить правовые последствия, связанные со строительством этих частей стены.

[…]

71. В 1947 г. Соединенное Королевство заявило о своем намерении завершить выход из подмандатной территории к 1 августа 1948 г., а затем перенесло эту дату на 15 мая 1948 года. В это время Генеральная Ассамблея 29 ноября 1947 г. приняла резолюцию 181 (II) о будущем правительстве Палестины, в которой «рекомендовала Соединенному Королевству… и всем остальным государствам — членам Организации Объединенных Наций принятие ими и выполнение… плана раздела» территории так, как это излагается в резолюции, между двумя независимыми государствами — арабским и еврейским, — а также создание специального международного режима города Иерусалима. Арабское население Палестины и арабские государства отвергли этот план, заявив, что он несбалансирован; 14 мая 1948 г. Израиль провозгласил независимость в соответствии с резолюцией Генеральной Ассамблеи; после этого между Израилем и рядом арабских государств разгорелся вооруженный конфликт, и план раздела не был осуществлен.

72. […] в 1949 г. были заключены общие соглашения о перемирии между Израилем и соседними государствами […]. В частности, одно такое соглашение было подписано на Родосе 3 апреля 1949 г. между Израилем и Иорданией. В статьях V и VI этого Соглашения зафиксирована демаркационная линия перемирия между израильскими и арабскими силами (которая позднее чаще называлась «зеленой линией» по тому цвету, которым она была нанесена на карты, далее именуемая «зеленая линия»). […] В статье VI оговаривалось, что […] «демаркационные линии перемирия, определенные в статьях V и VI Соглашения, согласованы Сторонами без ущерба для будущих территориальных урегулирований или пограничных линий, или претензий какой-либо Стороны в отношении вышесказанного». […]

73. Во время вооруженного конфликта 1967 г. израильские войска оккупировали все территории, которые составляли Палестину в соответствии с британским мандатом (включая территории, известные как Западный берег, находившиеся к востоку от «зеленой линии»).

74. 22 ноября 1967 г. Совет Безопасности единогласно принял резолюцию 242 (1967), в которой подчеркнул недопустимость приобретения территории путем войны и призвал к «выводу израильских вооружен-

ных сил с территорий, оккупированных во время недавнего конфликта» и «к прекращению всех претензий и состояний войны».

75. Начиная с 1967 г. Израиль принял ряд мер на этих территориях, направленных на изменение статуса города Иерусалима. Совет Безопасности, не раз ссылавшийся на «принцип, согласно которому приобретение территории путем военного захвата является недопустимым», осудил эти меры и в резолюции 298 (1971) от 25 сентября 1971 г. в самых ясных выражениях подтвердил, что:

> «все принятые Израилем законодательные и административные меры с целью изменить статус города Иерусалима, в том числе экспроприация земли и собственности, перемещение населения и законодательство, направленное на присоединение оккупированного сектора, являются полностью недействительными и не могут изменить этот статус».

Позднее, после принятия Израилем 30 июля 1980 г. основного закона об объявлении Иерусалима «единой и неделимой» столицей Израиля, Совет Безопасности в резолюции 478 (1980) от 20 августа 1980 г. заявил, что принятие этого закона является нарушением международного права и что «все законодательные и административные меры и действия, принятые Израилем — оккупирующей державой, — которые изменили или направлены на изменение характера и статуса Священного города Иерусалима... являются недействительными». Далее он постановил «не признавать «основной закон» и такие другие действия Израиля, которые как результат этого закона направлены на изменение характера и статуса Иерусалима».

76. Позднее, 26 октября 1994 г. между Израилем и Иорданией был подписан мирный договор. В этом договоре устанавливалась граница между двумя государствами «со ссылкой на определение границы в соответствии с Мандатом, как это указано в Приложении I (a)... без ущерба для статуса любых территорий, которые попали под военный контроль израильского правительства в 1967 г.» (пункты 1 и 2 статьи 3). […]

77. И наконец, с 1993 г. между Израилем и Организацией освобождения Палестины был подписан ряд соглашений, возлагавших различные обязательства на каждую из сторон. Эти соглашения, в частности, требовали, чтобы Израиль передал палестинским властям определенные полномочия и обязанности, которые на оккупированной палестинской территории осуществляли его военные органы власти и гражданская администрация. Случаи такой передачи имели место, однако как результат последующих событий они оставались частичными и ограниченными.

78. Суд отмечает, что в соответствии с нормами международного обычного права, как это отражено (см. пункт 89 ниже) в статье 42 Положения о законах и обычаях сухопутной войны, приложенного к IV Гаагской конвенции от 18 октября 1907 г. (далее — «Гаагское положение 1907 г.»), территория считается оккупированной, когда она фактически взята под управление армией противника, и оккупация распространяется только на территорию, на которой подобное управление установлено и может осуществляться.

Территории, расположенные между «зеленой линией» (см. пункт 72 выше) и бывшей восточной границей Палестины в соответствии с Мандатом, были оккупированы Израилем в 1967 г. в ходе вооруженного конфликта между Израилем и Иорданией. Согласно международному обычному праву эти территории являлись оккупированными территориями, на которых Израиль имел статус оккупирующей державы. Последующие события на этих территориях, о чем говорится в пунктах 75–77 выше, никоим образом не изменили эту ситуацию. Все эти территории (включая Восточный Иерусалим) остаются оккупированными территориями, и Израиль продолжает иметь статус оккупирующей державы.

[…]

80. В докладе Генерального секретаря говорится, что «начиная с 1996 г. правительство Израиля рассматривало планы действий с целью положить конец проникновениям в Израиль из центрального и северного районов Западного берега…» (п. 4). В соответствии с этим докладом впервые подобный план был утвержден кабинетом Израиля в июле 2001 г. Затем, 14 апреля 2002 г. кабинет принял решение о строительстве объектов, которые представляют, по словам Израиля, «ограждение безопасности» протяженностью 80 километров в трех районах Западного берега.

Этот проект получил свое развитие, когда 23 июня 2002 г. кабинет Израиля одобрил первый этап строительства «непрерывного барьера» на Западном берегу (включая Восточный Иерусалим). 14 августа 2002 г. он одобрил линию этого «барьера» для этапа А с целью строительства комплекса длиной 123 километра на севере Западного берега […]. […]

81. В соответствии с Письменным заявлением Генерального секретаря первая часть этого комплекса (этап А), окончательная протяженность которого составит 150 километров, была объявлена завершенной 31 июля 2003 г. Сообщалось, что примерно 56 тысяч палестинцев окажутся в анклавах. В течение этого этапа вокруг Иерусалима были

построены две секции общей протяженностью 19,5 километра. В ноябре 2003 г. началось строительство новой секции вдоль «зеленой линии» на запад от анклава Назлат Исса-Бака аль-Шаркия, строительство которой в январе 2004 г. близилось к завершению в то время, когда Генеральный секретарь представил свое Письменное заявление.

[…]

Далее в Письменном заявлении Генерального секретаря говорится о том, что этап C строительства, который является продолжением конечной точки этапа A, близ поселения Элкана, до деревни Нуман, к юго-востоку от Иерусалима, начался в декабре 2003 г. Эта секция разделена на три этапа. На этапе C1, в частности между деревнями Рантис и Будрус, было построено примерно 4 километра из запланированных 40 километров. На этапе C2 линия обогнет так называемый выступ Ариэля, врезаясь на 22 километра на территорию Западного берега, и охватит 52 тысячи израильских поселенцев. Этап C3 включает строительство двух «углубленных барьеров», один из которых протянется с севера на юг примерно параллельно секции этапа C1, которая в настоящее время сооружается между Рантисом и Будрусом, а второй — пойдет с востока на запад вдоль гряды, которая, как сообщается, является частью сооружаемой в настоящее время автомагистрали № 45. Если будет завершено строительство этих двух барьеров, то появятся два анклава, включающие 72 тысячи палестинцев в 24 общинах. […]

По состоянию на 25 января 2004 г. в соответствии с Письменным заявлением Генерального секретаря было завершено строительство участка протяженностью примерно 190 километров длиной, включающего этап A и большую часть этапа B. В некоторых районах центральной части Западного берега и в Иерусалиме началось новое строительство в рамках этапа C. Работы этапа D, запланированные в южной части Западного берега, пока еще не начинались.

Правительство Израиля пояснило, что в линии прохождения и графики, упомянутые выше, могут вноситься изменения. В феврале 2004 г., например, был снесен 8-километровый участок барьера близ города Бака ашь-Шаркия. Запланированная протяженность барьера, похоже, была немного уменьшена.

82. В соответствии с описанием, содержащимся в докладе и в Письменном заявлении Генерального секретаря, в результате запланированных или завершенных работ сооружен или будет сооружен комплекс, состоящий из следующих основных элементов:

1) ограждение с электронными датчиками;

2) ров (глубиной до 4 метров);

3) двухполосная асфальтированная дорога для патрулей;

4) контрольная полоса (разглаженная песчаная полоса для обнаружения отпечатков ног), проходящая параллельно ограждению;

5) пучок из шести спиралей колючей проволоки, обозначающей периметр комплекса.

Ширина комплекса составляет 50–70 метров, а в некоторых местах доходит до 100 метров. В дополнение к этим сооружениям могут быть также построены «углубленные барьеры».

Из приблизительно 180 километров комплекса, завершенного или строившегося на момент представления Генеральным секретарем своего доклада, 8,5 километра составляла бетонная стена. Такие стены обычно сооружаются там, где палестинские населенные пункты расположены вблизи Израиля или примыкают к нему (как, например, близ Калькилии и Тулькарма или в некоторых частях Иерусалима).

83. В соответствии с докладом Генерального секретаря в своей крайней северной части завершенная или строящаяся стена практически не отклоняется от «зеленой линии». Тем не менее почти на всем протяжении она проходит внутри оккупированных территорий. В некоторых местах сооружения отклоняются от «зеленой линии» более чем на 7,5 километра и включают поселения, окружая при этом населенные палестинцами районы. Участок длиной 1–2 километра к западу от Тулькарма, как представляется, проходит по израильской стороне «зеленой линии». В то же время в других местах запланированная линия прохождения будет отклоняться на восток на расстояние до 22 километров. Что касается Иерусалима, то существующие сооружения и запланированная линия прохождения заходят далеко за «зеленую линию», а в некоторых случаях даже за восточную муниципальную границу Иерусалима, установленную Израилем.

84. С учетом линии прохождения примерно 975 кв. километров (или 16,6 процента территории Западного берега) будут, в соответствии с докладом Генерального секретаря, находиться между «зеленой линией» и стеной. Как сообщается, на этой территории проживают 237 тысяч палестинцев. Если стена будет построена полностью, как планируется, еще 160 тысяч палестинцев окажутся в почти полностью окруженных общинах, названных в докладе анклавами. С учетом запланированной линии прохождения почти 320 тысяч из-

раильских поселенцев (в том числе 178 тысяч в Восточном Иерусалиме) будут жить на территории между «зеленой линией» и стеной.

85. И наконец, следует отметить, что строительство стены сопровождалось введением нового административного режима. Так, в октябре 2003 г. Силы обороны Израиля издали распоряжение, в соответствии с которым часть Западного берега между «зеленой линией» и стеной была объявлена «закрытым районом». Жители этого района не могут более оставаться в нем, проживающие вне его лица не могут входить в этот район, если у них нет разрешения или удостоверения личности, выданного израильскими властями. Как говорится в докладе Генерального секретаря, большинство жителей получили разрешение на ограниченное время. Израильские граждане, постоянно проживающие в Израиле лица и лица, имеющие право на въезд в Израиль в соответствии с Законом о возвращении, могут оставаться на территории закрытого района, свободно въезжать в него, выезжать из него и перемещаться внутри этого района без разрешения. Въезд и выезд из закрытого района могут осуществляться только через специальные ворота, которые открываются редко и лишь на короткое время.

86. Суд определит нормы и принципы международного права, которые применимы к оценке законности характера мер, принятых Израилем. Такие нормы и принципы содержатся в Уставе Организации Объединенных Наций и некоторых других договорах, в международном обычном праве и в соответствующих резолюциях, принятых Генеральной Ассамблеей и Советом Безопасности в соответствии с Уставом. Однако Израиль выразил сомнение в отношении применимости на оккупированной палестинской территории отдельных норм международного гуманитарного права и документов по правам человека. Теперь Суд рассмотрит эти различные вопросы.

[…]

89. Что касается международного гуманитарного права, то Суд в первую очередь отмечает, что Израиль не является участником IV Гаагской конвенции 1907 г., в приложении к которой содержится Гаагское положение. Суд отмечает, что в соответствии с Конвенцией это Положение было подготовлено в целях «пересмотреть общие законы и обычаи войны», существовавшие в то время. Однако с тех пор Международный Нюрнбергский военный трибунал определил, что «нормы, изложенные в Конвенции, признаны всеми цивилизованными странами и рассматриваются в качестве пояснения законов и обычаев войны» […]. Суд пришел к такому же выводу, изучая права и обязанности воюющих сторон в приведении ими военных операций (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J.

Reports 1996 (I), p. 256, para. 75). Суд считает, что нормы Гаагского положения стали частью обычного права, что признается всеми участниками рассматриваемых Судом дел.

Суд также отмечает, что согласно статье 154 Четвертой Женевской конвенции эта Конвенция дополняет отделы II и III Положения, прилагаемого к Гаагской конвенции. Отдел III этого Положения, который называется «О военной власти на территории неприятельского государства», особенно уместен в данном случае.

90. Во-вторых, что касается Четвертой Женевской конвенции, то участниками этого разбирательства высказываются различные мнения. Вопреки значительному большинству других участников Израиль оспаривает применимость де-юре Конвенции к оккупированной палестинской территории. В частности, в пункте 3 приложения I к докладу Генерального секретаря, озаглавленного «Резюме правовой позиции правительства Израиля», говорится, что Израиль не согласен с тем, что Четвертая Женевская конвенция «применима к оккупированной палестинской территории». При этом делается ссылка на «отсутствие признания суверенитета этой территории до ее аннексии Иорданией и Египтом», а затем следует вывод о том, что она не является «территорией Высокой Договаривающейся Стороны, как того требует Конвенция».

91. Суд напоминает, что Четвертая Женевская конвенция была ратифицирована Израилем 6 июля 1951 г. и что Израиль является участником этой Конвенции. Иордания также является ее участницей с 29 мая 1951 г. Ни одно из этих двух государств не сделало никакой оговорки, которая имела бы отношение к настоящему разбирательству.

Более того, Палестина в заявлении от 7 июня 1982 г. приняла одностороннее обязательство применять Четвертую Женевскую конвенцию. Швейцария в качестве государства-депозитария рассматривала это одностороннее обязательство как действительное. Вместе с тем она заключила, что она «как депозитарий не в состоянии принять решение о том», «можно ли рассматривать в качестве документа о присоединении» «просьбу [от 14 июня 1989 г.] Движения за освобождение Палестины от имени «Государства Палестина» о присоединении», в частности к Четвертой Женевской конвенции.

92. К тому же для цели определения сферы применения Четвертой Женевской конвенции следует напомнить, что согласно общей для четырех Конвенций от 12 августа 1949 г. статье 2:

[Суд воспроизводит текст статьи 2, общей, Конвенций]

93. После оккупации Западного берега в 1967 г. израильские власти издали приказ № 3, в статье 35 которого говорится:

«Военный суд… должен применять положения Женевской конвенции от 12 августа 1949 г. о защите гражданского населения во время войны в отношении судопроизводства. В случае конфликта между настоящим приказом и указанной Конвенцией преимущественную силу имеет Конвенция».

Впоследствии израильские власти неоднократно указывали на то, что, по сути дела, они в целом применяют гуманитарные положения Четвертой Женевской конвенции на оккупированных территориях. Однако в соответствии с позицией Израиля, как она вкратце изложена в пункте 90 выше, эта Конвенция не применима де-юре на этих территориях, поскольку согласно части 2 статьи 2 она применяется только в случае оккупации территорий, находящихся под суверенитетом Высокой Договаривающейся Стороны, участвующей в вооруженном конфликте. Израиль объясняет, что Иордания, надо признать, была участницей Четвертой Женевской конвенции в 1967 г. и что в то время между Израилем и Иорданией возник вооруженный конфликт, но далее он отмечает, что территории, оккупированные Израилем вследствие этого конфликта, не находились ранее под суверенитетом Иордании. Из этого он делает вывод о том, что Конвенция не применима де-юре на этих территориях. Однако, по мнению значительного большинства других участников разбирательства, Четвертая Женевская конвенция применима к этим территориям на основании части 1 статьи 2 независимо от того, имела ли Иордания какие-либо права в отношении них до 1967 г.

94. Суд напоминает, что, согласно положениям международного обычного права, нашедшим отражение в статье 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г., договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора. Статья 32 предусматривает, что:

> «Возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовительным материалам и к обстоятельствам заключения договора, чтобы подтвердить значение, вытекающее из применения статьи 31, или определить значение, когда толкование в соответствии со статьей 31… оставляет значение двусмысленным или неясным; или… приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными». […]

95. Суд отмечает, что в соответствии с частью 1 статьи 2 Четвертой Женевской конвенции Конвенция применима тогда, когда выполнены два условия: то, что существует вооруженный конфликт (независимо от того, признано ли состояние войны или нет), и то, что конфликт возник между двумя договаривающимися сторонами. Если эти два условия выполнены, то Конвенция применяется, в частности, на любой территории, оккупированной в ходе конфликта одной из договаривающихся сторон.

Цель части 2 статьи 2 заключается не в ограничении сферы применения Конвенции, как она определена в части 1, а в исключении из нее территорий, не находящихся под суверенитетом одной из договаривающихся сторон. Она направлена просто на то, чтобы дать ясно понять, что, даже если оккупация, осуществленная в ходе конфликта, не встречает никакого вооруженного сопротивления, Конвенция все равно применима.

Такое толкование отражает намерение авторов Четвертой Женевской конвенции защитить гражданское население, которое так или иначе оказывается под властью оккупирующей державы. Хотя авторы Гаагского положения 1907 г. были столь же обеспокоены защитой прав государства, чья территория оккупируется, сколько и защитой жителей этой территории, авторы Четвертой Женевской конвенции стремились обеспечить защиту гражданского населения во время войны независимо от статуса оккупированных территорий, как это видно из статьи 47 Конвенции.

Это толкование подтверждается подготовительными материалами в связи с Конвенцией. Конференция правительственных экспертов, созванная Международным комитетом Красного Креста (далее — МККК) после Второй мировой войны с целью подготовки новых Женевских конвенций, рекомендовала, чтобы эти конвенции были применимыми к любому вооруженному конфликту, «независимо от того, признан он сторонами как состояние войны или нет» и «в случаях оккупации территорий в отсутствие любого состояния войны» (Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims, Geneva, 14–26 April 1947, p. 8). Таким образом, авторы части 2 статьи 2, включая эту часть в Конвенцию, не имели никакого намерения ограничивать ее сферу применения. Они лишь пытались предусмотреть случаи оккупации без боевых действий, такие как оккупация Богемии и Моравии Германией в 1939 г.

96. Более того, Суд отмечает, что государства — участники Четвертой Женевской конвенции одобрили это толкование на своей Конференции 15 июля 1999 г. Они издали заявление, в котором они «вновь

подтвердили применимость Четвертой Женевской конвенции к оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим». Впоследствии, 5 декабря 2001 г., Высокие Договаривающиеся Стороны, сославшись, в частности, на статью 1 Четвертой Женевской конвенции 1949 г., вновь подтвердили «применимость Четвертой Женевской конвенции к оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим». Они далее напомнили Договаривающимся Сторонам, участвующим в Конференции, сторонам в конфликте и Государству Израиль в качестве оккупирующей державы об их соответствующих обязательствах.

97. К тому же Суд отмечает, что МККК, чье особое положение в отношении выполнения Четвертой Женевской конвенции должно «всегда признаваться и уважаться» сторонами на основании статьи 142 Конвенции, также высказал свое мнение относительно толкования, которое должно придаваться Конвенции. В заявлении от 5 декабря 2001 г. он напомнил, что «МККК всегда заявлял о применимости де-юре Четвертой Женевской конвенции к территориям, оккупированным Государством Израиль с 1967 г., включая Восточный Иерусалим».

98. Суд отмечает, что Генеральная Ассамблея во многих своих резолюциях занимала такую же позицию. […]

99. Со своей стороны Совет Безопасности […] в резолюции 446 (1979) от 22 марта 1979 г. […] подтвердил, «что Женевская конвенция от 12 августа 1949 г. о защите гражданского населения во время войны применима к арабским территориям, оккупированным Израилем с 1967 г., в том числе к Иерусалиму». […]

20 декабря 1990 г. в резолюции 681 (1990) Совет Безопасности настоятельно призвал «правительство Израиля признать применимость де-юре Четвертой Женевской конвенции ко всем территориям, оккупированным Израилем с 1967 г., и неукоснительно соблюдать положения Конвенции». Он далее призвал «Высокие Договаривающиеся Стороны указанной Конвенции обеспечить соблюдение Израилем, оккупирующей державой, своих обязательств по Конвенции в соответствии с ее статьей 1».

И наконец, в резолюциях 799 (1992) от 18 декабря 1992 г. и 904 (1994) от 18 марта 1994 г. Совет Безопасности вновь подтверждал свою позицию в отношении применимости Четвертой Женевской конвенции к оккупированным территориям.

100. Наконец, Суд отмечает, что Верховный суд Израиля в решении от 30 мая 2004 г. также постановил, что:

«Военные операции [израильских сил обороны] в Рафахе в той мере, в какой они затрагивают гражданское население, регулируются IV Гаагской конвенцией о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г. и Женевской конвенцией о защите гражданского населения во время войны 1949 г.».

101. С учетом вышесказанного Суд считает, что Четвертая Женевская конвенция применима к любой оккупированной территории в случае вооруженного конфликта, возникающего между двумя или более Высокими Договаривающимися Сторонами. Израиль и Иордания были сторонами этой Конвенции, когда в 1967 г. возник вооруженный конфликт. Соответственно, Суд считает, что эта Конвенция применима на палестинских территориях, которые до конфликта лежали к востоку от «зеленой линии» и которые в ходе этого конфликта были оккупированы Израилем, причем нет никакой необходимости проводить какое бы то ни было расследование в отношении точного прежнего статуса этих территорий.

102. Участники разбирательства в Суде также расходятся в том, применяются ли на оккупированной палестинской территории международные конвенции по правам человека, участником которых Израиль является. В приложении I к докладу Генерального секретаря говорится:

«4. Израиль отрицает, что Международный пакт о гражданских и политических правах и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, которые он подписал, применимы к оккупированной палестинской территории. Он утверждает, что гуманитарное право касается защиты, обеспечиваемой в конфликтной ситуации, которая, например, существует на Западном берегу и в полосе Газа, в то время как договоры по правам человека предназначены для защиты граждан от их собственного правительства в мирное время».

Те из других участников разбирательства, кто затронул этот вопрос, утверждают, что, напротив, оба Пакта применимы на оккупированной палестинской территории.

103. 3 октября 1991 г. Израиль ратифицировал как Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 19 декабря 1966 г., так и Международный пакт о гражданских и политических правах от той же даты, а также Конвенцию Организации Объединенных Наций о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. Он является участником этих трех документов.

[…]

105. В своем Консультативном заключении от 8 июля 1996 г. относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения Суд имел возможность рассмотреть первый из этих вопросов в связи с Международным пактом о гражданских и политических правах. В ходе того разбирательства некоторые государства доказывали, что «Пакт призван защищать права человека в мирное время и что вопросы, касающиеся неправомерной гибели людей в ходе военных действий, регулируются правом, применимым в период вооруженного конфликта» (I.C.J. Reports 1996 (I), p. 239, para. 24.)

Суд отверг этот аргумент, заявив, что:

> [Суд воспроизводит п. 25 Консультативного заключения по вопросу о ядерном оружии — см. **Прецедент № 46**.]

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

107. Остается определить, являются ли два международных пакта и Конвенция о правах ребенка применимы только на территориях их государств-участников или же они также применимы за пределами этих территорий и если да, то в каких обстоятельствах.

108. Сфера применения Международного пакта о гражданских и политических правах определяется в пункте 1 его статьи 2, в котором предусмотрено:

> «Каждое участвующее в настоящем Пакте государство обязуется уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в настоящем Пакте, без какого бы то ни было различия, как то в

отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства».

Это положение можно толковать как охватывающее только лиц, которые находятся и в пределах территории государства, и под юрисдикцией этого же государства. Его можно также истолковывать как охватывающее и лиц, находящихся в пределах территории государства, и лиц, находящихся за пределами этой территории, но под юрисдикцией этого государства. Таким образом, Суд пытается установить значение, которое следует придавать этому тексту.

109. Суд отмечает, что, хотя юрисдикция государств является прежде всего территориальной, она может иногда осуществляться за пределами национальной территории. С учетом предмета и цели Международного пакта о гражданских и политических правах представляется естественным, что даже в подобном случае государства — участники Пакта должны быть обязаны соблюдать его положения.

С этим согласуется постоянная практика Комитета по правам человека. Так, Комитет счел Пакт приемлемым тогда, когда государство осуществляет свою юрисдикцию на иностранной территории. Он вынес постановления о законности действий Уругвая в случаях арестов, осуществленных уругвайскими агентами в Бразилии или Аргентине (дело № 52/79, Lopez Burgos v. Uruguay; дело № 56/79, Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay). Он вынес такое же решение в случае конфискации паспорта уругвайским консульством в Германии (дело № 106/81, Montero v. Uruguay).

Материалы подготовительной работы в связи с Пактом подтверждают толкование Комитетом статьи 2 этого документа. Они показывают, что, принимая выбранную формулировку, авторы Пакта не намеревались позволять государствам уходить от их обязательств, когда они осуществляют юрисдикцию за пределами их национальной территории. Они лишь намеревались не допускать того, чтобы лица, проживающие за границей, настаивали — в отношении их государства происхождения — на правах, входящих не в сферу компетенции этого государства, а в сферу компетенции государства проживания (см. обсуждение предварительного проекта в Комиссии по правам человека, E/CN.4/SR.194, п. 46; и Организация Объединенных Наций, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, 10-я сессия, Приложения, A/2929, часть II, глава V, п. 4 (1955)).

110. В этой связи Суд принимает к сведению позицию, занятую Израилем в отношении применимости Пакта в его сообщениях в адрес Комитета по правам человека, и мнение Комитета.

В 1998 г. Израиль заявил, что при подготовке его доклада Комитету ему пришлось столкнуться с вопросом о том, «подлежат ли люди, проживающие на оккупированных территориях, юрисдикции Израиля» для целей применения Пакта (CCPR/C/SR.1675, п. 21). Израиль занял позицию, согласно которой «Пакт и подобные договоры напрямую не применяются к нынешней ситуации на оккупированных территориях» (там же, п. 27).

В своих заключительных замечаниях после изучения доклада Комитет выразил обеспокоенность по поводу позиции Израиля и указал «на давнее присутствие Израиля на [оккупированных] территориях, двусмысленную позицию Израиля в отношении их будущего статуса, а также осуществление эффективной юрисдикции израильскими силами безопасности на них» (CCPR/C/79/Add.93, п. 10). В 2003 г., столкнувшись с неизменной позицией Израиля на тот счет, что «Пакт не применим за пределами его собственной территории, а именно на Западном берегу и в полосе Газа…», Комитет пришел к следующему выводу:

> «…в нынешних обстоятельствах положения Пакта применяются в интересах населения оккупированных территорий в том, что касается любых действий властей или агентов государства-участника на этих территориях, которые затрагивают осуществление прав, воплощенных в Пакте, и входят в пределы государственной ответственности Израиля на основании принципов международного публичного права» (CCPR/CO/78/ISR, п. 11).

111. В заключение Суд считает, что Международный пакт о гражданских и политических правах применим в отношении действий, совершаемых государством при осуществлении своей юрисдикции за пределами своей собственной территории.

112. В Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах не содержится положения о сфере его применения. Это можно объяснить тем, что в Пакте гарантируются права, являющиеся по сути территориальными. Однако не следует исключать того, что он применяется в отношении как территорий, над которыми государство-участник имеет суверенитет, так и территорий, над которыми государство осуществляет территориальную юрисдикцию. […]

В этой связи уместно напомнить о позиции, занятой Израилем в его докладах Комитету по экономическим, социальным и культурным правам. В своем первоначальном докладе Комитету от 4 декабря 1998 г. Израиль представил «статистические данные, указывающие на осуществление прав, закрепленных в Пакте, израильскими поселенцами на оккупированных территориях». Комитет отметил, что, по данным Израиля, «палестинское население, проживающее в районах той же юрисдикции, было исключено как из доклада, так и из режима защиты, предоставляемой Пактом» (E/C.12/1/Add.27, п. 8). […] Комитет выразил в этой связи свою озабоченность […].[…] С учетом этих наблюдений Комитет вновь выразил свою озабоченность по поводу позиции Израиля и вновь подтвердил «свое мнение о том, что обязательства государства-участника по Пакту распространяются на все территории и группы населения, находящиеся под его физическим контролем» (E/C.12/1/Add.90, пп. 15 и 31).

По причинам, разъясненным в пункте 106 выше, Суд не может согласиться со взглядом Израиля. Он хотел бы также отметить, что территории, оккупированные Израилем на протяжении свыше 37 лет, находятся под его территориальной юрисдикцией как оккупирующей державы. При осуществлении имеющихся у него на этом основании полномочий Израиль обязан соблюдать положения Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах. Кроме того, он обязан не создавать никаких препятствий осуществлению таких прав в тех сферах компетенции, которые были переданы палестинским властям.

113. Что касается Конвенции о правах ребенка от 20 ноября 1989 г., то, согласно положениям ее статьи 2, «государства-участники уважают и обеспечивают все права, предусмотренные Конвенцией, за каждым ребенком, находящимся в пределах их юрисдикции…». Поэтому данная Конвенция применима к оккупированной палестинской территории.

114. Определив правила и принципы международного права, относящиеся к ответу на вопрос, поставленный Генеральной Ассамблеей, и вынеся, в частности, решение о применимости в рамках оккупированной палестинской территории норм международного гуманитарного права и стандартов в области прав человека, Суд теперь попытается удостовериться в том, не нарушило ли строительство стены эти правила и принципы.

115. В этой связи в приложении II («Резюме правовой позиции Организации освобождения Палестины») к докладу Генерального секретаря говорится о том, что «строительство «барьера» представляет собой попытку аннексировать территорию вопреки международно-

му праву» и что «фактическая аннексия земли является посягательством на территориальный суверенитет и, следовательно, на право палестинцев на самоопределение». Этот взгляд был повторен в некоторых письменных заявлениях, представленных Суду, и в мнениях, высказанных в ходе слушаний. […] В этой связи было, в частности, подчеркнуто, что «маршрут прокладки стены был разработан с целью изменения демографического состава оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим, путем укрепления израильских поселений», незаконно созданных на оккупированной палестинской территории. […]

116. Израиль со своей стороны утверждал, что единственная цель сооружения стены заключается в том, чтобы дать ему возможность эффективно бороться с нападениями террористов с территории Западного берега. Кроме того, Израиль неоднократно утверждал, что «барьер» является временной мерой (см. доклад Генерального секретаря, п. 29). […] подчеркнув, что «[ограждение] не аннексирует территории к Государству Израиль» и что Израиль «готов и способен — при огромных издержках — скорректировать или демонтировать это ограждение в рамках политического урегулирования». […]

117. Суд хотел бы напомнить, что как Генеральная Ассамблея, так и Совет Безопасности в вопросе о Палестине ссылались на норму обычного права о «недопустимости приобретения территории путем войны» (см. пункты 74 и 87 выше). […]

118. Что касается принципа права народов на самоопределение, то Суд отмечает, что существование «палестинского народа» более вопросом не является. […]

119. Суд отмечает, что маршрут прокладки стены, установленный правительством Израиля, включает в рамках «закрытого района» (см. пункт 85 выше) около 80 процентов поселенцев, проживающих на оккупированной палестинской территории. Кроме того, при рассмотрении карты, упоминаемой в пункте 80 выше, становится очевидным, что извилисто-хитроумный маршрут стены был проложен таким образом, чтобы включить в эту территорию подавляющее большинство израильских поселений на оккупированной палестинской территории (в том числе Восточный Иерусалим).

120. Что касается этих поселений, то Суд отмечает, что в части 6 статьи 49 Четвертой Женевской конвенции говорится, что «оккупирующая держава не может депортировать или перемещать часть своего собственного гражданского населения на оккупированную ею территорию». Это положение запрещает не только депортацию

или насильственный перевод населения, подобные тем, которые осуществлялись в ходе Второй мировой войны, но и любые меры, принимаемые оккупирующей державой для организации или поощрения переводов групп своего собственного населения на оккупированную территорию.

В этом отношении информация, представленная Суду, показывает, что с 1977 г. Израиль проводит политику и разработал практику, предусматривающие создание поселений на оккупированной палестинской территории вопреки условиям только что процитированной части 6 статьи 49.

Поэтому Совет Безопасности выразил мнение о том, что такие политика и практика «не имеют законной силы». Он также призвал «Израиль как оккупирующую державу строго соблюдать» Четвертую Женевскую конвенцию и:

> «…отменить ранее принятые меры и воздерживаться от каких-либо действий, которые могут привести к изменению юридического статуса и географических особенностей и существенно сказаться на демографическом составе арабских территорий, оккупированных с 1967 г., в том числе Иерусалима, и в особенности не переселять группы своего собственного гражданского населения на оккупированные арабские территории» (резолюция 446 (1979) от 22 марта 1979 г.).

Совет вновь подтвердил свою позицию в резолюциях 452 (1979) от 20 июля 1979 г. и 465 (1980) от 1 марта 1980 г. Более того, он охарактеризовал «политику и практику Израиля по расселению групп своего населения и новых иммигрантов на [оккупированных] территориях» как «грубое нарушение» Четвертой Женевской конвенции.

Суд делает вывод о том, что израильские поселения на оккупированной палестинской территории (включая Восточный Иерусалим) были созданы в нарушение международного права.

121. Хотя Суд и принимает к сведению данное Израилем заверение в том, что строительство стены неравнозначно аннексии и что стена носит временный характер (см. пункт 116 выше), тем не менее он не может оставаться безразличным к высказанным ему определенным опасениям, что маршрут прокладки стены предопределит будущую границу между Израилем и Палестиной, а также опасению, что Израиль может включить в себя поселения и средства доступа к ним. Суд считает, что строительство стены и связанный с нею режим создают «на земле» «свершившийся факт», который вполне может стать постоянным, а это, несмотря на данную Изра-

илем официальную характеристику стены, будет равнозначно фактической аннексии.

122. […] Иными словами, выбранный для стены маршрут закрепляет на месте незаконные меры, принятые Израилем в отношении Иерусалима и поселений, в отношении которых Совет Безопасности выразил сожаление (см. пункты 75 и 120 выше). Кроме того, существует опасность дальнейших изменений демографического состава оккупированной палестинской территории в результате строительства стены, поскольку она способствует, как будет разъяснено в пункте 133 ниже, уходу палестинского населения из определенных районов. Следовательно, это строительство, наряду с ранее принятыми мерами, серьезно ограничит осуществление права на самоопределение палестинского народа и является нарушением обязательства Израиля уважать это право.

123. Строительство стены вызывает также ряд вопросов, касающихся соответствующих положений международного гуманитарного права и документов о правах человека.

124. Суд хотел бы напомнить, что в Отделе II Гаагского положения 1907 г. [о законах и обычаях сухопутной войны] говорится о военных действиях, в частности о «средствах нанесения вреда неприятелю, об осадах и бомбардировках». Отдел III касается военной власти на оккупированных территориях. В настоящее время на Западном берегу применимы положения только Отдела III, а положения статьи 23(ж) в Отделе II, таким образом, неприменимы.

Отдел III Гаагского положения включает статьи 43, 46 и 52, которые применимы к оккупированной палестинской территории. В статье 43 говорится о том, что занявший территорию неприятель обязан «принять все зависящие от него меры к тому, чтобы, насколько возможно, восстановить и обеспечить общественный порядок и общественную жизнь, уважая существующие в стране законы». Статья 46 добавляет, что частная собственность должна быть «уважаема» и что она не «подлежит конфискации». И наконец, статья 52 в определенных пределах допускает реквизиции натурой и повинности, которые могут потребоваться для нужд занявшей местность армии.

125. Кроме того, в Четвертой Женевской конвенции делается различие между положениями, применяемыми в ходе военных операций, ведущих к оккупации, и положениями, которые продолжают оставаться применимыми на протяжении всего периода оккупации. Так, статья 6 гласит:

[Суд воспроизводит текст статьи 6.]

Поскольку военные операции, приведшие к оккупации Западного берега в 1967 г., закончились давно, на этой оккупированной территории продолжают оставаться применимыми лишь те статьи Четвертой Женевской конвенции, о которых говорится в части 3 ее статьи 6.

126. Эти положения включают статьи 47, 49, 52, 53 и 59 Четвертой Женевской конвенции.

[Здесь Суд воспроизводит текст указанных выше статей.]

127. Кроме того, несколько имеющих отношение к делу положений содержатся в Международном пакте о гражданских и политических правах. Прежде чем рассмотреть их более подробно, Суд хотел бы отметить, что статья 4 Пакта допускает при различных условиях отступление от определенных положений этого документа. Израиль воспользовался своим правом на такое отступление, согласно этой статье, направив 3 октября 1991 г. Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций следующее сообщение:

«С момента своего образования Государство Израиль подвергалось непрерывным нападкам и угрозам, затрагивающим само его существование, а также жизнь и имущество его граждан.

Они принимали форму угроз развязывания войны, прямых вооруженных нападений и актов терроризма, которые приводили к гибели людей и телесным повреждениям.

[...]

Правительство Израиля считает поэтому необходимым в соответствии с вышеупомянутой статьей 4 принимать меры, которые диктуются данным положением, для защиты государства и жизни и имущества граждан, включая осуществление права на задержание и тюремное заключение.

В той степени, в какой эти меры не соответствуют положениям статьи 9 Пакта, Израиль отказывается от своих обязательств, вытекающих из этого положения».

Суд отмечает, что сделанное подобным образом уведомление об отказе от своих обязательств касается только статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, где рассматривается право на свободу и безопасность лица и устанавливается правило, применимое в случае ареста или за-

держания. Поэтому другие статьи Пакта применимыми не только на израильской, но и на оккупированной палестинской территории.

128. Среди этих статей необходимо упомянуть статью 17, пункт 1 которой гласит: «Никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным или незаконным посягательствам на неприкосновенность его жилища или тайну его корреспонденции или незаконным посягательствам на его честь и репутацию».

Необходимо упомянуть и пункт 1 статьи 12, где предусматривается: «Каждому, кто законно находится на территории какого-либо государства, принадлежит, в пределах этой территории, право на свободное передвижение и свобода выбора местожительства».

129. Наряду с общими гарантиями свободы передвижения, предусмотренными статьей 12 Международного пакта о гражданских и политических правах, необходимо также учитывать особые гарантии доступа к христианским, иудейским и исламским святым местам. [...] Подписав Общее соглашение о перемирии, Израиль, как и Иордания, обязался гарантировать свободу доступа к святым местам. Суд считает, что это обязательство Израиля осталось в силе и применительно к тем святым местам, которые попали под его контроль в 1967 г. Это обязательство, кроме того, было подтверждено пунктом 1 статьи 9 Мирного договора между Израилем и Иорданией 1994 г., составленным в более общих выражениях и предусматривающим, что «каждая Сторона будет обеспечивать свободу доступа к местам, имеющим религиозное и историческое значение».

130. Ряд имеющих отношение к рассматриваемому вопросу положений содержится и в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, где предусматривается право на труд (статьи 6 и 7), предоставление охраны и помощи семье, а также детям и подросткам (статья 10), право на достаточный жизненный уровень, включающий достаточное питание, одежду и жилище, и право на «свободу от голода» (статья 11), право на здоровье (статья 12), право на образование (статьи 13 и 14).

131. Наконец, аналогичные положения содержатся в статьях 16, 24, 27 и 28 Конвенции Организации Объединенных Наций о правах ребенка от 20 ноября 1989 г.

132. Судя по информации, поступившей в распоряжение Суда, особенно по докладу Генерального секретаря, представляется, что строи-

тельство стены привело к уничтожению или изъятию имущества в условиях, которые противоречат требованиям статей 46 и 52 Гаагского положения 1907 г. и статьи 53 Четвертой Женевской конвенции.

133. Кроме того, строительство этой стены, создание замкнутого района между «зеленой линией» и самой стеной и появление анклавов привело к существенным ограничениям на свободу передвижения жителей оккупированной палестинской территории (за исключением лиц, имеющих израильское гражданство и приравненных к ним). Такие ограничения особенно заметны в городских местностях, например, в Калькильском анклаве или городе Иерусалим и его пригородах. Эти ограничения усугубляются тем, что пункты доступа в некоторых секторах малочисленны, а часы, когда они открыты, ограничены и непредсказуемы. Например, по словам Специального докладчика Комиссии по правам человека по вопросу о положении в области прав человека на палестинских территориях, оккупированных Израилем с 1967 г., «город Калькилья с населением 40 тысяч человек полностью окружен стеной, и жители могут входить в него или выходить только через единственный военный контрольно-пропускной пункт, который открыт с 7 утра до 7 вечера» (доклад Специального докладчика Комиссии по правам человека Джона Дугарда о положении в области прав человека на палестинских территориях, оккупированных Израилем с 1967 г., представленный в соответствии с резолюцией 1993/2 А Комиссии и озаглавленный «Вопрос о нарушении прав человека на оккупированных арабских территориях, включая Палестину», E/CN.4/2004/6, 8 сентября 2003 г., п. 9).

Создавшееся положение серьезно отразилось и на сельскохозяйственном производстве, о чем свидетельствует ряд источников. По сообщению Специального комитета по расследованию затрагивающих права человека действий Израиля в отношении палестинского народа и других арабов на оккупированных территориях, «около 100 тысяч дунамов [примерно 10 тысяч гектаров] самых плодородных сельскохозяйственных земель на Западном берегу, захваченных израильскими оккупационными силами, были уничтожены в ходе первого этапа строительства стены. Это выражалось в широкомасштабном уничтожении имущества, а именно находящихся в частной собственности сельскохозяйственных земель и оливковых деревьев, колодцев, плантаций цитрусовых и теплиц, которые помогают десяткам тысяч палестинцев прокормить себя» (доклад Специального комитета по расследованию затрагивающих права человека действий Израиля в отношении палестинского народа и других арабов на оккупированных территориях, A/58/3116, 22 августа 2003 г., п. 26).

Кроме того, Специальный докладчик по вопросу о положении в области прав человека на палестинских территориях, оккупированных с 1967 г., заявляет, что «большинство палестинских земель, расположенных по израильскую сторону стены, представляют собой плодородные сельскохозяйственные угодья, где находятся самые крупные колодцы региона», и добавляет: «Во время строительства этого заграждения было уничтожено много фруктовых и оливковых деревьев» (E/CN.4/2004/6, 8 сентября 2003 г., п. 9). Специальный докладчик по вопросу о праве на питание Комиссии Организации Объединенных Наций по правам человека заявляет, что строительство стены «отрезает палестинцев от их сельскохозяйственных угодий, колодцев и средств к существованию» (доклад Специального докладчика Комиссии Организации Объединенных Наций по правам человека Жана Зиглера, «Право на питание», дополнение, миссия на оккупированные палестинские территории, E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 октября 2003 г., п. 49). В недавнем обзоре, подготовленном Мировой продовольственной программой, констатируется, что эта ситуация усилила продовольственную нестабильность в данном районе, где, как сообщается, прибавилось 25 тысяч новых получателей продовольственной помощи (доклад Генерального секретаря, п. 25).

Далее создавшаяся ситуация усугубила для затронутого населения трудности с доступом к службам здравоохранения, учебным заведениям и первичным источникам водоснабжения. Об этом тоже свидетельствует ряд разных информационных источников. Так, в докладе Генерального секретаря констатируется положение дел в целом: «По данным палестинского Центрального статистического бюро, на данный момент «барьер» привел к тому, что 30 населенных пунктов отрезаны от служб здравоохранения, 22 — от школ, 8 — от первичных источников водоснабжения и 3 — от электросетей» (доклад Генерального секретаря, п. 23). Специальный докладчик Комиссии Организации Объединенных Наций по правам человека по вопросу о положении в области прав человека на палестинских территориях, оккупированных Израилем с 1967 г., констатирует: «Палестинцы, живущие на территории между стеной и «зеленой линией», будут фактически отрезаны от своей земли и мест работы, школ, больниц и других социальных служб» (E/CN.4/2004/6, 8 сентября 2003 г., п. 9). Если говорить конкретно о водных ресурсах, то Специальный докладчик по вопросу о праве на питание Комиссии Организации Объединенных Наций по правам человека отмечает, что, «соорудив заграждение, Израиль также, по существу, аннексирует большую часть западной водоносной системы (которая составляет 51 процент водных ресурсов Западного берега)» (E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 октября 2003 г., п. 51). Что же касается доступа к службам здравоохранения, то констатировалось,

что в результате превращения Калькильи в анклав, в расположенном в этом городе госпитале Организации Объединенных Наций зарегистрировано 40-процентное уменьшение количества пациентов (доклад Генерального секретаря, п. 24).

По сообщениям, поступившим в Организацию Объединенных Наций, в Калькилье закрылось около 600 магазинов и предприятий и этот район уже покинуло от 6 до 8 тысяч человек (E/CN.4/2004/6, 8 сентября 2003 г., п. 10; E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 октября 2003 г., п. 51). Специальный докладчик по вопросу о праве на питание Комиссии Организации Объединенных Наций по правам человека отметил также: «В условиях, когда заграждение/стена отрезает население от его земли и воды, не давая ему других средств к существованию, многие из палестинцев, проживающих в этих местах, будут вынуждены их покинуть» (E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 октября 2003 г., п. 51). В этом отношении строительство стены, по сути, также лишит значительное число палестинцев «свободы выбора [своего] местожительства». При этом, по мнению Суда, следует отметить также, что, поскольку строительство стены и введение связанного с этим режима уже вынудили значительное число палестинцев покинуть некоторые районы, а по мере строительства новых участков стены этот процесс будет продолжаться, ее строительство, в сочетании с созданием израильских поселений, о котором говорилось в пункте 120 выше, ведет к изменению демографического состава оккупированной палестинской территории.

134. Подводя итоги, Суд выражает мнение о том, что строительство стены и введение связанного с нею режима препятствуют осуществлению жителями оккупированной палестинской территории (за исключением лиц, состоящих в израильском гражданстве и приравненных к ним) свободы передвижения, гарантируемой пунктом 1 статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах. Эти действия препятствуют также осуществлению затрагиваемыми лицами прав на труд, на здоровье, на образование и на достаточный жизненный уровень, провозглашенных в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах и в Конвенции Организации Объединенных Наций о правах ребенка. Наконец, строительство стены и введение связанного с нею режима, способствуя демографическим изменениям, о которых говорилось в пунктах 122 и 133 выше, противоречат части 6 статьи 49 Четвертой Женевской конвенции и резолюциям Совета Безопасности, упомянутым в пункте 120 выше.

135. При этом Суд хотел бы отметить, что в применимых нормах международного гуманитарного права содержатся положения, позволяющие учитывать в некоторых обстоятельствах соображения военной необходимости.

Ни в статье 46 Гаагского положения 1907 г., ни в статье 47 Четвертой Женевской конвенции каких-либо ограничительных положений такого рода не содержится. В отношении угона и депортации населения, которые запрещены частью 1 статьи 49 Конвенции, в части 2 этой же статьи предусматривается исключение для случаев, когда «этого требуют безопасность населения или особо веские соображения военного характера». Однако это исключение не распространяется на часть 6 этой статьи, которая запрещает оккупирующей державе депортировать или перемещать часть своего собственного гражданского населения на оккупированную ею территорию. В статье же 53, касающейся уничтожения личного имущества, предусматривается исключение для случаев, когда такое уничтожение является «абсолютно необходимым для военных операций».

Суд считает, что на соображения военной необходимости, предусматриваемые этими текстами, можно ссылаться на оккупированных территориях даже после общего завершения военных операций, приведших к их оккупации. Однако, исходя из находящихся в его распоряжении материалов, Суд не убежден в том, что уничтожение имущества, осуществлявшееся вопреки запрету, установленному статьей 53 Четвертой Женевской конвенции, было абсолютно необходимым для военных операций.

136. Суд хотел бы далее отметить, что в некоторых конвенциях по правам человека, и в частности в Международном пакте о гражданских и политических правах, содержатся положения, на которые государства-участники могут ссылаться, чтобы принимать в разных обстоятельствах меры в отступление от некоторых своих обязательств по этим конвенциям. Однако Суд хотел бы напомнить в этой связи, что сообщение, направленное Израилем Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций в соответствии со статьей 4 Международного пакта о гражданских и политических правах, касается только статьи 9 Пакта, где идет речь о праве на свободу и личную неприкосновенность (см. пункт 127 выше); поэтому Израиль обязан соблюдать все другие положения этого документа.

Кроме того, Суд хотел бы указать, что в отдельных положениях конвенций по правам человека содержатся клаузулы, ограничивающие те права, которые охватываются этими положениями. В статье 17 Международного пакта о гражданских и политических правах подобного рода клаузулы нет. С другой стороны, в пункте 3 статьи 12 этого документа предусматривается, что право на свободу передвижения, гарантируемое этой статьей, не может «быть объектом никаких ограничений, кроме тех, которые предусмотрены законом, необходимым для охраны государственной безопас-

ности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения или прав и свобод других и совместимы с признаваемыми в настоящем Пакте другими правами». Что касается Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, то в его статье 4 содержится следующее общее положение:

> «Участвующие в настоящем Пакте государства признают, что в отношении пользования теми правами, которые то или иное государство обеспечивает в соответствии с настоящим Пактом, это государство может устанавливать только такие ограничения этих прав, которые определяются законом, и только постольку, поскольку это совместимо с природой указанных прав, и исключительно с целью способствовать общему благосостоянию в демократическом обществе».

Суд хотел бы отметить, что ограничения, предусмотренные пунктом 3 статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах, в силу самих положений этого пункта представляют собой исключения из права на свободное передвижение, которое устанавливается в пункте 1. Кроме того, такие ограничения должны не просто служить санкционированным целям — они должны быть также необходимы для достижения этих целей. Как указал Комитет по правам человека, они «должны соответствовать принципу соразмерности» и «должны представлять собой наименее ограничительное средство из числа тех, с помощью которых может быть достигнут желаемый результат» (доклад Комитета по правам человека, A/55/40, том I, приложение VI, замечание общего порядка № 27, п. 14). Исходя из имеющейся в его распоряжении информации, Суд считает, что в данном случае эти условия не соблюдены.

Суд хотел бы далее отметить, что ограничения на осуществление палестинцами, проживающими на оккупированной Израилем территории, своих экономических, социальных и культурных прав в результате строительства Израилем стены не отвечают условию, предусмотренному статьей 4 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, а именно условию о том, чтобы ограничения устанавливались «исключительно с целью способствовать общему благосостоянию в демократическом обществе».

137. Подводя итоги, Суд констатирует, что, исходя из имеющихся в его распоряжении материалов, он не убежден, что конкретно тот курс, который Израиль выбрал для сооружения стены, был необходим для достижения им своих целей в области безопасности. Стена, равно как выбранный для нее маршрут, и связанный с нею режим серьезно нарушают ряд прав палестинцев, проживающих на окку-

пированной Израилем территории, причем нарушения, вызванные выбранным маршрутом, нельзя оправдать соображениями военной необходимости либо требованиями государственной безопасности или общественного порядка. Поэтому строительство такой стены представляет собой несоблюдение Израилем различных своих обязательств по применимым нормам международного гуманитарного права и стандартам в области прав человека.

138. Таким образом, Суд заключил, что строительство стены представляет собой действие, не соответствующее различным международно-правовым обязательствам, лежащим на Израиле. При этом, как указывается в приложении I к докладу Генерального секретаря, Израиль считает, что «строительство «барьера» согласуется со статьей 51 Устава Организации Объединенных Наций, его неотъемлемым правом на самооборону и резолюциями 1368 (2001) и 1373 (2001) Совета Безопасности». В частности, Постоянный представитель Израиля при Организации Объединенных Наций заявил 20 октября 2003 г. на Генеральной Ассамблее, что «заграждение является мерой, полностью согласующейся с правом государств на самооборону, закрепленным в статье 51 Устава», а в названных резолюциях Совета Безопасности «явно признается право государств применять силу в порядке самообороны от террористических нападений» и тем самым, конечно же, признается право применять для этого несиловые меры (A/ES-10/PV.21, p. 6).

139. В статье 51 Устава Организации Объединенных Наций предусматривается:

> «Настоящий Устав ни в коей мере не затрагивает неотъемлемого права на индивидуальную или коллективную самооборону, если произойдет вооруженное нападение на члена Организации, до тех пор пока Совет Безопасности не примет мер, необходимых для поддержания международного мира».

Таким образом, в статье 51 Устава признается существование неотъемлемого права на самооборону в случае вооруженного нападения одного государства на другое. Однако Израиль не утверждает, что нападения на него могут быть приписаны какому-либо иностранному государству.

Суд отмечает также, что Израиль осуществляет контроль над оккупированной палестинской территорией и что, как заявляет сам Израиль, угроза, которую он рассматривает как оправдывающую строительство стены, исходит с этой территории, а не извне. Поэтому данная ситуация отличается от той, о которой идет речь в резолюциях 1368 (2001) и 1373 (2001) Совета Безопасности, и по-

этому Израиль в любом случае не мог ссылаться на эти резолюции в обоснование своего утверждения об осуществлении права на самооборону.

В связи с этим Суд заключает, что статья 51 Устава к данному случаю отношения не имеет.

140. При этом Суд рассмотрел вопрос о том, мог ли Израиль ссылаться на состояние крайней необходимости, которое исключало бы противоправность строительства стены. В этой связи Суд должен отметить, что некоторые из конвенций, затрагиваемых в настоящем случае, включают клаузулы, где ограничиваются гарантируемые права, или положения об отступлении от этих прав (см. пункты 135 и 136 выше). Поскольку соображения подобного рода уже разбираются в положениях самих этих договоров, можно задаться таким вопросом, допустимо ли ссылаться на состояние крайней необходимости, признаваемое в международном обычном праве, применительно к этим договорам как на основание, исключающее противоправность оспариваемых мер или решений? Однако Суду нет необходимости рассматривать этот вопрос. Как Суд заключил в деле о проекте Габчиково–Надьямарош (Венгрия/Словакия), «состояние крайней необходимости — это признаваемое международным обычным правом основание», которое «может быть признаваемо в порядке исключения»; на него «можно ссылаться в отдельных строго оговоренных условиях, которые должны быть соблюдены в совокупности, а соответствующее государство не является единственным судьей того, соблюдены ли эти условия» (I.C.J. Reports 1997, p. 40, para. 51). Одно из этих условий было изложено Судом в формулировке, употребленной Комиссией международного права в тексте, который в нынешнем его виде требует, чтобы оспариваемое деяние являлось «единственным для государства путем защиты существенного интереса от большой и неминуемой опасности» (статья 25 составленных Комиссией международного права Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния; [...]). Исходя из имеющихся в его распоряжении материалов, Суд не убежден, что строительство стены по выбранному маршруту являлось единственным способом защитить интересы Израиля от опасности, на которую он сослался как на оправдание для ее строительства.

141. Остается фактом, что Израилю приходится сталкиваться с многочисленными актами неизбирательного и человекоубийственного насилия против его гражданского населения. Он вправе — более того, обязан — принимать ответные меры для защиты жизни своих граждан. Тем не менее принимаемые меры должны оставаться в соответствии с применимыми нормами международного права.

142. В заключение Суд выражает мнение о том, что Израиль не может ссылаться на право на самооборону или на состояние крайней необходимости как на обстоятельство, исключающее противоправность строительства стены, по мотивам, изложенным в пунктах 122 и 137 выше. Поэтому Суд находит, что строительство стены и введение связанного с нею режима противоречат международному праву.

[…]

147. Поскольку Суд заключил, что строительство стены на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него, и введение связанного с нею режима противоречит различным международно-правовым обязательствам Израиля, это влечет за собой возникновение ответственности данного государства по международному праву.

148. Теперь Суд рассмотрит правовые последствия, возникшие в результате нарушений Израилем международного права, поделив их на те, которые возникают, с одной стороны, для Израиля и, с другой — для других государств и, где это уместно, для Организации Объединенных Наций. Сначала Суд рассмотрит правовые последствия этих нарушений для Израиля.

149. Суд отмечает, что Израиль сначала обязан выполнить международные обязательства, которые он нарушил в результате строительства стены на оккупированной палестинской территории (см. пункты 114–137 выше). Следовательно, Израиль обязан выполнить свое обязательство в отношении соблюдения права палестинского народа на самоопределение и свои обязательства по международному гуманитарному праву и международным стандартам в области прав человека. Далее, он обязан обеспечить свободный доступ к святым местам, которые оказались под его контролем после войны 1967 г. (см. пункт 129 выше).

150. Суд отмечает, что Израиль также обязан прекратить нарушение своих международных обязательств, возникшее в результате строительства стены на оккупированной палестинской территории. Обязательство государства, ответственного за международно-противоправное деяние, прекратить это деяние, прочно укоренилось в общем международном праве, и Суд в целом ряде случаев подтверждал существование такого обязательства […]

151. В этой связи Израиль обязан немедленно прекратить работы по строительству стены, которую он возводит на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и во-

круг него. Кроме того, с учетом заключения Суда (см. пункт 143 выше) о том, что нарушения Израилем своих международно-правовых обязательств возникают в результате строительства стены и введения связанного с нею режима, прекращение этих нарушений предполагает немедленный демонтаж тех частей этой конструкции, которые находятся на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него. Все законодательные и подзаконные акты, принятые с целью ее строительства и введения связанного с нею режима, должны быть немедленно отменены и прекратить свое действие, за исключением случаев, когда такие акты, обеспечивая выплату компенсации и других форм возмещения палестинскому населению, могут продолжать иметь значение для выполнения Израилем обязательств, о которых говорится в пункте 153 ниже.

152. Кроме того, учитывая, что строительство стены на оккупированной палестинской территории, среди прочего, повлекло за собой изъятие и разрушение домов, коммерческих предприятий и сельскохозяйственных угодий, Суд заключает далее, что Израиль обязан произвести возмещение ущерба, причиненного всем затронутым физическим или юридическим лицам. Суд хотел бы напомнить, что основные формы возмещения в обычном праве были изложены Постоянной Палатой международного правосудия следующим образом: «Фундаментальный принцип, выраженный в современном понятии незаконного акта, принцип, который, как представляется, укоренился благодаря международной практике, и в частности решения арбитражных судов, заключается в том, что возмещение в максимально возможной степени должно заглаживать последствия незаконного акта и восстанавливать положение, которое, по всей вероятности, существовало бы, если бы этот акт не был совершен. Реституция в натуре или, если таковая невозможна, выплата суммы, соответствующей стоимости, которую бы имела реституция в натуре; присуждение в случае необходимости убытков за причиненный вред, который не покрывался бы реституцией в натуре или произведенной вместо нее выплатой — таковы принципы, которые должны применяться для определения суммы компенсации, причитающейся за деяние, противоречащее международному праву». («Фабрика в Хожеве», Рассмотрение по существу, Решение № 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47.)

153. Таким образом, Израиль обязан вернуть землю, сады, оливковые рощи и другое недвижимое имущество, изъятое у физических или юридических лиц для целей строительства стены на оккупированной палестинской территории. В случае если такая реституция окажется по существу невозможной, Израиль обязан выплатить указанным лицам компенсацию за причиненный ущерб. Суд счита-

ет, что Израиль обязан также выплатить компенсацию в соответствии с применимыми нормами международного права всем физическим или юридическим лицам, которые понесли материальный ущерб в любой форме в результате строительства стены.

154. Теперь Суд рассмотрит правовые последствия международно-правовых деяний, возникающие в результате строительства Израилем стены, в отношении других государств.

155. Суд хотел бы отметить, что среди нарушенных Израилем обязательств есть ряд обязательств erga omnes. Как указал Суд в деле «Барселона Трэкшн», такие обязательства в силу самой своей природы «затрагивают все государства» и «ввиду важности затрагиваемых прав можно считать, что все государства имеют правовой интерес в их защите». (Дело о компании «Барселона Трэкшн, лайт энд пауэр лимитед», вторая стадия, Решение, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33.) Нарушенные Израилем обязательства erga omnes представляют собой обязательство уважать право палестинского народа на самоопределение и некоторые его обязательства по международному гуманитарному праву.

[...]

157. Что касается международного гуманитарного права, то Суд напоминает о том, что в своем Консультативном заключении о законности угрозы ядерным оружием или его применения он заявил, что «огромное число норм гуманитарного права, применимого в вооруженном конфликте, носит настолько важный характер для уважения человека и «элементарных соображений гуманности»...», что они должны «соблюдаться всеми государствами независимо от того, ратифицированы ли ими конвенции, в которых такие нормы содержатся, поскольку они представляют собой нерушимые принципы международного обычного права» (I.C.J. Reports 1996 (I), p. 257, para. 79). По мнению Суда, эти нормы включают обязательства, которые по существу носят характер erga omnes.

158. Суд хотел бы также подчеркнуть, что статья 1 Четвертой Женевской конвенции, являющаяся общим положением для четырех Женевских конвенций, предусматривает, что «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются при любых обстоятельствах соблюдать и заставлять соблюдать настоящую Конвенцию». Из этого положения следует, что каждое государство — участник Конвенции, независимо от того, является ли оно участником конкретного конфликта, обязано обеспечивать соблюдение требований указанных документов.

159. Учитывая характер и важность затрагиваемых прав и обязательств, Суд считает, что все государства обязаны не признавать незаконное положение, возникшее в результате строительства стены на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него. Они обязаны также не оказывать помощь или содействие в сохранении положения, порожденного таким строительством. Соблюдая Устав Организации Объединенных Наций и международное право, все государства обязаны обеспечивать устранение любых возникших в результате строительства стены препятствий для осуществления палестинским народом своего права на самоопределение. Кроме того, все государства — участники Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. обязаны, соблюдая Устав Организации Объединенных Наций и нормы международного права, обеспечивать соблюдение Израилем норм международного гуманитарного права, закрепленных в этой Конвенции.

160. И наконец, Суд полагает, что Организация Объединенных Наций, и особенно Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности, должны проработать вопрос о том, какие еще необходимы меры для прекращения незаконного положения, возникшего в результате строительства стены и введения связанного с нею режима, при должном учете настоящего Консультативного заключения.

[…]

163. По этим причинам

СУД

1) единогласно

определяет, что он обладает юрисдикцией для вынесения запрошенного Консультативного заключения;

2) четырнадцатью голосами против одного

постановляет выполнить просьбу о вынесении Консультативного заключения;

[…]

3) *отвечает* следующим образом на вопрос, поставленный Генеральной Ассамблеей:

A. Четырнадцатью голосами против одного

Строительство стены, сооружаемой Израилем, оккупирующей державой, на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него, и введение связанного с нею режима противоречат международному праву;

[…]

B. Четырнадцатью голосами против одного

Израиль обязан положить конец своим нарушениям международного права; он обязан немедленно прекратить работы по строительству стены, сооружаемой на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него, немедленно демонтировать находящиеся там сооружения и немедленно отменить или прекратить действие всех касающихся этого вопроса законодательных и подзаконных актов в соответствии с пунктом 151 настоящего Заключения;

[…]

C. Четырнадцатью голосами против одного

Израиль обязан произвести возмещение за весь ущерб, причиненный строительством стены на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него;

[…]

D. Тринадцатью голосами против двух

Все государства обязаны не признавать незаконное положение, возникшее в результате строительства стены, и не оказывать помощь или содействие в сохранении положения, порождаемого таким строительством; все государства — участники Четвертой Женевской конвенции […], кроме того, обязаны при уважении Устава Организации Объединенных Наций и норм международного права обеспечивать соблюдение Израилем норм международного гуманитарного права, закрепленных в этой Конвенции;

[…]

E. Четырнадцатью голосами против одного

Организация Объединенных Наций, и особенно Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности, должны проработать вопрос о том, какие еще ме-

ры необходимы для прекращения незаконного положения, возникшего в результате строительства стены и введения связанного с нею режима, при должном учете настоящего Консультативного заключения.

[…]

ОТДЕЛЬНОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ КООЙМАНСА

[…]

I. ВВОДНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

1. Я проголосовал за все пункты постановляющей части Консультативного заключения с одним исключением, то есть против подпункта 3(D), в котором рассматриваются юридические последствия для государств.

   У меня был ряд оснований для голосования против, которые я коротко изложу на данном этапе, поскольку я вернусь к ним, когда буду высказывать свои замечания по различным частям Заключения.

   Мои мотивы можно резюмировать следующим образом:

[…]

И, в-третьих, я нахожу выводы Суда, изложенные в подпункте 3(D) постановляющей части, довольно слабыми, за исключением вывода о том, что государства обязаны «не оказывать помощь или поддержку в сохранении ситуации, возникшей в результате строительства [стены]» (к этому выводу я присоединяюсь), я затрудняюсь определить, что государства должны делать или не делать на практике. По моему мнению, выводы судебного органа должны иметь непосредственные последствия для поведения того, кому они предназначены; этому требованию не отвечают ни первая, ни последняя части подпункта 3(D) постановляющей части.

[…]

9. […] Если правильно то, что правительство Израиля утверждает, что Четвертая Женевская конвенция неприменима де-юре на Западном берегу, поскольку территория до войны 1967 г. не находилась под суверенитетом Иордании, то этот аргумент уже не действует, поскольку территория, на которую одна из сторон вооруженного конфликта притязает в качестве своей собственной территории и которая находится под ее контролем, является, если она оккупирована другой стороной, по определению оккупированной территорией *Высокой Договарива-*

ющейся Стороны в смысле Четвертой Женевской конвенции (выделено мною). Обе эти страны, Израиль и Иордания, были участницами Конвенции.

[…]

V. СУЩЕСТВО ДЕЛА

[…]

34. *Соразмерность*. Суд определил, что условия, изложенные в ограничительных положениях применимого гуманитарного права и конвенциях по правам человека, не были выполнены и что принятые Израилем меры нельзя оправдать ни соображениями военной необходимости, ни требованиями обеспечения национальной безопасности или поддержания правопорядка (пункты 135–137). Я согласен с таким выводом, однако, по моему мнению, строительство стены следовало бы также проанализировать с точки зрения соразмерности, особенно в связи с тем, что в международном гуманитарном праве понятия военной необходимости и соразмерности всегда были тесно связаны между собой. На мой взгляд, решающее значение имеет то обстоятельство, что даже если строительство стены и установление соответствующего режима можно оправдать как меры, необходимые для защиты законных прав израильских граждан, эти меры не выдержат испытания с точки зрения соразмерности. Маршрут, избранный для строительства стены, и вызванные этим серьезные последствия для жителей оккупированной палестинской территории явно несоразмерны интересам, которые Израиль стремится защитить, что, как представляется, признается также в недавних решениях, вынесенных Верховным судом Израиля.

35. *Самооборона*. Израиль обосновывает строительство стены своим неотъемлемым правом на самооборону, закрепленным в статье 51 Устава. В связи с этим он опирается на резолюции 1368 (2001) и 1373 (2001) Совета Безопасности, которые были приняты после совершенных 11 сентября 2001 г. террористических нападений на объекты, расположенные в Соединенных Штатах.

Свой ответ на этот довод Суд начинает с указания на то, что в статье 51 признается существование неотъемлемого права на самооборону в случае вооруженного нападения одного государства на другое (пункт 139). Хотя это заявление, безусловно, является корректным, в качестве ответа на доводы Израиля оно, при всем уважении, к делу не относится. В резолюциях 1368 и 1373 неотъемлемое право на индивидуальную и коллективную самооборону признается без какой-

либо ссылки на вооруженное нападение со стороны государства. Совет Безопасности охарактеризовал акты международного терроризма — без каких-либо дополнительных оговорок — как угрозу международному миру и безопасности, которая дает ему право действовать на основании главы VII Устава. И он это сделал в резолюции 1373, не приписав эти акты терроризма какому-либо государству. Это является абсолютно новым элементом в этих резолюциях. Данный новый элемент не исключается положениями статьи 51, поскольку это обусловливает осуществление неотъемлемого права на самооборону предшествующим вооруженным нападением без указания на то, что вооруженное нападение должно исходить со стороны другого государства, даже если на протяжении более 50 лет общепризнанное толкование было именно таким.

К сожалению, Суд обошел стороной этот новый элемент, правовые последствия которого пока невозможно оценить, но которые, вне всякого сомнения, знаменуют собой новый подход к понятию самообороны.

36. Аргумент, который, на мой взгляд, имеет решающее значение для отклонения доводов Израиля о том, что он лишь осуществляет свое право на самооборону, приводится во второй части пункта 139. Закрепленное в Уставе право на самооборону является нормой международного права, а посему касается *международного* явления. В резолюциях 1368 и 1373 говорится об актах международного терроризма, представляющих угрозу *международному* миру и безопасности; поэтому они не имеют прямого отношения к террористическим актам, исходящим с территории, которая находится под контролем государства, также являющегося жертвой этих актов. Израиль и не утверждает, что эти акты исходили откуда-то еще, поэтому Суд справедливо заключает, что данная ситуация отличается от той, о которой идет речь в резолюциях 1368 и 1373, и что, следовательно, Израиль на статью 51 Устава ссылаться не может.

VI. ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ

[…]

40. Как указывается в пунктах 155–158 Заключения, такой причиной является то, что нарушенные Израилем обязательства включают в себя некоторые обязательства erga omnes. Должен признать, мне очень трудно понять, каким образом нарушение обязательства erga omnes одним государством непременно приводит к возникновению обязательства для третьих государств. Ближайшим, на мой взгляд, при-

ближением к объяснению на этот счет может служить текст статьи 41 разработанных Комиссией международного права статей об ответственности государств. Эта статья гласит:

> «1. Государства должны сотрудничать с целью положить конец правомерными средствами любому серьезному нарушению по смыслу статьи 40. (Статья 40 касается серьезных нарушений обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного права.)
>
> 2. Ни одно государство не признает правомерным положение, сложившееся в результате серьезного нарушения по смыслу статьи 40, и не оказывает помощи или содействия сохранению такого положения».

[...]

42. В пункте 1 статьи 41 недвусмысленно говорится об обязательстве сотрудничать. Как отмечается в пункте 3 комментария, «в условиях наличия серьезных нарушений от всех государств требуются совместные и скоординированные усилия по противодействию последствиям этих нарушений». В пункте 2 говорится о «сотрудничестве в рамках компетентной международной организации, в частности Организации Объединенных Наций». Таким образом, в пункте 1 статьи 41 не говорится об индивидуальных обязательствах третьих государств в результате серьезного нарушения. То, что там сказано, охватывается выводом Суда в подпункте 3(E) постановляющей части, а не в подпункте 3(D).

43. Вместе с тем в пункте 2 статьи 41, как и в подпункте 3(D) постановляющей части, недвусмысленно упоминается обязанность не признавать правомерным положение, сложившееся в результате серьезного нарушения. В своем комментарии КМП говорит о неправомерном положении, которое — практически без каких-либо исключений — принимает форму правового притязания, обычно на территорию. В качестве примера она приводит «попытку приобретения суверенитета над территорией посредством отказа в праве на самоопределение народов», аннексию Манчжурии Японией и Кувейта Ираком, притязания Южной Африки на Намибию, одностороннее провозглашение независимости в Родезии и создание бантустанов в Южной Африке. Иными словами, все приведенные примеры касаются положений, возникших в результате официальных или полуофициальных промульгаций, которые должны были иметь эффект erga omnes. В данном случае я вполне согласен с тем, что возникает обязанность не признавать.

44. Вместе с тем мне крайне трудно понять, что подразумевается под обязанностью не признавать незаконный факт. Что должны предпринять те, кому адресован подпункт 3(D) постановляющей части, чтобы выполнить это обязательство? Этот вопрос тем более уместен, если учесть, что 144 государства недвусмысленно осудили строительство стены как незаконное (резолюция ES-10/13), а те государства, которые воздержались или голосовали против (за исключением Израиля), сделали это не потому, что считали строительство стены законным. Поэтому обязанность не признавать, на мой взгляд, представляет собой обязательство, лишенное реального смысла.

45. Этот довод не применим ко второму обязательству, упомянутому в пункте 2 статьи 41, а именно к обязательству не оказывать помощь или содействие в сохранении положения, сложившегося в результате серьезного нарушения. Поэтому я полностью поддерживаю эту часть пункта 3(D) постановляющей части. Более того, я был бы за добавление в мотивировочную или даже в постановляющую часть напоминания государствам о важном значении оказания гуманитарной помощи жертвам строительства стены. (Суд включал аналогичное предложение, хотя и с иной сферой охвата, в свое заключение по делу Намибии, I.C.J. Reports 1971, p. 56, para. 125.)

46. Наконец, мне трудно согласиться с выводом Суда о том, что государства — участники Четвертой Женевской конвенции обязаны обеспечивать соблюдение Израилем закрепленных в этой Конвенции норм международного гуманитарного права (пункт 159, подпункт 3(D), заключительная часть).

    В этой связи Суд опирается на статью 1, общую, Женевских конвенций, которая гласит: «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются при любых обстоятельствах соблюдать и *заставлять соблюдать* настоящую Конвенцию» (курсив наш).

47. Суд не указывает, на каком основании он приходит к выводу о том, что эта статья налагает обязательства на третьи государства, не являющиеся сторонами в конфликте. Подготовительная работа оснований для такого вывода не дает. Согласно профессору Калсховену, который обстоятельно изучил генезис и дальнейшее развитие общей статьи 1, она была призвана главным образом обеспечить соблюдение Конвенции населением в целом, а посему оказалась тесно связана со статьей 3, общей, касавшейся внутренних конфликтов (F. Kalshoven, The Undertaking to Respect and Ensure Respect in all Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit in Yearbook of International Humanitarian Law, Vol. 2 (1999), pp. 3–61). Его вывод,

сделанный на основе подготовительной работы, заключается в следующем:

> «В отчетах Дипломатической конференции мною не обнаружены даже малейшие указания на то, что кто-нибудь из правительственных делегатов допускал возможность толкования выражения «заставлять соблюдать» как обязательство со стороны договаривающегося государства — помимо обязательства заставлять соблюдать Конвенцию своим народом — при любых обстоятельствах» (ibid., p. 28).

48. Это верно, что уже с самого начала МККК в своих комментариях к Конвенции 1949 г. (которые не являются аутентичными) занимал позицию, согласно которой общая статья 1 содержит обязательства в отношении всех государств-участников обеспечивать соблюдение другими государствами-участниками. Столь же верно и то, что Дипломатическая конференция, принявшая Дополнительные протоколы 1977 г., включила статью 1, общую, в Протокол I. Однако ни на каком этапе на Конференции не рассматривались предполагаемые последствия этой статьи для третьих государств.

49. Вряд ли более полезной является ссылка Суда на общую статью 1 в деле о Никарагуа. Не толкуя свои термины, Суд заметил, что «такое обязательство вытекает не только из самих конвенций, но из общих принципов гуманитарного права, которые лишь нашли свое конкретное выражение в конвенциях». Далее Суд заявил, что «Соединенные Штаты связаны обязательством не подталкивать лиц или группы, участвующие в конфликте в Никарагуа», к действиям, нарушающим общую статью 3 (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 114, para. 220).

Однако это обязательство воздерживаться полностью отличается от позитивного обязательства обеспечивать соблюдение норм права.

50. Хотя я, естественно, не сторонник ограничительного толкования общей статьи 1, подобного тому, которое, возможно, подразумевалось в 1949 г., я просто не знаю, является ли сфера охвата, которой Суд наделил эту статью в настоящем Заключении, корректной с точки зрения позитивного права. Поскольку в мотивировочной части Суд не приводит каких-либо доводов, я не в состоянии поддержать этот вывод. Более того, я не вижу, какое позитивное действие можно ожидать от отдельных государств в результате этого обязательства, если не считать дипломатических демаршей.

[…]

ОТДЕЛЬНОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ЭЛЬ-АРАБИ

[…]

III. ПРАВО ВОЕННОЙ ОККУПАЦИИ

[…]

3.1. […] Израильская оккупация продолжается почти четыре десятилетия. Оккупация, независимо от ее продолжительности, порождает множество гуманитарных, правовых и политических проблем. В подходе к длительной военной оккупации международное право стремится «выполнять сдерживающую функцию до завершения конфликта». Никто не недооценивает специфических внутренних трудностей, вытекающих из ситуации длительной оккупации. Хотя длительная оккупация подвергает давлению и размывает применяемые нормы права, нормы права военной оккупации следует в полной мере соблюдать, независимо от продолжительности оккупации.

Профессор Кристофер Гринвуд дал правильную правовую интерпретацию, которую я разделяю. Он писал:

> «Тем не менее нет признаков того, что международное право разрешает оккупирующей державе игнорировать положения Гаагского положения или Конвенции только потому, что она сохраняет оккупацию в течение длительного периода времени, а также, не в последнюю очередь, потому, что нет свода законов, которые могли бы с полным основанием заменить их, и нет никаких признаков того, что международное сообщество желает предоставить оккупирующей стране carte blanche».
>
> […]
>
> Тот факт, что оккупация наталкивается на вооруженное сопротивление, не может быть предлогом для несоблюдения основополагающих прав человека на оккупированной территории. В течение всей истории оккупация всегда наталкивалась на вооруженное сопротивление. Насилие порождает насилие. Этот порочный круг накладывает глубокий отпечаток на любое действие и любое противодействие как оккупирующей, так и оккупируемой стороны.
>
> […]
>
> Я всецело разделяю мнение, […] что нарушения обеими сторонами основополагающих норм гуманитарного права проистекают из «незаконности самого режима израильской оккупации».

Оккупация как незаконная и временная ситуация составляет сердцевину всей проблемы. Единственным приемлемым рецептом для прекращения серьезных нарушений международного гуманитарного права является прекращение оккупации.

[…]

3.2. […] Военную необходимость и военную целесообразность можно было бы привести в качестве аргумента в пользу обоснования строительства стены, если бы Израиль доказал, что у него нет других возможностей обеспечить свою безопасность. Это, как отмечает Суд, Израиль не смог продемонстрировать. Необходимо проводить различие между строительством стены как мерой безопасности, как утверждает Израиль, и признанием, что на принцип военной необходимости можно ссылаться как на оправдание необоснованного разрушения и уничтожения имущества, сопровождающего процесс строительства. Военная необходимость, в случае применимости этого принципа, распространяется на первое, но не на последнее. Совершенно очевидно, что масштабы ущерба и вреда, причиненные гражданскому населению в ходе сооружения стены и введения в связи с этим соответствующего режима, не допускаются международным гуманитарным правом. Разрушение жилых домов и уничтожение инфраструктуры и земельных угодий, огородов и оливковых рощ, сопровождающие строительство стены, не могут быть оправданы ни при каких обстоятельствах. Более 100 тысяч некомбатантов из числа гражданских лиц остались без крова и средств к существованию.

[…]

ОТДЕЛЬНОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ХИГГИНС

[…]

14. […] Однако постольку, поскольку просьба Ассамблеи предусматривает вынесение заключения относительно гуманитарного права, накладываемые тем самым обязательства являются (за исключением их собственных квалифицирующих положений) абсолютными. Это основа гуманитарного права, и те, кто участвует в конфликте, всегда знали, что ради наших надежд на будущее они должны, независимо от провокации, бороться, «держа одну руку за спиной», и действовать в соответствии с международным правом. Хотя этот фактор ослабляет актуальность контекста в том, что касается обязательств по гуманитарному праву, тем не менее остается верным то, что контекст имеет важное значение для других аспектов международного права, которые Суд предпочитает затронуть. Однако формулировка вопроса исключает рассмотрение этого контекста.

[…]

18. Я, к сожалению, не думаю, что это было сделано в настоящем Заключении. Верно то, что в пункте 162 Суд напоминает, что «незаконные действия и односторонние решения исходили от всех сторон», и подчеркивает, что «как Израиль, так и Палестина обязаны неукоснительно соблюдать нормы международного гуманитарного права». Однако, на мой взгляд, требовалось сделать гораздо больше для того, чтобы избежать огромного дисбаланса, который неизбежно вытекает из просьбы взглянуть только на «часть большего целого», а затем «тщательно учесть» это обстоятельство. Призыв к обеим сторонам действовать в соответствии с международным гуманитарным правом следовало поместить в постановляющую часть. Это не было сделано, и потому особенно заметен контраст с тем путем, по которому Суд предпочел пойти в пункте F постановляющей части Консультативного заключения относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 266). Кроме того, Суду следовало четко изложить, что именно требуется от обеих сторон в рамках этого «большего целого». […]

19. Я считаю, что Суду следовало бы также воспользоваться данной возможностью и в самых ясных выражениях заявить то, что, к сожалению, по-видимому, требует сегодня постоянного подтверждения даже среди юристов-международников, а именно: защита гражданского населения остается нерушимым обязательством гуманитарного права не только для оккупирующей стороны, но и в равной степени для тех, кто стремится освободиться от оккупации.

[…]

23. В резолюции ES-10/13 Генеральная Ассамблея постановила, что стена противоречит гуманитарному праву, не указав конкретно, каким именно положениям и почему. Палестина информировала Суд о том, что она считает нарушенными статьи 33, 53, 55 и 64 Четвертой Женевской конвенции и статью 52 Гаагского положения. Другие участники ссылались на статьи 23(ж), 46, 50 и 52 Гаагского положения и статьи 27, 47, 50, 55, 56 и 59 четвертой Конвенции. По мнению Специального докладчика, стена является нарушением статей 23(ж) и 46 Гаагского положения и статей 47, 49, 50, 53 и 55 Четвертой Женевской конвенции. Можно было ожидать, что в консультативном заключении будет содержаться детальный анализ — со ссылками на тексты — объемистой академической литературы и имеющихся в распоряжении Суда фактов в отношении того, какие из этих заявлений правильные. Такой подход соответствовал бы традиции использования консультативных заключений как возможности для разработки и развития международного права.

24. Он также позволил бы — ради баланса — показать не только то, какие положения Израиль нарушил, но и то, какие положения он не нарушал. Однако Суд, решив, какие именно из этих положений действительно применимы, затем ссылается только на те из них, которые Израиль нарушил. Далее, структура Заключения, в котором гуманитарное право и право в области прав человека не рассматриваются по отдельности, приводит, на мой взгляд, к тому, что становится весьма сложно увидеть, что же решил Суд. Несмотря на весьма общую формулировку подпункта 3(A) постановляющей части, не должно ускользнуть от внимания то, что Суд в данном случае нашел нарушения лишь статьи 49 Четвертой Женевской конвенции (пункт 120) и статей 46 и 52 Гаагского положения и статьи 53 Четвертой Женевской конвенции (пункт 132). Я согласна с этими выводами.

25. После довольно-таки легкого рассмотрения международного гуманитарного права Суд обращается к праву в области прав человека. Я согласна с выводом Суда о сохраняющейся актуальности права в области прав человека на оккупированных территориях. Я также согласна с выводами, сделанными в пункте 134 относительно статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах.

26. В то же время следует отметить, что есть созданные договорные органы, чья функция заключается в детальном рассмотрении поведения государств-участников каждого из Пактов. И действительно, в ответе Суда относительно Международного пакта о гражданских и политических правах отмечены как соответствующая практика Комитета по правам человека, так и заключительные замечания Комитета в отношении обязанностей Израиля на оккупированных территориях.

27. Что касается Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, то ситуация является еще более странной, если учесть программные требования, касающиеся осуществления этой категории прав. Суд смог лишь отметить в одной-единственной фразе, что стена и связанный с нею режим «препятствуют осуществлению затрагиваемыми лицами прав на труд, на здоровье, на образование и на достаточный жизненный уровень, провозглашенных в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах...» (пункт 134). В отношении обоих Пактов можно задаться вопросом об уместности запрашивать у Суда консультативные заключения о соблюдении государствами-участниками подобных обязательств, которые гораздо более детально контролируются договорным органом, созданным с этой целью. Вряд ли может быть ответом то, что Генеральная Ассамблея не создает каких-либо более общих прецедентов, поскольку, хотя много, очень много государств не выполняют свои обязательства на основании двух Пактов, Суд просят в этой связи обратить внимание лишь на поведение Израиля.

[…]

33. Я не согласна со всем тем, что Суд говорит по вопросу о праве на самооборону. В пункте 139 Суд цитирует статью 51 Устава, а затем заявляет, что «таким образом, в статье 51 Устава признается существование неотъемлемого права на самооборону в случае вооруженного нападения одного государства на другое». В этом отношении в тексте статьи 51 нет ничего, что таким образом предусматривало бы, что самооборона используется только тогда, когда вооруженное нападение совершается государством. Эта оговорка является скорее результатом того, что Суд постановил так в Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14). Тогда он счел, что военные действия иррегулярных сил могут представлять собой вооруженное нападение, если они направляются государством или от имени государства и если их действия «вследствие их масштабов и последствий были бы классифицированы как вооруженное нападение, …если бы оно было совершено регулярными вооруженными силами» (ibid., p. 103, para. 195). Признавая — как я и должна сделать, — что это следует рассматривать как заявление по вопросу права в том виде, в каком оно существует сейчас, я сохраняю все оговорки в отношении этого заявления, которые я высказывала в других местах (R. Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It, pp. 250–251).

34. Я также считаю неубедительным утверждение Суда о том, что, поскольку использование силы происходит с оккупированной территории, оно не является вооруженным нападением «одного государства на другое». Я не отказываюсь понимать мнение Суда о том, что оккупирующая держава теряет право на защиту своих собственных мирных жителей у себя дома, если нападения происходят с оккупированной территории — территории, которая, как он заключил, не была аннексирована и которая, несомненно, является «иной, чем» Израиль. Более того, Палестина не может быть в достаточной мере международным субъектом для того, чтобы быть приглашенной для участия в этом разбирательстве и пользоваться нормами гуманитарного права, но в то же время не быть в достаточной мере международным субъектом для того, чтобы считать применимым положение о запрещении вооруженного нападения на других. Это формализм, причем формализм небеспристрастный. Вопрос, разумеется, заключается в том, на ком именно лежит ответственность за направление групп и лиц, совершающих действия против израильских граждан, и за совокупную тяжесть таких действий.

35. В данном случае, однако, эти оговорки не заставили меня проголосовать против подпункта 3 (A) постановляющей части по двум причинам. Во-первых, я по-прежнему не убеждена в том, что ненасильственные меры (такие как строительство стены) подпадают под смысл

самообороны согласно статье 51 Устава, как обычно понимается это положение. Во-вторых, даже если бы это был акт самообороны, обоснованно называемый так, его нужно было бы оправдать как необходимый и соразмерный. Хотя, как представляется, стена действительно привела к уменьшению числа нападений на израильских граждан, необходимость и соразмерность конкретного избранного маршрута стены со всеми вытекающими отсюда тяготами для палестинцев, не причастных к этим нападениям, не были разъяснены.

[…]

37. Я проголосовала за подпункт 3(D) постановляющей части, однако, в отличие от Суда, я не считаю, что конкретные последствия установленных нарушений международного права имеют что-то общее с концепцией erga omnes (ср. пункты 154–159 настоящего Заключения). Известное высказывание Суда в деле Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, (Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33) часто используется в более широком смысле, чем оно того заслуживает. К сожалению, это также сделано и в нынешнем Заключении, в его пункте 155. Это высказывание было направлено на весьма конкретный вопрос о юрисдикционном locus standi. Как правильно заявила Комиссия международного права в своих комментариях по проектам статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (A/56/10, стр. 285), есть определенные права, в связи с которыми, вследствие их важности, «все государства имеют юридический интерес, связанный с их защитой». Это не имеет ничего общего с установлением субстантивных обязательств в отношении третьих сторон в том или ином деле.

38. То, что незаконная ситуация не должна признаваться и что третьи стороны не должны содействовать ей, является самоочевидным и не требует никакого обращения к неопределенной концепции erga omnes. […]

39. И наконец, ссылка (пункт 157) на характер erga omnes нарушений гуманитарного права кажется в равной мере неуместной. Эти нерушимые принципы являются, как правило, обязательными, поскольку именно они и составляют — не более и не менее того — международное обычное право. И статья 1 Четвертой Женевской конвенции, согласно которой «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются при любых обстоятельствах соблюдать и заставлять соблюдать настоящую Конвенцию», хотя она, очевидно, рассматривается Судом как нечто, имеющее отношение к «принципу erga omnes», является лишь одним из положений почти универсально ратифицированной многосторонней Конвенции. В заключительном документе Женевской Дипломатической конференции 1949 г. не содержится никакого

полезного объяснения этого положения; комментарий к нему истолковывает фразу «заставлять соблюдать» как выходящую за рамки законодательных и других действий в пределах собственной территории любого государства. В нем отмечается, что

> «в случае, если какая-то держава не выполняет свои обязательства, другие Договаривающиеся Стороны (нейтральные, союзные или враждебные) могут — и должны — попытаться вернуть ее на позицию соблюдения Конвенции. Надлежащее функционирование системы защиты, предусмотренной в Конвенции, требует фактически того, чтобы Договаривающиеся Стороны не довольствовались лишь тем, чтобы самим применять ее положения, но делали все возможное для обеспечения того, чтобы лежащие в основе Конвенции гуманитарные принципы применялись повсеместно» (The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war (Pictet ed.) p. 16).

Следует отметить, что Суд в подпункте 3(D) постановляющей части скрупулезно указал, что любые такие действия должны соответствовать Уставу и нормам международного права.

[...]

ЗАЯВЛЕНИЕ СУДЬИ БЮРГЕНТАЛЯ

[...]

3. Вполне вероятно, и я готов предположить это, что после тщательного анализа всех соответствующих фактов может быть сделан вывод о том, что некоторые или даже все участки стены, которую строит Израиль на оккупированной палестинской территории, нарушают международное право (см. пункт 10 ниже). Однако такой вывод относительно всей стены, не имея перед собой всех соответствующих фактов или не пытаясь удостовериться в этих фактах, которые непосредственно касаются вопросов законного права Израиля на самооборону, военной необходимости и потребностей в обеспечении безопасности, учитывая неоднократные смертоносные террористические нападения на Израиль и в самом Израиле, которые осуществляются с оккупированной палестинской территории и которым Израиль подвергался и подвергается в настоящее время, нельзя квалифицировать в качестве правового вопроса. Суд никогда серьезно не изучал характер этих нападений из-за «зеленой линии» и их воздействие на Израиль и его население, а в досье, которое было передано Суду Организацией Объединенных Наций и на котором Суд главным образом основывает свои выводы, почти ничего не говорится на эту тему. Я не хочу сказать,

что такой анализ фактов мог бы снять с Израиля обвинение в том, что стена, которую он строит, нарушает, частично или полностью, международное право; я лишь хочу сказать, что без такого анализа сделанные выводы не являются с правовой точки зрения хорошо обоснованными. По моему мнению, можно было бы лучше удовлетворить гуманитарные потребности палестинского народа, если бы Суд принял эти соображения во внимание, поскольку это придало бы Заключению ту достоверность, отсутствием которой оно, как мне кажется, страдает.

4. Что касается радикальных выводов Суда о том, что стена в целом, в той степени, в какой она строится на оккупированной палестинской территории, нарушает международное гуманитарное право и международные стандарты в области прав человека, то они верны. […]

[…]

7. […] Суд ограничивается только описанием ущерба, который наносит эта стена, и обсуждением различных положений международного гуманитарного права и документов по правам человека, делая затем вывод, что эти нормы права были нарушены. Отсутствует анализ фактов, который мог бы пролить свет на то, почему предполагаемая военная необходимость, соображения национальной безопасности и поддержания общественного порядка не применимы к стене в целом или к отдельным ее участкам. Суд отмечает, что он «не убежден», но не может продемонстрировать, почему он не убежден, и именно поэтому сделанные им выводы не являются убедительными.

8. Верно, что отдельные положения международного гуманитарного права, которые цитирует Суд, не допускают каких-либо исключений на основании военной необходимости. Так, например, статья 46 Гаагского положения предусматривает, что частная собственность должна быть уважаема и не подлежит конфискации. В пункте 8 резюме правовой позиции правительства Израиля, содержащегося в приложении I к докладу Генерального секретаря Организации Объединенных Наций, A/ES-10/248, Генеральный секретарь частично следующим образом поясняет позицию Израиля по этому вопросу: «Правительство Израиля доказывает: нет никаких изменений в собственности на землю; можно получить компенсацию за использование земли, за урожай или за ущерб земле; жители могут обращаться в Верховный суд с ходатайством о прекращении или изменении строительства и что нет никаких изменений в статусе проживания». Суд не рассматривает эти аргументы. И хотя эти доводы Израиля не обязательно являются определяющими в данном деле, Суд должен был рассмотреть их и увязать с другим утверждением Израиля о том, что стена представляет собой временное сооружение, которое Суд принимает к сведению в качестве «данного Израилем заверения» (пункт 121).

9. Часть 6 статьи 49 Четвертой Женевской конвенции также не допускает каких-либо исключений на основании военной необходимости или необходимости, связанной с безопасностью. В нем говорится, что «оккупирующая держава не сможет депортировать или перемещать часть своего собственного гражданского населения на оккупируемую ею территорию». Я согласен с тем, что это положение применимо к израильским поселениям на Западном берегу и что их существование нарушает часть 6 статьи 49. Отсюда следует, что участки стены, которую строит Израиль для защиты поселений, ipso facto нарушают международное гуманитарное право. Кроме того, учитывая те явные огромные страдания, которым подвергается затрагиваемое палестинское население в созданных участками этой стены анклавах и вокруг них, я серьезно сомневаюсь в том, что стена удовлетворяет соразмерно потребности и может быть квалифицирована в качестве законной меры самообороны.

[…]

B. Высокий суд правосудия, «Совет деревни Бейт-Сурик против правительства Израиля [и других]»

[**Источник**: HCJ, Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel [et al. HCJ 2056/04; см. http://www.court.gov.il/].]

СОВЕТ ДЕРЕВНИ БЕЙТ-СУРИК
против
ПРАВИТЕЛЬСТВА ИЗРАИЛЯ [И ДРУГИХ],
HCJ 2056/04

[…]

Верховный суд, заседающий как Высокий суд правосудия

[…]

Судебное решение

Председатель А. Барак

Командующий Силами обороны Израиля в Иудее и Самарии издавал приказы о конфискации земельных участков в районе Иудеи и Самарии.

Конфискация осуществлялась с целью построить на этой земле разделительное ограждение. Вопрос, который мы должны рассмотреть, заключается в том, законны ли эти приказы и ограждение.

Предыстория

1. С 1967 г. Израиль удерживает районы Иудеи и Самарии [далее — район] путем военной оккупации. В 1993 г. Израиль начал политические переговоры с Организацией освобождения Палестины (ООП) и подписал ряд соглашений, передавая контроль над некоторыми частями района Палестинской администрации. Израиль и ООП продолжили переговоры в попытке разрешить остающиеся проблемы. В июле 2000 г. эти переговоры, финальный этап которых проходил в Кэмп-Дэвиде (Мэриленд, США), потерпели неудачу. Из письменных показаний ответчиков, данных под присягой, мы узнали, что вскоре после провала переговоров в Кэмп-Дэвиде израильско-палестинский конфликт разгорелся с новой силой. В сентябре 2000 г. палестинская сторона начала террористическую кампанию против Израиля и израильтян. Террористические акты происходили как в районе, так и в Израиле. Они были направлены против гражданских лиц и солдат, мужчин и женщин, стариков и младенцев, рядовых граждан и общественных деятелей. Террористические акты совершались везде. [...] Террористические организации осуществляют нападения с использованием огнестрельного оружия, минометных обстрелов и обстрелов из «катюш», используют террористов-смертников и взрывают машины. С сентября 2000 г. и до начала апреля 2004 г. на территории Израиля было совершено более 780 нападений. В этот же период в данном районе произошло 8200 нападений. В этом вооруженном конфликте (на апрель 2004 г.) погибли 900 граждан и жителей Израиля. Более 6 тысяч человек были ранены, некоторые из них получили серьезные ранения, сделавшие их инвалидами. И на палестинской стороне многие погибли или были ранены в результате этого вооруженного конфликта. Мы испытываем боль и горечь утраты.

[...]

7. Полоса препятствий «буферной зоны» состоит из нескольких компонентов. В ее центре стоит «умное» ограждение. Целью ограждения является предупреждение развернутых вдоль него сил о любых попытках проникновения. На внешней стороне ограждения находится противотранспортное препятствие, состоящее из рва или другого сооружения, предназначенного для того, чтобы помешать транспортным средствам прорвать ограждение, врезавшись в него. Существует также дополнительное задерживающее ограждение.

Рядом с ограждением проходит подсобная дорога. С внутренней стороны ограждения, снабженного электронными датчиками, проходит несколько дорог: грунтовая дорога (предназначенная для обнаружения отпечатков шин тех, кто пересекает ограждение), дорога для патрулей и дорога для бронированных машин, — а также дополнительное ограждение. Средняя ширина полосы препятствий в ее оптимальном виде — 50–70 метров. В связи с некоторыми ограничениями в определенных районах будет построена более узкая полоса препятствий, включающая в себя лишь компоненты, поддерживающие ограждение с электронными датчиками. В отдельных случаях ширина полосы препятствий может достигать 100 метров в связи с топографическими условиями. В районе, о котором говорится в данном иске, ширина полосы препятствий не превысит 35 метров, за исключением тех мест, где по топографическим причинам требуется более широкая полоса препятствий. В районе, о котором говорится в данном иске, ограждение не заменяется бетонной стеной. Прилагаются усилия к тому, чтобы минимизировать ширину участка, который будет захвачен де-факто. [...] Ниже мы будем называть всю полосу препятствий в «буферной зоне» «разделительным ограждением».

Процедура конфискации

8. Части разделительного ограждения возводятся на земле, не являющейся частной собственностью. Другие части возводятся на частной земле. При таких обстоятельствах — и ввиду требований безопасности — командующий СОИ в Иудее и Самарии (ответчик 2) издает приказ о конфискации. Согласно стандартной процедуре каждый землевладелец, чья земля конфисковывается, получит компенсацию за использование его земли. После подписания приказа о конфискации его опубликовывают и связываются с надлежащим контактным органом в Палестинской администрации. Сообщение передается жителям, и каждая заинтересованная сторона приглашается принять участие в осмотре района, подпадающего под приказ о конфискации, во время которого представляется планируемое местоположение ограждения. Через несколько дней после выхода приказа производится осмотр местности с участием землевладельцев, во время которого указываются земельные участки, подлежащие конфискации. После осмотра землевладельцам предоставляется одна неделя для подачи апелляции представителю военного командования. Существо апелляций рассматривается. Когда это возможно, делается попытка прийти к соглашению с землевладельцами. Если апелляция отклоняется, землевладельцу дается дополнительная неделя для подачи иска в Высокий суд правосудия.

Иск

9. Иск в своей изначальной формулировке оспаривал приказы о конфискации, касавшиеся земель в деревнях Бейт-Сурик, Биду, Эль-Кабиба, Катане, Бейт-Анан, Бейт-Ликия, Бейт-Аджаза и Бейт-Даку. […] Истцы — землевладельцы и деревенские советы, пострадавшие из-за приказов о конфискации. Они доказывают, что приказы о конфискации незаконны. Как таковые они должны быть лишены юридической силы или местоположение разделительного ограждения должно быть изменено. Истцам, по их утверждению, нанесен тяжелый и невыносимый ущерб. Пострадали более 42 тысяч дунамов их земель. Сама полоса препятствий проходит по 4850 дунамам и отделит истцов от более чем 37 тысяч дунамов, 26 500 дунамов из которых составляют сельскохозяйственные земли, обрабатывавшиеся многими поколениями их семей. Доступ к этим сельскохозяйственным землям будет затруднен и даже станет невозможным. Способность истцов перемещаться от одного места к другому будет зависеть от бюрократического режима выдачи разрешений, запутанного, сложного и тягостного. Использование местных источников воды станет невозможным. В связи с этим доступ к воде для орошения посевов окажется затруднен. Будут выкорчеваны десятки тысяч оливковых и фруктовых деревьев. Ограждение отделит деревни от десятков тысяч других деревьев. Основанному на сельском хозяйстве существованию многих сотен палестинских семей будет нанесен тяжелый ущерб. Кроме того, разделительное ограждение повредит не только землевладельцам, которых касаются приказы о конфискации, — будет нарушена жизнь 35 тысяч деревенских жителей. Разделительное ограждение подорвет их способность развиваться и расширяться. Дороги, ведущие к городским центрам Рамалле и Бир-Набалле, будут перекрыты. Станет невозможен доступ к медицинским и другим услугам в Восточном Иерусалиме и других местах. Машинам «скорой помощи» трудно будет оказывать срочную помощь местным жителям. Детям станет сложнее попадать в школы, студентам — в вузы. Истцы доказывают, что весь этот ущерб нельзя оправдать.

10. […] Во-первых, истцы утверждают, что ответчик не обладает полномочиями для издания приказов о конфискации. Если бы разделительное ограждение проходило вдоль израильской границы, они бы не жаловались. Однако это не так. Согласно приказам о конфискации, линия разделительного ограждения проходит через районы Иудеи и Самарии. По их утверждению, эти приказы изменяют границы Западного берега без явных юридических оснований. Утверждается, что разделительное ограждение аннексирует земли в пользу Израиля в нарушение международного права. Разделительное ограждение служит нуждам оккупирующей державы, а не нуждам оккупированного района. Цель ограждения состоит в том, чтобы пре-

дотвратить проникновение террористов в Израиль; как таковое ограждение не предназначено для того, чтобы служить интересам местного населения в оккупированном районе или удовлетворять потребности оккупирующей державы в оккупированном районе. Кроме того, военная необходимость не требует построения разделительного ограждения вдоль планируемой линии его прохождения. Доводы безопасности, которыми руководствуются ответчики, скрывают истинную цель: аннексию земель в пользу Израиля. Для строительства ограждения как такового нет правовых оснований, и приказы о конфискации, которые должны сделать его возможным, незаконны. Во-вторых, истцы доказывают, что процедура определения линии прохождения разделительного ограждения была незаконна. […]

11. В-третьих, разделительное ограждение нарушает многие основополагающие права местных жителей, незаконно и без всяких оснований. Их право на имущество нарушено самим захватом земель и лишением доступа к их землям. Кроме того, они лишены свободы передвижения. Они теряют средства к существованию, а их свобода выбора рода занятий ограничена. Ограждение не только создает сложности для обработки земли, но и порождает трудности для торговли сельскохозяйственной продукцией. Ограждение сужает возможности деревенских детей получить образование и вносит беспорядок в семейную и общинную жизнь. Ограничивается свобода вероисповедания, поскольку жители лишены доступа к святым местам. Наносится вред природе и ландшафту. Истцы доказывают, что эти нарушения несоразмерны и неоправданны при данных обстоятельствах. Разделительное ограждение представляет собой коллективное наказание, запрещенное международным правом. Таким образом, ответчик пренебрегает возложенным на него международным правом обязательством обеспечивать жителям Иудеи и Самарии нормальную и надлежащую жизнь. Соображения безопасности, которыми он руководствуется, не могут, по их утверждению, оправдать нанесение такого серьезного ущерба местным жителям. Этот ущерб не соответствует требованиям соразмерности. По их мнению, несмотря на формулировку приказов о конфискации, очевидно, что ограждение не носит временного характера, и тяжкий вред, который оно принесет местному населению, намного перевешивает пользу, которую оно может принести.

Нормативные рамки

23. Общая отправная точка для всех сторон, которая является также и нашей отправной точкой, — тот факт, что Израиль удерживает район путем военной оккупации (occupatio bellica). […] В районах, о которых говорится в данном иске, продолжает действовать военная

администрация под руководством военного командующего. […] Полномочия военного командующего вытекают из положений публичного международного права, касающихся военной оккупации. Эти нормы установлены главным образом в Положении о законах и обычаях сухопутной войны, принятом в Гааге 18 октября 1907 г. [далее — Гаагское положение]. В этом Положении отражено обычное международное право. Полномочия военного командующего также закреплены в Женевской конвенции IV о защите гражданских лиц во время войны 1949 г. [далее — Четвертая Женевская конвенция]. Вопрос применения Четвертой Женевской конвенции неоднократно вставал в этом Суде. […] Сейчас этот вопрос не обсуждается, поскольку стороны согласились, что гуманитарные нормы Четвертой Женевской конвенции применяются к рассматриваемому делу. […]

24. Вместе с положениями международного права к военному командующему применяются «принципы израильского административного права, касающиеся использования руководящих полномочий». […] Действительно, «у каждого израильского солдата в ранце есть положения публичного международного права, касающиеся законов войны, и основные положения административного права Израиля». […]

[…]

27. […] Военный командующий территорией, удерживаемой путем военной оккупации, должен сохранять равновесие между потребностями армии, с одной стороны, и нуждами местных жителей — с другой. В рамках этого хрупкого равновесия нет места дополнительной системе соображений, будь то политические соображения, аннексия территории или установление постоянных границ государства. Данный Суд снова и снова подчеркивает, что полномочия военного командующего являются временными по своей сути. Постоянные меры — не дело военного командующего. Действительно, военная оккупация района продолжается много лет. Этот факт влияет на объем полномочий военного командующего. […] Однако время не может расширить полномочия военного командующего и позволить ему принимать во внимание соображения, выходящие за рамки надлежащего управления районом под военной оккупацией.

[…]

30. Истцы, указывая на линию прохождения ограждения, пытаются доказать, что строительство ограждения вызвано не соображениями безопасности, но политическими соображениями. Они утверждают, что если бы строительство ограждения было вызвано в первую очередь соображениями безопасности, то его возводили бы по «зеленой линии» […]. Мы не может принять этот довод. Все наоборот: именно с

точки зрения безопасности — а не политики — следует рассматривать линию прохождения ограждения, опираясь только на ее преимущества в области безопасности и не обращая внимания на расположение «зеленой линии». […]

31. […] У нас нет оснований полагать, что строительство ведется в политических целях, а не ради безопасности. Действительно, истцы не стали нести бремя доказывания и не убедили нас, что за строительством разделительного ограждения стоят политические соображения, а не соображения безопасности. Также истцы не несли бремя доказывания и не убедили нас, что соображения командующего СОИ в этом районе при выборе линии прохождения разделительного ограждения не являются военными соображениями и что он не осуществлял их добросовестно, согласно своим представлениям о военной науке.

32. Второй довод истцов заключается в том, что строительство ограждения в районе основано в значительной степени на конфискации земли, являющейся частной собственностью местных жителей, что эта конфискация незаконна и что, следовательно, военный командующий не обладает полномочиями для строительства полосы препятствий. Мы не можем принять этот довод. Мы не обнаружили никаких нарушений в процессе издания приказов о конфискации или в процессе предоставления возможности для их обжалования. Что касается главного вопроса, стоящего перед нами, мы считаем, что военный командующий уполномочен — международным правом, применяемым к району под военной оккупацией, — захватывать землю, если это необходимо для нужд армии. См. статьи 23(ж) и 52 Гаагского положения; статью 53 Четвертой Женевской конвенции. Он должен, конечно, предоставлять компенсацию за пользование землей. […] Действительно, на основании положений Гаагской и Женевской конвенций, данный Суд признает законность конфискации земли и домов для различных военных нужд, включая строительство военных объектов […], прокладывание объездных дорог […], возведение ограждений вокруг аванпостов […], временное проживание солдат […], обеспечение беспрепятственного передвижения по дорогам в районе […], строительство гражданских административных учреждений […], конфискацию зданий для развертывания вооруженных сил […]. Конечно, при осуществлении всех этих действий военный командующий должен учитывать нужды местного населения. Если предположить, что это условие соблюдено, нет сомнений, что военный командующий уполномочен захватывать землю в районах, находящихся под его контролем. Строительство разделительного ограждения подпадает под это правило. Нарушений прав собственности самих по себе недостаточно, чтобы лишить его полномочий на такое строительство. Международное право, применяемое в районе

под военной оккупацией, разрешает захватывать землю частных лиц для сооружения на ней разделительного ограждения при условии, что этого требуют военные нужды. Следовательно, в той степени, в какой строительство ограждения является военной необходимостью, оно разрешено международным правом. Действительно, полоса препятствий должна заменить собой боевые военные операции, физически преградив путь проникновению террористов в населенные пункты Израиля. Строительство полосы препятствий в той степени, в которой оно основано на военной необходимости, входит в полномочия военного командующего. Конечно, линия прохождения разделительного ограждения должна принимать во внимание потребности местного населения. Однако эта проблема касается линии прохождения ограждения, а не полномочий для его строительства. [...] Вопрос заключается в законности местоположения и линии прохождения разделительного ограждения. [...]

Линия прохождения разделительного ограждения

33. Ключевой вопрос данного иска — законность выбранной линии для строительства разделительного ограждения. Этот вопрос стоит особняком и требует прямого и настоящего ответа. Недостаточно, чтобы строительство ограждения было основано на соображениях безопасности, а не на политических соображениях. Военный командующий не может осуществлять в районе, удерживаемом им путем военной оккупации, любые действия, которые основаны, в первую очередь, на соображениях безопасности. Свобода выбора военного командующего ограничена нормативными рамками, в которых он действует и которые являются источником его полномочий. Действительно, военный командующий не является сувереном на оккупированной территории. [...] Он должен действовать в рамках права, которое устанавливает его власть в ситуации военной оккупации. Каково же содержание этого права?

34. Право военной оккупации признает полномочия военного командующего поддерживать безопасность в районе и защищать безопасность своей страны и ее граждан. Однако оно налагает ограничения на использование этих полномочий. Эти полномочия должны быть надлежащим образом уравновешены правами, потребностями и интересами местного населения [...]

Соразмерность

36. Проблема достижения равновесия между безопасностью и свободой не является специфической проблемой свободы выбора военного командующего в районе, находящемся под военной оккупацией. Это

общая проблема права, как внутригосударственного, так и международного. Ее решение универсально. Оно лежит в глубине общих принципов права, включая разумность и добросовестность. […] Одним из этих основных принципов, сопоставляющих законную цель и средства ее достижения, является принцип соразмерности. Согласно ему свобода отдельного лица может быть ограничена (в данном случае свобода местных жителей оккупированной территории) при условии, что это ограничение соразмерно. Такой подход принят во всех отраслях права. […]

Смысл соразмерности и ее элементы

40. Согласно принципу соразмерности, решение органа управления законно только в том случае, если средства, используемые для достижения цели правительства, соразмерны. Поэтому в основе принципа соразмерности — соотношение между целью, которой пытаются достичь, и средствами, используемыми для ее достижения. […] По существу, как в международном праве, которое имеет дело с различными национальными правовыми системами — и общего права (например, в Канаде), и континентально-европейского права (как в Германии), — так и во внутригосударственном праве Израиля существуют три дополнительных критерия, которые наполняют конкретным содержанием принцип соразмерности. […]

41. Первый дополнительный критерий заключается в том, что цель должна быть соотнесена со средствами. Средства, которые использует орган управления, должны быть разработаны для достижения именно той цели, которой этот орган управления пытается достичь. Средства, используемые органом управления, должны разумно вести к выполнению задачи. Это критерий «надлежащих средств», или «разумных средств». Согласно второму дополнительному критерию, средства, используемые органом управления, должны причинять наименьший возможный вред отдельному лицу. Из всего диапазона средств, которые могут быть использованы для достижения цели, должно быть выбрано то, которое причиняет наименьший вред. Это критерий «наименее вредоносных средств». Третий критерий требует, чтобы ущерб, наносимый отдельному лицу средствами, которые использует орган управления для достижения своих целей, был соразмерен преимуществу, полученному с помощью этих средств. Это критерий «соразмерных средств» (или соразмерности в узком смысле). Критерий соразмерности в узком смысле обычно применяется с учетом «абсолютных ценностей» путем непосредственного сравнения преимуществ административного акта с причиняемым им ущербом. Однако также возможно применить критерий соразмерности в узком смысле для «относительной» оценки. При этом подходе адми-

нистративный акт сравнивается с альтернативным актом, который сулит несколько меньшую выгоду, чем первый. Первоначальный административный акт является несоразмерным в узком смысле, если некоторое уменьшение выгоды по сравнению с первоначальным актом, — например, при использовании альтернативных средств, — обеспечивает значительное уменьшение ущерба, причиняемого административным актом.

42. […] Часто существует ряд способов удовлетворить требование соразмерности. В таких ситуациях должна быть признана «область соразмерности» (подобная «области разумности»). Любые выбираемые органом управления средства, которые находятся в рамках области соразмерности, являются соразмерными. […]

43. Этот принцип соразмерности также применяется к осуществлению военным командующим его полномочий в районе, находящемся под военной оккупацией. […]

Соразмерность линии прохождения разделительного ограждения

44. Принцип соразмерности применим к нашему исследованию законности разделительного ограждения. Ответчики согласились с таким подходом. […] Соразмерность разделительного ограждения должна быть установлена с помощью ответов на следующие три вопроса, которые отражают три дополнительных критерия соразмерности. Во-первых, удовлетворяет ли линия его прохождения критерию «надлежащих средств» (или «разумных средств»)? Вопрос заключается в том, есть ли разумная связь между линией прохождения ограждения и целью строительства разделительного ограждения. Во-вторых, удовлетворяет ли она критерию «наименее вредоносных» средств? Вопрос состоит в том, причиняет ли данный маршрут, выбранный из различных множества маршрутов, которые позволяют достичь цели построения разделительного ограждения, наименьший вред. В-третьих, удовлетворяет ли она критерию соразмерности в узком смысле? Вопрос заключается в том, причиняет ли линия прохождения разделительного ограждения, установленная военным командующим, вред местным жителям в степени, не соразмерной преимуществам в области безопасности, которые даст это ограждение. Согласно «относительной» оценке этого критерия, разделительное ограждение будет сочтено несоразмерным, если предлагается альтернативная линия его прохождения, которая дает меньшие преимущества с точки зрения безопасности, чем выбранный ответчиком маршрут, но причинит значительно меньше вреда, чем изначальный маршрут.

Рамки судебного рассмотрения

45. Прежде чем мы рассмотрим соразмерность линии прохождения разделительного ограждения, надлежит определить характер нашего рассмотрения. Отправной точкой нам служит предположение, которое истцы не смогли опровергнуть, — решение правительства о строительстве разделительного ограждения мотивировано соображениями безопасности, а не политическими соображениями. По существу, мы отталкиваемся от предположения (которое истцам также не удалось опровергнуть), что военный командующий выбрал линию прохождения ограждения, исходя из военных соображений, которые, насколько он знает, могут помочь в достижении этой цели в области обеспечения безопасности. Кроме того, мы предполагаем (и этот момент даже не оспаривался в разбирательстве данного дела), что военный командующий считает ущерб, наносимый местным жителям, соразмерным. На основании этих фактов перед нами стоят два вопроса. Первый вопрос: обоснован ли выбор линии прохождения разделительного ограждения, как ее установил военный командующий, с военной точки зрения? Есть ли другой маршрут для разделительного ограждения, более подходящий для достижения цели в области обеспечения безопасности? Это ключевой элемент соразмерности. Если выбранный маршрут необоснован с военной точки зрения, тогда между целью, для достижения которой предназначено ограждение, и выбранной линией его прохождения не существует разумной связи (первый критерий); если есть маршрут, который эффективнее содействует достижению цели, мы должны решить, причиняет ли этот альтернативный маршрут меньше вреда (второй критерий). Второй вопрос состоит в том, является ли линия прохождения ограждения соразмерной. Оба эти вопроса важны для установления соразмерности. Однако они также поднимают различные проблемы в том, что касается рамок судебного рассмотрения. […]

47. […] Следовательно, в нашем рассмотрении противоречащих друг другу военных соображений мы придаем особое значение тому факту, что командующий районом несет ответственность за обеспечение безопасности. Приняв такой подход, мы придерживаемся мнения (которое подробно объясним ниже), что истцы не преуспели в доказывании и не убедили нас, что мы должны предпочесть профессиональное экспертное мнение членов Совета по миру и безопасности, а не позицию командующего районом в области безопасности. Мы имеем дело с двумя военными подходами. Каждый из них имеет военные преимущества и недостатки. При таком положении дел мы должны положить в основу нашего решения экспертное мнение военного командующего.

Соразмерность линии прохождения разделительного ограждения

48. […] Критерием для ответа на этот вопрос не является субъективный критерий военного командующего. Вопрос не в том, считал ли военный командующий добросовестно, что причиняемый вред является соразмерным. Критерий объективен. Вопрос в том, проходит ли маршрут разделительного ограждения проверку на соразмерность по юридическим стандартам. Это юридический вопрос, на который компетентен ответить Суд.

От общего к частному

49. Ключевой вопрос, стоящий перед нами […]: является ли вред, причиняемый местным жителям строительством разделительного ограждения, соразмерным или можно решить основные проблемы в области безопасности, выбрав такую линию прохождения ограждения, чтобы причинить меньший и, соответственно, соразмерный вред местным жителям? Протяженность разделительного ограждения, о котором идет речь в данном иске, примерно 40 километров. Его соразмерность меняется в зависимости от местных условий. Мы рассмотрим его соразмерность в соответствии с различными приказами, которые издавались для строительства разных частей ограждения. Мы рассмотрим законность приказов, касавшихся линии прохождения ограждения с запада на восток (см. карту региона в приложении к этому решению). Ограждение начинается к востоку от города Маккабим и деревни Бейт-Сира. Оно продолжается на юг к городу Мево-Хорон, а затем на восток к Иерусалиму. Линия прохождения ограждения продолжает изгибаться и разделяет израильские города и соседствующие с ними палестинские деревни. Она поднимается на гору Джебель-Муктам, чтобы обеспечить контроль Израиля над ней. По существу, она проходит деревни Бейт-Ликия, Бейт-Анан и Хирбет-Абу-Алам. После этого она уходит на восток, отделяя Маалех Хахамишу и Хар-Адар от деревень Катане, Эль-Кабиба и Биду. Ограждение продолжается и окружает деревню Бейт-Сурик, поднимаясь к северу до трассы 443, крупной автомагистрали, соединяющей Иерусалим с центром страны. В своей последней части оно отделяет деревни Биду, Бейт-Аджаза и Бейт-Даку от Хар-Шмуэля, Нового Гивона и Гиват-Зеева.

[…]

Приказ Tav/104/03; приказ Tav/103/03; приказ Tav/84/03 (западная часть)

51. Эти приказы относятся к более чем 10 километрам линии прохождения ограждения. Данный сегмент маршрута окружает высокий гор-

ный хребет Джебель-Муктам. С точки зрения топографии, эта горная гряда контролирует все ближние и дальние окрестности. Она возвышается над трассой 443, проходящей к северу от нее, соединяя Иерусалим и Модиин. Линия прохождения полосы препятствий идет к юго-западу от деревни Бейт-Ликия, юго-западу от деревни Бейт-Анан и к западу от деревни Хирбет-Абу-Алам. Ответчик объясняет, что целью такого маршрута является сохранение контроля Израиля над горным районом. Это даст преимущество вооруженным силам, которые будут контролировать район ограждения с точки зрения топографии, и уменьшит возможность нападения на тех, кто едет по трассе 443.

52. Истцы нарисовали ужасную картину того, как сооружение ограждения повредит находящимся вдоль него деревням. […]

53. Ответчики оспаривают такое представление фактов. […]

[…]

56. С военной точки зрения, существует разногласие между экспертами в отношении линии прохождения ограждения, которая помогла бы достичь цели в области обеспечения безопасности. Как мы отмечали, это возлагает тяжкое бремя доказывания на истцов, которые просят, чтобы мы предпочли мнение экспертов Совета по миру и безопасности [в том числе бывших израильских генералов] подходу военного командующего. Истцы не справились с этим бременем. Мы не можем, — не будучи экспертами в военных вопросах, — определить, оправдывают ли военные соображения установку разделительного ограждения к северу от горы Джебель-Муктам (как хочет военный командующий) или разделительному ограждению необязательно включать ее в себя (как считают истцы и Совет по миру и безопасности). Таким образом, мы не можем решить, верны или нет, с военной точки зрения, соображения военного командующего, который хочет удержать контролирующую с топографической точки зрения высоту и тем самым предотвратить настильный огонь. При таком положении дел наше вмешательство в выбор с военной точки зрения линии прохождения разделительного ограждения неоправданно.

57. Является ли вред, причиняемый местным жителям этим сегментом разделительного ограждения, проложенным по определенному ответчиком маршруту, соразмерным? Для ответа на этот вопрос нам необходимо рассмотреть соразмерность этого маршрута, используя три критерия. Первый критерий помогает понять, есть ли разумная связь между целью строительства разделительного ограждения и выбранной линией его прохождения. Наш ответ: такая связь существует. […] Само наше решение, что линия прохождения ограждения

удовлетворяет критерию военной разумности, означает, что мы также постановили, что она помогает достичь военной цели строительства разделительного ограждения.

58. Второй критерий дает ответ на вопрос, можно ли выполнить возлагаемые на разделительное ограждение задачи в области обеспечения безопасности так, чтобы причинить меньший вред местным жителям. […] Военный командующий считает, что предлагаемая членами Совета по миру и безопасности линия прохождения разделительного ограждения в меньшей степени обеспечит безопасность, чем та, которую предлагает он. Решив, что мы не можем вмешиваться в этот выбор, мы тем самым решили, что не существует альтернативного маршрута, который в той же степени отвечал бы требованиям безопасности, причиняя при этом меньше вреда местным жителям. При таком положении дел мы заключаем, что второй дополнительный критерий соразмерности удовлетворен в отношении стоящего перед нами вопроса.

59. Третий критерий показывает, достаточно ли соразмерен вред, причиняемый местным жителям строительством разделительного ограждения, выгодам с точки зрения безопасности, которые дает строительство разделительного ограждения по выбранному маршруту. Это критерий соразмерных средств (или соразмерности «в узком смысле»). […] Согласно этому критерию, решение административной власти должно установить разумное равновесие между нуждами общества и вредом, причиняемым отдельному лицу. Цель рассмотрения — определить, достаточно ли соразмерны друг другу тяжесть вреда, причиняемого отдельному лицу, и причины, приводимые для его оправдания. Это решение принимается с учетом общей нормативной структуры правовой системы, которая признает права человека и необходимость обеспечивать удовлетворение потребностей и благополучие местных жителей, а также защищает «честь и права семейные» (статья 46 Гаагского положения). Все эти права и свободы находят защиту в рамках гуманитарных норм Гаагского положения и Женевской конвенции. Перед нами стоит вопрос: достаточно (разумно) ли соразмерна тяжесть вреда, причиняемого местным жителям строительством разделительного ограждения вдоль маршрута, определенного военным командующим, выгодам с точки зрения безопасности, которые дает строительство ограждения по этому маршруту.

60. Мы отвечаем, что соотношение между вредом, причиняемым местным жителям, и выгодами с точки зрения безопасности, которые дает строительство разделительного ограждения вдоль маршрута, определенного военным командующим, несоразмерно. Выбор такой линии прохождения ограждения нарушает хрупкое равновесие меж-

ду обязательством военного командующего обеспечивать безопасность и его обязательством удовлетворять потребности местного населения. Такое отношение основано на том факте, что маршрут, выбранный военным командующим для ограждения безопасности, — который отделяет местных жителей от их сельскохозяйственных земель, — наносит местным жителям серьезный и тяжелый ущерб, нарушая при этом их права по международному гуманитарному праву. Вот факты: более 13 тысяч крестьян отрезаны от тысяч дунамов своей земли и от десятков тысяч деревьев, которые дают им средства к существованию и которые находятся с другой стороны от разделительного ограждения. Не было сделано попытки найти и предоставить им какую-либо землю взамен, несмотря на наши однократные предложения сделать это. Ограждение не будет закрыто наглухо: военный командующий объявил, что будут построены два прохода — по одному для каждой из двух деревень, — ведущих к их землям, и будет введена система разрешений. Такое положение дел наносит тяжелый ущерб крестьянам, поскольку доступ к их землям (рано утром, днем и вечером) будет связан с ограничениями, присущими системе разрешений. Такая система приведет к длинным очередям на проход, состоящим из самих крестьян; она затруднит проезд транспортных средств (которым тоже необходимо будет получить разрешение и пройти осмотр) и отдалит крестьян от их земель (поскольку планируется создать лишь два прохода на всю длину этого сегмента ограждения, которые будут открыты в дневное время). В результате жизнь крестьян полностью изменится по сравнению с их прежней жизнью. Такая линия прохождения разделительного ограждения жестоко нарушает их права собственности и свободу передвижений. Они лишаются средств к существованию. Тяжелые условия жизни, от которых они страдают (например, из-за высокого уровня безработицы в этом районе), станут лишь еще тяжелее.

61. Это несоразмерный вред. Его можно значительно уменьшить, если проложить альтернативный маршрут: либо предложенный экспертами Совета по миру и безопасности, либо какой-то иной, разработанный военным командующим. Такой альтернативный маршрут существует. Это не плод воображения. Он был нам представлен. Он основывается на военном контроле над горой Джебель-Муктам, но без «затаскивания» разделительного ограждения на саму гору. Действительно, не стоит забывать, что даже после построения разделительного ограждения военный командующий продолжит контролировать район к востоку от нее. По мнению военного командующего, — как мы предполагаем, верному, что служит основой для нашего решения, — он будет в меньшей степени обеспечивать безопасность в этом районе. Однако преимущества для безопасности выбранного военным командующим маршрута по сравнению с предлагаемым маршрутом никак не соразмерны вреду, который проходя-

щее по этому маршруту ограждение причинит местным жителям. Действительно, настоящий вопрос при «относительной» оценке третьего критерия соразмерности заключается не в выборе между тем, чтобы построить разделительное ограждение, которое обеспечит безопасность, но причинит вред местным жителям, и тем, чтобы не строить разделительное ограждение и не причинять вред местным жителям. Настоящий вопрос состоит в том, соразмерны ли преимущества с точки зрения безопасности, которые дает согласие с позицией военного командующего (что разделительное ограждение должно окружать Джебель-Муктам), дополнительному вреду, который причинит такая позиция (ограждение отделит местных жителей от их земель). На этот вопрос мы отвечаем, что выбор линии прохождения разделительного ограждения военным командующим является несоразмерным. Разрыв между безопасностью, которую обеспечит подход военного командующего, и безопасностью, которую обеспечит альтернативный маршрут, незначителен по сравнению с огромной разницей между ограждением, отделяющим местных жителей от их земель, и ограждением, не разделяющим их (или разделяющим в меньшей степени, и к этому можно приспособиться). Действительно, мы признаем, нужды безопасности могут потребовать нанесения ущерба землям местных жителей и возможности последних их использовать. Однако международное гуманитарное право, с одной стороны, и основные принципы административного права Израиля — с другой, требуют приложить все возможные усилия к тому, чтобы этот ущерб был соразмерным. В тех местах, где строительство ограждения требует, чтобы жители были отделены от своих земель, должен быть обеспечен доступ к этим землям, чтобы, насколько возможно, минимизировать причиняемый ущерб.

62. Мы пришли к заключению, что линия прохождения разделительного ограждения, которая отделяет деревни Бейт-Ликия и Бейт-Анан от земель, которые дают жителям деревень средства к существованию, не является соразмерной. Это решение касается приказа Tav/103/03, относящегося непосредственно к территории самой горы, и ведет к его отмене. Это решение также касается приказа Tav/104/03, относящегося к маршруту к западу от горы, который поворачивает к деревне Бейт-Ликия, чтобы дойти до горы. Это же касается западной части ограждения в приказе Tav/84/03, которая спускается от горы в юго-восточном направлении. […]

Восточная часть ограждения в приказе Tav/107/03 и приказ Tav/108/03

68. Этот приказ относится к сегменту линии прохождения полосы препятствий длиной 5,5 километра, который проходит к западу и юго-востоку от деревень Бейт-Сурик (население: 3500 человек) и

Биду (население: 7500 человек). Изучение этой части маршрута, как она указана в первоначальном приказе, показывает, что ущерб, наносимый этим деревням, велик. Судя по данным истцов, — которые ответчики не опровергли, — 500 дунамов земель деревни Бейт-Сурик напрямую пострадают от размещения полосы препятствий. Еще 6 тысяч дунамов останутся за ней (из них 5 тысяч дунамов обработанной земли), в том числе три оранжереи. Будут выкорчеваны 10 тысяч деревьев, и жители деревень окажутся отрезанными от 25 тысяч оливковых деревьев, 25 тысяч фруктовых деревьев и 5400 фиговых деревьев, а также от многих других сельскохозяйственных культур. Эти цифры не передают тяжесть ущерба. Мы должны учитывать все последствия строительства полосы препятствий для жизненного уклада в этом районе. Согласно первоначальному маршруту, указанному в приказе, деревня Бейт-Сурик оказывается в тесном обрамлении полосы препятствий с запада, юга и востока. Это настоящая удавка, которая задушит обычную жизнь. Судьба деревни Биду ненамного лучше. Полоса препятствий охватывает деревню с востока и с юга и посягает на земли к западу от нее. При изучении карты, приложенной ответчиками (к их ответу от 10 марта 2004 г.), становится очевидным, что на этом сегменте маршрута будет открыт только один сезонный проход к югу от деревни Бейт-Сурик. Кроме того, контрольно-пропускной пункт будет расположен на дороге, идущей от Биду на восток.

69. В дополнение к рассматриваемым нами доводам сторон ряд жителей города Мевассерет-Цион, находящегося к югу от деревни Бейт-Сурик, попросили дать им возможность высказать свое мнение. Они указали на добрососедские отношения между израильтянами и палестинцами в этом районе и выразили обеспокоенность тем, что линия прохождения ограждения, которое отделит палестинцев от их земель, положит конец этим отношениям. Они утверждают, что доступ палестинцев к их землям будет связан с рядом помех и оскорблений их достоинства, и что они будут даже вовсе лишены этого доступа. С другой стороны, свое мнение предложил высказать г-н Эфраим Хелеви, который представляет других жителей города Мевассерет-Цион. Он утверждает, что смещение линии прохождения ограждения к югу, что подведет его ближе к Мевассерет-Циону, подвергнет опасности его обитателей.

70. Как и в случае предыдущих приказов, здесь мы также берем за основу рассмотрения маршрут, определенный военным командующим. Мы это делаем потому, что придаем большое значение позиции должностного лица, отвечающего за безопасность. Встающий перед нами вопрос таков: является ли соразмерным вред, причиняемый местным жителям этой частью маршрута разделительного ограждения? Два первых критерия принципа соразмерности здесь удовле-

творены. Наши сомнения касаются удовлетворения третьего критерия. По этому вопросу факты таковы, что вред от рассматриваемого нами сегмента маршрута весьма серьезен. Сам военный командующий это знает. Во время слушания иска в маршрут был внесен ряд изменений, чтобы облегчить положение местных жителей. Он упомянул, что эти изменения хуже решают проблемы в области безопасности, но позволят уменьшить вред, причиняемый местным жителям, и обеспечить разумный уровень безопасности. Однако даже после внесения этих изменений ущерб все еще велик. Права местных жителей нарушены. Их жизненный уклад полностью подорван. Обязательства военного командующего по гуманитарному праву, закрепленному в Гаагском положении и Четвертой Женевской конвенции, не выполняются.

71. Совет по миру и безопасности предложил альтернативный маршрут, который нанесет меньший ущерб сельскохозяйственным землям. Предлагается отнести разделительное ограждение на большее расстояние от деревни Бейт-Сурик к востоку и западу от нее. Таким образом, ущерб, наносимый сельскохозяйственным землям, будет значительно уменьшен. Мы уверены, что преимущества с точки зрения безопасности определенного военным командующим маршрута по сравнению с альтернативным маршрутом ни в коей мере не соразмерны дополнительному вреду, причиняемому этим приказом жизни местного населения. Нельзя не прийти к заключению, что из соображений соразмерности рассматриваемый нами приказ должен быть отменен. Военный командующий должен еще раз изучить этот вопрос. [...] Это дело военного командующего, при условии, что расположение ограждения освободит деревню Бейт-Сурик (и, в меньшей степени, деревню Биду) из имеющейся сейчас удавки и позволит жителям деревень получить доступ к большей части их сельскохозяйственных земель.

[...]

Обзор соразмерности ущерба, наносимого приказами

82. Завершив рассмотрение соразмерности каждого приказа в отдельности, нам следует взглянуть шире и посмотреть на соразмерность всей линии прохождения той части разделительного ограждения, о которой говорится в данном иске. Длина той части разделительного ограждения, к которой относятся данные приказы, составляет примерно 40 километров. Она наносит ущерб жизни 35 тысяч местных жителей. Четыре тысячи дунамов их земель заняты самим ограждением, и тысячи оливковых деревьев, росших вдоль линии прохождения ограждения, выкорчеваны. Ограждение отделяет восемь

деревень, в которых живут местные жители, от более чем 30 тысяч дунамов их земель. Подавляющее большинство этих земель обработаны, на них растут десятки тысяч оливковых и фруктовых деревьев и другие сельскохозяйственные культуры. Режим выдачи разрешений, который хочет установить военный командующий, не может предотвратить или значительно уменьшить тяжелый ущерб, наносимый местным крестьянам. Доступ к землям зависит от возможности пройти за ограждение через проходы, которые расположены очень далеко друг от друга и не всегда открыты. У проходов будут осуществляться проверки для обеспечения безопасности, которые вполне могут помешать проезду транспортных средств и, естественно, приведут к длинным очередям и многочасовому ожиданию. Это никак не сочетается с необходимостью крестьянам обрабатывать свою землю. Неизбежно будут районы, где ограждению безопасности придется отделить местных жителей от их земель. В таких районах военный командующий должен разрешить проход, чтобы уменьшить, насколько возможно, ущерб, наносимый крестьянам.

83. Во время слушаний мы спросили ответчика, возможно ли будет возместить убытки истцов, предложив им другие земли в обмен на захваченные для строительства ограждения и те, от которых они окажутся отделены. Мы не получили удовлетворительного ответа. Данный иск касается крестьян, которых кормит земля. Захват земель истцов обязывает ответчика при таких обстоятельствах попытаться найти другие земли в обмен на земли, отобранные у истцов. Денежная компенсация может быть предложена лишь в том случае, если нет земель на замену.

84. Вред, причиняемый разделительным ограждением, не ограничивается землями истцов и их доступом к этим землям. Этот вред гораздо шире — оказывается подорван жизненный уклад всего населения. Во многих местах разделительное ограждение проходит совсем рядом с их домами. В некоторых местах (как в Бейт-Сурике) разделительное ограждение сжимает деревню с запада, юга и востока. Ограждение напрямую влияет на связи местных жителей с городскими центрами (Бир-Набаллой и Рамаллой). Такие связи непросто устанавливать даже без разделительного ограждения. Строительство ограждения многократно увеличивает эти трудности.

85. Задача военного командующего нелегка. Он должен поддерживать хрупкое равновесие между потребностями в области безопасности и нуждами местных жителей. Нас впечатлили искреннее желание военного командующего найти это равновесие и его готовность изменять первоначальный план, чтобы прийти к более соразмерному решению. Мы не встретили с его стороны неуступчивости. Несмотря на все это, мы считаем, что соотношение, найденное военным ко-

мандующим, не является соразмерным. Следовательно, не избежать нового изучения линии прохождения ограждения по установленным нами стандартам соразмерности.

Эпилог

86. Перед нами стоит трудная задача. Мы члены израильского общества. Пусть мы иногда прячемся в башне из слоновой кости, эта башня находится в сердце Иерусалима, который часто становится объектом жестокого террора. Мы знаем об убийствах и разрушениях, которые приносят террористы государству и его гражданам. Как и все израильтяне, мы также признаем необходимость защищать нашу страну и ее граждан от ран, наносимых терроризмом. Мы знаем, что в краткосрочной перспективе это судебное решение не облегчит борьбу нашего государства против тех, кто нападает на него. Но мы — судьи. Когда мы судим, судят и нас. Мы действуем так, как подсказывают нам наши совесть и знания. Что касается борьбы нашей страны с терроризмом, мы уверены, что в конце концов борьба согласно правовым нормам укрепит ее силу и дух. Без закона нет безопасности. Соблюдение положений права — одна из сторон национальной безопасности. [...] Только разделительное ограждение, построенное на фундаменте закона, дарует безопасность нашему государству и его гражданам. Только маршрут, следующий дорогой закона, приведет наше государство к столь желанной безопасности. В результате мы отклоняем иск в отношении приказа Tav/105/03. Мы принимаем иск в отношении приказов Tav/104/03, Tav/103/03, Tav/84/03 (западная часть), Tav/107/03, Tav/108/03, Tav/109/03 и Tav/111/03 (в той степени, в какой он касается земель деревни Бейт-Даку), имея в виду, что эти приказы отменяются, поскольку наносимый ими ущерб местному населению является несоразмерным.

Ответчики заплатят 20 тысяч шекелей издержек истцов.

Заместитель председателя Э. Маца

Согласен.

Судья М. Хешин

Согласен.

Постановлено согласно мнению председателя Суда А. Барака

30 июня 2004 г.

C. Палестинцы «заработали миллионы», продавая дешевый цемент для стены, против строительства которой они столь ожесточенно выступают

[**Источник**:
http://www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2004/07/25/wmid25.xml.]

Иниго Гилмор, Иерусалим

(зарегистрировано: 25 июля 2004 г.)

Палестинские бизнесмены заработали миллионы фунтов, поставляя цемент для израильского «барьера безопасности», о чем прекрасно известно Ясиру Арафату, лидеру Палестины и одному из самых яростных критиков стены.

Обличающий доклад палестинских законодателей, который видел «Телеграф», заключается, что г-н Арафат не сделал ничего, чтобы остановить сделки, хотя на публике он осудил строительство как «преступление против человечности».

В докладе утверждается, что о продаже цемента знали высшие чины в министерстве национальной экономики Палестины и близкие советники г-на Арафата. В нем сделан вывод, что чиновников подкупили, чтобы они выдали лицензии на импорт цемента импортерам и бизнесменам, работающим на израильтян.

[…]

Согласно докладу, 9 ноября прошлого года инспектор Палестинской администрации послал г-ну Арафату письмо о том, что Махер Аль-Масри, министр экономики, подписывал лицензии на импорт цемента с неограниченным сроком действия.

Инспектор Палестинской администрации указывал в этом письме, что цемент предназначался для стены. Предположительно, письмо было получено и прочитано г-ном Арафатом в тот же день, когда он призывал людей к проведению демонстрации в первый международный «День против стены». По словам г-на Храйше, г-н Арафат не предпринял никаких действий, чтобы остановить дальнейший импорт цемента, который продолжался еще пять месяцев.

[…]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Применимы ли Гаагское положение и Конвенция IV к палестинским территориям? По мнению Международного суда? По мнению израильского Высокого суда правосудия?

   b. Имеет ли часть 1 или часть 2 статьи 2 Конвенции IV решающее значение для заключения Международного суда о применимости Конвенции?

   c. Как может резолюция Генеральной Ассамблеи подтвердить применимость Протокола I, пока Израиль не является участником этого договора? Применяет ли Международный суд Протокол I? Повлиял бы Протокол I каким-либо образом на выводы Международного суда?

   d. В каком смысле имеет силу односторонняя декларация о соблюдении Конвенции IV от 7 июня 1982 г.? Делает ли она Палестину государством — участником Конвенции? Оказывает ли это обязательство какое-либо влияние на исход рассмотрения дела в Международном суде?

2. Все ли положения Конвенции IV все еще применимы к палестинским территориям или только те, о которых идет речь в статье 6, часть 3? Все ли военные операции на территориях прекратились?

3. a. Равно ли строительство стены/ограждения аннексии? По мнению Международного суда? По мнению Высокого суда правосудия? Противоречила бы такая аннексия МГП? Что говорит об этом Международный суд?

   b. Признал бы Высокий суд правосудия стену/ограждение незаконной, если бы на линию ее прохождения повлияли иные соображения, а не только соображения безопасности? Может ли оккупирующая держава учитывать безопасность собственного населения на своей территории? Безопасность поселенцев? На каком основании Высокий суд правосудия пришел к выводу, что на линию прохождения стены не оказали влияния никакие политические или сионистские соображения? Свидетельствует ли об обратном тот факт, что она не следует «зеленой линии»?

4. a. Объясняет ли Международный суд, почему стена/ограждение нарушает статьи 47, 49, 52, 53 и 59 Конвенции IV? Можете ли вы объяснить это для каждого из данных положений? Согласны ли вы с критикой судьи Хиггинс (см. пп. 23 и 24 ее мнения)?

b. Объясните, почему уничтожение и реквизиция частной собственности противоречат требованиям статей 46 и 52 Гаагского положения и статьи 53 Конвенции IV. Верен ли этот вывод, даже если факты таковы, как их описал Высокий суд правосудия в п. 8 своего решения? Согласны ли вы с критикой судьи Бюргенталя (см. п. 8 его мнения)?

c. От какого из положений, упомянутых Международным судом, возможны отступления в случае военной необходимости? Равнозначны ли военная необходимость и военные операции? Почему уничтожение частной собственности, необходимое для строительства стены, не разрешено по статье 53 Конвенции IV?

d. Может ли оккупирующая держава конфисковать землю для нужд своей армии? По причинам безопасности?

e. Почему запрещены израильские поселения на палестинских территориях? Каждое ли поселение израильтян на палестинских территориях нарушает МГП? Является ли тот факт, что стена/ограждение включает в себя израильские поселения, решающим для определения того, что она противоречит МГП? Для Международного суда? Для судьи Бюргенталя? Для вас? Рассматривает ли Высокий суд правосудия запрещение поселений? Почему нет? Разве это не гуманитарная норма Конвенции IV?

5. a. Согласны ли вы с определением соразмерности, данным Высоким судом правосудия? С приложением этого определения к фактам?

b. Считает ли Высокий суд правосудия, что существует иная линия прохождения стены/ограждения, которая наносит меньший вред палестинцам? Считает ли он поэтому, что данный маршрут несоразмерен? Считал бы Высокий суд правосудия линию прохождения стены несоразмерной, если бы интересы безопасности и ущерб палестинцам были бы теми же самыми, но альтернативного пути не существовало бы?

c. Считает ли Высокий суд правосудия, что, если мера, нарушающая МГП, соразмерна, то она допустима?

d. Рассматривает ли вообще Международный суд вопрос соразмерности? В контексте МГП или международного права прав человека?

6. a. Применимо ли международное право прав человека во время вооруженных конфликтов? Если да, как определить, какое право превалирует в случае расхождений: МППЧ или МГП?

b. Применяется ли международное право прав человека на оккупированной территории? Одинаковые ли доводы в пользу этого приводятся в случае Международного пакта о гражданских и политических правах, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и Конвенции о правах ребенка? По мнению Международного суда? По вашему мнению?

c. Все ли положения договоров по правам человека полностью применимы во время вооруженного конфликта? Допустимы ли отступления, обусловленные военной необходимостью, лишь в том случае, если о них объявлено официально?

d. Находятся ли права человека, упоминаемые Международным судом, также под защитой МГП на оккупированных территориях? Какие из них это право не защищает? Существуют ли противоречия между этими правами человека и МГП?

e. Предусматривает ли МГП свободу передвижения на оккупированной территории? Совместима ли такая свобода с МГП?

f. Приводит международное право прав человека Международный суд к какому-либо выводу в этом деле, которого он не сделал бы в соответствии с МГП?

g. Применяет ли Высокий суд правосудия международное право прав человека?

7. Может ли право на самооборону или необходимость оправдать нарушения МГП? Международного права прав человека? По мнению Международного суда? По мнению Высокого суда правосудия? По вашему мнению?

8. Каковы правовые последствия незаконности стены/ограждения для Израиля? По мнению Международного суда? По мнению Высокого суда правосудия?

9. Налагает ли противозаконная стена/ограждение какие-либо обязательства на палестинскую администрацию? Нарушает ли последняя эти обязательства, продавая цемент для строительства стены/ограждения? Нарушают ли занимающиеся этим лица МГП?

10. a. Каковы правовые последствия незаконности стены/ограждения для третьих государств?

b. Все ли нормы МГП носят характер erga omnes? Каковы последствия такого характера erga omnes?

c. Означает ли статья 1, общая, что третьи государства должны обеспечивать соблюдение МГП со стороны Израиля? Общая статья 1 просто подтверждает, что нормы МГП носят характер erga omnes, или также имеет дополнительное значение? Согласны ли вы с критикой толкования этой статьи со стороны судьи Koойманса и профессора Калсховена?

d. Что означает на практике обязательство третьих государств не признавать незаконную ситуацию, возникшую в результате строительства стены/ограждения? Как насчет их обязательства не оказывать помощи или содействия в сохранении положения, созданного этим строительством? Какие причины лежат в основе этих обязательств?

e. Какие меры должны принять третьи государства, чтобы стена/ограждение не была построена? Есть ли какие-либо границы у этих мер?

f. Согласны ли вы с критикой подпункта 3(D) постановляющей части заключения Международного суда со стороны судьи Koойманса?

11. Считает ли судья Бюргенталь, что строительство стены/ограждения не нарушает МГП?

12. Права ли судья Хиггинс в том, что Международный суд должен был также учесть более широкий контекст, например, нападения палестинских смертников на израильских граждан? Нарушают ли эти нападения МГП? Могли бы такие нарушения изменить выводы Международного суда? Если бы Международный суд приписал эти нападения палестинской администрации?

13. Согласны ли вы с Высоким судом правосудия в том, что без закона нет безопасности, и соблюдение положений права — одна из сторон национальной безопасности (п. 86 решения)? Если да, объясните почему.

1. Практика Израиля

Прецедент № 108, Израиль, Применимость Конвенции к оккупированным территориям

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Shamgar, M. [На тот момент — Генеральный прокурор (Израиль), затем член и председатель Верховного суда Израиля.], «The Observance of International Law in the Administered Territories», in *Israeli Yearbook on Human Rights*, vol. 1, 1971, pp. 262–277; примечания не приводятся.]

I. ПРИМЕНЕНИЕ КОНВЕНЦИЙ

Конечно, общеизвестно, с какими трудностями связано решение проблем, касающихся собственно имплементации норм ведения войны, — без воздействия врожденных предрассудков или глубоко укоренившегося субъективного отношения. В действительности здесь две основные трудности: отсутствие единодушия и ясности, что сравнительно часто является характеристикой внутригосударственного права, и к тому же осложнения, обусловленные политическими пристрастиями. […]

Прежде чем обратиться к вопросу о соблюдении норм международного права, следует должным образом изучить различие между вопросами, связанными с соблюдением этих норм, и предшествующим вопросом о применимости конкретного набора норм к данным обстоятельствам. Другими словами, соблюдение норм де-факто не обязательно означает, что они применимы де-юре. […]

Гуманитарное право касается, по существу, людей, находящихся в бедственном положении, и жертв войны, а не государств или их особых интересов. Как сказал Макс Хубер: «Судьба людей не зависит от того, какой юридический характер воюющие стороны желали бы придать своей борьбе». Поэтому всегда важно искать пути и способы оказания жертвам войны гуманитарной помощи, не дожидаясь дальнейшего развития международного права и не ставя судьбу людей в зависимость от политической и правовой действительности. Хотя политические права и юридическое толкование данного набора фактических обстоятельств имеют далеко идущие последствия для судьбы народов и ими нельзя пренебречь, любое возможное разделение между решением политических проблем и практическим применением гуманитарных норм следует считать позитивным. Необходимо помнить, что эта мысль также лежит в основе статьи 3, общей, четырех Женевских конвенций.

На мой взгляд, не существует действующей нормы международного права, согласно которой Четвертая конвенция применяется в абсолютно каждом вооруженном конфликте, каков бы ни был статус сторон. Завоеванная территория не всегда становится оккупированной территорией, к которой применяются нормы Четвертой конвенции. Совершенно очевидно, что это не так, например, в случае прекращения военных действий, которое ведет к окончанию войны, или в случаях покорения, хотя этот вопрос возникал лишь до 1949 г.

Сама идея ограничения полномочий военной администрации основана на том предположении, что существовала верховная власть, которая была вытеснена, и что это была законная верховная власть. Любое другое понимание привело бы к выводу о том, например, что Франция обязана была действовать в Эльзасе и Лотарингии в соответствии с нормами 42–56 Гаагского положения 1907 г. до подписания мирного договора.

Как я уже упоминал, я знаком с теорией покорения, которая применяется со времен Второй мировой войны; если Четвертая конвенция применяется к каждому конфликту, то как нам приспособить эту теорию к Четвертой конвенции? По-моему, de lege late, автоматическая применимость Четвертой конвенции к территориям, находящимся под управлением Израиля, весьма сомнительна, если не сказать больше, и автоматическое применение породило бы сложные правовые и политические проблемы. Упомяну некоторые из них.

Израиль никогда не признавал права территорий, которые были оккупированы Египтом и Иорданией до 1967 г. Иудея и Самария и сектор Газа являлись частью территории, которая подпадала под мандат Великобритании на управление Палестиной, который истек 14 мая 1948 г. Война, начавшаяся в тот день, так и не привела к возникновению признанных границ. Напротив, в Соглашениях о перемирии 1948 г. прямо указано, что демаркационную линию перемирия ни в каком смысле не следует понимать как политическую или территориальную границу, она проводится без ущерба для прав, притязаний или положения каждой стороны.

С 1948 до 1956 г. и затем с 1956 по 1967 г. сектор Газа находился, согласно недвусмысленным заявлениям ОАР (Объединенной Арабской Республики), под египетской военной оккупацией и управлялся военным губернатором ОАР. Жители сектора Газа не являлись гражданами оккупирующей державы. Им даже требовалось специальное разрешение на въезд в ОАР. Были учреждены военные суды, объявлен комендантский час и осуществлялось административное задержание лиц по приказам военного губернатора. Стоит отметить, что, несмотря на все это, вопрос о применении Четвертой конвенции к данной территории никогда не поднимался и не рассматривался до 1967 г.

История юридического статуса Иудеи и Самарии также имеет отношение к делу. 13 мая 1948 г. в Трансиордании был принят закон, по которому положения Закона об обороне Трансиордании применялись к любой стране или месту, где Иордания несла ответственность за поддержание безопасности и порядка. 18 мая 1948 г. король Абдаллах назначил генерала Ибрагима Печа Хашема военным губернатором всех территорий, удерживаемых трансиорданской армией. В опубликованной генералом Хашемом Прокламации № 2 говорилось:

> Все законы и постановления, действовавшие в Палестине на момент окончания мандата 15.5.48, останутся в силе во всех областях, где находится Арабская иорданская армия или где она отвечает за сохранение безопасности и порядка, за исключением законов и постановлений, противоречащих Закону об обороне Трансиордании от 1935 г. или Постановлениям и Приказам, выпущенным в соответствии с этим законом.

16 сентября 1950 г. был опубликован и вступил в силу Закон о законах и постановлениях, действующих на двух берегах реки Иордан, принадлежащих к Иорданскому Хашимитскому Королевству. Этот закон предусматривал, что законы и постановления на каждом из двух берегов останутся в силе до тех пор, пока не будут обнародованы унифицированные законы для обоих берегов, принятые с согласия национального совета и утвержденные королем. Унификация законов Восточного и Западного берегов реки Иордан продолжалась с 1950 по 1967 г., хотя к 5 июня 1967 г. некоторые законы там все еще отличались друг от друга. Происшедшую 24 апреля 1950 г. аннексию Иорданией Западного берега реки Иордан признали лишь две страны: Великобритания и Пакистан. […]

Нет необходимости давать полную оценку относительной важности и существа прав сторон в данном контексте. Однако следует упомянуть, что в наиболее благоприятном для Королевства Иордании толковании его правовое положение на Западном берегу в лучшем случае являлось положением оккупирующей воюющей стороны после незаконного вторжения. Другими словами, после вооруженного вторжения в нарушение международного права вооруженные силы Иордании остались на территории Западного берега реки Иордан, а затем Королевство Иордания аннексировало Западный берег после того, как в Соглашении о перемирии 1949 г. согласилось с тем, что не имеет намерений нанести ущерб правам, притязаниям или положению сторон Соглашения. Поэтому неудивительно обнаружить следующий вывод касательно относительных прав на Западном берегу в статье Блума «Размышления о статусе Иудеи и Самарии»:

> […] Традиционные нормы международного права, регулирующие военную оккупацию, основаны на двух допущениях, а именно: а) что существовала законная верховная власть, которая была

вытеснена с оккупированной территории, и b) что вытеснившая ее сторона является оккупирующей воюющей стороной по отношению к этой территории. По мнению Глана, «военная оккупация… согласно нормам обычного и договорного международного права, предполагает такое положение дел, при котором суверен, законное правительство оккупированной территории… стоит в центре всех этих норм международного права, которые, признавая и утверждая права оккупанта на управление оккупированной территорией, в то же время направлены на защиту возвратных прав вытесненного суверена. Казалось бы, из этого следует, что в случае, подобном данному, когда вытесненное государство никогда не было законным сувереном, эти нормы военной оккупации, направленные на защиту возвратных прав такого суверена, не имеют применения» [*Israeli Law Review*, 1968, p. 279].

Этот же вывод относится и к сектору Газа, который даже правительство ОАР считало территорией под военной оккупацией; это правительство никогда даже не утверждало, что имеет какие-либо законные права на эту территорию.

Таким образом, территориальная ситуация уникальна, и поэтому израильское правительство попыталось провести различие между теоретическими правовыми и политическими проблемами, с одной стороны, и соблюдением гуманитарных положений Четвертой конвенции — с другой. Соответственно, правительство Израиля провело различие между юридической проблемой применимости к рассматриваемым территориям Четвертой конвенции, которая, как уже говорилось, не применяется, на мой взгляд, к этим территориям, и решило действовать де-факто в соответствии с гуманитарными положениями Конвенции. […]

[…]

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

[…] Значительные достижения существующей системы состоят, на мой взгляд, в следующих моментах: a) существование с первого дня военной администрации, военной судебной системы, основанной на принципе господства права, системы, в которой даже враждебно настроенные критики за границей не обнаружили настоящих изъянов; b) быстрое восстановление нормальной работы местных судов, которые без помех осуществляют свои полномочия; c) тот факт, что осуществление права на защиту обеспечено во время судебных процессов как в военных, так и в гражданских судах; d) предусмотренная возможность свободно критиковать армейские власти путем обращения в Высокий суд правосудия, в отличие от обычной практики во всех других странах во время правления военной администрации на оккупированной территории; e) сущест-

вование Апелляционных комитетов по возмещению убытков и по решениям курирующих органов под контролем юристов; f) тот факт, что права населения обеспечены длинным рядом законодательных актов, касающихся защиты имущества, имущественных прав, прав на социальное страхование и свободу вероисповедания. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Существовал ли в 1967 г. международный вооруженный конфликт между Израилем, Иорданией и Египтом? Применима ли к этому конфликту Конвенция IV? Когда прекращается ее применение? (См. статьи 2 и 6 Конвенции IV.)

   b. Положения Конвенции IV об оккупированных территориях применимы только в случае оккупации территории «Высокой Договаривающейся Стороной»? (См. статью 2(2) Конвенции IV.) Или они применимы ко всем территориям, находящимся под контролем стороны в международном вооруженном конфликте? (См. статью 2(1) Конвенции IV.) Применимы ли к Западному берегу реки Иордан и к сектору Газа положения об «иностранцах на территории находящейся в конфликте стороны» согласно интерпретации Шамгара? Или, согласно его интерпретации, не применимы ни эти положения, ни положения, касающиеся оккупированных территорий? (См. статьи 2, 35—46 и 47—78 Конвенции IV.)

   c. Когда территория считается оккупированной по МГП? (См. статью 42 Гаагского положения.) Вопрос о том, считается ли территория оккупированной, решается на основании фактов, или правового статуса территории, или того и другого? Одинаково ли понятие «оккупированной территории» по Конвенции IV и «занятой территории» по Гаагскому положению?

   d. Почему Шамгар утверждает, что ни Западный берег, ни сектор Газа не являются оккупированными территориями по определению МГП, и что, следовательно, Конвенция IV неприменима? Учитывает ли МГП статус территории до оккупации? Согласно МГП, территория может быть оккупированной только в том случае, если ранее она находилась под контролем законного суверенного правительства, как утверждает Шамгар? Зависит ли применимость МГП от признания суверенитета предыдущего правительства? Каковы были бы практические последствия применимости Конвенции IV, если бы она зависела от законности имевшего место ранее контроля над завоеванной территорией? Кто может ответить на этот вопрос во время конфликта?

Каковы шансы на то, что воюющие стороны согласятся в данном вопросе, и, следовательно, на то, что Конвенции IV будет применима?

e. Касается ли Конвенция IV таких вопросов, как: «Кто начал войну?», «Кто выступает за правое дело?» или «Кто осуществляет законный контроль?» Не спутаны ли здесь jus ad bellum и jus in bello?

f. Входит ли в задачи МГП защита суверенных прав, как, кажется, предполагается в цитате из статьи Блума? Или его основная цель — защита отдельных лиц? Кто или что пользуется защитой Конвенции IV? (См. статью 4 Конвенции IV.)

2. Соответствует ли данное Шамгаром толкование понятия оккупированной территории обычному значению, «которое следует придавать терминам договора»? (См. статью 31(1) Венской конвенции о праве международных договоров.)

3. Хотя Израиль согласился «действовать де-факто в соответствии с гуманитарными положениями Конвенции», сказал ли он, о каких положениях идет речь? Какие положения являются гуманитарными? Можно ли разделить положения Конвенции IV на гуманитарные и негуманитарные? Разве МГП, по определению, не состоит полностью из гуманитарных положений? Являются ли положения, примененные Израилем в **Прецедентах № 110, 111** и **114** ниже, негуманитарными положениями? Например, являются ли негуманитарными запрещения пыток и депортаций?

Прецедент № 109, Израиль, «Военный прокурор против Кассема и других»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Lauterpacht, E. (ed.), *International Law Reports*, Cambridge, Grotius Publications Limited, vol. 42, 1971, pp. 470–483.]

ВОЕННЫЙ ПРОКУРОР ПРОТИВ ОМАРА МАХМУДА КАССЕМА И ДРУГИХ

Израиль, Военный суд, заседающий в Рамаллахе
13 апреля 1969 г.

Решение Суда таково:

[...] Первый из обвиняемых заявил, что являлся военнопленным, и такие же заявления сделали остальные подсудимые.

[…] Суд спросил подсудимых, готовы ли они дать показания, чтобы можно было установить, удовлетворены ли условия, которые давали бы им право считаться военнопленными […].

Второй подсудимый […] был готов дать показания под присягой. […] Он утверждал, что принадлежит к организации «Народный фронт освобождения Палестины» и что в момент захвата в плен он был одет в военную одежду и имел при себе выданный «Народным фронтом» военный пропуск, в котором стояли «буквы J. T. F. [Народный фронт освобождения Палестины], мое имя и личный номер». […]

[…]

Мы постановляем, что мы правомочны изучить вопрос о том, имеют ли подсудимые право на статус военнопленных, и принять решение по нему; и, если это решение окажется положительным, мы прекратим рассмотрение данного обвинения. […]

Сейчас мы рассмотрим виды комбатантов, которым предоставляется статус военнопленных при захвате их в плен неприятельскими силами. […]

[…]

Данные принципы были окончательно сформулированы в Женевской конвенции об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г. Рассматриваем мы эту Конвенцию как соглашение между Договаривающимися Сторонами или как описание ситуации в отношении обращения с военнопленными согласно обычному международному праву, мы исходим из предположения, что она применима к государству Израиль и его вооруженным силам; на самом деле, Израиль присоединился к Конвенции 6 июля 1951 г., Иордания сделала это 29 мая 1951 г.

Статья 4А данной Конвенции определяет все категории лиц, которые, попав во власть неприятеля, считаются военнопленными по смыслу Конвенции. Чтобы принять решение о статусе стоящих перед нами подсудимых, мы рассмотрим пункты (1), (2), (3) и (6) статьи 4А.

Нет никакого сомнения, что подсудимые не входят, говоря словами пункта (1), в «личный состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте» или в «личный состав ополчения и добровольческих отрядов, входящих в состав этих вооруженных сил».

В статье 2, предусматривающей сферу действия Конвенции, сказано, что она применяется «в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны».

Чтобы понять истинное назначение Конвенции, позвольте нам процитировать Лиланда Харрисона, представителя США:

> «Следовательно, Конвенция должна быть применима ко всем случаям объявленной или необъявленной войны между государствами — участниками Конвенции и к определенным вооруженным конфликтам на территории государства — участника Конвенции» (Заключительный доклад, IIB, p. 12).

Отсюда ясно, что Конвенция применяется к отношениям между государствами, а не между государством и сообществами, которые не являются государствами и не представляют государства. Следовательно, стороной в существующем между нами вооруженном конфликте является Королевство Иордания, а не организация, называющая себя «Фронт освобождения Палестины», которая не является ни государством, ни правительством и не считает себя в подчинении режима, который существовал на Западном берегу до оккупации и существует сейчас в границах Королевства Иордания. Таким образом мы исключили применимость к указанной организации положений пункта (3) статьи 4A. [...]

Пункт (6) статьи 4 также не имеет отношения к делу, поскольку подсудимые не принадлежат к населению неоккупированной территории, которое при приближении неприятеля стихийно по собственному почину берется за оружие для борьбы с вторгающимися войсками, не успев сформироваться в регулярные войска.

Будем кратки. Организация, к которой принадлежат подсудимые, не удовлетворяет даже самым простым критериям levée en masse. Мы не имеем дело с населением района, к которому приближается или который захватывает неприятель. В октябре 1969 г. мы не приближались к району, население которого еще не находилось под нашим эффективным контролем, и мы совершенно точно не захватывали новые районы, и не может быть ни малейшего сомнения, что в период с 5 июня 1967 г. по октябрь 1968 г. у этого «населения» было время, чтобы «сформироваться в регулярные войска».

Другая категория лиц, указанная в Конвенции, — нерегулярные силы, то есть ополчения и добровольческие отряды, не являющиеся частью регулярной национальной армии, но созданные на время войны или только для выполнения конкретного задания, включая движения сопротивления, принадлежащие стороне в вооруженном конфликте и действующие на их собственной территории или вне ее, даже если эта территория оккупирована. Для того чтобы их признали законными комбатантами, такие нерегулярные силы должны, однако, отвечать следующим четырем условиям: (a) иметь во главе лицо, ответственное за своих подчиненных, (b) иметь определенный и явственно видимый издали отличительный знак, (c) от-

крыто носить оружие, (d) соблюдать в своих действиях законы и обычаи войны.

Давайте сейчас рассмотрим, применимы ли эти положения статьи 4А, пункт (2), к подсудимым и их организации.

Во-первых, необходимо сказать, что член подпольной организации при захвате в плен неприятельскими силами должен отвечать всем четырем перечисленным выше условиям, чтобы иметь право на обращение, предоставляемое военнопленным, и отсутствия любого из них достаточно, чтобы такой комбатант не имел права считаться военнопленным. […]

Однако по какой-то причине в литературе по данной теме упускается самое основное условие для того, чтобы комбатанты имели право считаться военнопленными при захвате, а именно нерегулярные силы должны принадлежать воюющей стороне. Если они не принадлежат правительству или государству, за которое сражаются, то нам кажется, что с самого начала, согласно действующему международному праву, их личный состав не обладает правом на статус военнопленных при захвате.

Естественно, во время международных вооруженных конфликтов правительство, ранее обладавшее оккупированным районом, поощряет и берет под свое крыло нерегулярные силы, продолжающие сражаться на территории страны, защищает их и оказывает им материальную помощь, и, следовательно, между таким правительством и сражающимися войсками существует «командная связь», в результате чего правительство и военачальники его армии продолжают нести ответственность за тех, кто сражается во имя них и от их лица.

[…] Если международное право действительно делает ведение войны предметом обязательных норм, то нарушения этих норм — преступления, самыми серьезными из которых являются военные преступления. Именно имплементация норм ведения войны наделяет правами и обязанностями, следовательно, должна существовать противная сторона, чтобы нести ответственность за действия своих сил, регулярных и нерегулярных. Мы согласны, что Конвенция применима к вооруженным силам (в широком смысле этого термина), которые, с точки зрения ответственности по международному праву, принадлежат государству, находящемуся в вооруженном конфликте с другим государством, но сюда не включены те силы — даже регулярные войска, — которые не подчиняются власти государства и его правительственных органов. Конвенция совершенно не применима к ним. Их следует считать комбатантами, не находящимися под защитой положений международного права о военнопленных, а оккупирующая держава для любых целей может рассматривать их как преступников.

Значимость подчинения нерегулярных войск центральному правительству обусловила во время Второй мировой войны необходимость того, что государства и правительства в изгнании выпускали декларации относительно связи между ними и народными силами сопротивления (см., например, Нидерландский королевский чрезвычайный декрет от сентября 1944 г.). На самом деле, вопрос о подчинении нерегулярных комбатантов впервые возник в связи с Женевской конвенцией. В Гаагской конвенции от 18 октября 1907 г. не упоминается такое подчинение, возможно, из-за малозначительности этого вопроса, поскольку в начале века редко использовались боевые части, известные как нерегулярные силы, партизаны и т. п. Однако с учетом опыта двух мировых войн страны мира сочли необходимым добавить основополагающее требование о том, что правительства должны нести полную ответственность за действия нерегулярных войск, и обеспечить таким образом наличие стороны, которую можно будет привлечь к ответу, если эти войска действуют в нарушение законов и обычаев войны.

В настоящем случае мы видим иную картину. Ни одно из правительств, с которыми мы находимся в состоянии войны, не принимает на себя ответственность за действия «Народного фронта освобождения Палестины». Сама организация, насколько нам известно, не готова получать приказы от правительства Иордании, о чем свидетельствует тот факт, что в Иордании она находится вне закона и неоднократно подвергалась преследованиям со стороны властей Иордании. Среди мер, принятых против нее Иорданией, было и использование оружия. Подобный вид подпольной деятельности неизвестен в международном сообществе, и по этой причине, как уже указывалось, мы не нашли в имеющейся соответствующей литературе прямых упоминаний о том, чтобы нерегулярные войска считались незаконными теми властями, которым, по природе вещей, они должны подчиняться. Если эти власти считают такую организацию, как «Народный фронт освобождения Палестины», незаконной, почему же мы должны относиться к ней как к сообществу, к которому применимы международные нормы, касающиеся законных сообществ?

Несмотря на все это, позвольте нам тем не менее проявить чрезвычайную щедрость и попытаться исходить из предположения, что каждый участник сообщества — пусть даже такого незаконного — имеет право считаться военнопленным при захвате, если это сообщество отвечает четырем основным условиям, указанным в статье 1 Положения о законах и обычаях сухопутной войны, составляющим приложение к Гаагской конвенции от 18 октября 1907 г. [...]

Не каждый комбатант имеет право на обращение, предусмотренное рядом все более гуманных конвенций, которое облегчило положение раненых из числа личного состава вооруженных сил. Гражданские лица, которые не соблюдают нормы, регулирующие levee en masse, и приняли

активное участие в бою, находятся в том же положении, что и шпионы. Подобным же образом комбатанты, принадлежащие к личному составу вооруженных сил, но не удовлетворяющие минимальным критериям воюющих или, как было доказано, нарушившие другие нормы ведения войны, являются военными преступниками и как таковые подлежат любому обращению и наказанию, которые совместимы с претензией захватившего их государства на цивилизованность.

Введение дополнительных различий между законными и незаконными комбатантами и объединенная проверка для определения комбатантов и некомбатантов, а также и гражданского и военного статуса дают возможность обеспечить широкую защиту подавляющего большинства гражданских лиц на оккупированной территории и захваченных в плен военнослужащих вооруженных сил.

В более узких рамках даже те категории пленных, на которых не распространяется такое благоприятное обращение, пользуются преимуществами цивилизованного обращения. По крайней мере, они имеют право на то, чтобы решающие факты, касающиеся их характера как некомбатантов, устанавливались... судебным путем. Кроме того, любое налагаемое на них наказание должно оставаться в рамках цивилизованных стандартов.

Учитывая все вышеизложенное, нетрудно ответить на утверждение адвоката защиты, что горстке лиц, которые действуют в одиночку и сами по себе отвечают условиям статьи 4А(2) Конвенции, также может быть предоставлен статус военнопленных. Наш ответ не следует цепи рассуждений уважаемой защиты.

[...] Можно сказать, что лицо или сообщество лиц, не отвечающие требованиям статьи 4А(2) Конвенции, никогда не могут считаться законными комбатантами, даже если они заявляют о своей готовности сражаться в соответствии с ее условиями. Украшающий себя павлиньими перьями не становится от этого павлином.

Каков правовой статус этих незаконных комбатантов по международному праву? Ответ можно найти в труде фон Глана (von Glahn) [*The Occupation of Enemy Territory*, p. 52].

Если вооруженная шайка действует против оккупационных сил в нарушение принятых законов войны... здравый смысл и логика подсказывают, что за ней должен быть сохранен незаконный статус. Если вооруженная шайка действует скорее в поисках добычи, а не на благо законной верховной власти оккупированной территории, ее члены не могут и не должны претендовать на права комбатанта или военнопленного. [...]

Если мы теперь рассмотрим факты, обнаруженные благодаря показаниям свидетеля обвинения Моше, мы увидим, что сообщество, называющее себя «Народный фронт освобождения Палестины», действует, полностью пренебрегая обычным международным правом, принятым цивилизованными народами.

Нападение на гражданские объекты и убийство гражданских лиц на рынке Мане Йегуда в Иерусалиме, «Ночь гранат» в Иерусалиме, закладывание гранат и зарядов взрывчатых веществ на центральной автобусной станции в Тель-Авиве и т.д. — все это злоумышленные террористические акты, направленные против мужчин, женщин и детей, которые определенно не являются законными военными объектами. [...] Защита некомбатантов от непосредственного нападения — одна из основных норм международного права войны.

Наличие гражданской одежды среди вещей подсудимых показывает, в отсутствие какого-либо разумного объяснения, их намерение перейти от роли не пользующихся защитой комбатантов к роли обычных преступников. Действия, связанные с убийством мирных людей, такие как нападения на самолеты в аэропортах Афин и Цюриха, достаточно явно об этом говорят.

Международное право не предназначено для защиты диверсантов и преступников и наделения их правами. Подсудимые не имеют никаких прав, кроме права на разбирательство в суде и на то, чтобы это разбирательство проходило в соответствии с законом и фактами, подтвержденными доказательствами, в соответствии с требованиями нравственности и международного права.

Поэтому мы отклоняем заявление подсудимых об их праве считаться военнопленными и постановляем, что мы правомочны заслушать дело в соответствии с обвинительным заключением. [...]

[Report: Law and Courts in the Israel held Areas (Jerusalem, 1970), p. 17.]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Существует ли международный вооруженный конфликт, который делал бы применимым МГП? Если да, то между какими странами? Когда применяется Конвенция III? Кто является воюющей стороной? Утверждает ли Суд, что Конвенция III не применяется в данном случае? По каким причинам? (См. статью 2, общую, Конвенций.)

b. Основано ли решение Суда на той же аргументации, которая использовалась, чтобы установить неприменимость Конвенции IV к Западному берегу реки Иордан и сектору Газа? (См. **Прецедент № 108**, Израиль, Применимость Конвенции к оккупированным территориям.) Перед израильскими судами применима Конвенция III, но не Конвенция IV? Когда в решении говорится, что «Народный фронт освобождения Палестины» «действует скорее в поисках добычи, а не на благо законной верховной власти оккупированной территории», учитывается ли в нем, вопреки **Прецеденту № 108**, Израиль, Применимость Конвенции к оккупированным территориям, что Иордания является законным сувереном, или оно отказало бы в статусе военнопленных иорданским солдатам?

c. Согласно рассуждениям Суда, защищает ли Конвенция III палестинцев, проживающих на оккупированных территориях и восставших против оккупации? Применялась бы она к палестинцам, сражавшимся на той же территории до оккупации? Как бы вы ответили на эти вопросы согласно МГП?

d. Имеет ли по Конвенции III право на статус военнопленного человек, сражающийся за государство, которое не признано держащей в плену державой? Что, если держащая в плену держава просто не признает правительство этого государства? Должно ли государство или правительство признать, что этот человек сражается за них, или ему достаточно на самом деле за них сражаться? Дадите ли вы иной ответ согласно Протоколу I? Или ему достаточно принадлежать к стороне в конфликте? Разве подсудимый не сражается за Палестинское государство? Представляет ли НФОП это государство? (См. статьи 2 и 4 Конвенции III и статьи 1 и 43 Протокола I.)

e. Объясняет ли такое толкование статьи 2 Конвенции III, почему в Протокол I включена статья 1(4)? Могло ли быть принято решение Суда, если бы применялся Протокол I? Были бы результаты иными? Какая часть рассуждений Суда была бы иной? Какие дополнительные факторы пришлось бы рассмотреть Суду? Были бы Конвенции автоматически неприменимыми из-за того, что «Народный фронт освобождения Палестины» не являлся государством — участником Конвенций? (См. статьи 1(4) и 96(3) Протокола I.)

2. Согласно МГП, кто считается комбатантом? Какое значение имеет это определение в данном деле? Разве, помимо статьи 4A Конвенции III, определение не дано в статье 1 Гаагского положения?

3. a. Прав ли Суд, указывая, что для получения статуса военнопленного лицо должно принадлежать к стороне в конфликте? Или достаточно отвечать условиям, перечисленным в статье 4(A)(2)(a)—(d)? Был бы ответ иным, если бы применялся Протокол I?

   b. Следует ли рассматривать требования, перечисленные в статье 4(A)(2)(a)—(d), в совокупности? Им должна отвечать вся группа или только те ее члены, которые претендуют на статус военнопленных? Достаточно ли того, что группа лишь стремится отвечать этим требованиям?

4. Если бы обвиняемых наделили статусом военнопленных, пришлось бы Суду прекратить рассмотрение обвинения в «убийстве гражданских лиц [...], закладывании гранат [...] на центральной автобусной станции в Тель-Авиве [...], злоумышленных террористических актах»? Если бы применялся Протокол I, имели бы обвиняемые иммунитет против судебного преследования за такие деяния? Или МГП скорее предписывал бы такое судебное преследование? (См. статьи 4 и 85 Конвенции III и статьи 43, 44, 51 и 85(3) Протокола I.)

Прецедент № 110, Израиль, «Аюб против министра обороны»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Воспроизводится в сокращенном виде и частично переведено в Domb, F. in Israel Yearbook on Human Rights, 1979, pp. 337–342; примечания не приводятся.]

II. H. C. 606/78, АЮБ И ДРУГИЕ ПРОТИВ МИНИСТРА ОБОРОНЫ И ДРУГИХ (ДЕЛО БЕТ ЭЛЬ); H. C. 610/78, МАТАВА И ДРУГИЕ ПРОТИВ МИНИСТРА ОБОРОНЫ И ДРУГИХ (ДЕЛО БЕКАОТ) 33(2) Piskey Din 113.

В этом деле Верховный суд Израиля, заседавший как Высокий суд правосудия, просил вынести решение о законности создания еврейских гражданских поселений на частных арабских землях, ранее реквизированных израильской военной администрацией по причинам военного характера и безопасности. Оба истца-араба являются владельцами земель

в Аль-Бирехе и Тубасе, которые находятся, соответственно, в Иудее и Самарии, на Западном берегу реки Иордан (в регионе, который после Шестидневной войны 1967 г. управляется израильской военной администрацией). Земли были реквизированы в 1970 и 1975 гг. согласно приказам, отданным военным командующим округом. В приказах заявлялось, что военный командующий округом считает реквизицию необходимой по причинам военного характера и безопасности. По инициативе израильского гражданского правительства, а не военного командующего, в 1978 г. на реквизированных землях были созданы еврейские поселения, после чего землевладельцы-арабы подали в Высокий суд правосудия ходатайство о вынесении судебного запрета против приказов о реквизиции и о возвращении их земель. Приводились два основания:

a) реквизиция не была необходима по истинным причинам военного характера или безопасности и на самом деле не служит никакой цели;

b) с другой стороны, даже если она оправдана военной необходимостью, реквизиция земель является нарушением норм международного права, на которые истцы имеют право ссылаться в данном Суде.

Что касается связи между двумя этими основаниями, Суд с самого начала подчеркнул, что два этих независимых основания не следует путать. Действие военной администрации на оккупированной территории может быть оправдано с военной точки зрения, с точки зрения безопасности, однако вполне возможно, что оно при этом несовершенно с точки зрения международного права. Не все, что способствует обеспечению безопасности, допустимо по международному праву.

Судьи Высокого суда […] проанализировали оба основания по отдельности и, наконец, единогласно отклонили ходатайство. Решение было зачитано судьей Уитконом. […]

Вначале судья Уиткон сделал предварительное замечание, поясняя, что решение Суда будет основано исключительно на

> правах находящихся перед нами сторон в соответствии со сложившейся сейчас ситуацией в отношениях между Израилем и арабскими государствами. Эта ситуация — состояние войны, и статус ответчиков по отношению к оккупированной территории — это статус оккупирующей державы.

Первый довод, приведенный истцами, — что реквизиция не была на самом деле оправдана военной необходимостью или необходимостью обеспечения безопасности, — был отклонен судьей Уитконом по следующим причинам:

1. Нельзя провести никакого различия, как это предлагают истцы, между строгой военной необходимостью, оправдывающей приказы о реквизиции, и общими потребностями в области безопасности, которые, предположительно, находятся вне сферы компетенции властей, осуществляющих реквизицию. По мнению Суда, «военный аспект и аспект безопасности суть одно и то же», потому что

> существующая ситуация является ситуацией войны, и на оккупирующую державу возложена ответственность за поддержание порядка и безопасности на оккупированной территории. Она также должна предотвращать опасности, которые угрожают с такой территории самой оккупированной территории и оккупирующей державе. В наши дни война принимает форму диверсионных актов, и даже те, кто считает подобные акты (при которых страдают невинные гражданские лица) формой партизанской войны, должны признать, что оккупирующая держава уполномочена и даже обязана принимать все необходимые меры для их предотвращения.

Поэтому действия военного командующего оправданы как удовлетворяющие строгой военной необходимости, или общим потребностям в области безопасности, или, собственно говоря, и тому и другому.

2. Оккупирующее государство может принимать превентивные меры против террористической деятельности и диверсионных актов даже в тех районах, где они на самом деле не происходят. Это сообразуется с решением Суда «по делу Хилу», на которое ссылается судья Уиткон. В том деле речь шла о реквизиции земли, принадлежавшей бедуинским племенам в районе Рафиаха (на Северном Синае), на которой были созданы еврейские поселения. Ходатайство бедуинов о вынесении судебного запрета против приказов о реквизиции было отклонено Судом. Суд единогласно поддержал доводы ответчика о том, что предпринятые шаги были необходимы из-за террористической деятельности и диверсионных актов, действительно имевших место в данном районе. Что касается настоящего дела, то, хотя в рассматриваемом районе не осуществлялась террористическая деятельность, судья Уиткон отказался проводить различие между двумя этими делами, утверждая, что профилактика — лучшее лекарство от любой болезни и предпочтительнее обнаружить и предотвратить террористическую деятельность до собственно совершения терактов. Поскольку в одном из аффидевитов, представленных ответчиками, недвусмысленно указано, что реквизированные земли находятся в стратегически уязвимых районах, «трудно ожидать, что оккупирующая держава отдаст контроль над этими районами элементам, которые вполне могут быть враждебными».

3. Пока существует состояние войны, еврейские поселения на оккупированных территориях служат реальным нуждам обеспечения безопасности. Судья Уиткон подтверждает свое мнение по «делу Хилу», согласно которому тот факт, что реквизированные земли предназначены для еврейских поселений, не противоречит тому, что реквизиция осуществляется в интересах безопасности. С его точки зрения,

> бесспорно, на оккупированных территориях существование поселений — пусть и «гражданских» — граждан оккупирующей державы во многом способствует обеспечению безопасности в этом районе и помогает армии в выполнении ее задачи. Не нужно быть военным и экспертом в области обороны, чтобы понимать, что террористам легче действовать в местности, где проживает лишь население, относящееся к неприятелю безразлично или сочувственно, чем в районе, где также находятся люди, которые могут наблюдать за неприятелем и сообщать властям о любых подозрительных перемещениях. От таких людей террористы не получат укрытие, помощь или продовольствие.

Поскольку аффидевиты ответчика подтверждают, что еврейские поселенцы находятся под контролем армии и остаются в этом районе лишь с разрешения и санкции армии, судья Уиткон по-прежнему придерживается своего мнения, выраженного в «деле Хилу», что, «пока существует состояние войны, еврейское поселение на оккупированных территориях служит реальным нуждам обеспечения безопасности».

Поэтому Суд постановил, что обсуждаемые реквизиции и последующее создание гражданских поселений действительно служат военным нуждам и нуждам обеспечения безопасности и, следовательно, не противоречат внутригосударственному законодательству Израиля.

В поддержку другого своего довода — оспаривания законности реквизиций с точки зрения международного права — истцы ссылались на положения Гаагской конвенции (IV) 1907 г. о законах и обычаях сухопутной войны и (Четвертой) Женевской конвенции 1949 г. о защите гражданского населения во время войны. Обратившись к этому доводу, судья Уиткон сперва рассматривает и решает предварительный вопрос о том, могут ли истцы, как покровительствуемые лица, сами заявлять о своих правах по этим Конвенциям во внутригосударственном (внутреннем) суде оккупирующего государства, или только государства — участники этих Конвенций могут заявлять о правах покровительствуемых лиц и, конечно, только на международном уровне.

По словам Суда, ответ на этот вопрос зависит от того, стали ли положения международного права, применение которых требуется, частью внутригосударственного законодательства того государства, суд которого

просят их применить. Положение международной конвенции является частью внутреннего законодательства — и, следовательно, может быть применено внутренними судами, — если оно принадлежит к обычному международному праву. В отличие от этого договорное международное право обязательно к применению лишь государствами-участниками inter se.

Что касается положений Гаагской конвенции 1907 г. и Четвертой Женевской конвенции 1949 г., судья Уиткон ссылается на три решения Верховного суда, в которых обе эти Конвенции были признаны частью договорного международного права, а на нем отдельные лица не могут основываться в израильском внутреннем суде. Однако после вынесения этих решений профессор Йорам Динштейн опубликовал статью, где подчеркивалось существование различия между двумя этими Конвенциями и тот факт, что, хотя Четвертая Женевская конвенция 1949 г. остается частью договорного международного права, Гаагское положение 1907 г., которое в любом случае лишь выражает право, принятое всеми просвещенными государствами, считается частью обычного международного права.

В свете данной статьи и рассмотрев точки зрения Шварценбергера и фон Глана, судья Уиткон уверился в том, что Гаагская конвенция 1907 г., как правило, считается частью обычного международного права, тогда как положения Четвертой Женевской конвенции 1949 г. сохраняют свой договорной характер. Следовательно, истцы могут ссылаться в этом Суде на Гаагскую конвенцию 1907 г., — которая является частью внутреннего права Израиля, — но не на положения Четвертой Женевской конвенции 1949 г. Поскольку их утверждение о незаконности поселений полностью основывалось на статье 49 Четвертой Женевской конвенции 1949 г., Суд неправомочен его рассматривать.

Таким образом, Суду осталось лишь решить, нарушает ли реквизиция земель истцов, среди прочего, статьи 23 и 46 Гаагского положения, запрещающие конфискацию частной собственности. Суду было доказано, что обсуждаемые земли были захвачены только с целью использования, и что истцам, сохраняющим право собственности на земли, была предложена арендная плата. Подобный захват — то есть реквизиция — законен по статье 52 Гаагского положения, которую фон Глан комментирует следующим образом:

> При обычных обстоятельствах оккупирующая держава не может присваивать или захватывать на постоянной основе какую-либо недвижимую частную собственность, но, с другой стороны, временное использование земли и зданий для различных целей кажется допустимым, если оправдывается военной необходимостью…

Суд также принимает точку зрения фон Глана в отношении вопроса о том, как обращаться с землей, которая действительно не нужна оккупирующей армии для ее нужд, однако не может быть оставлена в собственности ее владельцев, чтобы не послужить интересам неприятеля. Согласно процитированному Судом отрывку, «здравый смысл, кажется, требует, чтобы оккупирующая армия приняла превентивные меры против такого использования частной собственности ее владельцами». [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. В каких случаях, согласно МГП, частная собственность может быть реквизирована на оккупированной территории? Кем? В каких случаях частная собственность может быть конфискована? Кем? Какие дополнительные ограничения накладывает МГП на реквизицию и конфискацию? (См. статьи 23(ж), 46, 52 и 55 Гаагского положения и статью 49 Конвенции IV.)

   b. Совпадает ли мнение Суда относительно того, в какой мере допустимы реквизиции со стороны оккупирующей державы, с решением Нюрнбергского военного трибунала в **Прецеденте № 78**, США против Альфреда Круппа и других? Какое из этих решений правильное?

2. Что касается данного дела, была ли земля реквизирована в военных целях или в целях обеспечения безопасности? Служит ли создание поселения по инициативе гражданского правительства Израиля, а не военного командующего, военным целям или целям обеспечения безопасности? Предположим, что нужды оккупационной армии или военная необходимость оправдывают временный захват частной земли, дает ли это оккупирующей державе право поселить на этой земле своих собственных граждан? (См. статью 49(6) Конвенции IV.)

3. Поскольку оккупация считается временной, является ли создание постоянных поселений нарушением МГП? За исключением нужд обеспечения безопасности, в каких случаях оккупирующая держава может производить долговременные изменения на оккупированной территории? Позволило бы МГП создание таких поселений, если бы они служили на благо местного палестинского населения? (См. статьи 43, 46, 52 и 55 Гаагского положения.)

4. Вне зависимости от того, служила ли реквизиция земли военным целям, являются ли такие поселения прямым нарушением положения МГП, запрещающего перемещение населения оккупирующей державы на оккупированную территорию? (См. статью 49(6) Конвенции IV.) Какую

цель преследует это положение МГП? Это гуманитарная цель? Было бы допустимым добровольное поселение израильтян, которое не осуществляло бы и которому не содействовало бы правительство оккупирующей державы? Могли бы военная необходимость или причины безопасности оправдать нарушение запрета на перемещение населения оккупирующей державы на оккупированную территорию?

5. a. Почему Суд заявляет, что он неправомочен рассматривать Конвенцию IV? Почему статус Конвенции как части договорного или обычного права важен для ее применимости в этом деле, особенно потому, что Израиль является государством — участником Конвенции? Разве договорные нормы носят менее обязательный характер, чем обычные?

   b. Может ли государство решить, что международные договоры становятся частью его законодательства только в том случае, если существуют законодательные акты об их применении? Обязано ли государство принимать такие законодательные акты? Обязывает ли МГП государства-участники позволять ссылаться на Конвенции в их судах? Может ли Израиль ссылаться на свою конституционную систему, отсутствие законодательных актов о применении Конвенций или решение своего Верховного суда, чтобы избежать международной ответственности за нарушения Конвенции IV?

   c. Применимо ли в этом деле Гаагское положение? В качестве договорного или обычного права?

   d. Объясняет ли Суд, почему (предположительно все) нормы Гаагского положения являются обычным правом, а (предположительно все) положения Четвертой Женевской конвенции — не являются? Чем могло бы быть оправдано такое различие? Как мог бы профессор Динштейн объяснить тот факт, что все положения Конвенции IV носят исключительно договорной характер? Принадлежат ли некоторые из них к обычному праву? Является ли статья 49(6) Конвенции IV частью обычного права? Как можно определить, является ли статья 49(6) Конвенции IV положением обычного или исключительно договорного права, принимая во внимание, что в 1978 г. менее 10 из более чем 150 государств не были обязаны соблюдать это положение по договору? Следует ли оценивать лишь практику этих государств, не являвшихся участниками Конвенции? Следует ли определять лишь то, была ли статья 49(6) положением обычного права в 1949 г.? Разве обычное право не развивалось в период между 1949 и 1979 г.? Почему бы статье 49(6) Конвенции IV не быть частью обычного права?

Прецедент № 111, Израиль, Разрушение жилых домов на оккупированных палестинских территориях

ПРЕЦЕДЕНТ

[N. B.: В 2004 г. Израиль принял официальное решение не прибегать более к уничтожениям домов в карательных целях, поскольку эти меры не оказывают сдерживающего эффекта.]

A. «Сахвил и другие против командующего округом Иудея и Самария»

[**Источник**: Israeli Yearbook on Human Rights, vol. 10, 1980, p. 345; примечания не приводятся.]

ВЫСОКИЙ СУД 434/79, САХВИЛ И ДРУГИЕ
против
КОМАНДУЮЩЕГО ОКРУГОМ ИУДЕЯ И САМАРИЯ

[…]
[…]
Настоящее ходатайство было подано в Высокий суд правосудия двумя арабскими женщинами […] с Западного берега реки Иордан. Женщины просили Суд вынести судебный запрет, который помешал бы ответчику опечатывать, или разрушать, или экспроприировать дома, в которых жили они и их семьи.

[…]

Что касается дома второй истицы, ответчик действительно приказал опечатать одну из комнат — принадлежавшую ее сыну. Адвокат женщины […] утверждал в Высоком суде, что приказ об опечатывании комнаты не имел юридической силы, являясь дискриминационным, произвольным и нарушающим (Четвертую) Женевскую конвенцию 1949 г. о защите гражданского населения во время войны. Суд рассмотрел тот факт, что Военный суд в Рамаллахе признал сына этой женщины виновным в том, что он является членом незаконной организации, предоставил убежище лицу, совершившему преступление в нарушение законодательства об обеспечении безопасности, и владел взрывчатыми веществами. Суду было доказано, что ее сын сознательно использовал свою комнату, которую ответчик приказал опечатать, как убежище для члена организации «Фатх» (который действительно участвовал в диверсионной деятельности в Иерусалиме) и место хранения мешка с взрывчаткой. Принимая во вни-

мание цель, с которой использовалась комната, Суд счел довод о незаконности приказа ответчика безосновательным. Суд заявил, что комната могла быть опечатана на законных основаниях согласно Норме 119(1) Оборонных (чрезвычайных) норм от 1945 г., которые «составляют Иорданское законодательство, которое остается в силе с периода британского мандата и которое, следовательно, все еще действует в Иудее и Самарии». Что же до того, что содержание Нормы 119 разрешает уничтожение частной собственности при определенных обстоятельствах, Суд заметил, что «Норма 119 применяется к необычным карательным действиям, основной целью которых является предотвращение повторения подобных деяний».

Наконец, Суд также отклонил утверждение адвоката, касающееся соблюдения Женевской конвенции. Он счел излишним рассмотрение вопроса о том, обязан ли был ответчик выполнять положения Женевской конвенции, поскольку «даже если бы это было так, не существует противоречия между положениями Конвенции… и использованием полномочий, возложенных на ответчика законодательством, действовавшим в то время, когда округ Иудеи и Самарии находился под властью Иордании, и до сих пор оставшимся в силе в Иудее и Самарии». Поэтому данное ходатайство было отклонено Высоким судом, и опечатывание комнаты ответчиком было одобрено.

B. Израильский информационный центр по правам человека на оккупированных территориях, «Разрушения в якобы военных целях»

[**Источник**: The Israeli Information Centre for Human Rights in the Occupied Territories, «Demolition for Alleged Military Purposes», см. http://www.btselem.org.]

Международное гуманитарное право

Даже после перехода частей Западного берега и сектора Газа под контроль Палестинской администрации в рамках Соглашений Осло Израиль по-прежнему оккупирует оккупированные территории. Как оккупант он должен выполнять обязанности оккупирующей державы и действовать в соответствии с законами оккупации.

На оккупированных территориях имеют место военные действия, однако эти события не оправдывают то, что Израиль уклоняется от выполнения своих обязанностей как оккупанта, словно оккупация закончилась. […]

Оккупирующая держава должна также защищать имущество гражданского населения. Статья 46 Гаагского положения предусматривает, что част-

ная собственность должна быть уважаема и не подлежит конфискации. Статья 53 Четвертой Женевской конвенции предусматривает, что запрещается уничтожение оккупирующей державой имущества, «которое не является абсолютно необходимым для военных операций». Поскольку оккупант несет особые обязательства перед гражданским населением, на нем лежит чрезвычайно тяжкое бремя доказывания того, что ущерб был необходим. Статья 147 Конвенции предусматривает, что «незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью» являются серьезным нарушением Конвенции.

Израильские должностные лица используют статью 23(ж) Гаагского положения, чтобы оправдать разрушение домов и уничтожение сельскохозяйственных земель. В этой статье говорится, что запрещено «истреблять или захватывать неприятельскую собственность, кроме случаев, когда подобное истребление или захват настоятельно вызываются военною необходимостью». Израильские должностные лица утверждают, что защита сил безопасности и поселенцев от огня со стороны палестинцев и борьба с рытьем туннелей, предназначенных для контрабанды оружия, представляют собой настоятельную военную необходимость, оправдывающую уничтожение имущества в соответствии со статьей 23(ж).

Между статьей 23(ж) Гаагского положения, на которую опирается Израиль, и статьей 53 Четвертой Женевской конвенции нет существенной разницы, эти статьи дополняют друг друга. Израиль ссылается на Гаагское положение по двум соображениям: он стремится подчеркнуть, что на оккупированных территориях в настоящий момент происходит вооруженный конфликт и что Четвертая Женевская конвенция не применима на оккупированных территориях, — довод, который он постоянно приводит с 1967 г., вопреки мнению международного сообщества.

Даже в случае военной необходимости, которая может стать исключением из всеохватного запрещения уничтожения имущества, оккупант должен соблюдать другие положения международного гуманитарного права. Действительно, правоведы и международные трибуналы твердо отклонили тот довод, что военная необходимость превалирует над любыми другими соображениями и отменяет применение этих других положений. Каждое действие должно соответствовать международному гуманитарному праву, и стороны не обладают свободой в выборе путей и средств ведения боя.

Чтобы предотвратить широкое толкование исключения, установленного в статье 23(ж) Гаагского положения и статье 53 Четвертой Женевской конвенции, международное гуманитарное право предусматривает, среди прочего, что запрещено уничтожать имущество в качестве превентив-

ной меры в случаях, когда опасности еще нет. Оно также предусматривает, что уничтожение имущества запрещено, если есть альтернативные, менее вредоносные средства достижения цели. Кроме того, в прямой форме запрещается уничтожать имущество в сдерживающих целях, с намерением запугать или отомстить гражданскому населению. Также запрещено наносить вред имуществу с намерением причинить постоянный или долгосрочный ущерб.

Хотя нельзя полностью отвергнуть утверждение о том, что в некоторых случаях уничтожение было вызвано военной необходимостью, есть веские основания полагать, что многие подобные случаи были связаны с соображениями, выходящими за рамки узкого определения военной необходимости. Однако мы не будем рассматривать вопрос о том, существовала ли в действительности в секторе Газа военная необходимость, которая оправдывала исключение из запрещения уничтожения частной собственности. Ведь даже если военная необходимость была, поведение Израиля грубо нарушает другие нормы международного гуманитарного права, нарушения которых достаточно, чтобы сделать это поведение незаконным.

И в прошлом Израиль также в значительной степени опирался на широкое толкование исключения на основании военной необходимости. Израиль утверждал наличие «настоятельной военной необходимости», оправдывающей разрушение домов, совершенное в соответствии с Нормой 119 Оборонных чрезвычайных норм. Израиль утверждал это, даже несмотря на свое заявление, что разрушение домов имеет целью наказать лиц, подозреваемых в нападениях на Израиль, и удержать других палестинцев от совершения подобных действий. Запрещение уничтожения имущества, установленное в международном гуманитарном праве, предназначено именно для того, чтобы предотвратить использование таких оснований для оправдания ущерба имуществу.

Принцип соразмерности

[…] Принцип [соразмерности] также применим к политике Израиля, обсуждаемой в данном документе. Согласно опубликованному МККК комментарию к статье 53 Четвертой Женевской конвенции, уничтожение имущества незаконно, если оккупирующая сторона не «пытается сохранить чувство соразмерности при сравнении военных преимуществ, которые должны быть получены, с наносимым ущербом». Это запрещение применяется даже в ситуации военной необходимости.

Изучение обстоятельств, в которых Израиль проводит свою политику, — в огромном количества разрушая дома, выкорчевывая деревья, уничтожая сельскохозяйственные поля, — и принятого Израилем для осуществ-

ления его политики образа действий ясно и недвусмысленно показывает, что эти утверждения беспочвенны. Вред, нанесенный гражданскому населению, был чрезмерным по сравнению с военным преимуществом, которое Израиль якобы пытался получить, осуществляя такую политику.

Одно из основных требований соразмерности гласит, что действия, которые причинят вред гражданским лицам, могут быть предприняты лишь после того, как альтернативные действия, которые причинили бы меньше вреда, были рассмотрены и отклонены, поскольку не дали бы необходимого военного преимущества. Израиль пренебрегает этим правилом и использует средства, которые причиняют огромный вред гражданским лицам. Израиль заявляет, что уничтожение сельскохозяйственных полей и разрушение домов составляют его будущую политику. Если эти деяния объявляются политикой — значит отсутствует намерение рассматривать альтернативы до осуществления актов разрушения.

Силы обороны Израиля уничтожали целые жилые районы, утверждая, что под некоторыми из домов были вырыты туннели и по ним контрабандой проносили оружие. В других случаях армия уничтожала десятки домов на том основании, что из этих районов палестинцы вели стрельбу по солдатам сил обороны. Разрушение домов на основании такого утверждения не может считаться удовлетворяющим условия, которые ставит принцип соразмерности.

Израиль уничтожал посевы и сельскохозяйственные угодья и выкорчевывал деревья на основании того, что с этих полей палестинцы вели огонь по солдатам и поселенцам. В некоторых случаях силы обороны Израиля уничтожали поля, где росли помидоры и кабачки и где не могли прятаться люди. Действия армии нанесли долгосрочный и в некоторых случаях необратимый ущерб земле и повлияли на доходы тысяч людей на многие годы вперед. Конечно, нельзя считать, что подобные разрушения соответствуют принципу соразмерности. […]

Довод о том, что Израиль нарушал принцип соразмерности при осуществлении своей политики в секторе Газа, подтверждается замечаниями бригадного генерала Дов Цадки, главы гражданской администрации. Отвечая на вопрос корреспондента «Б'Маханеха» [журнал сил обороны Израиля] спросившего, не перестарался ли Израиль с разрушениями на оккупированных территориях, Цадка сказал:

> В секторе Газа — даже слишком. Я думаю, что-то из сделанного ими было излишним. После событий в Алей-Синае и Дугите была проведена чрезвычайно массированная зачистка в районе, который называют северным сектором. Они уничтожили сотни дунамов клубники, фруктовых садов и оранжерей, и я считаю,

что это неправильно… И в Иудее и Самарии мы кое-где действовали неправильно. Иногда я одобряю зачистку в определенных рамках, но, выезжая на места, обнаруживаю, что войска ведут себя слишком активно… Перестарались ли мы в некоторых местах? Сказать по правде — да. Безусловно. Одобришь выкорчевывание 30 деревьев, а на следующий день видишь, что они выкорчевали 60. Увлекся солдат или командир роты на месте. Такие случаи бывали, и мы не должны закрывать на них глаза.

C. Министерство иностранных дел Израиля, «Уничтожение палестинских структур, используемых в террористических целях. Правовые предпосылки»

[**Источник**: Israel Ministry of Foreign Affairs, «The Demolition of Palestinian Structures Used for Terrorism — Legal Background», 18 May 2004, см. http://www.mfa.gov.il/MFA/Terrorism-+Obstacle+to+Peace/Terror+Groups.]

Почти четыре года израильтяне становятся жертвами безжалостной и непрекращающейся кампании, проводимой палестинскими террористами, которые сеют смерть и разрушения, приговорив наш регион к беспрестанному хаосу. За это время более 900 израильтян были убиты, более 6000 — ранены.

В свете этой беспрецедентной смертельной угрозы израильские силы безопасности пытаются найти новые эффективные и законные контрмеры, которые свели бы к минимуму количество таких террористических актов в целом и нападений террористов-смертников в частности, а также удержать от действий потенциальных смертников.

Палестинские террористы пользуются самыми отвратительными и бесчеловечными методами, включая террористов-смертников, для поражения израильских гражданских лиц и солдат, вопреки всем понятиям о морали и в нарушение международных законов вооруженного конфликта. Палестинские террористы действуют, базируясь в густонаселенных районах, злоупотребляя тем самым защитой, которую международное право предоставляет гражданскому населению.

Столкнувшись с тем, что палестинское руководство не в состоянии выполнить свои обязательства бороться с терроризмом, прекратить подстрекательство и препятствовать контрабанде оружия, Израиль вынужден был противостоять угрозе жизни израильтян, осуществляя свое право на самооборону и соблюдая при этом свои обязательства по международному праву. Одна из принятых им мер безопасности — разрушение

строений, которые представляют реальную опасность для безопасности израильских сил.

Террористы часто действуют, укрываясь в домах и гражданских строениях. Когда террористы стреляют из таких зданий или взрывают заложенные на обочине дороги заряды, находясь в фруктовых садах или на полях, военная необходимость требует, чтобы эти участки были уничтожены. Согласно международному праву данные участки считаются законными военными целями. Следовательно, в разгар боя и при наличии оперативной необходимости израильские силы безопасности могут на законных основаниях уничтожать строения, используемые террористами.

Здания бывает необходимо уничтожить и в том случае, когда террористические группировки используют гражданские строения для маскировки входов в туннели, посредством которых осуществляется контрабанда оружия и взрывчатых веществ и проникновение террористов из Египта в сектор Газа. Подобным же образом здания на Западном берегу и в секторе Газа используются для изготовления и хранения реактивных снарядов, минометов, оружия и взрывных устройств, которые должны быть применены против Израиля. Уничтожение таких строений — часто единственный путь борьбы с подобной угрозой.

Еще одно средство, применяемое Израилем против террористов, — разрушение домов террористов-смертников и тех, кто осуществлял иные жестокие нападения или несет ответственность за отправку смертников на их убийственное задание. У Израиля немного эффективных средств в его войне с терроризмом. Эта мера используется как способ устрашения преступников и тех, кто их посылает, а не в качестве карательной санкции. Данные действия рассматривались Высоким судом правосудия и получили его поддержку.

Силы безопасности Израиля придерживаются норм международного гуманитарного права и становятся объектом внимания Высокого суда правосудия Израиля при рассмотрении сотен ходатайств, ежегодно подаваемых палестинцами и правозащитными организациями.

Принимаемые Израилем меры не являются формой «коллективного наказания», как утверждают некоторые, словно бы в его намерения входило предумышленно причинить страдания населению в целом. Хотя меры безопасности, принимаемые для самообороны и обусловленные террористической угрозой, к сожалению, действительно создают трудности для некоторых слоев палестинского общества, цель совершенно точно не в этом. Когда это возможно, даже в ходе военных операций, израильские силы безопасности прилагают большие усилия, чтобы свести к минимуму воздействие мер безопасности на гражданское население, не связанное с терроризмом.

В этой ситуации Израиль принимает меры, чтобы убедиться, что объектом его действий становятся лишь террористы и используемые ими строения. Кроме того, когда это позволяют законы вооруженного конфликта, Израиль по возможности воздерживается от нападений на террористические объекты с использованием воздушных сил или артиллерии, чтобы минимизировать побочный ущерб, — притом, что такая стратегия заставляет рисковать жизнью израильских солдат. Гибель 13 солдат во время наземной операции в секторе Газа в начале мая 2004 г. показывает, какую высокую цену платит Израиль за обязательство свести к минимуму потери среди гражданского населения Палестины.

Хотя нельзя оспаривать, что палестинское население страдает из-за продолжающегося конфликта, это страдание — непосредственный результат палестинского терроризма, направленного против невинных израильтян, и стремления Израиля защитить своих граждан от этих отвратительных нападений.

[…]

D. «Международная амнистия», «Разрушение домов: палестинские гражданские лица в лагере беженцев Рафах»

[**Источник**: Amnesty International, «House Demolition: Palestinian civilians in Rafah refugee camp», 18 May 2004,
см. http://web.amnesty.org/library/print/ENGMDE150532004.]

18 мая 2004 г.

ИЗРАИЛЬ/ОККУПИРОВАННЫЕ ТЕРРИТОРИИ

Палестинские гражданские лица в лагере беженцев Рафах

За последние несколько дней израильская армия ускорила разрушение домов в лагере беженцев Рафах, оставив без крова более тысячи человек. Армия намеревается продолжить разрушение домов в лагере. […]

По оценкам сотрудников Ближневосточного агентства ООН для помощи палестинским беженцам и организации работ (БАПОР), за последние несколько дней израильская армия разрушила более 80 зданий в лагере беженцев Рафах, оставив без крова около 1100 палестинцев. Официальные представители израильской армии объявили о своем намерении продолжить разрушение домов, а 16 мая Верховный суд отклонил хо-

датайство о прекращении разрушений, поданное правозащитными организациями от имени палестинских семей, проживающих в лагере беженцев.

Военные говорят, что эта последняя волна разрушений палестинских домов направлена на расширение запретной зоны (известной как коридор Филадельфи), расположенной вдоль границы с Египтом на юге сектора Газа. Власти Израиля утверждают, что масштабные разрушения домов необходимы, чтобы лишить маскировки туннели, используемые палестинцами для контрабанды оружия из Египта в сектор Газа. План разрушений, по некоторым сообщениям, был утвержден 13 мая премьер-министром Ариэлем Шароном, министром обороны Шаулем Мофазом и другими чиновниками высшего ранга.

Лагерь беженцев Рафах, существующий с 1948 г., очень густонаселен и состоит из рядов домов, разделяемых узкими переулками. В конце 2000 г. израильская армия начала массированное разрушение домов в лагере. До того момента дома стояли лишь в нескольких метрах от границы с Египтом: сейчас в руины превращены дома на участке шириной до 300 метров от границы. Разрушению подвергается ряд за рядом домов — вопреки утверждениям израильских властей, что они уничтожат лишь те дома, которые палестинцы используют для нападений на израильских солдат, патрулирующих границу, и в качестве прикрытия для туннелей.

Как сообщают, 14 мая начальник генштаба израильской армии Моше Яалон заявил, что «происходит такой процесс, при котором жильцы оставляют первый ряд домов, и затем их используют для рытья туннелей для контрабанды оружия и как прикрытие для стрельбы. Мы были вынуждены разрушать здесь дома в прошлом, и, очевидно, нам придется снова разрушать дома в будущем». […]

Организация «Международная амнистия» полагает, что массированное разрушение домов в лагере беженцев Рафах и где бы то ни было еще в секторе Газа не может быть оправдано «абсолютной военной необходимостью», как утверждают израильские власти, и является формой коллективного наказания, направленного против десятков тысяч пострадавших палестинцев. Подобные меры являются нарушением международного гуманитарного права, в частности статьи 33 Четвертой Женевской конвенции, которая гласит: «Ни одно покровительствуемое лицо [то есть живущее под иностранной оккупацией] не может быть наказано за правонарушение, совершенное не им лично. Коллективные наказания, так же, как и всякие меры запугивания… запрещены. …Репрессалии в отношении покровительствуемых лиц и их имущества воспрещаются». […]

E. Газета «Хаарец», «Высокий суд дает разрешение на разрушения в секторе Газа: дело решается в пользу «оперативной необходимости» армии»

[**Источник**: *Ha'aretz*, Tel Aviv, 17 May 2004, Yuval Yoaz and Gideon Alon, «High Court allows Gaza demolitions: Army's 'operational necessity' takes precedence», см. www.haaretz.com.]

Высокий суд правосудия вчера постановил, что Израиль имеет право разрушать палестинские дома, не давая их жильцам права обратиться в апелляционный суд, в случае «настоятельной оперативной необходимости» или при существовании угрозы жизни израильских солдат или опасности для военных операций.

Судьи Элиагу Маца, Дорит Бейниш и Элиэзер Ривлин отклонили прошение 13 жителей Рафаха, дома которых намечены для разрушения силами обороны Израиля. Постановление Суда отменяет временный ордер, выданный Мацой вечером в пятницу, приостанавливающий осуществление планов Сил обороны по уничтожению домов, находящихся рядом с коридором Филадельфи на южной границе сектора Газа.

Судьи согласились с утверждением официальных представителей государства, что невозможно обещать, что не будут разрушены дополнительные дома. Государство готово предоставить палестинцам, чьи дома запланировано разрушить, право обратиться в суд, за исключением случаев, когда это вызвано непосредственной военной опасностью. Однако адвокат Энар Хельман, представляющий государство, признал, что ситуация на месте лишает это различие особого значения.

«В 99 процентах случаев в районе Рафаха, который отличается от Западного берега или любого другого места в секторе Газа, в тот момент, когда мы объявляем о намерении снести дом, палестинцы немедленно устанавливают там мины-ловушки», — объясняет Хельман.

«Государство объявило, что разрушение домов силами обороны Израиля во время боев в пятницу в коридоре Филадельфи производилось не в целях устрашения, а как безотлагательное военное действие, необходимое для защиты жизни солдат, действовавших в полевых условиях», — постановили судьи.

Несмотря на то, что прошение было отклонено, адвокат истцов Юнис Тамим выразил надежду, что решение суда могло бы, в конечном счете, ограничить масштабы разрушений. «Мы уверены, что в будущем военные будут тщательно обдумывать разрушения. В этом решении явно говорится, что существуют определенные условия, при которых дома могут быть разрушены», — сказал он журналистам.

Реакция кнессета

Зехава Гальон, председатель фракции «Мерец», выразила сожаление по поводу решения Высокого суда. Она сказала, что суд поставил тысячи невинных людей в зависимость от того, что армия называет нуждами безопасности. «Они вновь продемонстрировали, что права человека в Израиле останавливаются у «Зеленой линии» и не распространяются на жителей оккупированных территорий», — сказала Гальон.

Депутат кнессета Мохаммед Баракех («Хадаш») также раскритиковал решение суда, утверждая, что оно стало «печатью, разрешающей военные преступления».

В ответ на это замечание депутат кнессета от партии «Ликуд» и председатель коалиции Гидеон Саар сказал, что «сожалеет, что в глазах критиков из левого крыла безопасность государства и солдат Сил обороны Израиля ценятся меньше, чем права собственности жителей Рафаха». Он назвал это «жалкой попыткой запугать суд с очевидными политическими целями».

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Почему израильский суд должен применять законодательство Иордании? (См. статью 64 Конвенции IV.) Применяя законодательство Иордании (Норму 119(1) Оборонных (чрезвычайных) норм от 1945 г.), признает ли Суд статус Иудеи и Самарии как оккупированной территории, где должны применяться Женевские конвенции? (См. статью 2(2), общую, Конвенций, статью 6 Конвенции IV, статьи 1(3) и 3(b) Протокола I, статьи 23(з) и 43 Гаагского положения.)

2. a. «Норма 119(1)» разрешает уничтожение частной собственности; совместимо ли это с Женевскими конвенциями? Были ли подобные действия оправданы военной необходимостью? (См. статью 53 Гаагского положения и статьи 53 и 147 Конвенции IV.)

   b. В деле Сахвила дом принадлежал женщине или ее сыну? Был ли сын единственным обитателем дома? Осудили ли женщину за какое-либо преступление? Имеют ли значение ответы на эти вопросы? (См. статью 50 Гаагского положения и статью 33 Конвенции IV.) Разве Конвенции не предусматривают право на справедливый суд? Судили ли женщину за какое-либо преступление, наказание за которое разрешало бы разрушение ее дома? (См. статью 147 Конвенции IV и статью 85(4)(e) Протокола I.)

c. Если применение «Нормы 119(1)» противоречит указанным выше статьям Конвенций, должна ли применяться эта норма, представляющая собой законодательство Иордании, действовавшее до оккупации? Может ли она применяться? (См. статью 43 Гаагского положения и статьи 64 Конвенции IV.)

3. Был ли сектор Газа оккупированной территорией в октябре 2003 г.? Применимо ли запрещение разрушать дома также за пределами оккупированной территории? (См. статьи 2, 4 и 53 Конвенции IV; статью 52 Протокола I и статью 42 Гаагского положения.)

4. Статья 23(ж) Гаагского положения применяется к ведению военных действий или и к оккупированным территориям тоже? Прав ли Бцелем, говоря в документе «B», что нет существенной разницы между статьей 23(ж) Гаагского положения и статьи 53 Конвенции IV? Заменяет ли сегодня статью 23(ж) Гаагского положения статьи 52 Протокола I и соответствующее обычное международное право?

5. На разрушения, описанные в документах «B», «C» и «D», распространяется ли право военной оккупации, право ведения военных действий или и то, и другое право? В каждом случае — когда разрушение дома было оправдано? В каком случае гражданское жилище может стать военным объектом? Военный объект можно уничтожить лишь в том случае, если это абсолютно необходимо для военных действий? (См. статью 53 Конвенции IV и статью 52 Протокола I.)

6. Соответствуют ли нормам МГП описанные Министерством иностранных дел обстоятельства, при которых военные могут разрушать дома по причинам военной необходимости? Обсудите каждую категорию. В каком случае дома являются «законной целью»? (См. статью 53 Конвенции IV и статью 52 Протокола I.)

7. Соответствуют ли меры, которые принимают израильские силы, чтобы убедиться, что их действия затрагивают только «террористов» и их строения, их обязательствам по МГП? Разрешается ли по МГП осуществлять воздушные нападения на гражданские дома? Даже на оккупированной территории? Если эти дома используются повстанцами?

8. Допустимо ли учитывать фактор защиты израильских солдат при определении того, что представляет собой военная необходимость?

Прецедент № 112, Израиль, «Аль-Навар против министра обороны»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Domb, F., «Judgements of the Supreme Court of Israel» in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 16, 1986, pp. 321–328; примечания не приводятся.]

ВЫСОКИЙ СУД 574/82
АЛЬ-НАВАР против МИНИСТРА ОБОРОНЫ И ДРУГИХ

[...]
Это судебное решение, зачитанное председателем Суда Шамгаром, по вопросу об обращении с неприятельской собственностью, расположенной либо на поле боя, либо на территории, подвергнутой военной оккупации.

Ходатайство было подано гражданином Ливана, который жаловался, что во время операции «Мир Галилее» в 1982 г. Силы обороны Израиля незаконно захватили оборудование и сырье предприятия по производству товаров из пластмассы, расположенного рядом с деревней Дамур в Южном Ливане. Хотя командующий Силами обороны Израиля в Ливане (третий ответчик) утверждал, что предприятие принадлежало Организации освобождения Палестины (ООП) и было захвачено в качестве неприятельской собственности, истец заявлял, что купил предприятие в июне 1982 г. до его захвата, так что оно являлось его частной собственностью.

На основании представленных Высокому суду доказательств председатель Суда Шамгар сделал следующие выводы:

a) Предприятие являлось частью предприятий «Цамд», которые составляют часть экономической инфраструктуры ООП.

b) Предприятие, вместе со складом боеприпасов и фабрикой по изготовлению армейских ботинок, находилось в здании, занятом и контролировавшемся силами ООП.

c) Силы обороны захватили предприятие в июле 1982 г., после чего выставили на нем охрану с целью объявления его захваченным.

d) Истец подписал договор о покупке предприятия в августе 1982 г., после его захвата Силами обороны; таким образом, в момент предполагаемой покупки владелец предприятия не осуществлял права пользования в отношении этой собственности.

Учитывая эти факты, основной юридической проблемой, поднимаемой в ходатайстве, являются права ответчиков на захват предприятия, принадлежавшего ООП.

Первый вопрос, проанализированный председателем Суда Шамгаром, касался правовых норм, применявшихся в момент захвата к региону, где находится предприятие (далее — Регион), и захваченному на его территории движимому имуществу. По этому вопросу председатель Суда Шамгар постановил, что

> в рассматриваемый период с июня по сентябрь 1982 г. в Регионе, где находится предприятие, применялись международные нормы сухопутной войны, сформулированные в третьем Отделе Гаагского положения, прилагаемого к Гаагской конвенции (IV) 1907 г. о законах и обычаях сухопутной войны, и в Четвертой Женевской конвенции 1949 г.

К этому выводу председатель Суда Шамгар пришел, опираясь главным образом на свое решение по «делу H. C. 593/82» (Tzemel Adv. Case), в котором он указал, что Гаагское положение и Четвертая Женевская конвенция применяются, когда (согласно статье 42 Гаагского положения) территория «действительно находится во власти неприятельской армии», тем самым получая статус «оккупированной территории». Действительно ли данный район «находится во власти неприятельской армии» — это вопрос факта, который должен быть разрешен с помощью двустороннего теста, предложенного в «Британском руководстве по военному праву» (ред. Х. Лаутерпахт, 1958), согласно которому военная оккупация происходит, когда удовлетворены два условия:

> Во-первых, законное правительство должно быть лишено — действиями захватчика — способности публично осуществлять свою власть на оккупированной территории; во-вторых, захватчик должен быть в состоянии заменить власть законного правительства своей властью.

Применяя этот тест, председатель Суда Шамгар отклонил заявление истца о том, что военной оккупации Ливана Израилем на самом деле не было из-за временного и недолгосрочного пребывания там Сил обороны Израиля.

Опираясь на труд Динштейна *Законы войны*, председатель Суда Шамгар заметил, что операция «Мир Галилее» не была направлена против государства Ливан. Однако во время операции «Мир Галилее» Силы обороны Израиля бесспорно контролировали часть территории Ливана.

С учетом этого нет необходимости отвечать на вопрос, существовало ли в июне 1982 г. состояние войны между Израилем и Ливаном, поскольку, как сказано в труде Динштейна, даже если бы его не существовало, то

> что касается операций между противостоящими вооруженными силами, применяются... основополагающие законы войны (в основном ведения войны).

Поэтому председатель Суда Шамгар постановил, что во время операции «Мир Галилее» действия Сил обороны Израиля изначально подпадали под международное право ведения войны, а после — под международное право, применяемое к оккупированной территории. Затем председатель Суда Шамгар обратился к исследованию международного права, касающегося неприятельской собственности на поле боя (или в зоне боевых действий) и на оккупированной территории.

a) *Неприятельская собственность на поле боя* (или в зоне боевых действий)

Отправной точкой, как сформулировал председатель Суда Шамгар, является тот факт, что полномочия вооруженных сил в отношении неприятельской собственности, попавшей к ним в руки во время или после боя, определены и ограничены современным международным правом.

Основной принцип международного права, относящийся к неприятельской собственности, был кодифицирован в статье 23(ж) Гаагского положения, которая предусматривает, что воспрещается:

> ж) истреблять или захватывать неприятельскую собственность, кроме случаев, когда подобное истребление или захват настоятельно вызывается военной необходимостью.

Последующие нормы, касающиеся этого предмета, как разъясняет председатель Суда Шамгар, можно суммировать следующим образом:

a) Все движимое имущество государства, захваченное на поле боя, может быть присвоено захватившим его воюющим государством в качестве военных трофеев. Это сообразуется с мнением Динштейна, что все движимое имущество государства, захваченное на поле боя, такое как оружие и боеприпасы, склады товаров, оборудование, инструменты и даже наличные деньги, автоматически становится собственностью воюющей стороны, в руки которой оно попало.

b) Кроме того, вся частная собственность, на самом деле используемая во враждебных целях (или могущая быть использована во

враждебных целях), обнаруженная на поле боя или в зоне боевых действий, может быть присвоена воюющим государством в качестве военных трофеев.

c) Как объясняет Шваценбергер, статья 23(ж) Гаагского положения, запрещая уничтожение или захват неприятельской собственности, не предоставляет защиту собственности, используемой во враждебных целях. Такая собственность пользуется защитой от произвольного уничтожения, но на нее распространяется право неприятеля присваивать себе трофеи.

d) Статья 46(2) Гаагского положения, предусматривающая, что частная собственность не может быть конфискована, применяется лишь к частной собственности в обычном значении слова «частная» и не распространяется на собственность, «на самом деле используемую неприятельской армией».

e) Государственная собственность включает в себя не только собственность, действительно принадлежащую неприятельскому государству, но и собственность, контролируемую или управляемую им, и даже собственность компаний, организаций или органов, в которых государство имеет значительную долю или над которыми оно осуществляет значительный контроль. Это широкое определение государственной собственности было принято в Распоряжении о государственной собственности (Иудея и Самария) (№ 59) 1967 г.

f) Различие между государственной и обычной частной собственностью должно основываться на функциональном тесте, примененном в 1921 г. в Арбитражном решении по делу о передаче судов и буксиров для навигации на Дунае, в котором характер рассматриваемой собственности определяется в соответствии с ее реальным использованием. […]

b) ***Неприятельская собственность на оккупированной территории***

Что касается движимого имущества государства, статья 53 (часть 1) Гаагского положения предусматривает:

> Армия, занимающая область, может завладеть только деньгами, фондами и долговыми требованиями, составляющими собственность Государства, складами оружия, перевозочными средствами, магазинами и запасами провианта и вообще всей движимой собственностью Государства, могущей служить для военных действий.

Этот всеобъемлющий перечень подлежащего захвату движимого имущества вместе с широкой ссылкой на имущество, которое может служить для военных действий, позволяет сделать вывод, что, как указывает Динштейн, за исключением движимого имущества, не упомянутого прямо в статье и полностью исключающего применение в военных действиях (например, книг и картин), бóльшая часть движимого имущества государства на оккупированной территории может быть захвачена на законных основаниях.

Следовательно, на практике нет различия в статусе движимого имущества государства, захваченного на поле боя или на оккупированной территории: и то, и другое является военным трофеем, так что оккупирующая сторона приобретает право собственности на него и может продать его, с тем чтобы использовать прибыль в военных целях. Кроме того, согласно статье 53 (часть 1) обязательство возврата или возмещения убытков в связи с захватом государственной собственности отсутствует.

Что касается частной собственности на оккупированной территории, статья 53 (часть 2) предусматривает:

> Все средства, приспособленные для передачи сведений на суше, на море или по воздуху, для перевозки лиц и вещей, за исключением случаев, подлежащих действию морского права, склады оружия и вообще *всякого рода боевые припасы, даже если они принадлежат частным лицам, также могут быть захвачены*, но подлежат возврату с возмещением убытков по заключению мира.

Отсюда следует, что может быть захвачена вся частная собственность, на самом деле используемая во враждебных целях, даже если она не указана в данном положении. Следовательно, статус частной собственности, используемой в военных целях, идентичен статусу государственной собственности: и та, и другая подлежат захвату оккупирующей стороной.

* * * *

[…]
Применяя рассмотренные выше правовые нормы к фактам, изложенным в начале судебного решения, председатель Суда Шамгар пришел к выводу, что, поскольку предприятие принадлежало ООП, обсуждаемый захват являлся осуществленным на поле боя и (или) на оккупированной территории законным захватом движимого имущества неприятеля, которое на самом деле использовалось во враждебных целях и могло служить для военных действий: […].

Председатель Суда Шамгар также изучил утверждение истца о том, что международные законы войны, касающиеся неприятельской собственности, должны применяться к собственности воюющего государства, а не организации, собственность которой должна считаться исключительно частной. В ответ на это утверждение председатель Суда Шамгар отметил современную тенденцию распространять применение международного права войны за пределы войн между государствами, чтобы оно покрывало все вооруженные конфликты, в том числе и немеждународного характера. Однако, даже если не принимать в расчет такую тенденцию, к этому утверждению применимы следующие правовые принципы:

> когда Государство действует в рамках самообороны против террористических организаций, совершающих убийства и диверсионные акты против его граждан, оно имеет право предпринимать против этих организаций и их имущества те же шаги, на какие оно имеет право, согласно законам войны, против армии и собственности неприятельского государства. Нельзя ожидать, что крупная организация, занимающаяся террористической и военной деятельностью, будет пользоваться такими иммунитетами и защитой, какие законы войны обеспечивают имуществу гражданских лиц, которые не входят в состав неприятельских сил… Следовательно, законы войны не делают различия между государственной и частной собственностью, используемой неприятелем во враждебных или военных целях; и та и другая являются военным трофеем (дело о передаче судов и буксиров для навигации на Дунае). Право, касающееся собственности неприятельского государства и частной собственности, используемой во враждебных или военных целях, также применяется — с соответствующими изменениями — к собственности террористических организаций. […]

Последний важный вывод председателя Суда Шамгара заключался в том, что

> учитывая конкретные политические и военные обстоятельства, существовавшие в Ливане, законы войны давали силам обороны Израиля право действовать по отношению к собственности экономического подразделения ООП, как если бы это была собственность воюющего неприятельского государства или частная собственность, служащая неприятелю, то есть она может либо считаться военным трофеем на поле боя, либо быть захвачена как собственность неприятельского государства на оккупированной территории согласно статье 53 (часть 1).

Таким образом, Высокий суд в составе пяти судей единогласно отклонил ходатайство.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Почему Суд постановил, что применяются Гаагское положение и Конвенция IV? И что соответствующий регион приобрел статус оккупированной территории? Что отличает это дело от прецедентов, касающихся Западного берега и сектора Газа? Действительно все определяет статус территории до начала конфликта? Даже несмотря на то, что Суд разделяет мнение Динштейна: «что касается операций между противостоящими вооруженными силами, применяются... основополагающие законы войны»? Полагает ли Суд, что между государствами должно быть объявлено состояние войны, чтобы контролируемая государством территория считалась оккупированной? (См. **Прецедент № 108**, Израиль, Применимость Конвенции к оккупированным территориям; **Прецедент № 110**, Израиль, «Аюб против министра обороны» и **Прецедент № 114**, Израиль, Судебные дела о предписаниях о депортации.)

2. Даже если здесь применяются Гаагское положение и Конвенция IV, правомочен ли Суд рассматривать это дело, ведь Израиль не принял законодательство по применению Конвенции IV? Почему Суд не обсуждает свою правомочность рассматривать это дело? Если Суд правомочен его рассматривать, потому ли это, что и Гаагское положение, и Конвенция IV принадлежат к обычному праву? Почему договорной или обычный характер этих конвенций имеет значение для их применимости в этом деле? (См. **Прецедент № 110**, Израиль, «Аюб против министра обороны».)

3. a. Согласно МГП, в каких случаях может быть реквизирована частная собственность на оккупированной территории? Кем? В каких случаях частная собственность может быть конфискована? Кем? Какие дополнительные ограничения накладывает МГП на реквизицию и конфискацию? (См. статьи 23(ж), 46, 52 и 55 Гаагского положения и статью 55(2) Конвенции IV.) Соответствуют ли положения МГП нормам, истолкованным председателем Суда Шамгаром (касательно собственности, захваченной на поле боя), которые этот Суд считает применимыми на оккупированной территории?

   b. В данном случае собственность была реквизирована по военным соображениям или по причинам обеспечения безопасности? Или потому, что это не частная собственность? Это разные вопросы? Какое значение имеют ответы на эти вопросы?

c. Согласны ли вы, что ООП должна рассматриваться как государство для целей классификации частной собственности как государственной собственности? Если бы ООП не рассматривалась как государство, могли бы Силы обороны Израиля захватить эту собственность?

Прецедент № 113, Израиль, «Шейх Обейд и другие против министерства безопасности»

[N. B.: С июня 2002 г. заключенные содержались под стражей уже не в рамках «административного задержания», а как «незаконные комбатанты». В конце июня 2002 г. делегатам МККК удалось впервые после ареста г-на Дирани посетить его и впервые за два года — г-на Обейда. Позже обоих заключенных освободили и репатриировали.]

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: High Court of Justice Cheikh Karim Obeid and Mustafa Dib Mar'I Dirani v. The Ministry of Security, H. C. J. 794/98, 23 August 2001.]

В Верховном суде в его качестве Высокого суда правосудия
H. C. J. 794/98

перед судом в составе:
Председатель суда А. Барак
Заместитель председателя суда Ш. Левин
судья Т. Ор
судья М. Хешин
судья И. Энглард

Заявители: 1. Шейх Абдаль Карим Обейд
Мустафа Диб Мари Дирани
против
Ответчиков: 1. Министерство безопасности
Бати Арад
Тами Арад
Чен Арад
Давид Арад

Слушание

Дата слушания: 11 января 2001 г., 16 тевета 5761 г. […]

Решение

Председатель А. Барак

1. Заявители содержались под стражей в рамках административного задержания: заявитель № 1 (Обейд) с 1989 г., заявитель № 2 (Дирани) с 1994 г. Законность их административного задержания рассматривалась в судах. Было решено, что административное задержание истцов является законным и что их освобождение в этот момент грозит причинить настоящий вред безопасности государства и благополучию жителей. Об опасности, которую представляют заявители, говорит характер их действий до задержания и их высокое положение в организации, к которой они принадлежат (Апелляция относительно административного задержания 5652/00, Обейд и другие против министерства безопасности (пока неопубликовано)). В течение их административного задержания заявители просили разрешения встретиться с представителями Красного Креста. В удовлетворении просьбы им отказали. Против этого решения было подано ходатайство, находящееся перед нами, и был издан приказ суда, имеющий неокончательную силу. В тот момент, когда заявление еще находилось на рассмотрении, ответчик дал знать, что он решил позволить встречи заявителя № 1 (Обейда) с представителями Красного Креста. На основании этого уведомления заявление Обейда было вычеркнуто. Мы продолжили слушание заявления Дирани, сначала ожидая вынесения решения (по Апелляции относительно административного задержания 5652/00) о законности административного задержания. Когда было решено, что административное задержание правомерно, мы продолжили слушание его требований относительно встреч с представителями Красного Креста. По их просьбе мы добавили семью Арад [N. B.: Рон Арад — пропавший без вести израильский солдат. Израиль считает, что организации, к которым принадлежали заключенные, удерживают Арада, удерживали его ранее или избавились от его тела, если он погиб, или, по крайней мере, обладают информацией о его судьбе.] в качестве дополнительных ответчиков (2–5). В то время пока рассматривалось заявление Дирани, было вновь решено запретить посещения Обейда сотрудниками Красного Креста. По его просьбе мы снова добавили Обейда в заявление в качестве заявителя.

2. Адвокат заявителей основывает свое заявление на международном праве, а также на нашем внутригосударственном законодательстве. Что касается первого источника, он требует применения статьи 143 Четвертой Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны. Он также утверждает, что это положение принадлежит к обычному праву, тем самым являясь частью внутригосударственного законодательства Израиля. Также доказывается, что посещения, о которых идет речь, должны быть разрешены по нашему

внутригосударственному законодательству (Правило 11, Правила, касающиеся полномочий при чрезвычайном положении (Содержание под стражей) (Административное задержание — Условия содержания под стражей) — 1981 г. (далее — Правила).

3. Г-н Ницан утверждает в отношении ответчика № 1 (и адвокат ответчиков 2–5 присоединяется к этим утверждениям), что положения Четвертой Женевской конвенции в целом и статья 143 этой Конвенции в частности обладают лишь договорной силой и, следовательно, не являются частью законодательства государства. Кроме того, он утверждает, что даже если это положение применимо в рассматриваемом деле, на основании первого предложения статьи 5 Конвенции может быть отказано в таких правах и преимуществах, предоставляемых Конвенцией, «которые наносили бы ущерб безопасности государства», и что именно таков рассматриваемый нами случай. Что касается статьи 11 Правил, нам доказывали, что решение о запрещении встреч заявителей с представителями Красного Креста является разумным. В основании этого решения лежит мнение ответчика № 1, согласно которому посещения заявителей сотрудниками Красного Креста может повредить безопасности государства. В связи с этим мы заслушали, с согласия адвоката заявителей и в их отсутствие, информацию, касающуюся соображений обеспечения безопасности, которые лежат в основе позиции ответчика № 1.

4. Что касается разумности решения о запрещении встреч заявителей с представителями Красного Креста, позиция генерального прокурора изменилась. Вначале нам сказали, что, хотя начальник генштаба считает, что заявителям нельзя позволять встречаться с сотрудниками Красного Креста, у генерального прокурора иное мнение. Генеральный прокурор полагал, что, принимая во внимание все обстоятельства дела и особенно количество времени, прошедшего с момента помещения заявителей под стражу, правильно и должно будет позволить представителям Красного Креста встретиться с ними. Генеральный прокурор подчеркнул, что «истекшее время — существенное соображение. Еще одно соображение заключается в том, что в конце концов Израиль не может вести себя так же, как те, кто держит в плену Рона Арада. Израиль сделает все возможное, чтобы добиться его освобождения, и для этого будет настаивать на праве содержать в рамках административного задержания людей, задержание которых может в этом помочь. Однако при таких обстоятельствах надлежит разрешить встречу заявителей с представителями Красного Креста». Подводя итог своим рассуждениям, генеральный прокурор отметил, что было бы разумно сохранить режим административного задержания и дать заявителям возможность встретиться с представителями Красного Креста. «Такой подход был бы разумным, учитывая, с одной стороны, значение, которое необходимо придать гуманитарной сто-

роне дела, а с другой — реальную возможность того, что с течением времени запрещение встречи с представителями Красного Креста никак не поможет в деле Рона Арада».

5. Пока рассматривалось находящееся перед нами заявление, трое солдат сил безопасности Израиля (штаб-сержант Биньямин Аврагам, штаб-сержант Омар Савайид и сержант Ади Авитан) были похищены «Хезболлой» (7 октября 2000 г.) Примерно в то же время был также похищен полковник (запаса) Эльханан Танненбаум. Движение «Хезболла» отказывается предоставить Израилю какую-либо информацию о похищенных, их состоянии и здоровье. Оно также отказывает представителям Красного Креста в разрешении посетить их. С учетом этих обстоятельств генеральный прокурор пришел к выводу, что в настоящий момент будет неразумно разрешить Красному Кресту посещать заявителей. Генеральный прокурор подчеркнул, обращаясь к нам (в Дополнительном извещении от 4 января 2001 г.), что «эти события существенно меняют обстоятельства дела в том, что касается помощи, о которой просят заявители, поскольку очевидно, что высший интерес — и высшее обязательство — государства Израиля состоит в том, чтобы приложить все усилия для получения информации о состоянии и здоровье похищенных. Поэтому в настоящий момент было бы неразумно разрешить Красному Кресту посещать заявителей». В этом он пришел к согласию с начальником генштаба. Причем подчеркивалось, что заявители не отрезаны от внешнего мира. Их показывали общественности. Их фотографировали журналисты. Все средства массовой информации продемонстрировали миру, что они живы и здоровы. Они регулярно встречаются со своим адвокатом. Они обращаются со своими проблемами в суды. При таких обстоятельствах посещения заявителей Красным Крестом не так уж и важны — в отличие от ситуации, когда все это запрещается людям, содержащимся под стражей.

6. Во время слушаний, где прозвучали интересные и всеобъемлющие правовые притязания, мы размышляли над данным заявлением на различных его этапах. Мы хотим оставить большинство этих притязаний для будущего рассмотрения. Наша позиция основана на понимании того, что в конечном счете настоящий вопрос, на который мы должны ответить, — разумно ли решение о запрещении заявителям встречаться с представителями Красного Креста. Это, конечно, именно так, если в нашем деле не применяются нормы международного права, и решение [Суда] должно быть принято на основании усмотрения властей, обеспечивающих безопасность, согласно статье 11(a)(2) Правил, которая гласит:

   «a) заключенному разрешается принимать посетителей в месте, определяемом командующим, в течение получаса, как предусмотрено ниже:

(1) одно посещение членами семьи раз в две недели [...];

(2) для посетителей другой степени родства или любых других посетителей, не подпадающих под статью 12 [касающуюся визитов адвоката], — с особого разрешения, которое командующий может дать по своему усмотрению».

Даже если нормы международного права применимы в этом деле, в рамках разумного должны учитываться соображения безопасности (согласно статье 5 Четвертой Женевской конвенции). Следовательно, ключевой вопрос состоит в том, является ли решение не разрешать заявителям встречаться с представителями Красного Креста разумным.

7. При определении разумности решения сопоставлялись два противоположных соображения. Во-первых, соображение гуманности, связанное с посещением заявителей сотрудниками Красного Креста. Другое соображение — обеспечение безопасности, относительно которого мы получили информацию и которое касается сведений о штурмане Роне Араде и четырех пленных, мы не можем раскрыть здесь подробно. Здесь мы также можем оставить для будущего рассмотрения [вопроса о] надлежащем соотношении между этими противоположными соображениями в тот момент, когда ответчик № 1 считал, что посещения по-прежнему должны быть запрещены (в 1998 г.), или когда изменилась позиция генерального прокурора (в начале 2001 г.). Нам надо определить, каково надлежащее соотношение сейчас, когда с момента первого решения прошло три года, и более чем полгода после того, как изменилось мнение генерального прокурора. Кроме того, следует учесть в целом обстоятельства очень продолжительного административного задержания. На этот вопрос мы отвечаем, что сейчас больше нет возможности оправдывать запрещение встречи заявителей с представителями Красного Креста. Идут годы и месяцы — и гуманитарные соображения приобретают все больший вес. С другой стороны, с течением времени соображения безопасности становятся все менее весомыми. По этому вопросу мы допросили выступивших перед нами представителей армии и тщательно изучили все соображения. Мы убеждены, что при надлежащем соотношении между гуманитарными соображениями и соображениями безопасности преобладают первые.

8. Может возникнуть вопрос: имеют ли заявители право на то, чтобы в их деле учитывались гуманитарные соображения? Они являются членами террористических организаций. Гуманность чужда им, они упиваются страданиями невинных. Заслуживают ли заявители того, чтобы о них думали с гуманитарной точки зрения в то время, когда организации, к которым заявители принадлежат, удерживают израильских сол-

дат и гражданских лиц, и эти организации совсем не интересуются гуманитарными соображениями и отказываются дать какую-либо информацию о наших людях, находящихся у них в плену? На эти вопросы наш ответ таков: государство Израиль — правовое государство; государство Израиль — демократическое государство, уважающее права человека и придающее большое значение гуманитарным соображениям. Мы учитываем эти соображения, поскольку сострадание и гуманность присущи нам, как еврейскому и демократическому государству; мы учитываем эти соображения, поскольку человеческое достоинство — для нас большая ценность, даже если это достоинство врага (сравните с делом Высокого суда правосудия 320/80 «Кавасама против министра обороны», P. D. 35(3) 113, 132). Мы сознаем, что такой подход вроде бы дает «преимущество» террористическим организациям, не знающим гуманности. Но это временное «преимущество». Наши этические нормы, гуманность нашей позиции, принцип господства права, которого мы придерживаемся — все это важные элементы нашей безопасности и нашей силы. В конечном счете это наше преимущество. Здесь уместно повторить слова, сказанные в другой ситуации:

«Мы прекрасно сознаем, что это решение не сделает нашу жизнь легче. Такова судьба демократии: не все средства законны для нее, и не все методы, используемые ее врагами, доступны ей. Часто демократия вынуждена сражаться со связанными руками. Несмотря на это, демократия побеждает, потому что соблюдение правовых норм и признание личных свобод — важный элемент того, как демократия воспринимает свою безопасность. В конечном счете эти ценности укрепляют дух демократии, делают ее сильнее и дают ей возможность преодолевать трудности» (Высокий суд правосудия 5100/94, Общественный комитет против пыток в деле «Израиль против государства Израиль», P. D. 53(4) 817, 845).

9. Нам было нелегко принять это решение. Мы знаем, какие усилия предпринимаются ради Рона Арада и наших похищенных солдат и гражданских лиц. Мы уверены, что наше решение не повредит этим усилиям. Именно эта уверенность дает нам возможность сделать вывод, что, в общем и целом, соображения гуманности перевешивают. Мы знаем, что многие, — те, кто не видел представленную нам информацию относительно обеспечения безопасности, — могут думать иначе. [...]

В результате мы даем положительный ответ на заявление в том смысле, что ответчик № 1 должен сделать допустимые приготовления, чтобы предоставить возможность представителям Красного Креста посетить заявителей.

Председатель [...]

Судья И. Энглард

[...] Два заявителя [...] много лет содержались под стражей в рамках административного задержания в Израиле: заявитель № 1 содержится под стражей с 1989 г., то есть 12 лет, заявитель № 2 — с 1994 г. Перед нами стоит вопрос, разрешить ли Красному Кресту посещать их.

Бесчеловечные и циничные действия террористических организаций, которые добавляют боли и горя семьям похищенных, не знающим ничего о судьбе своих близких, вызывают отвращение. Мы скорбим вместе с семьей Арад, от которой террористические организации и стоящие за ними правительства скрывают судьбу их сына. Такие действия не только бесчеловечны и несовместимы с поведением цивилизованных людей, но и прямо противоречат международным конвенциям, и сомнительно, что международные организации и просвещенные страны делают достаточно, чтобы исправить эту недопустимую ситуацию.

Все это обусловливает решения властей, обеспечивающих безопасность, которые стремятся любыми способами разрешить гуманитарную и политическую проблему, касающуюся похищений гражданских лиц и солдат террористическими организациями и удержания их в плену, и действуют вопреки всем гуманитарным нормам. Власти государства Израиль искренне верят, что запрещение посещения заявителей может помочь в борьбе за основные права похищенных. Если бы не надежда на то, что это возымеет свое действие на поведение террористических организаций, органы безопасности даже не подумали бы применять к заявителям эту меру.

Как подробно описал мой коллега председатель Барак, посещения сотрудниками Красного Креста — явно гуманитарный вопрос, который государство Израиль считает себя обязанным решить, принимая, конечно, во внимание настоятельные и важнейшие потребности в области обеспечения безопасности. Я хотел бы добавить ряд замечаний с точки зрения иудаизма, выраженных в галахической традиции. В кодексе иудейского права («Шульхан Арух», «Йорэ Дэа», «Самех Реш-Нун-Бет») установлено в качестве Галахи, что «нет большей мицвы, чем освобождение пленных» и что

> «тот, кто пренебрегает выкупом пленных, нарушает [заповедь] «не ожесточи сердца твоего» (Второзаконие 15:7) или «не сожми руки твоей» (Второзаконие 15:7). [И заповедь] «не восставай на жизнь ближнего твоего» (Левит 19:16). [И заповедь] «он не должен господствовать над ним с жестокостию в глазах твоих» (Левит 25:53). [И] противоречит заповеди «но открой ему руку

твою» (Второзаконие 15:8). И мицве «чтоб жил брат твой с тобою» (Левит 25:36). [И заповеди] «люби ближнего твоего, как самого себя» (Левит 19:18). [И заповеди] «спасай взятых на смерть» (Книга притчей Соломоновых 24:11). И многим подобным заповедям (Кодекс иудейского права — «Шульхан Арух», «Йорэ Дэа», «Марк Реш-Нун-Бет», раздел В)».

Было также заповедано, что «любое промедление в освобождении пленных, когда оно могло быть сделано ранее, подобно пролитию крови» (там же).

При всем большом значении, которое придается мицве освобождения пленных, иудейское право устанавливает некоторые исключения в связи с тем, каким образом следует освобождать пленных. Это означает, что, выбирая способ освобождения пленного, мы должны оценить и более общие соображения, например, воздействие освобождения на будущих пленных, которые попадут в руки злых людей. В наше время мы также считаем, что обязаны поддерживать гуманитарные ценности в качестве способа восстановления мирового порядка в широком смысле слова. Нет необходимости развивать эту тему. С учетом особых обстоятельств этого дела, кажется, на данный момент это соображение требует, чтобы представителям Красного Креста было разрешено посещать заявителей.

Поэтому я присоединяюсь к выводу моего коллеги председателя А. Барака. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Законно ли интернирование заявителей согласно МГП? Могут ли действия, приписываемые заявителям, оправдать их административное интернирование без суда или только их уголовное преследование? (См. статьи 42, 43 и 78 Конвенции IV.)

   b. Раз заявители были арестованы на юге Ливана, допустимо ли интернировать их в Израиле? После ухода Израиля из Южного Ливана мог ли он продолжать удерживать заявителей? (См. статью 49(1) Конвенции IV.)

2. a. Почему семья Рона Арада участвовала в судебном процессе?

   b. Имеют ли семьи Рона Арада, трех израильских солдат, захваченных 7 октября 2000 г., и полковника Танненбаума право знать о судьбе своих близких? Имеет ли МККК право посещать этих лиц? Может ли нарушение этих прав оправдать содержание заявителей под стра-

жей? Может ли оно оправдать отказ разрешить МККК посещать заявителей? Может ли оно оправдать отказ семьям заявителей в праве узнать о судьбе своих заявителей через МККК? Требование взаимности — приемлемый способ добиться соблюдения МГП? Способствует ли это его соблюдению? Может ли взаимность принимать форму репрессалий? Были бы такие репрессалии допустимыми? (См. статьи 70, 71, 122, 123 и 126 Конвенции III; статьи 25, 33(3), 106, 107, 136, 137, 140 и 143 Конвенции IV; статьи 32 и 33 Протокола I; статью 60(5) Венской конвенции о праве международных договоров, процитированную выше в гл. 13. IX. 2. c)

c. Допустимо ли было бы содержать заявителей под стражей до тех пор, пока они не предоставят информацию о судьбе Рона Арада (и других пропавших лиц) соответствующим семьям? До тех пор, пока организации, к которым принадлежат заявители, не предоставят такую информацию? Имеет ли Израиль право «содержать в рамках административного задержания людей, задержание которых может в этом помочь»? Нарушили ли судьи МГП, когда решили, что это так? Совершили ли они серьезное нарушение Конвенции IV? (См. статьи 34, 42, 78 и 147 Конвенции IV.)

d. Как вы относитесь к запрещению посещений заявителей МККК и к утверждению, что это запрещение помогает в деле Рона Арада?

3. a. Наделяет ли МГП заявителей правом быть посещаемыми МККК? Наделяет ли оно МККК правом посещать заявителей? (См. статью 143(5) Конвенции IV.)

b. Какой на самом деле вопрос должны были решить судьи: разумно ли запрещение посещений или гарантировано ли право на посещения международным правом?

4. Почему важно знать, принадлежит ли статья 143 Конвенции IV к обычному праву, учитывая, что и Израиль, и Ливан являются участниками этой Конвенции? Может ли Израиль, принадлежащий к дуалистической традиции в плане взаимосвязи между международными договорами и внутригосударственным правом, доказывать, что, поскольку он не принял национальных законодательных мер для внедрения и имплементации Конвенции IV, он не связан обязательством ее выполнять.

5. a. Могут ли соображения обеспечения безопасности оправдать лишение покровительствуемого лица прав, предусмотренных в Конвенции IV? Применимо ли первое предложение статьи 5 Конвенции IV к заяви-

телям, арестованным на юге Ливана? Можно ли использовать статью 5(2) Конвенции IV, чтобы запретить МККК посещать покровительствуемых лиц?

b. Какие соображения обеспечения безопасности могли бы оправдать запрещение посещений МККК? Можно ли сослаться на эти соображения в рассматриваемом деле?

6. Какова «гуманитарная сторона» посещений заявителей МККК? Какие права легче осуществляются благодаря посещениям МККК?

7. Каковы плюсы и минусы демонстрации того, что требования МГП соответствуют требованиям Кодекса иудейского права, как это делает судья Энглард?

Прецедент № 114, Израиль, Судебные дела о предписаниях о депортации

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *ILM*, vol. 29(1), 1990, pp. 139–181; примечания не приводятся.]

ИЗРАИЛЬ: РЕШЕНИЕ ВЕРХОВНОГО СУДА В ДЕЛАХ О ПРЕДПИСАНИЯХ О ДЕПОРТАЦИИ

[10 апреля 1988 г.]

[…]

Верховный суд, заседающий в качестве Высокого суда правосудия

H. C. 785/87

H. C. 845/87

H. C. 27/88

[…]

Решение

Председатель Шамгар

1. Эти три ходатайства, которые мы заслушали вместе, касаются предписаний о депортации согласно Норме 112 Оборонных (чрезвычайных) норм от 1945 г. […]. 13 марта 1988 г. мы решили отклонить ходатайства […]. Ниже приведены причины, повлекшие за собой это решение.

2. Сначала рассмотрим общие утверждения, которые, по сути, опровергают существование правового основания для издания предписания о депортации жителя указанных выше территорий. Поскольку, если будет сделан вывод, что по соответствующим правовым нормам издание предписания запрещено, очевидно, что не будет необходимости изучать вопрос о том, существуют ли достаточные основания для издания конкретного предписания, рассматривая под этим углом фактические данные, касающиеся каждого из истцов. […]

3. (a) В качестве главной причины своих ходатайств истцы приводят довод о том, что статья 49 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны 1949 г. (далее — Четвертая Женевская конвенция) запрещает депортацию кого-либо из истцов, соответственно, из Иудеи, Самарии или сектора Газа. Они утверждают, что существует абсолютное запрещение, касающееся жителя одной из территорий, оккупированных Силами обороны Израиля, в отношении применения Нормы 112 Оборонных (чрезвычайных) норм 1945 г. или любых иных правовых положений (если таковые имеются), предметом которых является депортация. Это вытекает из норм указанной выше международной конвенции, которая, по их утверждению, должна считаться нормой публичного международного права, обязательной для государства Израиль и органов военной администрации, действующих от его имени, и наделяющей пострадавших правом обратиться к данному Суду.

   Правовая посылка, лежащая в основе этого довода, снова и снова приводится в данном Суде и обсуждалась прямо или косвенно в ряде дел […].

   […]

   (c) Мои замечания коснутся следующих вопросов:

      (1) обычный подход к толкованию согласно внутригосударственному израильскому законодательству;
      (2) принципы толкования, применяемые к международным конвенциям;
      (3) толкования вышеупомянутой статьи 49.

   (d) Обычное толкование в нашем законодательстве […]

   Вкратце сказанное до этого можно обобщить следующим образом. Мы ссылались на принципы, используемые для установления соотношения между буквальным значением слова и его правильным юридическим толкованием, в той степени, в которой это при-

менимо к нашей правовой системе. Толкование в этой области кажется, как было сказано, помогает раскрыть намерения законодателей. Заключение предназначения правовой нормы в такую форму указывает на источники, к которым можно обратиться, чтобы выяснить это предназначение. В этом деле обычно изучают не только текст и, среди прочего, историю принятия закона; правовой контекст и сопутствовавшие события в реальном мире, а также значения, возникающие в связи со структурой законодательства [...].

(e) Толкование в публичном международном праве. Теперь встает второй вопрос: какие нормы толкования, используемые в публичном международном праве, имеют отношение к нашему делу?

Израиль еще не ратифицировал Венскую конвенцию о праве международных договоров от 23 мая 1969 г., которая вступила в силу в 1980 г. для тех государств, которые к ней присоединились (далее — Венская конвенция) [см. http://www.hro.org/docs/ilex/intconf/13.htm].

[...] Тем не менее есть смысл, пусть даже ради сравнения, изучить положения Конвенции, касающиеся толкования.

По поводу толкования статьи 31 и 32 этой Конвенции гласят:

«31. Общее правило толкования

1. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

2. Для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу, и приложения:

   a) любое соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками [sic] в связи с заключением договора [...]

32. Дополнительные средства толкования

Возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовительным материалам и к обстоятельствам заключения договора, чтобы подтвердить значение, вытекающее из применения статьи 31, или определить значение, когда толкование в соответствии со статьей 31:

a) оставляет значение двусмысленным или неясным или

b) приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными». […]

Кажется, из первой части статьи 31(1) можно сделать вывод, что в Конвенции осуществлена попытка поддержать ту школу толкования, которая придает большее значение тексту, в отличие от альтернативной школы толкования, не менее распространенной, которая сосредоточивается на намерениях разработчиков Конвенции […]. Однако вторая часть статьи 31(1) и статья 32 перекидывают мостик к другим теориям толкования, также известным нам по предыдущим случаям изучения нашего внутригосударственного права.

То есть положения Конвенции оставляют достаточно простора для изучения соображений, которые привели к ее созданию. Можно даже поразмышлять над подготовительной работой, предоставляющей описание предпосылок для создания Конвенции, как над материалом, который способен дополнить очевидное понимание текста, его предназначение и сферы действия.

[…]

И в свободном переводе [профессора Мустафы Камиля Яссина]: Метод толкования не может быть неизменным и одинаковым, он может меняться в зависимости от ряда факторов. По существу, его выбор диктуется подходом истолкователя к методологии толкования, содержанием подвергающегося толкованию документа и характеристиками конкретной области права (то есть публичного международного права. — *М. Ш.*), о которой идет речь. Все это и прочие вещи в том, что касается договоров, метод толкования должен рассматривать как декларативный акт, а не созидательный акт (то есть не судебное правотворчество. — *М. Ш.*). Метод должен принимать в расчет, что договор — это акт, ставший проявлением свободной воли его создателей, и что это не односторонний акт; что участники договора — суверенные государства и что это не контракт между отдельными лицами и не внутригосударственное законодательство страны. Наконец, этот метод должен учитывать характеристики [sic] международного правопорядка, — области, в которой не преобладает формализм, области, в которой государства пользуются значительной свободой действий, области, в которой государства являются не только участниками договора, но и теми, на кого он направлен (то есть государства должны быть его исполнителями. — *М. Ш.*), и области, в которой выбор мирных средств разрешения споров зависит от свободной воли государств. Следовательно, неудивительно, что метод толкования [sic] договора отличается от метода, применимого к закону или контракту. […]

(f) […] Помимо этого: когда для целей рассматриваемого нами вопроса мы принимаем толковательный подход в конкретной области права, которую мы сейчас обсуждаем, а именно в публичном международном праве, мы должны вспомнить принципы толкования профессора Яссина […] — они обусловливают среди прочего, точку зрения, отвергающую ограничение государственной власти и отвергающую формализм, или подход, пренебрегающий особыми свойствами той области права, которую мы обсуждаем.

Теперь мы рассмотрим применение правил толкования к рассматриваемому нами вопросу.

(g) *Статья 49 Четвертой Женевской конвенции*: В чем заключается спор относительно толкования указанной статьи 49.

Соответствующие части этой статьи гласят:

> «Воспрещаются по каким бы то ни было мотивам угон, а также депортирование покровительствуемых лиц из оккупированной территории на территорию оккупирующей державы или на территорию любого другого государства независимо от того, оккупированы они или нет.
>
> Однако оккупирующая держава сможет произвести полную или частичную эвакуацию какого-либо определенного оккупированного района, если этого требует безопасность населения или особо веские соображения военного характера.
>
> …
> Оккупирующая держава не сможет депортировать или перемещать часть своего собственного гражданского населения на оккупированную ею территорию».

В процитированном выше «деле Н. С. 97/79» (pp. 316–317) П. Суссман комментирует довод о том, что применение Нормы 112 Оборонных (чрезвычайных) норм противоречит статье 49 Четвертой Женевской конвенции:

> «…Я не нашел реальных оснований в доводе о том, что применение вышеупомянутой Нормы 112 противоречит статье 49 Четвертой Женевской конвенции […]. Она предназначена, как пишет д-р Пикте в своем комментарии к Конвенции (p. 10), для защиты гражданских лиц от произвола оккупирующей армии, и цель вышеупомянутой статьи 49 — предотвращать такие деяния, как зверства, совершенные немцами во время Второй мировой войны, когда миллионы гражданских лиц были по раз-

личным причинам депортированы из родных мест, в основном в Германию, чтобы сделаться рабами, принудительно работающими на врага, а евреи и другие лица были депортированы в концентрационные лагеря, где их пытали и уничтожали.

Очевидно, что вышеупомянутая Конвенция не умаляет обязательства оккупирующей державы поддерживать общественный порядок на оккупированной территории, обязательства, налагаемого статьей 43 Гаагского положения 1907 г., и не умаляет ее права использовать необходимые средства для обеспечения собственной безопасности (см. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, p. 115).

...
Это не имеет ничего общего с депортациями для принудительного труда, пыток и уничтожения, как было во время Второй мировой войны. Кроме того, намерение ответчика состоит в том, чтобы поместить истца за пределы страны, а не ввезти его в страну, удалить его из-за опасности, которую он представляет для благополучия общества, а не приблизить с целью эксплуатации его труда и получения от него выгоды для государства Израиль».

П. Ландау вновь обратился к этому предмету в упоминавшемся выше «деле H. C. 698/80», pp. 626–628. Вот имеющие отношение к делу отрывки из его замечаний:

[...] Г-жа Лангер еще убедительнее повторила тот же довод. По ее мнению, Суд в «деле H. C. 97/79» пренебрег различием между первой и второй частью статьи 49. Запрещенная эвакуация гражданских лиц, обычно выполняемая в виде перемещения с оккупированной территории, разрешается в целях безопасности населения или по веским военным соображениям, как указано во второй части статьи, тогда как запрещение депортации за границу является абсолютным, каковы бы ни были ее мотивы, как указано в последней части статьи. Цитируется книга *Комментарий к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г.* (*The Geneva Convention of August 12, 1949, Commentary*, Geneva, ed. by J. S. Pictet, vol. IV, 1958). В отношении запрещения депортаций в ней говорится:

«Запрещение является абсолютным и не допускает исключений, помимо указанных в части 2». [...]

Нам приводили довод, что необходимо проводить различие между причиной для включения запрещений в статью 49 Кон-

венции, которая, как было сказано, обусловлена совершенными зверствами, и соображениями, вытекающими из недвусмысленного текста первой части статьи, которая применяется, как явствует из ее формулировки, не только к массовым депортациям, но и к депортации отдельных лиц. Можно возразить, что при гитлеровском режиме депортация отдельных лиц также осуществлялась в рамках той же политики, что привела к массовым депортациям, поэтому никакие из положений статьи 49 никоим образом не применимы к депортации лиц, которые угрожают благополучию общества, как постановил Суд в своем решении по «делу H. C. 97/79». […]

[…]
Но каково бы ни было верное толкование первой части статьи 49 Конвенции, Конвенция, как и вся статья 49, ни в коем случае не является частью обычного международного права. Следовательно, изданные предписания о депортациях не нарушают ни внутригосударственное законодательство Израиля, ни законодательство региона Иудеи и Самарии, в соответствии с которым выносит свое решение данный Суд. […]

Г-жа Лангер напомнила нам отрывок из книги Шварценбергера *Международное право, применяемое международными судами и трибуналами* (G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, vol. II, 1968; pp. 165–166), которая была процитирована в упоминавшемся «деле H. C. 606, 610/78», p. 121. Достопочтенный автор выражает мнение, что запрещение депортаций жителей оккупированной территории является лишь «попыткой прояснить действующие нормы международного обычного права». Я полагаю, что и здесь речь идет о произвольных депортациях населения, какие имели место при гитлеровском режиме. Если автор также имел в виду депортацию отдельных лиц в целях поддержания безопасности на оккупированной территории, то это всего лишь точка зрения одного автора, высказанная в неопределенных выражениях без всякого обоснования». […]

(h) *Какими соображениями руководствовались создатели Конвенции*: Изучение Актов Дипломатической конференции в Женеве в 1949 г. […] неопровержимо доказывает, что при выборе термина «депортирование» участники обсуждения говорили о таких депортациях, какие осуществлялись во время Второй мировой войны. […]

Создатели Конвенции говорили о таких депортациях, как «те, которые имели место во время последней войны», и в ходе обсуждения пытались

составить текст, который отражал бы мысли, выраженные различными способами и на различных языках. […]

Поэтому статья 49, запрещающая депортации, была связана с такими положениями. Как описывает Пикте […]

Как он говорил, думая о миллионах людей, которых насильно перемещали с места на место во время последнего конфликта (то есть Второй мировой войны. — *М. Ш.*), и об их мучениях, физических и моральных, не можешь не благословить с благодарностью текст (Конвенции. — *М. Ш.*), который положит конец таким бесчеловечным деяниям.

И вновь здесь были связаны между собой депортации, концентрационные лагеря и взятие заложников, и слово «депортации» использовалось в описанном выше контексте. […]

В этом отношении не говорится (даже не подразумевается) об удалении с территории террориста, лазутчика или агента врага, скорее речь идет о защите от депортации всего гражданского населения как такового, поскольку гражданские лица все чаще напрямую становятся жертвами войны. […]

Из всего вышесказанного можно сделать вывод, что цель, которой руководствовались создатели Конвенции, состояла в защите гражданского населения — основной жертвы современной войны, и в принятии норм, которые предотвратили бы использование гражданских лиц в качестве объекта произвола и бесчеловечной эксплуатации. Создатели Конвенции думали о массовых депортациях, производимых с целью уничтожения, массовых перемещениях, осуществляемых по политическим или этнических причинам, или принудительном труде. Вот в чем заключалось их намерение, и таковы события, его обусловившие.

Разумно заключить, что упоминание о массовых и индивидуальных депортациях [в русском тексте Конвенции это различие не проводится. — *Прим. пер.*] было включено в текст статьи также в ответ на методы, которые использовали нацисты во время Второй мировой войны, когда осуществляли массовые перемещения, подчас на основании этнической принадлежности, иногда сгоняя людей в гетто, запирая их на отдельных улицах или в домах, иногда с помощью индивидуальных повесток, выписанных на основании списков имен. Именные повестки выписывались, чтобы послать человека на смерть, в концентрационный лагерь для интернирования или для использования его в качестве раба на заводах оккупантов или в сельском хозяйстве. Больше того, кажется, повестки на принудительные работы всегда были индивидуальными.

(i) Суть довода истцов состоит в том, что первая часть запрещает любое перемещение лица с территории против его воли.

Из этого тезиса следует, что статья 49 относится не только к депортациям, эвакуациям и перемещениям гражданских лиц, как они обычно определялись во время последней войны, но и к удалению с территории любого лица при любых обстоятельствах, будь то в соответствии с законной судебной процедурой (например, по запросу об экстрадиции), или когда было доказано, что лицо пребывает на данной территории незаконно и без разрешения […], или на любом другом юридическом основании в соответствии с внутригосударственным правом оккупированной территории.

Согласно данному доводу, с того момента, как территорией начинают управлять военные, удаление с нее лиц полностью запрещается, и кого бы ни обнаружили на территории, управляемой военными, это лицо не может быть удалено ни по какой причине, пока продолжается правление военных. В этом вопросе не было бы разницы между законным и незаконным нахождением на территории, поскольку защита статьи 49 распространяется на всех, подпадающих под понятие «покровительствуемые лица», а это выражение относится, согласно статье 4 Конвенции, ко всем лицам, находящимся на территории, являются они гражданами страны или имеют вид на жительство в ней или нет, не имеют, даже в том случае, если они находятся в ней незаконно в качестве лазутчиков (в том числе в качестве вооруженных лазутчиков) […].

Заявление истцов основывается, по сути, на первой части статьи, то есть на словах «по каким бы то ни было мотивам угон, а также депортирование». Таким образом, согласно этому тезису, причина или юридическое основание для депортации более не имеет значения. Хотя истцы согласны, что статья 49 была сформулирована в описанном выше контексте, теперь статья должна, по их мнению, толковаться в *буквальном* и *простом* значении, тем самым включая в себя любое насильственное удаление с территории.

(j) Я не принимаю этот тезис по ряду причин:

> Надлежит представить все последствия, вытекающие из данного довода. В этом отношении нам следует вновь подробно описать, что должно произойти, согласно данному доводу, и каково надлежащее применение статьи 49 в отношении лиц и обстоятельств дела. […]

Что касается лиц, статья 49 относится, как уже упоминалось и как признано всеми, ко всем лицам, входящим в категорию покровительствуемых лиц. Этот термин определяется в статье 4 Конвенции, в соответствующей части которой говорится:

> «Под защитой настоящей Конвенции состоят лица, которые в какой-либо момент и *каким-либо образом* находятся в случае

> конфликта или оккупации во власти стороны, находящейся в конфликте, или оккупирующей Державы, *гражданами которой они не являются»* (курсив наш. — *М. Ш.*).

В этом определении используется проверка от противного, то есть для наших целей любое лицо, не являющееся гражданином Израиля и находящееся на территории, оккупированной нашими войсками, становится в силу самого факта покровительствуемым лицом. Это относится к лазутчику, шпиону — к любому, кто проник на территорию незаконным образом. […]

Если принять довод о том, что запрещение в статье 49 применяется вне зависимости от мотива ее применения в отношении лиц, то это означает, что любой, кто прибывает на территорию в рамках ограниченной по времени поездки, в результате кораблекрушения на берегу сектора Газа или даже *в качестве лазутчика в целях шпионажа или совершения диверсии* (даже если это лицо не является жителем или гражданином территории, поскольку статья 4 этого не требует), его запрещено депортировать до тех пор, пока территория находится под управлением военных. Другими словами, буквальное, простое и комплексное определение статьи 49 в сочетании со статьей 4 дает основание заключить, что законность нахождения лица на территории не имеет значения, поскольку его физического присутствия на территории достаточно, чтобы наделить его абсолютным иммунитетом против депортации. Согласно этой точке зрения, запрещено депортировать вооруженного лазутчика, отбывшего свой срок наказания. […]

Из выдвинутого истцами тезиса следовало бы, что лазутчика-диверсанта нельзя было бы депортировать до или после того, как он отбыл свое наказание. То же можно было бы сказать, согласно этому подходу, о лице, приехавшем с визитом в рамках «политики открытых мостов» и оставшемся на территории после истечения срока действия его разрешения о въезде. Буквальное и простое толкование ведет к нелогичному выводу.

(k) […]

> Если […] принять предлагаемое истцами толкование, согласно которому депортация означает любое физическое удаление с территории, то вышесказанное будет относиться, например, к депортации покровительствуемого лица в целях экстрадиции, поскольку это также требует удаления лица с территории. В законах, судебных решениях и юридической литературе, когда речь идет об экстрадиции, термин «депортация» используется в отношении этапа осуществления экстрадиции или выдачи. Убийца, сбежавший на оккупированную территорию, нашел бы безопасное укрытие, что помешало бы его передаче уполномоченным судебным органам. […]

(l) Что касается обсуждаемого нами вопроса, истцы обратили наше внимание на замечания Пикте (в цитировавшемся выше *Комментарии*, p. 368), который принимает буквальное толкование, согласно которому любые депортации запрещены, какова бы ни была их причина. Эту точку зрения, согласно которой статья 49 применяется к как можно более широкому кругу обстоятельств, следует рассматривать в ее контексте и рамках. Стремление к буквальному и простому значению, которое может найти выражение в мнениях ученых в профессиональной литературе, не является обязательным для судов. Дело не только в том, что существуют и другие, противоположные, точки зрения […], но, что еще важнее, Суд имеет дело с правом в том виде, в каком оно существует, и проясняет значение закона или договора должным образом, применяя общепринятые правила толкования […].

Если бы мы применили правила толкования, используемые в нашем законодательстве, мы не смогли бы принять тезис, предлагаемый истцами. Суд определил бы недостаток, который Конвенция должна была исправить […]; рассмотрел бы фактологический контекст и структуру статьи 49, в одном из других положений которой ясно и открыто сказано об эвакуации и перемещениях населения […]; попытался бы поднять завесу над намерениями создателей договора, чтобы использовать их в качестве образца в целях толкования […]; и соблюдал бы осторожность, воздерживаясь от принятия буквального толкования, которое, как говорится, является простым, но по закону и на деле настолько упрощенческим, что наделяет формулировку закона или Конвенции, по ситуации, сферой применения, противоречащей логике […]; примером может служить абсолютное запрещение депортации лазутчика или шпиона, поскольку депортации запрещены, так сказать, «по каким бы то ни было мотивам».

По сути, даже ссылка на правила толкования международных договоров не спасает довод истцов, поскольку даже Венская конвенция не предлагает буквального толкования, но скорее рассматривает формулировки конвенции «в их контексте, а также в свете объекта и целей договора» (статья 31(1) Венской конвенции). Конвенция разрешает нам изучать подготовительную работу и избегает толкования, результаты которого «являются явно абсурдными или неразумными», а это описание несомненно относится к запрещению депортации лазутчика […].

[…]

(m) По контрасту с этим ответом на утверждение истцов возникает, естественно, противоположный вопрос, а именно: каково же тогда альтернативное толкование слов «по каким бы то ни было мотивам»?

Если мы примем толкование, согласно которому термин «депортирование» относится к массовым и произвольным депортациям, описание которых нам знакомо, то слова о мотивах не меняют сути; упоминание о возможных мотивах служит лишь для того, чтобы помешать приведению возражений и оправданий, связывающих массовые депортации, так сказать, с законными мотивами. Иными словами, каков бы ни был мотив, основная суть запрещенного деяния (депортации), на которое распространяется формулировка статьи 49, не меняется. Верно и другое: есть основания утверждать, что ссылка на «некий мотив» также входит в число уроков, преподанных Второй мировой войной.

Слова «по каким бы то ни было мотивам» должны были относиться ко всем депортациям населения и массовым эвакуациям для принудительного труда, медицинских экспериментов или казней, которые во время войны основывались на ряде доводов и мотивов; отдельные мотивы были лишь хитростями и обманом (например, переселение, необходимая работа, эвакуация в целях безопасности и т. п.). Кроме того, создатели Конвенции принимали во внимание существующее право военной администрации использовать во время войны рабочую силу (см. статью 52 Гаагского положения 1907 г., где говорится о принудительных услугах, и статью 51 Четвертой Женевской конвенции, которая даже сегодня разрешает принуждать покровительствуемых лиц к труду), но пытались прояснить, что такое осуществление массовой депортации запрещается, даже если мотив для нее кажется вполне законным, за исключением случая эвакуации в соответствии с условиями второй части статьи 49. […]

Подводя итоги, скажем, что данный Суд имеет право предпочесть толкование, которое основано на объясненных выше принципах, буквальному толкованию, на котором настаивают истцы. Данный Суд сделал это в «деле Н. С. 97/79» […]. […]

4. (a) Данный Суд указал в своих решениях, что вышеупомянутая статья 49 является частью договорного международного права. В связи с этим выводом истцы выдвинули новый тезис, согласно которому подход данного Суда […] является ошибочным. Этот подход состоит в том, что нормы договорного международного права (в отличие от обычного международного права) не становятся автоматически частью израильского законодательства, если не будут сперва юридически признаны путем принятия первичного законодательства. […]

   (b) Истцы утверждают, что не только обычное международное право автоматически становится частью законов страны (отменяя любой противоречащий ему закон), но и отдельные части договорного международного права автоматически включаются в материально-правовую часть внутригосударственного законода-

тельства Израиля, требуя принятия законодательных актов. Это те части договорного международного права, которые входят в область «правообразующих договоров». […]

5. […]

(b) Правовая ситуация в Израиле: израильское законодательство, говоря о взаимосвязи между международным правом и внутригосударственным законодательством (которую необходимо установить, чтобы ответить на вопрос, стало ли данное положение публичного международного права частью израильского законодательства), проводит различие между договорным и обычным правом […].

[…]

Данный Суд в своих решениях последовательно утверждал, что обычное международное право является частью законодательства страны, при условии, что израильское законодательство не содержит несовместимого с ним положения. […]

Лорд Алверстоун выразил эту […] идею в упоминавшемся выше деле Западного Ранда, заметив, что, когда она становится частью английского законодательства, норма международного права:

> «подкреплена удовлетворительными доказательствами, которые должны показывать [sic], либо данное конкретное выдвинутое предложение было признано или задействовано нашей собственной страной, либо оно носит такой характер и так широко и повсеместно принято, что трудно предположить, чтобы какое-либо цивилизованное государство его отвергло».

На самом деле, это стандарт, сходный с принятым в определении статьи 38(1)(b) Статута Международного суда, которая касается международного обычая. […]

(c) […]

> Ясный смысл этих замечаний состоит в том, что принятие международных договоров, — для включения их во внутригосударственное право и для того, чтобы их могли применять национальные судебные органы, — обусловлено предшествующим действием законодательного органа. Как мы увидим, международные договоры могут представлять собой декларацию действующего обычного права, но тогда их содержание будет обязательным из-за статуса содержащейся в них нормы как части обычного права, а не из-за ее включения в договор. […]

(d) […]

Подводя итоги, скажем, что согласно законодательству, применяемому в Израиле, международный договор не становится частью израильского законодательства, если:

(1) его положения не приняты с помощью законодательного акта и в той степени, в которой они приняты таким образом, или

(2) положения договора не являются лишь повторением или декларацией существующего обычного международного права, то есть кодификацией существующего обычая. […]

(e) Если мы применяем вышесказанное к рассматриваемому нами вопросу, мы должны помнить, что статья 49 определяется в наших решениях как часть договорного права, которое не выражает обычное международное право.
[…]

Относительно того факта, что статья 49 не отражает обычное право, П. Ландау добавляет (p. 629):

«На самом деле, оккупационные войска в Рейнской области Германии после Первой мировой войны использовали санкцию депортации с оккупированной территории против должностных лиц, нарушивших законы оккупационных властей или подвергавших опасности сохранение, безопасность или нужды оккупирующей армии (Fraenkel, *Military Occupation and the Rule of Law*, Oxford University Press, 1944). В рамках этой политики во время перемирия, последовавшего за той войной, французы депортировали 76 должностных лиц и 12 бельгийцев, а во время борьбы за Рур (1923 г.) были депортированы не менее 41 тысячи 808 немецких должностных лиц (ibid., pp. 130–131). Эти факты ясно дают понять, что запрещение депортации гражданских лиц не являлось частью положений обычного международного права, принятых цивилизованными государствами, как если бы Женевская конвенция просто дала выражение существовавшему ранее праву». […]

7. […]

(c) […]

Страны, подписавшие договор, обязаны выполнять соответствующие обязательства в отношениях между собой; однако в системе взаимоотношений между отдельным лицом и правительством

можно опираться в суде лишь на нормы обычного публичного международного права. Этот подход лег в основу замечаний судьи Уиткона в упоминавшемся выше «деле Н. С.» 390/79, когда он сказал (p. 29):

> «Женевские конвенции надо рассматривать как часть договорного международного права; и следовательно, — согласно точке зрения, принятой странами общего права и нами, — пострадавшая сторона не может обращаться для защиты своих прав в суд государства, на которое она жалуется. Это право обращения в суд дается исключительно государствам — участникам такой конвенции, и даже подобный судебный процесс может быть осуществлен не судом государства, но лишь международным органом».

(d) Г-н Рубин сомневается [...], что есть основания полагать, что на момент подписания Конвенции Гаагское положение считалось лишь международным обязательством, которое брало на себя государство, подписывающее Положение, и что *лишь впоследствии* оно превратилось в часть обязательного обычного международного права и, как таковое, в часть внутригосударственного законодательства. На мой взгляд, эти сомнения разрешает мнение Международного трибунала в Нюрнберге, указавшего в своем решении следующее:

> «Выраженные в Конвенции нормы сухопутной войны несомненно представляли собой шаг вперед по сравнению с международным правом, действовавшим на момент их принятия. Однако в Конвенции (Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны) прямо говорится, что она являлась попыткой «подвергнуть пересмотру общие законы и обычаи войны», которые она, таким образом, признавала действующими в тот момент, однако *к 1939 г. эти нормы, установленные в Конвенции, были признаны всеми цивилизованными народами и считались декларацией законов и обычаев войны». (I. M. T. Judgement, supra, p. 65).* (Курсив наш. — *М. Ш.*)

Другими словами, статус гаагских норм как обычного права изменился за то время, которое прошло после подписания Конвенции в 1907 г. [...]

11. Обратимся теперь к конкретным заявлениям каждого из истцов.

12. «Н. С. 785/87»: (a) Истец Абд аль-Нассер Абд аль-Азиз Абд аль-Аффо, 1956 года рождения, является жителем города Дженин.

В предписании о депортации […] говорится:

> «На основании моих полномочий согласно Норме 112(1) Оборонных (чрезвычайных) норм 1945 г. и моих полномочий по любому закону или законодательству в области безопасности, и поскольку я полагаю, что это необходимо для обеспечения безопасности Округа, общественного благосостояния и общественного порядка, я настоящим предписываю, что Абд аль-Нассер Абд аль-Азиз Абд аль-Аффо Мухамад Абд аль-Азиз […] должен быть депортирован из Округа.
>
> Он является высокопоставленным агентом организации «Национальный фронт», которого в прошлом трижды приговаривали к тюремному заключению за террористическую деятельность. Скоро заканчивается его третий срок заключения — пять лет и три месяца. Во время пребывания в тюрьме он упорно продолжает свою враждебную деятельность, направленную на достижение целей этой организации». […]

13. «Н. С. 845/87»: (a) Абд аль-Азиз Абд Альрахман Уде Рафиа, 1950 года рождения, является жителем Газы.

15 ноября 1987 г. в отношении него было издано предписание о депортации, в котором приводились следующие причины:

> «Это предписание издано потому, что указанное выше лицо выступает в качестве духовного лидера движения «Исламский джихад» в секторе Газа, которое поддерживает насильственную исламскую революцию иранской модели, вооруженную борьбу и освобождение Палестины путем джихада. Во время своих проповедей в мечетях он призывает к вооруженному сопротивлению правлению Израиля».

Сразу после получения этого предписания истец был арестован и помещен в тюрьму в Газе. Истец обратился в Консультативный комитет […].

[…]

В своем взвешенном и подробном решении Комитет, среди прочего, отметил следующее:

> «Упоминается, что заявитель несет ответственность за «Исламский джихад» в секторе Газа и, возможно, за пределами этого района. Он изображен как руководитель этой организации и как фигура, пользующаяся влиянием среди жителей региона в целом и среди тех, кто принадлежит к этой организации, в частно-

сти. Они постоянно полагаются на него и часто ждут у его дверей, чтобы услышать его слова. Он обрел такой статус в ходе своей деятельности в качестве преподавателя в университете и проповедника в мечети, где он произносил речи экстремистски религиозного и националистического характера, полные ненависти и подстрекательств против израильского правления. В них также содержались иногда призывы к насильственной борьбе, в том числе поощрение гражданских беспорядков и даже экстремистских актов насилия, таких как убийство. Поэтому нет сомнений, что заявитель представляет собой реальную угрозу для безопасности Округа и его жителей и для поддержания общественного порядка; и, следовательно, предписание о депортации было издано в рамках соображений, перечисленных в Норме 108 Норм.

...
Остается решить вопрос о том, должна ли в случае заявителя быть применена самая суровая мера, то есть депортация.

Учитывая «историю» и личность заявителя, мы убеждены, что на этот вопрос надо дать утвердительный ответ. [...]

Даже помещение его в тюрьму, например, в рамках административного задержания, не ослабит его влияния. Есть основания опасаться, что именно в таком месте он будет даже более доступен для экстремистов среди своих последователей и что его пребывание в тюрьме окажет весьма опасное и негативное воздействие на происходящее как в тюрьме, так и за ее пределами.

Поэтому самой эффективной и подходящей мерой в данном случае является депортация заявителя за пределы Округа и страны.

Даже если бы он мог свободно перемещаться в чужой стране и никто бы его ограничивал, его тлетворное воздействие на Округ было бы неизмеримо слабее, менее ощутимо и действенно, чем если бы он оставался среди нас». [...]

Поэтому я не вижу оснований для вмешательства данного Суда в решение ответчика [...].

14. (a) «H. C. 27/88»: (a) Истец Джмаль Шаати Хинди является жителем города Дженин и учится в университете Аль-Наджах. 1 декабря 1987 г. в отношении него было издано предписание о депортации [...].

[...]

(d) Истец пожаловался на ход судопроизводства, в рамках которого Консультативному комитету были представлены секретные данные в его отсутствие и в отсутствие его адвоката. По этому же вопросу Суд постановил в вышеупомянутых делах «H. C. 513, 514/85» и «H. C. M. 256/85» (p. 658):

«Истцы пожаловались, что их не ознакомили с секретными материалами, представленными Консультативному комитету, однако, как данный Суд уже объяснил касательно сходного дела в «A. D. A. 1/80», это единственный разумный вариант, который позволяет сохранить баланс между двумя интересами: с одной стороны, давая возможность дополнительно изучить соображения и решения Военного командующего; а с другой — предотвращая причинение ущерба безопасности государства путем раскрытия секретных источников информации. Действительно, такой вариант не предусматривает ответа на каждое фактологическое утверждение, и Консультативный комитет (или суд при данных обстоятельствах) должен принимать этот факт во внимание, оценивая весомость или дополнительную степень подтверждения информации. Однако законодатели не смогли найти более разумного и эффективного способа помешать раскрытию секретной информации в ситуации, когда это необходимо, чтобы предотвратить тяжелый ущерб безопасности […]».

Комитет рассмотрел вопрос о том (в том числе и в этом случае), какой максимальный объем информации он может предоставить в распоряжение истца без ущерба для интересов безопасности, и причин жаловаться на Комитет нет. Нам нечего добавить по этому вопросу, поскольку мы не рассматривали секретный материал и в любом случае не знаем подробностей о нем. […]

Поэтому я отклоняю ходатайства и отменяю предписания, выпущенные на их основании. […]

Судья Бах:

1. Я согласен с окончательным выводом, который мой уважаемый коллега Председатель Суда сделал в отношении данных ходатайств, однако я вынужден возразить ему по одному важнейшему вопросу.

   Этот вопрос касается надлежащего толкования статьи 49 Четвертой Женевской конвенции (далее — Конвенция). […]

   […]

5. Рассмотрев все аспекты данной проблемы, я склонен принять мнение истцов по этому вопросу, и вот на каких основаниях:

   a) Формулировка статьи 49 недвусмысленна и точна. Сочетание слов *«угон, а также депортирование покровительствуемых лиц»* с фразой *«по каким бы то ни было мотивам»* (курсив наш. — *Г. Б.*), на мой взгляд, не оставляет места для сомнений относительно того, что статья применяется не только к массовым депортациям, но и к депортации отдельных лиц и что запрещение предполагалось полным, всеобъемлющим и безоговорочным — «по каким бы то ни было мотивам».

   b) Я принимаю подход, выраженный в решении П. Суссмана по «делу Н. С. 97/79», что Конвенция создавалась после окончания гитлеровского правления в Германии и с учетом всех преступлений, которые нацисты совершили против гражданского населения во время Второй мировой войны. Я также согласен с мнением, что можно изучать исторические события, сопровождавшие создание Конвенции, и цель ее создания, чтобы найти подходящее толкование ее статей. Даже Венская конвенция, на которую опирался в этой ситуации профессор Крецмер, не отвергает такую возможность [статья 31] [...].

      [...] Я не вижу противоречия между этим «историческим подходом» и возможностью широкого толкования обсуждаемой статьи.

      Преступления, совершенные немецкой армией на оккупированных территориях, выявили необходимость заключить договор, который защитил бы гражданское население, и послужили рычагом (и как бы «спусковым механизмом») для его создания. Однако этот факт ни в коей мере не опровергает тезис о том, что, приступив к созданию проекта конвенции, разработчики решили сформулировать ее широко и таким образом, чтобы, среди прочего, предотвратить депортацию жителей с этих территорий как в оккупирующее, так и в любое иное государство.

      Текст статьи, и с точки зрения контекста, и с учетом всей предыстории договора в целом, не может, на мой взгляд, допустить толкование, которое направлено только на предотвращение таких деяний, как совершенные нацистами по расовым, этническим или национальным мотивам.

      Мы не должны путем толкования отклоняться от четкого и простого смысла слов Конвенции в тех случаях, когда формулировка статьи недвусмысленна и лингвистическое толкование не противоречит намерениям создателей документа и не приводит к нелогичным и абсурдным выводам.

c) Вторая часть статьи 49 подтверждает приведенное выше толкование. В ней Конвенция допускает эвакуацию населения в *границах территории*, то есть с одного места на другое в пределах оккупированной зоны, если это необходимо для обеспечения безопасности населения или для достижения военных целей. Таким образом, очевидно, что создатели Конвенции сознавали необходимость обеспечивать интересы безопасности и даже разрешили с этой целью эвакуацию населения в пределах оккупированных территорий. Мы должны обратить внимание на то, что в первой части данное условие не было предусмотрено, то есть депортация жителей за границу по причинам обеспечения безопасности не была разрешена.

d) Кроме того, изучение других статей Конвенции доказывает, что ее создатели помнили о нуждах обеспечения безопасности оккупирующего государства, и это косвенно подкрепляет вышеприведенное широкое толкование статьи 49.

Вот что говорится в первой части статьи 78:

> «Если по настоятельным соображениям безопасности оккупирующая держава сочтет необходимым принять меры предосторожности в отношении покровительствуемых лиц, то самое большее, что она может предпринять, это принудительно поселить их в определенном месте или интернировать их».

Я согласен с утверждением профессора Крецмера — статьи 78 и 49 следует рассматривать вместе, и они позволяют сделать такой вывод: когда лицо представляет собой предсказуемую угрозу для безопасности, то самое большее, что можно предпринять, это ограничить его свободу передвижений в пределах территории и арестовать его, но нельзя депортировать его в другую страну. […]

Изучение статьи 5 Конвенции, которая специально посвящена шпионам и диверсантам, ведет к такому же выводу. Вторая часть статьи 5 звучит так:

> «Если на оккупированной территории отдельное лицо, находящееся под покровительством Конвенции, задержано в качестве шпиона или диверсанта, или в качестве подозреваемого на законном основании в деятельности, угрожающей безопасности оккупирующей державы, в тех случаях, когда этого требуют настоятельные соображения военной безопасности, данное лицо может быть лишено прав на связь, предоставляемых данной Конвенцией». […]

Мы видим, что согласно Конвенции шпионы и диверсанты могут быть лишены своих прав различным образом, если это считается необходимым для обеспечения безопасности. Однако, несмотря на то что создатели Конвенции помнили о нуждах обеспечения безопасности оккупирующей державы, в ней нет статьи, которая смягчала бы всеобъемлющее запрещение, содержащееся в статье 49, и нет упоминания о праве депортировать таких лиц в другое государство.

Указанные выше статьи Женевской конвенции дополняют нормы статьи 43 Гаагского положения, которая обязывает оккупирующую державу обеспечивать общественный порядок и общественную жизнь на оккупированных территориях, в том смысле, что они указывают на меры, которые могут быть приняты, чтобы выполнить это обязательство. В любом случае ничто в статье 43 Гаагского положения не противоречит простому и широкому толкованию, предлагаемому для статьи 49.

e) В Конвенции прослеживается четкая тенденция. Свобода перемещений «покровительствуемого лица» может быть ограничена, его могут даже арестовать без суда, если это необходимо для защиты общественной безопасности или другого важного интереса оккупирующей державы; и это помимо возможности отдать его под суд, наказать или даже приговорить к смертной казни. Однако «покровительствуемое лицо» не может быть депортировано, поскольку с момента депортации в другую страну оккупирующая держава более не имеет контроля над ним и оно поэтому перестает быть «покровительствуемым лицом».

f) […]

Это толкование статьи 49 Конвенции завоевало почти всеобщее признание, и я также принимаю его. […]

Мой уважаемый коллега Председатель Суда также опирается на тот довод, что ввиду всеобъемлющей формулировки статьи 4 Конвенции, которая включает в себя определение «покровительствуемых лиц» по Конвенции, буквальное толкование статьи 49 привело бы к выводу, что нельзя депортировать даже террористов, незаконно проникших на территорию во время оккупации, а также, что невозможно выдавать преступников с этих территорий в другие государства в соответствии с договорами об экстрадиции.

Вопрос о лазутчиках мог встать из-за определенной сложности в толковании статьи 4 Конвенции, в которой есть некоторая двусмысленность. Так, если в той же статье 4 говорится, что «под защитой настоящей Конвенции состоят лица, которые в какой-либо момент и каким-либо образом *находятся* в случае конфликта или

оккупации во власти Стороны, находящейся в конфликте, или оккупирующей державы…» (курсив наш. — *Г. Б.*), то можно доказывать, что речь идет о людях, которые из-за вооруженного конфликта или состояния войны между государствами оказались в ситуации, когда они против своей воли *находятся* во власти одной из сторон в конфликте или оккупирующей державы; тогда как люди, которые впоследствии проникают на эту территорию со злым умыслом, не включены в это определение. Если и когда эта проблема возникает в реальности, возникнет и необходимость решить ее путем надлежащего толкования статьи 4 Конвенции, но этого недостаточно, на мой взгляд, чтобы возбудить сомнения в отношении толкования статьи 49. В рассматриваемой нами ситуации указанная сложность не существует, поскольку истцы являются, по любым оценкам, постоянными жителями территорий, контролируемых Силами обороны Израиля; и если обсуждаемая Конвенция применима к этим территориям, то они, несомненно, подпадают под определение «покровительствуемых лиц».

Это же относится и к проблеме выдачи преступников. Вопрос о том, в какой степени выполним договор об экстрадиции между государствами, когда речь идет о людях, находящихся на территориях, оккупированных странами — участницами договора, сам по себе сложен и щекотлив; и каким бы ни был ответ на него, на его основе нельзя делать выводы касательно толкования статьи 49. В любом случае, если бы было установлено, что действительно можно выдавать лиц, являющихся жителями оккупированных территорий, на основании Закона об экстрадиции 5714–1954 и подписанных в соответствии с ним договоров, то в отношении возможности реальной экстрадиции соответствующих лиц я бы пришел к тому же окончательному выводу, какой я делаю в отношении истцов, против которых были изданы предписания о депортации по Норме 112 Оборонных (чрезвычайных) норм, как подробно будет описано ниже.

[…]

7. Несмотря на вышесказанное, я согласен с мнением моего уважаемого коллеги Председателя Суда, что эти ходатайства должны быть отклонены. […] Я не вижу никаких оснований для того отклонения от правила, установленного и подтвержденного в значительном количестве судебных решений, согласно которому статья 49 Конвенции является положением лишь договорного международного права, а не обычного международного права. Такое положение не является императивной нормой и не может служить основанием для подачи ходатайства в суд отдельными лицами. […]

8. Я добавлю также, что не вижу оснований для нашего вмешательства в решения ответчика в этом деле в интересах правосудия. [...]

   Я не упустил из вида тот факт, что представители государства несколько раз объявляли перед данным Судом, что правительство намерено следовать гуманитарным положениям Конвенции в рамках выбранной им политики. [...]

   Однако каждое дело должно рассматриваться в соответствии с его обстоятельствами, и в отличие от толкования законов и конвенций, которое иногда требует строго придерживаться значения слов и выражений, Суд пользуется широкой свободой действий и гибким подходом, когда рассматривает заявление о политике государства в соответствии с его содержанием и духом.

   Не следует забывать о том, что Четвертая Женевская конвенция, с которой мы имеем дело, включает в себя различные положения — большая их часть является, конечно, по сути гуманитарными. Однако некоторые из них имеют общественное или административное значение, и Конвенция также содержит статьи, которые только частично можно считать гуманитарными. Статья 49, действительно, в первую очередь носит гуманитарный характер. Однако кажется, что этот аспект не может преобладать, когда благодаря своей всеобъемлющей формулировке статья пытается предотвратить депортацию отдельных лиц, решение об удалении которых было принято потому, что они систематически подстрекают других жителей к насильственным действиям и представляют собой серьезную угрозу общественному благополучию. [...]

9. В свете вышесказанного и поскольку я также согласен с теми частями мнения Председателя, которые касаются фактической стороны ходатайств, я присоединяюсь к выводу, сделанному уважаемым коллегой в его решении относительно судьбы этих ходатайств.

   Совершено сегодня 23 ниссана 5748 (10 апреля 1988 г.)

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Все ли положения Конвенции IV носят исключительно договорной характер? Принадлежат ли некоторые из них к обычному праву? Является ли статья 49 Конвенции IV частью обычного права? Как это оценивается? Как можно это оценить, принимая во внимание, что в 1985 г. 164 из 170 государств были обязаны соблюдать это положение по договору? Следует ли оценивать практику 6 государств, не

являвшихся участниками Конвенции? Предпочитает ли Суд не оценивать, была ли статья 49 частью обычного права в 1949 г.? Или в 1923 г.? Разве обычное право не развивалось в период между 1949 и 1985 г.?

b. Почему статус статьи 49 как части договорного или обычного права имеет значение для применимости Конвенции в этом деле, если Израиль является государством — участником Конвенции IV?

c. Может ли какое-либо государство принять израильскую систему, по которой международные договоры, участником которых является Израиль, становятся частью израильского законодательства не автоматически, но лишь при наличии законодательных актов об их применении? Обязан ли Израиль принимать такие законодательные акты? МГП обязывает Израиль позволить применять Конвенции в его судах? Может ли Израиль сослаться на свою конституционную систему, на отсутствие законодательства по применению Конвенций или на это решение своего Верховного суда, чтобы избежать международной ответственности за нарушения Конвенции IV? (См. статьи 145 и 146 Конвенции IV.)

d. Применимо ли в данном деле Гаагское положение? В качестве договорного или обычного права?

e. Обладает ли статья 49 Конвенции IV сама по себе исполнительной силой? Имеет ли значение ответ на этот вопрос в данном деле? Объясняют ли тем не менее этот вопрос касающиеся национального законодательства статьи 49/50/129/146 или 48/49/128/145 соответственно четырех Конвенций?

2. a. Если предположить, что Конвенции применимы к Израилю, нарушают ли депортации статью 49 Конвенции IV? К каким случаям депортации применима статья 49, по мнению Суда? Почему? Такое понимание согласуется с «обычным значением, которое следует придавать терминам договора»? (См. статью 31(1) Венской конвенции о праве международных договоров.) Почему Суд постановил, что «обычное значение» статьи 49 ведет к результатам, «которые являются явно абсурдными или неразумными», давая место дополнительным средствам толкования? (См. статью 32(b) Венской конвенции о праве международных договоров.)

b. Можете ли вы себе представить формулировку статьи 49(1), которая бы более четко запрещала индивидуальные депортации, чем та, что

имеется сейчас? Является ли результат буквального толкования (что индивидуальные депортации запрещены, какими бы ни были их мотивы) неразумным в свете объекта и целей Конвенции IV? Означают ли воспоминания Пикте и других разработчиков о массовых депортациях, осуществлявшихся нацистской Германией, то, их желание, чтобы статья 49 относилась только к таким депортациям? Повлияло бы это желание на сегодняшнее толкование этой нормы?

c. Как толкует судья Бах статью 49 в своем особом мнении? Если бы большинство разделило точку зрения Баха, происходили бы депортации и в этом случае? Почему?

3. Вне зависимости от того, имеют ли Женевские конвенции юридическую силу для Израиля, Израиль объявил, что в целом намеревается следовать гуманитарным положениям Конвенции. Что это за гуманитарные положения? Разве статьи, запрещающие депортацию, не являются гуманитарными положениями? Или они являются таковыми лишь в определенных случаях? Являются ли три истца в этом деле покровительствуемыми лицами согласно статье 4? Согласно мнению Суда, выступающего за применение гуманитарных положений Конвенции?

4. a. Истцы возражали против использования «секретных материалов» в качестве доказательств, поскольку это лишало их права на справедливый суд (см., например, п. 14(d) мнения большинства). Несмотря на решение об использовании «секретных материалов», разрешала бы статья 49 депортации после законной судебной процедуры?

b. Разве депортация не допустима, когда рецидивисты (такие как истцы в настоящем деле) ставят под угрозу общественный порядок и безопасность на оккупированных территориях и кажется, что альтернативных мер не существует? (См. статью 43 Гаагского положения и статью 49 Конвенции IV.)

5. Согласно Конвенции IV покровительствуемых лиц никогда нельзя перемещать? Таково ли различие между депортацией и эвакуацией в статье 49? Что это за различие? (См. также статью 78 Конвенции IV.)

6. Являются ли депортации с попустительства Высокого суда правосудия серьезными нарушениями МГП? (См. статью 147 Конвенции IV.)

Прецедент № 115, Израиль, «Ажури против командующего Силами безопасности Израиля»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Ajuri v. IDF Commander, The Supreme Court sitting as the High Court of Justice, 3 September 2002, HCJ 7019/02; HCJ 7015/02; см. http://www.court.gov.il.]

1. Кипах Махмад Ахмед Ажури
HCJ7019/02
2. Абед Альнассер Мустафа Ахмед Асида и другие

против
1. Командующего Силами обороны Израиля на Западном берегу
2. Командующего Силами обороны Израиля в секторе Газа и других

1. Амтассар Мухаммед Ахмед Ажури и другие
HCJ7019/02

против
1. Командующего Силами обороны Израиля в Иудее и Самарии
2. Командующего Силами обороны Израиля в секторе Газа и других

Верховный суд, заседающий в качестве Высокого суда правосудия
[3 сентября 2002 г.]

Состав Суда: председатель А. Барак, заместитель председателя Ш. Левин, судьи Т. Ор, Э. Маца, М. Хешин, Т. Страсберг-Коэн, Д. Дорнер, Я. Туркель, Д. Бейниш

Ходатайство в Верховный суд, заседающий в качестве Высокого суда правосудия

Факты: Командующий Силами обороны Израиля в Иудее и Самарии дал предписания, согласно которым три жителя Иудеи и Самарии должны были следующие два года жить в секторе Газа. Предписания были утверждены Апелляционной коллегией. Три жителя Иудеи и Самарии обжаловали эти предписания в Высоком суде правосудия.

Истцы утверждали, что предписания противоречат международному праву. В частности, истцы утверждали, что округ Иудея и Самария должен считаться территорией, находящейся под иной военной оккупацией, чем сектор Газа, и поэтому предписания равнялись депортации с одной

территории на другую, что запрещено по международному праву (статья 49 Четвертой Женевской конвенции).

Ответчики, в свою очередь, утверждали, что предписания соответствуют международному праву. Ответчики утверждали, что с точки зрения военной оккупации Иудея, Самария и сектор Газа должны считаться одной территорией, поэтому предписания означают лишь принудительное поселение в определенном месте, что разрешено международным правом (статья 78 Четвертой Женевской конвенции).

Далее возник вопрос, мог ли командующий Силами обороны учитывать фактор устрашения других лиц, отдавая предписание о принудительном поселении в определенном месте в отношении какого-либо лица.

Решение: Статья 78 Четвертой Женевской конвенции позволяет оккупирующей державе принудительно поселить лицо в определенном месте по настоятельным соображениям безопасности. Принудительное поселение в определенном месте — суровая мера, которая может использоваться только в чрезвычайных ситуациях. Однако сложившаяся сейчас ситуация в области безопасности, когда сотни гражданских лиц были убиты террористами-смертниками, оправдывает использование этой меры в надлежащих случаях.

Иудея и Самария и сектор Газа фактически представляют собой территорию, являющуюся предметом одной военной оккупации со стороны одной оккупирующей державы, и все заинтересованные лица считают их единым объектом, как можно понять, среди прочего, из временных соглашений между Израилем и Палестиной. Следовательно, предписание жителю Иудеи и Самарии поселиться в секторе Газа означает принудительное поселение в определенном месте, разрешенное по статье 78 Четвертой Женевской конвенции, а не депортацию, запрещенную по статье 49 Четвертой Женевской конвенции.

Предписание о принудительном поселении в определенном месте может быть выдано в отношении лица лишь в том случае, если существует обоснованная вероятность того, что само данное лицо представляет угрозу безопасности в регионе. Если это не так, соображений по поводу устрашения иных лиц недостаточно, чтобы издать предписание о принудительном поселении. Но если такая угроза существует, командующий Силами обороны уполномочен издать предписание о принудительном поселении в определенном месте и может учесть фактор устрашения, принимая собственно решение о выдаче соответствующего предписания.

Апелляционная коллегия установила, что истец в «деле HCJ 7019/02» зашивал взрывчатку в пояса. Апелляционная коллегия установила, что истец в «деле HCJ 7015/02» выступал в качестве наблюдателя террорис-

тической группы, когда она перевозила заряды взрывчатого вещества. В обоих случаях Верховный суд постановил, что действия истцов оправдывают их принудительное поселение в определенном месте, и поддержал предписания об этом. Однако относительно второго истца в «деле HCJ 7015/02», Апелляционная коллегия установила лишь, что он дал своему брату, разыскиваемому властями террористу, еду и одежду, провез его на своей машине и одолжил ему машину, не зная, с какой целью его брату нужно было ехать на машине или одалживать ее. Верховный суд постановил, что действий второго истца недостаточно, чтобы оправдать меру в виде принудительного поселения в определенном месте, и отклонил предписание о принудительном поселении в определенном месте в отношении него.

«HCJ 7019/02» — ходатайство отклонено.

«HCJ 7015/02» — ходатайство первого истца отклонено; ходатайство второго истца удовлетворено. […]

Решение

Председатель А. Барак

Военный командующий Силами обороны Израиля в Иудее и Самарии издал «предписание о принудительном поселении в определенном месте». Согласно положениям этого предписания, истцы, являющиеся жителями Иудеи и Самарии, должны были следующие два года жить в секторе Газа. Был ли военный командующий уполномочен издавать предписание о принудительном поселении в определенном месте? На законных ли основаниях командующий действовал по своему усмотрению? Вот основные вопросы, которые поднимают рассматриваемые нами ходатайства.

Предыстория

1. С конца сентября 2000 г. в Иудее, Самарии и секторе Газа происходят жестокие бои. Это не полицейская операция. Это вооруженное сопротивление. В рамках этой ситуации было совершено примерно 14 тысяч нападений, направленных против жизни, личности и имущества мирных граждан и жителей Израиля, стариков, детей, мужчин и женщин. Более 600 граждан и жителей государства Израиль были убиты. Более 4500 человек получили ранения, некоторые — весьма тяжелые. Среди палестинцев также есть убитые и раненые. Многие из них были убиты и ранены после сентября 2000 г. […] Нас переполняют скорбь и боль.

2. Израиль ведет трудную борьбу. Палестинцы используют, среди прочего, управляемые живые бомбы. Эти смертники пробираются в любые

места, где можно найти израильтян (в границах государства Израиль и в еврейских поселениях в Иудее и Самарии и в секторе Газа). Они сеют разрушение и проливают кровь в городах и поселках. И правда, с Израилем сражаются террористы: они не принадлежат к регулярной армии, они не носят форму, они прячутся среди гражданского населения Палестины на этих территориях, в том числе в святых местах, их поддерживает часть гражданского населения, а также их родные и близкие. Государство Израиль столкнулось с новыми сложными обстоятельствами в борьбе за свою безопасность и безопасность своих граждан. Эти обстоятельства несколько раз рассматривались в данном суде (см. HCJ 2936/02 «Врачи за права человека» против командующего Силами обороны Израиля на Западном берегу»; HCJ 2117/02 «Врачи за права человека» против командующего Силами обороны Израиля на Западном берегу»; HCJ 3451/02 «Альмадани против министра обороны», p. 36).

3. В рамках борьбы с терроризмом Израиль проводит — на основании своего права на самооборону — специальные военные операции (операцию «Оборонительный щит», которая началась в марте 2002 г., и операцию «Решительный путь», которая началась в июне 2002 г. и продолжается до сих пор). Цель операций — уничтожить инфраструктуру палестинского терроризма и предотвратить террористические нападения в будущем. В ходе этих операций Силы обороны Израиля вошли в многие районы, которые ранее находились под их контролем на основании военной оккупации и были переданы по соглашениям под (полный или частичный) контроль Палестинской администрации. Армия ввела комендантский час и закрыла доступ в определенные районы. Изымались оружие и взрывчатые вещества. Подозреваемых арестовали.
[...]

4. Военные спецоперации не удовлетворили неотложную потребность остановить террористические акты. Правительственный комитет по национальной безопасности попытался принять некоторые другие меры, направленные на предотвращение дальнейших террористических нападений и удержание потенциальных террористов от осуществления их планов. [...]

5. Одной из мер, которые решил принять Правительственный комитет по национальной безопасности, — все в рамках мнения Генерального прокурора, — было принудительное поселение в определенном месте родственников террористов-смертников или лиц, совершивших серьезные нападения, и тех, кто посылает их из Иудеи и Самарии в сектор Газа, при условии, что эти родственники сами участвовали в террористической деятельности. Такая мера была принята потому, что, по оценке профессионалов (представителей армии, Общей службы безопасности, Института разведки и специальных задач

(«Моссад») и полиции), эти дополнительные меры могли бы оказать значительную помощь в борьбе с волной терроризма и спасти жизнь людей. Такая помощь состоит из двух частей: во-первых, она может помешать родственнику, участвующему в террористической деятельности, выполнить свой план (предотвращение); во-вторых, она может удержать других террористов, — получивших приказ действовать в качестве живых бомб или осуществлять другие теракты, — от выполнения их планов (сдерживание).

Исправленный приказ о принудительном поселении в определенном месте

6. Для осуществления новой политики 1 августа 2002 г. военный командующий Силами обороны Израиля в Иудее и Самарии внес поправки в Приказ (№ 378) о положениях в области безопасности (Иудея и Самария), 5730–1970 (далее — Первоначальный приказ). Этот Приказ устанавливал, среди прочего, положения о специальном надзоре (раздел 86). Они позволяли давать распоряжения об установлении специального надзора над лицом. Согласно положениям Первоначального приказа, полномочия по нему могут осуществляться только в том случае, если военный командующий считает, что это «необходимо по решающим причинам обеспечения безопасности» (раздел 84(a). Предписание о специальном надзоре может быть обжаловано в Апелляционной коллегии (раздел 86(e)). Апелляционную коллегию назначает местный командующий. Председателем Апелляционной коллегии является судья, то есть юрист. Роль Коллегии заключается в том, чтобы рассмотреть предписание, выданное в соответствии с этим разделом, и дать рекомендации военному командующему. Если лицо обжалует предписание и предписание получает одобрение суда, Апелляционная коллегия будет рассматривать его дело не реже, чем раз в полгода, вне зависимости от того, подало ли лицо новую апелляцию или нет (раздел 86(f)). Применение Первоначального приказа ограничивалось Иудеей и Самарией. Была внесена поправка, чтобы распространить его действие и на сектор Газа (Приказ (№ 510), а также о положениях в области безопасности (Иудея и Самария) (Поправка № 84), 5762–2002 (далее — Исправленный приказ). Положения Исправленного приказа (раздел 86(b)(1) после исправления) предусматривают:

> *«Специальный надзор и принудительное поселение в определенном месте»*
>
> a. Военный командующий может издать предписание о том, чтобы лицо стало объектом специального надзора.
>
> b. На лицо, находящееся под специальным надзором согласно данному разделу, распространяются все или некоторые из

следующих ограничений, в соответствии с приказом военного командующего:

(1) От него требуется проживание в границах определенного места в Иудее и Самарии или в секторе Газа, которое укажет военный командующий в предписании».

Во вступлении к Исправленному приказу указано, что он издан «ввиду чрезвычайных условий в области безопасности, сложившихся в настоящее время в Иудее и Самарии […]». Во вступлении также указано, что приказ был издан «после получения мною согласия военного командующего Силами обороны Израиля в секторе Газа». Действительно, вместе с Исправленным приказом командующий Силами обороны Израиля в секторе Газа издал Приказ (№ 1155) о положениях в области безопасности (сектор Газа) (Поправка № 87), 5762–2002. Раздел 86(g) этого приказа предусматривал, что:

> «Любое лицо, в отношении которого военный командующий округом Иудея и Самария издал предписание согласно разделу 86(b)(1) Приказа (№ 378) о положениях в области безопасности (Иудея и Самария), 5730–1970, которое предусматривает, что это лицо обязано проживать в конкретном месте в секторе Газа, не имея права покидать это место до тех пор, пока предписание остается в силе, если этого не разрешит военный командующий округом Иудея и Самария или военный командующий округом сектор Газа».

Согласно Исправленному приказу были изданы предписания о принудительном поселении в определенном месте трех истцов в данном деле. Обратимся же к этим предписаниям и обстоятельствам, при которых они были изданы.

Рассмотрение дел военным командующим и Апелляционной коллегией

7. Командующий Силами обороны Израиля в Иудее и Самарии (далее — ответчик) подписал 1 августа 2002 г. предписания о принудительном поселении в определенном месте каждого из истцов. […] Эти предписания требовали, чтобы каждый из истцов жил в секторе Газа. В предписаниях указывалось, что они остаются в силе в течение двух лет. Далее в предписаниях указывалось, что они могут быть обжалованы в Апелляционной коллегии. Предписания были основаны на фактах (их мы рассмотрим ниже), согласно которым каждый из истцов был вовлечен в содействие террористической деятельности, которая привела гибели людей. По мнению ответчика, принудительное поселение

истцов в определенном месте в секторе Газа предотвратит исходящую от них угрозу и удержит других лиц от совершения серьезных террористических актов. Истцы обжаловали эти предписания в Апелляционной коллегии. Дело каждого из истцов было заслушано на отдельном слушании двух Апелляционных коллегий. В каждой из Коллегий слушания заняли несколько дней. 12 августа Коллегии решили рекомендовать ответчику утвердить предписания. Ответчик изучил решения Коллегий и в тот же день принял решение, что предписания остаются в силе. 13 августа 2002 г. были поданы рассматриваемые нами ходатайства против решения ответчика.

Рассмотрение дел в данном Суде […]

9. Адвокат истцов доказывал нам, что Исправленный приказ, отдельные предписания, изданные в соответствии с ним, и решения Апелляционных коллегий должны быть аннулированы по нескольким причинам. […] В-третьих, Исправленный приказ издан неправомочно, поскольку ответчик не был правомочен издавать приказ, касающийся сектора Газа. Наконец, — и этот довод находился в центре внимания во время слушания в данном Суде, — Исправленный приказ не имеет юридической силы, поскольку противоречит международному праву. Адвокат ответчика доказывал нам, что ходатайства должны быть отклонены. По его мнению, Исправленный приказ и отдельные предписания, изданные в соответствии с ним, правильны, и они, и процедура, в ходе которой они были изданы, не имеют никаких изъянов. Ответчик был правомочен издать Исправленный приказ, и отдельные предписания законны, поскольку их предназначение — помешать истцам осуществить ту угрозу, которую они представляют, и способствовать устрашению других лиц. Предписания носят соразмерный характер. Они законно основаны на фактах, которые были представлены командующему и Апелляционным коллегиям. По мнению адвоката ответчика, Исправленный приказ и предписания, изданные в соответствии с ним, соответствуют международному праву, поскольку подпадают под сферу действия статьи 78 Четвертой Женевской конвенции 1949 г. (Женевской конвенции IV о защите гражданского населения во время войны, 1949 г.; далее — Четвертая Женевская конвенция). […]

[…]

12. Как мы видим, представленные нам доводы относятся к различным аспектам решения ответчика и Апелляционных коллегий. Мы должны с самого начала заявить, что не обнаружили оснований для доводов, связанных с процессуальными ошибками в решении ответчика или в решениях Апелляционных коллегий. […] Действительно, основные темы, которые затрагивались в доводах сторон, — и на которых

мы также сосредоточимся, — касаются следующих трех вопросов: *во-первых*, правомочен ли был военный командующий в соответствии с положениями международного права издать Исправленный приказ? Этот вопрос касается полномочий военного командующего по международному праву в отношении принудительного поселения лиц в определенном месте. *Во-вторых*, если ответ на первый вопрос утвердительный, какие условия ставит международное право для принудительного поселения лиц в определенном месте? Ответ на этот вопрос обозначает рамки свободы действий военного командующего согласно международному праву в том, что касается принудительного поселения лиц в определенном месте. *В-третьих*, наличествуют ли в рассматриваемом нами деле условия, которые ставит международное право для издания предписаний о принудительном поселении лиц в определенном месте? Этот вопрос касается рассмотрения конкретного дела стоящих перед нами истцов в соответствии с законами, которые регулируют их положение. Рассмотрим же эти вопросы в надлежащем порядке.

Полномочия военного командующего отдавать распоряжения о принудительном поселении в определенном месте

13. Правомочен ли военный, командующий территорией, находящейся под военной оккупацией, принимать решение о том, что житель этой территории должен быть удален с места своего жительства и принудительно поселен в другом месте на этой территории? Нам доказывали, что военный командующий не имеет таких полномочий хотя бы потому, что это принудительное перемещение и депортация, запрещенные по международному праву (статья 49 Четвертой Женевской конвенции). Мы исходим из того, что для ответа на вопрос о полномочиях военного командующего недостаточно лишь установить, что Исправленный приказ (или любой другой приказ командующего территорией) дает военному командующему полномочия принудительно поселить жителя территории в определенном месте. Это объясняется тем, что полномочия военного командующего в отношении издания Исправленного приказа вытекают из законов военной оккупации. Они являются источником его полномочий, и его власть определяется в соответствии с ним. Я говорил об этом в одном деле:

> «С юридической точки зрения источником полномочий и власти военного командующего на территории, находящейся под военной оккупацией, являются нормы публичного международного права, касающиеся военной оккупации (occupatio bellica), которые составляют часть законов войны» (HCJ 393/82 «Альмашулия против командующего Силами обороны Израиля в Иудее и Самарии», p. 793).

В этом отношении я хотел бы сделать следующие два замечания: *во-первых*, все стороны в рассматриваемом деле допускали, что при обстоятельствах, сложившихся в данный момент на территории, находящейся под контролем Сил обороны Израиля, применяются нормы международного права, касающиеся военной оккупации [...]; *во-вторых*, нормы международного права, которые применяются на этой территории, принадлежат к обычному праву (как приложение к (Четвертой) Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г., которая, как правило, считается обычным правом; далее — Четвертая Гаагская конвенция). Что касается Четвертой Женевской конвенции, адвокат ответчика вновь повторил в данном суде точку зрения государства Израиль: эта конвенция, — которая, по его мнению, не отражает обычное право, — не применима к Иудее и Самарии. Тем не менее г-н Ницан указал нам, в соответствии с давней практикой израильского правительства (см. M. Shamgar, «The Observance of International Law in the Administered Territories» in *1 Isr. Y. H. R.*, 1971, 262), что правительство Израиля решило действовать в соответствии с гуманитарными положениями Четвертой Женевской конвенции. Учитывая это заявление, нет необходимости рассматривать непростые юридические доводы, относящиеся к данному вопросу, и мы можем отложить принятие решения по ним на более позднее время. Отсюда следует, что в целях рассмотрения данных ходатайств мы соглашаемся с тем, что в нашем деле применяется международное гуманитарное право, — как оно отражено в Четвертой Женевской конвенции (включая статью 78) и, безусловно, в Четвертой Гаагской конвенции. Нам следует добавить, что вместе с нормами международного права, применяемыми в нашем деле, также применяются основополагающие принципы израильского административного права, такие как нормы естественного права. Действительно, в ранце каждого израильского солдата лежат тексты норм международного права и основных принципов израильского административного права, имеющих отношение к делу. [...]

14. Основная предпосылка заключается в том, что перемещение лица с места его жительства и принудительное поселение в другом месте наносит серьезный ущерб его достоинству, свободе и имуществу. Дом человека — это не только крыша над головой, он определяет физическое и социальное положение человека, его частную жизнь и социальные связи [...]. Нескольким основным правам человека наносится ущерб в результате вынужденного перемещения лица из его дома и принудительного поселения в другом месте, даже если это принудительное поселение не требует, чтобы он пересекал международные границы (см. F. M. Deng, *Internally Displaced Persons: Compilation and Analysis of Legal Norms*, 1998, 14). Эти права человека частично вытекают из внутригосударственного права различных стран и частью закреплены в нормах международного права.

15. Права человека на свое достоинство, свободу и имущество не являются абсолютными правами. Это относительные права. Они могут быть ограничены для поддержания прав других лиц или достижения целей общества. […]

16. Степень ограничения прав человека в результате принудительного переселения лица из одного места в другое меняется в зависимости от причин, которые обусловили принудительное поселение. […] В рассматриваемом деле мы имеем принудительное переселение лица с его места жительства в другое место на той же территории по причинам обеспечения безопасности в регионе, находящемся под военной оккупацией. Следовательно, мера разрешенного ограничения прав человека определяется гуманитарными нормами, содержащимися в законах вооруженного конфликта […]. Эти законы закреплены главным образом в Четвертой Гаагской конвенции и Четвертой Женевской конвенции. Обратимся теперь к этим законам.

17. Мы упоминали о различных положениях Четвертой Гаагской конвенции (в основном о статье 43) и Четвертой Женевской конвенции (в основном о статьях 49 и 78). По нашему мнению, рассматриваемое дело полностью подпадает под положения статьи 78 Четвертой Женевской конвенции. […]

    Это положение касается принудительного поселения в определенном месте. Оно представляет собой специальную норму права (lex specialis), на которую мы должны ссылаться и на основании которой должны разрешать стоящие перед нами юридические проблемы. То, что запрещено по этой норме, запрещается, даже если общее положение можно, на первый взгляд, истолковать как разрешающее это действие, а то, что разрешено по этой норме, разрешается, даже если общее положение можно, на первый взгляд, истолковать как запрещающее это действие […]. Действительно, изучение самого Исправленного приказа и отдельных предписаний, изданных в соответствии с ним, показывает, что автор Приказа учитывал положения статьи 78 Конвенции и действовал соответственно, издавая Исправленный приказ и отдельные предписания. Следовательно, ответчик не пытался совершить угон или депортацию кого-либо из жителей этой территории. Ответчик действовал в рамках режима «принудительного поселения в определенном месте» (согласно положениям статьи 78 Четвертой Женевской конвенции). Поэтому мы не видим никаких причин для изучения сферы действия статьи 49 Четвертой Женевской конвенции, которая запрещает угон или депортацию. В любом случае мы не видим необходимости рассматривать критические замечания, которые истцы сделали в отношении мнения данного суда, выраженного в нескольких решениях (главное из которых принято по делу HCJ 785/87 «Абед Эль-Апу против коман-

дующего Силами обороны Израиля на Западном берегу»), касательно толкования статьи 49 Четвертой Женевской конвенции. Мы можем отложить этот вопрос, чтобы решить его позже.

18. Статья 78 Четвертой Женевской конвенции не касается угона или депортации. Она дает всеобъемлющее и полное описание всех аспектов принудительного поселения в определенном месте и интернирования покровительствуемых лиц. Это положение объединяется с несколькими другими положениями Четвертой Женевской конвенции (статьи 41, 42 и 43), где также говорится об интернировании и принудительном поселении. Когда покровительствуемое лицо принудительно переселяется с одного места на другое согласно положениям статьи 78 Четвертой Женевской конвенции, это законное действие военного командующего, и оно не является нарушением прав человека, находящихся под защитой международного гуманитарного права. На самом деле, статья 78 Четвертой Женевской конвенции является как источником защиты права лица, которое принудительно поселяют в определенном месте, так и источником возможности ограничить это право. Это можно увидеть, среди прочего, из положений статьи 78 Четвертой Женевской конвенции, которая устанавливает, что предусмотренные в ней меры — «самое большее», что оккупирующая держава (то есть военный командующий) может предпринять.

Условия для осуществления полномочий военного командующего в отношении принудительного поселения в определенном месте

19. Статья 78 Четвертой Женевской конвенции предусматривает несколько (объективных и субъективных) условий, которые должен выполнить военный командующий, если хочет принудительно поселить в определенном месте лицо, находящееся под защитой Конвенции. В связи с рассматриваемыми ходатайствами нам нет необходимости изучать все эти условия. Так, например, статья 78 Четвертой Женевской конвенции предусматривает объективное условие, согласно которому должна быть определена нормальная процедура для осуществления полномочий; решения о принудительном поселении в определенном месте должны быть предметом периодического пересмотра, по возможности не реже одного раза в шесть месяцев. Эти положения были подтверждены в рассматриваемом нами деле и не являются предметом нашего внимания. Мы должны добавить, что, согласно положениям статьи 78 Четвертой Женевской конвенции, лицо, принудительно поселяемое в определенном месте, должно «пользоваться без всяких ограничений всеми преимуществами, предусмотренными статьей 39 настоящей Конвенции». Адвокат ответчика уведомил нас в ходе своего выступления, что, если при обстоятельствах рассматриваемого дела ответчик должен выполнять

обязанности, налагаемые статьей 39 Конвенции, он будет выполнять эти обязанности. Нам представили два основных довода относительно условий, предусмотренных в статье 78 Четвертой Женевской конвенции. Рассмотрим их. *Первый* приведенный нам довод заключается в том, что в статье 78 Четвертой Женевской конвенции говорится о принудительном поселении в определенном месте в границах территории, находящейся под военной оккупацией. Эта статья не применяется в тех случаях, когда место принудительного поселения находится за пределами этой территории. Истцы утверждают, что принудительное переселение их из Иудеи и Самарии в сектор Газа означает их удаление с территории. Следовательно, предварительное условие для применения статьи 78 Четвертой Женевской конвенции не выполнено. Далее истцы утверждают, что при таких обстоятельствах применяются положения статьи 49 Четвертой Женевской конвенции, согласно которым депортация истцов запрещена. *Второй* приведенный нам довод касается факторов, которые военный командующий может принять во внимание, осуществляя свои полномочия в соответствии с положениями статьи 78. Согласно этому доводу, военный командующий может принимать во внимание соображения, касающиеся опасности, которую представляет житель, и предотвращения этой опасности путем его принудительного поселения в определенном месте (факторы предотвращения). Военный командующий не может принимать во внимание соображения устрашения других лиц (факторы сдерживания). Рассмотрим каждый из этих доводов.

Принудительное поселение в определенном месте в пределах территории, находящейся под военной оккупацией

20. Все заинтересованные стороны согласны, что статья 78 Четвертой Женевской конвенции разрешает принудительное поселение в определенном месте при условии, что новое место жительства находится на той же территории, находящейся под военной оккупацией, где расположено место жительства, откуда лицо удаляют. Положения статьи 78 Четвертой Женевской конвенции не применяются, следовательно, к перемещению покровительствуемых лиц за пределы территории, находящейся под военной оккупацией. Об этом говорит Ж. Пикте в своем комментарии к статье 78 Четвертой Женевской конвенции:

> «Поэтому соответствующие покровительствуемые лица могут быть лишь интернированы или принудительно поселены в определенном месте в рамках границ самой оккупированной страны» (J. S. Pictet, *Commentary: Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 1958, p. 368).

Нам доказывали, что сектор Газа, куда военный, командующий регионом Иудея и Самария, хочет принудительно переселить истцов, находится за пределами этой территории.

21. Это интересный довод. Согласно ему, Иудея и Самария были завоеваны Иорданией, которая присоединила их — в нарушение международного права — к Хашимитскому Королевству и управляла ими до Шестидневной войны. Напротив, сектор Газа был завоеван Египтом, который удерживал его до Шестидневной войны, не присоединяя эту территорию к Египту. Поэтому у нас есть два отдельных региона, которые подвергаются двум разным военным оккупациям со стороны двух разных военных командующих так, что ни один из них не может отдавать приказы, касающиеся второй территории. Согласно этому доводу, два этих военных командующих действуют, конечно, от лица одной оккупирующей державы, но это не превращает две территории в одну.

22. Этот довод надо отклонить. Два региона являются частью подмандатной Палестины. Они подвергаются военной оккупации со стороны государства Израиль. С общественно-политической точки зрения, эти два региона рассматриваются всеми заинтересованными сторонами как одна территориальная единица, и законодательные акты военного командующего в них идентичны по своему содержанию. Так, например, адвокат ответчика обратил наше внимание на положения пункта 11 Временного соглашения между Израилем и Палестиной по Западному берегу реки Иордан и сектору Газа, где говорится:

> «Две стороны рассматривают Западный берег реки Иордан и сектор Газа как одну территориальную единицу, целостность и статус которой сохраняются в период действия временного соглашения».

Это положение повторяется также в пункте 31(8) соглашения, в котором определялись механизмы «безопасного перемещения» между регионами Иудеи и Самарии и сектором Газа. Также, хотя это соглашение не является решающим в обсуждаемом вопросе, в нем указано, что два региона считаются одной территорией, удерживаемой государством Израиль в рамках военной оккупации. Кроме того, адвокат ответчика указал нам на то, что «не только государство Израиль управляет обоими регионами согласованно, но и палестинская сторона также считает эти два региона одной единицей, и руководство двумя этими регионами объединено». Действительно, положения статьи 78 Четвертой Женевской конвенции, ограничивающие законность принудительного поселения одной территорией, уходят корнями в общественное, языковое, культурное, социальное и политическое единство территории и основаны на стремлении ограничить ущерб, наносимый принудительным поселением в чужом месте.

Учитывая это, регионы Иудея и Самария и сектор Газа не могут считаться территориями, чуждыми друг другу и их следует рассматривать как одну территорию. На этой территории есть два военных командующих, которые действуют от лица одной оккупирующей державы. Следовательно, один военный командующий правомочен принудительно поселить покровительствуемое лицо за пределами своего региона, а другой военный командующий правомочен согласиться принять покровительствуемое лицо в регионе, находящемся под его юрисдикцией. Отсюда следует, что положения статьи 78 Четвертой Женевской конвенции все же применимы в нашем деле. Поэтому нет оснований рассматривать положения статьи 49 этой Конвенции.

Соображения командующего регионом

23. Основной вопрос, который возник в этом деле — и которому посвящено большинство доводов, — касается рамок свободы действий, какой может пользоваться оккупирующая держава в соответствии с положениями статьи 78 Четвертой Женевской конвенции. Эту свободу действий следует рассматривать на двух уровнях: *один* уровень, — его мы рассмотрим немедленно, — касается фактических соображений, которые военный командующий должен принять во внимание, осуществляя свои полномочия в соответствии с положениями статьи 78 Четвертой Женевской конвенции. *Другой* уровень, — его мы рассмотрим позже, — касается применимости соображений, которые военный командующий должен принять во внимание, к обстоятельствам дел каждого из истцов, стоящих перед нами.

24. Что касается первого уровня, то все стороны в этом деле согласны (таково и наше мнение), что необходимым условием для принудительного поселения лица в определенном месте по статье 78 Четвертой Женевской конвенции является тот факт, что лицо представляет собой опасность, а его принудительное поселение в определенном месте поможет эту опасность предотвратить. Отсюда следует, что основой для свободы выбора при принятии решения о принудительном поселении служит соображение о предотвращении опасности, которую представляет собой лицо, принудительно поселяемое в определенном месте. Ни в чем не повинный человек, не представляющий никакой опасности, не может быть принудительно поселен в определенном месте лишь потому, что его принудительное поселение в этом месте устрашит других. Точно так же нельзя принудительно поселить в определенном месте человека, на котором лежит вина и который на самом деле совершал действия, нанесшие урон безопасности, если по обстоятельствам дела он более не представляет никакой опасности. Следовательно, если человек совершал террористические акты и принудительное поселение его в определенном месте

снизит опасность, которую он собой представляет, то его можно принудительно поселить в определенном месте. Нельзя принудительно поселить в определенном месте ни в чем не повинного родственника террориста, который никому не помогал, или родственника, который виновен, но не представляет опасности для региона. Так обстоит дело даже в том случае, если принудительное поселение в определенном месте родственника террориста может удержать других террористов от осуществления терактов. Сделать такой вывод требует Четвертая Женевская конвенция, которая считает интернирование и принудительное поселение в определенном месте самыми серьезными мерами, какие может принять оккупирующая держава против покровительствуемых жителей (см. Pictet, ibid., p. 257). Поэтому эти меры могут быть приняты лишь в чрезвычайных и исключительных случаях. Пикте верно говорит, что:

> «На оккупированных территориях интернирование покровительствуемых лиц должно быть даже более исключительным случаем, чем на территории государств — участников конфликта, поскольку в первом случае не встает вопрос гражданства. Вот почему в статье 78 говорится о настоятельных соображениях безопасности; не может быть и речи о принятии коллективных мер: в каждом случае должно приниматься отдельное решение, должен сохраняться их исключительный характер» (ibid., pp. 367, 368).

Он добавляет, что разрешено применять принудительное поселение в определенном месте лишь к лицам, которых оккупирующая держава «считает угрозой для своей безопасности» (ibid., p. 368). Такой подход, — вытекающий из положений Конвенции, — был принят данным судом в прошлом. Мы неоднократно постановляли, что административное интернирование, то есть мера, предусмотренная в статье 78 Четвертой Женевской конвенции вместе с принудительным поселением в определенном месте, может быть применено лишь в том случае, если «действия истца представляют угрозу для безопасности в регионе» […]. В отношении одного дела судья Бах сказал:

> «Ответчик не может использовать эту меру, заключающуюся в издании предписаний о депортации, лишь в целях устрашения других лиц. Такое предписание является законным лишь тогда, когда лицо, издающее предписание, уверено, что лицо, которое должно быть депортировано, представляет угрозу безопасности в регионе и такая мера кажется ему необходимой для избавления от этой угрозы» (HCJ 814/88 «Насралла против командующего Силами обороны Израиля на Западном берегу», p. 271).

Этот вывод подразумевается и в построении самого Исправленного приказа, из которого можно видеть, что принудительное поселение в

определенном месте может применяться лишь из-за угрозы, которую представляет сам человек. Но помимо всего этого такой вывод требуют сделать наши иудейские и демократические ценности. Из нашего иудейского наследия мы знаем, что «отцы не должны быть наказываемы смертью за детей, и дети не должны быть наказываемы смертью за отцов; каждый должен быть наказываем смертью за свое преступление» (Второзаконие, 24:16). «Каждый должен отвечать за свое преступление, и каждый должен быть наказываем смертью за свое преступление» (...); «каждый должен быть арестован за свое преступление, а не за преступление другого» [...] Следует отметить, что принудительное поселение в определенном месте не является карательной мерой. Его цель — профилактика. Оно предназначено не для наказания лица, которое принудительно поселяется в определенном месте. Его назначение — помешать лицу продолжать представлять угрозу для безопасности. Об этом высказался председатель суда Шамгар, заявив:

> «Это превентивное полномочие, то есть оно направлено в будущее и может осуществляться лишь тогда, когда это необходимо, чтобы предотвратить ожидаемую угрозу. Этим полномочием нельзя воспользоваться, если представленные военному командующему доказательства не указывают на опасность, которая ожидается от истца в будущем, если не будут приняты меры, направленные на ограничение его деятельности и предотвращение значительной части вреда, который он, как ожидается, причинит» [...].

25. Какой уровень опасности оправдывает принудительное поселение лица в определенном месте и какова ее вероятность? Ответ на этот вопрос: любой степени опасности недостаточно. Учитывая особый характер этой меры, она может быть применена, как правило, лишь в том случае, если существуют административные доказательства, которые — пусть даже они неприемлемы в суде — явно и убедительно показывают, что, если не будет применено принудительное поселение в определенном месте, есть разумная вероятность того, что лицо будет представлять реальную угрозу для безопасности территории (см. Pictet, p. 258, и приводимые им примеры). [...] Кроме того, как и любая другая мера, принудительное поселение в определенном месте должно применяться в соответствии с принципом соразмерности. «Должна существовать объективная связь — надлежащее соотношение или соразмерность — между запрещенным действием лица и мерами, принимаемыми правительством» [...]. Должна существовать соответствующая связь между целью предотвращения опасности, исходящей от лица, которое принудительно поселяют в определенном месте, и той опасностью, которую оно представляло бы, если бы против него не была применена эта мера [...]; приме-

няться должна та мера, которая причинит наименьший вред; и обычно необходимо, чтобы применение принудительного поселения в определенном месте было соразмерно получаемой от этой меры выгоде с точки зрения безопасности территории […].

26. Говоря о соразмерности, мы должны рассмотреть еще два вопроса, которые затронул председатель суда Шамгар в деле, касавшемся административного интернирования жителей Иудеи и Самарии, сказав:

> «Интернирование направлено на предотвращение и устранение угрозы безопасности, возникающей в связи с действиями, которые интернированный может совершить и которые, разумно рассуждая, нельзя предотвратить принятием обычных правовых мер (уголовного судопроизводства) или административной меры, последствия которой были бы менее серьезными (с тем чтобы сделать выводы из действий в прошлом относительно угрозы в будущем); […].

Эти замечания также относятся к теме принудительного поселения в определенном месте. Следовательно, необходимо рассматривать каждый случай, чтобы понять, не предотвратит ли предъявление уголовного обвинения ту угрозу, которую должно предотвратить принудительное поселение в определенном месте. Кроме того, принудительное поселение в определенном месте, как говорится в статье 78 Четвертой Женевской конвенции, — обычно менее серьезная мера, чем интернирование. На этот предмет необходимо рассматривать каждое дело по существу, в духе замечаний Пикте:

> «Интернирование — более суровая мера, поскольку обычно оно предполагает обязанность жить в лагере с другими интернированными лицами. Однако не следует забывать, что термины «принудительное поселение в определенном месте» и «интернирование» могут по-разному толковаться в законодательстве разных стран. Как правило, принудительное поселение в определенном месте — менее серьезная мера, чем интернирование» (ibid., p. 256).

27. Может ли военный командующий, принимая решение о принудительном поселении лица в определенном месте, учитывать соображения относительно устрашения других лиц? Как мы видим, в основе принудительного поселения в определенном месте лежит угроза, которую представляет сам человек, если не поселить его принудительно в определенном месте, и сдерживание самого этого человека путем принудительного поселения его в определенном месте. Поэтому военный командующий не может принимать эту меру исключительно для устрашения других лиц. Тем не менее, когда прину-

дительное поселение лица в определенном месте оправдано, поскольку лицо опасно, и вопрос лишь в том, воспользоваться ли этим полномочием, нет ничего плохого в том, чтобы военный командующий принял во внимание и соображения относительно устрашения других лиц. Так, например, это соображение может быть учтено при выборе между интернированием и принудительным поселением в определенном месте. Такой подход позволяет поддерживать надлежащее равновесие между необходимым условием, заключающимся в том, что само лицо должно представлять угрозу, — которую принудительное поселение его в определенном месте призвано устранить, — и важнейшей необходимостью обеспечить безопасность территории. Это полностью совпадает с подходом Четвертой Женевской конвенции, которая считает принудительное поселение в определенном месте законным механизмом обеспечения безопасности территории. Этого требует суровая действительность происходящего в государстве Израиль и на оккупированных территориях, поскольку их захлестывает бесчеловечное явление — «живые бомбы».

28. […] Эти положения дают военному командующему широкую свободу действий. Он должен решить, оправдывают ли решающие соображения безопасности — или настоятельные соображения безопасности — принудительное поселение лица в определенном месте. Вот что об этом говорит Пикте:

> «Казалось невозможным более точно определить выражение «безопасность государства». Таким образом, решение о том, какая интенсивность деятельности, наносящей ущерб внутренней или внешней безопасности государства, оправдывает интернирование или принудительное поселение в определенном месте, в значительной степени остается на усмотрение правительств» (ibid., p. 257).

Отметим, что соображения, которые военный командующий может принимать во внимание, — это не только соображения «военного характера» (см., например, статьи 5, 16, 18, 53, 55, 83 и 143 Четвертой Женевской конвенции). Статья 78 Четвертой Женевской конвенции включает в них и «соображения безопасности» (см., например, статьи 9, 42, 62, 63, 64 и 74 Четвертой Женевской конвенции). На самом деле, в Четвертой Женевской конвенции проводится четкое различие между «настоятельными соображениями безопасности» и «особо вескими соображениями военного характера». Понятие соображений безопасности шире, чем понятие соображений военного характера.

29. Военный командующий пользуется широкой свободой действий при принятии решения о принудительном поселении лица в определенном месте. Но эта свобода не абсолютна. Военный командующий должен

пользоваться этой свободой в рамках условий, которые мы определили в этом судебном решении и которые предписаны в статье 78 Четвертой Женевской конвенции и в Исправленном приказе. Военный командующий не может, например, отдать распоряжение о принудительном поселении в определенном месте ни в чем не повинного лица, не участвующего ни в какой деятельности, наносящей ущерб государству, и не представляющего никакой угрозы, даже если военный командующий считает, что это необходимо по решающим соображениям обеспечения безопасности. Он также не может отдать такое распоряжение в отношении лица, участвовавшего в деятельности, наносящей ущерб государству, если это лицо более не представляет угрозы, которую принудительное поселение в определенном месте должно предотвратить. Действительно, военный командующий, желающий воспользоваться положениями статьи 78 Четвертой Женевской конвенции, должен действовать в рамках параметров, заданных в данной статье. Эти параметры создают «область» ситуаций — некую «область разумности», в которой может действовать военный командующий. Он не может отклоняться от них.

30. Верховный суд, заседая в качестве Высокого суда правосудия, осуществляет судебный надзор над законностью свободы действий, которой пользуется военный командующий. […] Осуществляя этот судебный надзор, мы не утверждаем, что являемся экспертами в вопросах безопасности. Мы не подменяем соображения безопасности, имеющиеся у военного командующего, своими собственными соображениями безопасности. Мы не высказываем никакого мнения относительно того, как происходит обеспечение безопасности […].

Правда, «безопасность государства» не есть некое «волшебное слово», которое предотвращает судебный надзор […]. Один тот факт, что решения командующего основываются на важных соображениях безопасности, не помешает нам осуществлять надзор за решениями командующего в соответствии со статьей 78 Четвертой Женевской конвенции и Исправленным приказом. Тем не менее мы не станем подменять свободу выбора командующего своей свободой выбора. Мы рассмотрим законность той свободы, которой он пользуется, и установим, входят ли его решения в «область разумности», определяемую соответствующими правовыми нормами, применяемыми к делу. […]

От общего к частному

Амтассар Мухаммед Ахмед Ажури (HCJ 7019/02)

31. Амтассар Мухаммед Ахмед Ажури (незамужняя женщина 34 лет) — сестра террориста Ахмеда Али Ажури. Ее брату Ахмеду Али Ажури при-

писывается обширная террористическая деятельность, включающая отправку террористов-смертников в поясах с взрывчаткой; среди прочего, на него возлагается ответственность за теракт, совершенный на Центральной автобусной станции в Тель-Авиве, в результате которого пять человек были убиты и множество — ранены. Апелляционная коллегия (под председательством полковника Гордона) в своем решении от 12 августа 2002 г. постановила — на основании представленных ей конфиденциальных материалов и свидетельских показаний сотрудников Общей службы безопасности, — что истица напрямую и в значительной степени способствовала незаконной деятельности своего брата, направленной на причинение вреда невинным гражданам. Коллегия установила, что имеется более чем достаточно оснований для вывода о том, что истица знала о запрещенной деятельности своего брата, включая тот факт, что его разыскивают израильские силы безопасности, и что она знала, что ее брат был ранен при работе с взрывчаткой, и, предположительно, она также знала, что ее брат вооружен и прячет штурмовую винтовку в квартире, где жила их семья. Было также установлено, что истица помогала своему брату, сшив пояс, в котором должна была находиться взрывчатка. Коллегия указала, что на основании конфиденциальной информации, которую она сочла «надежной и не устаревшей», обнаружилось, что истица действительно помогала своему брату в его противозаконной деятельности. Было установлено, что речь идет о случае «прямой и значимой помощи в подготовке пояса с взрывчаткой, и важность и серьезные последствия этой помощи были, без сомнения, ясны и известны [истице]». Правда, истица показала перед Коллегией, что ни в чем не участвовала и не помогала своему брату, однако Коллегия отвергла эти показания как ненадежные. Коллегия указала, что «мы нашли ее неискренний и изворотливый рассказ совершенно не разумным на протяжении дачи всех ее показаний перед нами, и было очевидно, что она хочет любыми возможными способами дистанцировать себя от деятельности своего брата; неискренность ее рассказа оставила у нас вполне определенное впечатление о ней как о человеке, которому есть что скрывать, и это впечатление добавляется к четкой и недвусмысленной информации, которая следует из конфиденциального материала, касающегося ее участия в подготовке пояса со взрывчаткой». По этим причинам ходатайство истицы перед Апелляционной коллегией было отклонено. Следует также отметить, что в показаниях ответчика в ходе разбирательства, которые были подкреплены аффидевитом, указывалось, что «истица помогала своему брату в террористической деятельности и, среди прочего, шила с этой целью пояса для взрывчатки», — пояса, а не всего лишь один пояс.

32. Нам кажется, что в случае истицы решение ответчика должным образом основано на положениях статьи 78 Четвертой Женевской конвенции и положениях Исправленного приказа. Истице приписы-

ваются очень серьезные деяния, и вытекающая из них угроза для безопасности государства весьма реальна. Так, например, истица подготовила не один пояс со взрывчаткой. Нам доказывали, что истица не знала о деятельности своего брата. Апелляционная коллегия отвергла такое утверждение, и мы не будем вмешиваться в это решение Апелляционной коллегии. Деяния истицы очень серьезны. Они представляют значительную угрозу для безопасности региона и далеко выходят за рамки минимальных требований, указанных в положениях статьи 78 Четвертой Женевской конвенции и Исправленного приказа. Действительно, принудительное поселение истицы в определенном месте — целесообразная мера (в рамках предписываемой соразмерности) к тому, чтобы уменьшить опасность, которую она будет представлять в будущем. Мы спросили адвоката правительства, почему истице не было предъявлено обвинение в рамках уголовного судопроизводства, и получили ответ, что против нее нет допустимых доказательств, которые можно было бы представить в уголовном процессе, поскольку имеющиеся против нее улики являются конфиденциальной информацией и не могут быть представлены в уголовном суде. Мы считаем этот ответ удовлетворительным. Правда, истица подвергнута административному интернированию (которое окончится в октябре 2002 г.). Однако рассматривается возможность продлить его срок. Нам кажется, что выбор между административным интернированием и принудительным поселением в определенном месте в этом особом деле остается на усмотрение ответчика, и если он примет решение прекратить административное интернирование и применить вместо него принудительное поселение в определенном месте, для нашего вмешательства в его решение нет оснований. Это верно и в том случае, если его решение продиктовано, среди прочего, и соображениями устрашения других лиц, которые ответчик имел право принять во внимание.

Кипах Махмад Ахмед Ажури (первый истец в «деле HCJ 7015/02»)

33. Кипах Махмад Ахмед Ажури (далее — первый истец) (38 лет) женат и имеет троих детей. Он брат истицы. Его братом является террорист Ахмед Али Ажури, которому приписывается весьма серьезная террористическая деятельность (как мы видели). Стоящий перед нами истец признал на допросе в полиции (23 июля 2002 г.), что знает, что его брата Али Ажури разыскивают израильские силы безопасности «в связи со взрывами», и что он даже был ранен при подготовке заряда взрывчатого вещества. Первый истец сказал на допросе, что его брат перестал приезжать к нему домой, поскольку его разыскивали, а также, что он носит с собой пистолет и имеет две штурмовые винтовки. Позже на допросе (31 июля 2002 г.) он признал, что знает, что его брат принадлежит к военной группе, которая «занимается взры-

вами». Он также сказал, что видел, как брат прячет оружие под полом в доме, где живет их семья, и что у него есть ключ от квартиры, где члены группы жили и готовили взрывчатку. Он даже забирал из этой квартиры матрац и видел тогда две сумки с взрывчаткой — из одной торчали электрические провода. В другой раз, сказал первый истец на допросе в полиции, он сторожил, пока брат и члены его группы переносили два заряда взрывчатого вещества из квартиры в принадлежавшую им машину. В другой раз, как сказал первый истец следователям, он видел, как брат и еще один человек делали в квартире видеозапись человека, который собирался стать террористом-смертником, а на столе перед ним лежал Коран. Первый истец сказал на допросе, что приносил еду группе брата. […]

[…]

36. Мы думаем, что и в деле первого истца решение ответчика было правильным. Первый истец помогал своему брату и был глубоко вовлечен в его серьезную террористическую деятельность, как определила Апелляционная коллегия, и мы не будем вмешиваться в ее решение. Особенно серьезным является, на наш взгляд, поведение первого ответчика, когда он выступал в качестве сторожа и должен был предупредить брата, занимавшегося перенесением взрывчатых веществ из квартиры, где он жил, — и откуда первый истец вынес матрац, чтобы помочь брату, — в используемую им машину. Действуя таким образом, первый истец оказался глубоко вовлечен в серьезную террористическую деятельность своего брата, и есть разумная вероятность того, что он представляет реальную угрозу для безопасности региона. И в этом случае мы также спросили ответчика, почему первому истцу не было предъявлено обвинение в рамках уголовного судопроизводства, и получили от него ответ, что это неосуществимо. Принудительное поселение первого истца в определенном месте — действительно соразмерная санкция, которая должна предотвратить опасность, которую он представляет, поскольку действия этого истца далеко выходят за рамки минимальных требований, указанных в положениях статьи 78 Четвертой Женевской конвенции. Поскольку это так, ответчик имел право принимать во внимание соображения общего устрашения и, следовательно, предпочесть принудительное поселение этого истца в определенном месте его административному интернированию. Для нашего вмешательства в решение ответчика оснований нет.

Абед Альнассер Мустафа Ахмед Асида
(второй истец в «деле HCJ 7015/02»)

37. Абед Альнассер Мустафа Ахмед Асида (далее — второй истец) (35 лет) женат и имеет пятерых детей. Он брат террориста Нассера

А-Дина Асиды. Его брата разыскивают силы безопасности в связи с обширной террористической деятельностью: среди прочего, он несет ответственность за убийство двух израильтян в городе Йицхар в 1998 г. и за два террористических акта на въезде в город Иммануэль, в результате которых были убиты 19 израильтян, а десятки получили ранения. Второго истца допрашивала полиция. Он признал на допросе (28 июля 2002 г.), что знает, что его брата разыскивают израильские силы безопасности в связи с терактом в Йицхаре. Второй истец сказал, что дал брату еду и чистую одежду, когда тот пришел к нему домой, но не позволил ему спать у себя в доме. Он даже сказал, что несколько раз давал брату свою личную машину, хотя не знал, с какой целью брату нужна машина или как он ее будет использовать. Далее он сказал, что перестал давать брату машину, поскольку боялся, что израильские силы безопасности убьют его брата, когда тот будет находиться в машине. Однажды он отвез своего находящегося в розыске брата в Шехем (Наблус), хотя и в тот раз второй истец не знал цели поездки. Второй истец также сказал, что видел, как брат ходит с штурмовой винтовкой. Однажды он помог другому человеку, находящемуся в розыске, — своему шурину, — дав ему чистую одежду, еду и питье, когда тот приходил к нему домой, и даже несколько раз одалживал ему машину и отвозил его в Шехем. Хотя второй истец утверждал, что не знает, с какой целью использовалась машина и какова была цель поездок в Шехем, он сказал в полиции, что отвез брата в больницу, когда тот был ранен при подготовке заряда взрывчатого вещества, и одолжил свою машину — в другой раз, — чтобы отвезти другого человека, который также был ранен при неосторожном обращении с зарядом взрывчатки; в то же время второй истец утверждал на допросе, что не знал точных обстоятельств, при которых пострадал каждый из раненых.

38. В своих показаниях перед Апелляционной коллегией второй истец подтвердил, что знал, что его брат находится в розыске. Он показал, что действительно отвозил брата, но не давал ему машину. Он показал, что видел брата с оружием и что хотел дать ему еду во время кратких визитов к нему, но у него не было времени. Апелляционная коллегия в своем решении (от 12 августа 2002 г.) постановила, что второй истец на самом деле знал о деяниях своего брата, и о том, что тот владел оружием, и что он поддерживал с ним тесную связь, в том числе несколько раз давая ему — в своем доме — чистую одежду и еду. Коллегия постановила, что второй истец не только отвозил своего брата, находившегося в розыске, на своей машине, но и одалживал машину ему и другому лицу, находившемуся в розыске. Коллегия указала, что «мы имеем дело не с мелкими правонарушениями», но добавила, что «связь между [вторым истцом] и его братом и его материальная помощь последнему — значительно менее серьезные деяния, чем деяния [первого истца]». Коллегия добавила в этом кон-

тексте, что «мы обращаем внимание военного командующего на тот факт, что его [второго отца] личные деяния менее серьезны, чем деяния [первого истца], с точки зрения соразмерности периода».

39. Мы считаем, что нет оснований для принудительного поселения второго истца в определенном месте. Конечно, этот истец знал о серьезной террористической деятельности своего брата. Но этого недостаточно для того, чтобы принудительно поселить его в определенном месте. Активные действия, которые он предпринимал, помогая своему брату, не достигают того уровня опасности, который предписывают положения статьи 78 Четвертой Женевской конвенции и положения Исправленного приказа. В его поведении нет такой степени соучастия, которая представляет реальную угрозу безопасности региона, тем самым давая возможность принудительно поселить его в определенном месте. Этот истец утверждал, — и Апелляционная коллегия не отклонила это утверждение, — что он не знал, как его брат использовал машину, которую предоставил ему второй истец, и что он не знал, каковы были цели его брата, когда он его возил. Следует отметить, что мы считаем действия второго истца, — пусть даже они вытекали из тесных семейных уз, — ненадлежащими. Именно помощь, которую оказывают террористам родственники, дает им возможность скрываться от сил безопасности и выполнять свои планы. Тем не менее принудительное поселение в определенном месте — суровая мера, которая должна использоваться лишь в особых случаях, когда предполагается реальная угроза безопасности региона, если эта мера не будет принята (см. HCJ 2630/90 «Сарахра против командующего Силами обороны Израиля в Иудее и Самарии» [33]). Мы не считаем, что случай второго истца входит в эту категорию. Нам кажется, что угроза, которую представляют для безопасности региона действия второго истца, не достигает уровня, необходимого для применения меры принудительного поселения в определенном месте. Кажется, Апелляционная коллегия также это сознавала, когда рассматривала возможность сократить срок принудительного поселения в определенном месте. По нашему мнению, случай второго истца не входит в «область разумности», предусмотренную статьей 78 Четвертой Женевской конвенции и Исправленным приказом, и нет возможности принудительно поселить этого истца в определенном месте. Конечно, мы готовы допустить, что принудительное поселение второго истца в определенном месте может оказать сдерживающее воздействие на других лиц. Тем не менее этим соображением, которое может быть учтено, когда дело достигает уровня, разрешающего применить механизм принудительного поселения в определенном месте, — нельзя воспользоваться, когда не существует условий для применения статьи 78 Четвертой Женевской конвенции и Исправленного приказа.

Заключение

40. Прежде чем закончить, мы хотели бы сделать два завершающих замечания. *Во-первых*, мы истолковали, как могли, положения статьи 78 Четвертой Женевской конвенции. В соответствии со всеми общепринятыми подходами к толкованию мы попытались придать им значение, которое согласуется с новыми обстоятельствами, с которыми столкнулось государство Израиль. Мы сомневаемся, что создатели положений статьи 78 Четвертой Женевской конвенции предвидели, что покровительствуемые лица могут сотрудничать с террористами и «живыми бомбами». Эти новые обстоятельства требуют динамичного подхода к толкованию положений статьи 78 Четвертой Женевской конвенции, что помогло бы принять во внимание новые обстоятельства.

41. *Во-вторых*, государство Израиль переживает тяжелый период. Терроризм калечит его жителей. Человеческая жизнь попрана. Сотни людей были убиты. Тысячи были ранены. Арабское население Иудеи и Самарии и сектора Газа также подвергается невыносимым страданиям. […] Государство стремится действовать в рамках законных возможностей, предоставляемых ему международным правом, субъектом которого оно является, и в соответствии со своим внутренним законодательством. В результате не всякая эффективная мера является мерой законной. В действительности государство Израиль ведет трудную войну с терроризмом. Эта война выходит за пределы закона и инструментов, предоставляемых законом. Известное изречение «Молчат законы среди лязга оружия» (Цицерон, Речь в защиту Тита Анния Милона, IV.11; см. также W. Rehnquist, *All the Laws but One*, 1998, p. 218) не отражает право как оно есть или каким оно должно быть. Это хорошо сформулировал лорд Аткин в деле «Ливерсидж против Андерсона» [37], сказав:

> «В Англии среди лязга оружия законы не молчат. Возможно, они меняются, но говорят одинаковым языком как во время войны, так и в мирное время. Одним из столпов независимости, одним из принципов свободы, за которые мы сражаемся, всегда было то, что судьи стоят между субъектом и любыми попытками посягательства на его свободу со стороны исполнительной власти, стремясь убедиться, что любые меры принуждения оправданы по закону».

В результате мы отклоняем ходатайство по «делу HCJ 7019/02» и ходатайство по «делу HCJ 7015/02» в той части, которая касается первого истца. Мы объявляем приказ о представлении обоснования абсолютным в отношении второго истца в «деле HCJ 7015/02». […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Происходит ли вооруженный конфликт на Западном берегу (в Иудее и Самарии)? Согласны ли вы с тем, что это не полицейская операция, а вооруженное сопротивление? Имеет ли такое уточнение значение для нашего дела? Если бы это было не вооруженное сопротивление, оказалось бы принудительное поселение в определенном месте незаконным? В каком случае все еще применяется МГП? (См. статьи 2 и 6(3) Конвенции IV.)

2. Возможно ли, что, как утверждает ответчик, нормы Гаагского положения о военной оккупации применяются к территории, а нормы Женевской конвенции IV — нет? (См. статью 2 Конвенции IV и статью 42 Гаагского положения.)

3. Соответствовала ли процедура принудительного поселения истцов в определенном месте требованиям статьи 78 Конвенции IV? Даже тот факт, что они не имели доступа к существующим доказательствам против них?

4. Является ли статья 78 Конвенции IV lex specialis в отношении статьи 49? Может ли поэтому оккупирующая держава принудительно поселять покровительствуемых лиц в определенном месте даже за пределами оккупированной территории? На своей собственной территории? Или на другой оккупированной территории? По мнению Высокого суда правосудия? По вашему мнению? Разве статьи 49 и 78 относятся не к двум разным темам? Разве мера не должна соответствовать им обеим, чтобы соблюдалось МГП?

5. a. Сектор Газа находится в пределах той же оккупированной территории, что и Западный берег? Какие факторы поддерживают такую трактовку, а какие ей противоречат? Возможно ли, чтобы сектор Газа являлся отдельной оккупированной территорией для целей применения Конвенции IV согласно ее объекту и цели, но чтобы эти два региона были одной территорией для целей мирных переговоров? (См. статьи 2, 47 и 78 Конвенции IV.)

   b. Является ли сектор Газа (или, скорее, части сектора Газа, более не находящиеся под контролем израильских сил) каким-либо образом все еще оккупированным, хотя он находится под эффективным контролем Палестинской администрации? По мнению Высокого суда правосудия? По вашему мнению? Если это уже не оккупированная территория, законно ли, по мнению Высокого суда правосудия, подвергать

истцов принудительному поселению в определенном месте? (См. статьи 6 и 78 Конвенции IV; статью 42 Гаагского положения.)

c. Как может израильский военный командующий обеспечить соблюдение статьи 39 Конвенции IV в тех частях сектора Газа, которые он не контролирует?

6. a. Можно ли подвергнуть покровительствуемое лицо принудительному поселению в определенном месте, чтобы наказать его за его действия в прошлом? Чтобы помешать ему угрожать безопасности оккупирующей державы? Чтобы удержать его от каких-либо действий? Чтобы удержать от каких-либо действий других лиц? (См. статьи 33(1) и 78 Конвенции IV.)

b. Можно ли принимать во внимание сдерживающее воздействие интернирования или принудительного поселения в определенном месте, принимая решение о том, чтобы подвергнуть покровительствуемое лицо таким мерам? При выборе между этими двумя мерами? (См. статьи 33(1) и 78 Конвенции IV.)

c. Является ли принудительное поселение в определенном месте мерой, дополняющей обвинение в уголовном преступлении? Допустимо ли, что доказательства совершения преступления в прошлом не могут быть представлены в суде? (См. статьи 71, 72 и 78 Конвенции IV.)

7. a. Как бы вы объяснили, почему доказательства того, что Амтассар Мухаммед Ахмед Ажури шила пояса со взрывчаткой, не могут быть представлены во время уголовного процесса? Почему «неосуществимо» предъявление Кипаху Махмаду Ахмеду Ажури обвинения в связи с тем, что он знал о террористической деятельности своего брата, или в связи с тем, что он играл роль сторожа (по его собственному признанию) (см. п. 36 решения)? Какую опасность представляет каждый из них в будущем? (См. статьи 31, 71, 72 и 78 Конвенции IV.)

b. Какую опасность представляет в будущем Абед Альнассер Мустафа Ахмед Асида? В чем разница между ним и двумя другими истцами? Может ли серьезность его участия в террористических актах в прошлом быть учтена при оценке того, какую опасность он представляет в будущем? (См. статью 78 Конвенции IV.)

Прецедент № 116, Израиль, Вывоз тел из лагеря беженцев в Дженине

[См. также об операции «Оборонительный щит»: ООН, A/ES-10/186, Доклад Генерального секретаря, подготовленный в соответствии с резолюцией ES-10/10 Генеральной Ассамблеи (Доклад по Дженину), 30 июля 2002 г.]

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: «Evacuation of bodies in Jenin — Decision of the Supreme Court Sitting as a High Court of Justice — April 14, 2002», см. http://www.court.gov.il]

Вывоз тел из лагеря беженцев в Дженине
Решение Верховного суда, заседающего в качестве Высокого суда правосудия

14 апреля 2002 г.

H. C. 3114/02
МОХАММЕД БАРАКЕХ, ДЕПУТАТ КНЕССЕТА [ПАРЛАМЕНТА ИЗРАИЛЯ]
против
МИНИСТРА ОБОРОНЫ БЕНЬЯМИНА БЕН-ЭЛИЕЗЕРА,
НАЧАЛЬНИКА ГЕНЕРАЛЬНОГО ШТАБА СИЛ ОБОРОНЫ ИЗРАИЛЯ ШАУЛЯ МОФАЗА
КОМАНДУЮЩЕГО СИЛАМИ ОБОРОНЫ ИЗРАИЛЯ В РАЙОНЕ ДЖЕНИН

H. C. 3115/02
АХМЕД ТИБИ, ДЕПУТАТ КНЕССЕТА [ПАРЛАМЕНТА ИЗРАИЛЯ]
против
ПРЕМЬЕР-МИНИСТРА АРИЭЛЯ ШАРОНА,
МИНИСТРА ОБОРОНЫ БЕНЬЯМИНА БЕН-ЭЛИЕЗЕРА,
НАЧАЛЬНИКА ГЕНЕРАЛЬНОГО ШТАБА СИЛ ОБОРОНЫ ИЗРАИЛЯ ШАУЛЯ МОФАЗА,
КОМАНДУЮЩЕГО ЦЕНТРАЛЬНЫМ ВОЕННЫМ ОКРУГОМ ИЦХАКА ЭЙТАНА

H. C. 3116/02
АДАЛАХ — ЮРИДИЧЕСКИЙ ЦЕНТР ЗАЩИТЫ ПРАВ АРАБСКОГО МЕНЬШИНСТВА В ИЗРАИЛЕ
«КАНОНИЧЕСКОЕ ПРАВО» — ПАЛЕСТИНСКАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ ПО ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА
против
КОМАНДУЮЩЕГО СИЛАМИ ОБОРОНЫ ИЗРАИЛЯ НА ЗАПАДНОМ БЕРЕГУ РЕКИ ИОРДАН

В Верховном суде, заседающем в качестве Высокого суда правосудия
Председатель Барак, судья Ор и судья Бейниш

Решение

Председатель Барак

1. В последние дни происходят боевые действия в регионе Иудея и Самария (операция «Оборонительный щит»). Операция началась (29 марта 2002 г.) в результате правительственного решения. Ее цель — подавить инфраструктуру палестинского терроризма и предотвратить повторение многочисленных террористических актов, от которых страдает Израиль. В рамках этой деятельности Силы обороны Израиля вошли (3 апреля 2002 г.) в район города Дженин и в располагающийся рядом с городом лагерь беженцев. По информации, полученной нами от адвоката ответчиков г-на Бласса, в городе Дженин и в лагере беженцев существовала разветвленная террористическая инфраструктура (настоящая «палестинская военная индустрия», по словам г-на Бласса). Из этого района вышли 23 террориста-смертника — около четверти всех террористов, совершивших самоубийственные взрывы (в том числе теракты во время еврейской Пасхи, в ресторане «Маца» в Хайфе и в ресторане «Сбарро» в Иерусалиме, на железнодорожной станции в Беньямине, взрыв в автобусе на перекрестке Мосмос и теракт на перекрестке рядом с военной базой 80).

2. Когда Силы обороны Израиля вошли в лагерь беженцев, они обнаружили, что значительная часть домов пустует. Гражданское население находилось в основном в центре лагеря. Вступив в лагерь, войска обратились к жителям с общим призывом выйти из домов. По полученной нами информации до вечера 7 апреля 2002 г. люди на этот призыв не откликнулись. К этому моменту около 100 человек покинули лагерь. С целью захватить террористов, оружие и взрывчатые вещества Силы обороны Израиля начали боевые действия, переходя от дома к дому. Среди прочих причин такая тактика была выбрана, чтобы предотвратить тяжелые потери среди мирных гражданских лиц. Завязался бой. Оказалось, что пустые дома были заминированы. В результате этого сражения 23 наших солдата пали в бою. После нескольких дней боев, переходя от дома к дому, армия сумела установить контроль над лагерем. По утверждению адвоката ответчиков после того этапа, когда был дан сигнал эвакуировать дома, во время боев бульдозеры уничтожали дома и некоторые палестинцы были убиты.

3. Тела палестинцев оставались в лагере. До тех пор пока лагерь не оказался под полным контролем Сил обороны Израиля, вывезти их было невозможно. Когда они установили контроль над лагерем, начались розыскные работы, в ходе которых обезвреживались и удалялись заряды взрывчатки, которые палестинцы разбросали по всему лагерю беженцев. К тому моменту, когда были поданы данные хода-

тайства, были обнаружены 37 тел. Восемь тел были переданы палестинской стороне. Двадцать шесть тел еще не были вывезены.

4. В трех находящихся перед нами ходатайствах нас просят приказать ответчикам воздержаться от обнаружения и вывоза тел палестинцев из лагеря беженцев в Дженине. Кроме того, нас просят приказать ответчикам воздержаться от захоронения тел тех лиц, которые были признаны террористами, на кладбище в долине реки Иордан. Истцы требуют, чтобы задача обнаружения и подбора тел была возложена на медицинские бригады и представителей Красного Креста. Кроме того, они требуют, чтобы родственникам погибших было разрешено устроить для них своевременные, надлежащие и приемлемые похороны.

5. […] Председатель этого Суда решил издать временный судебный приказ, запрещающий вывоз тел палестинцев из тех мест, где они лежат, до слушания. […]

[…]

7. В качестве отправной точки мы используем тот принцип, что при обстоятельствах этого дела ответственность за обнаружение, опознание, вывоз и захоронение тел лежит на ответчиках. Это их обязанность в соответствии с нормами международного права. Ответчики согласны с этой точкой зрения и руководствуются ею в своих действиях. В рамках этой позиции — и согласно избранному порядку действий — были собраны бригады, включающие в себя группу саперов, медиков и других специалистов. Эти бригады установят местонахождение тел. Они быстро проведут процесс опознания. Они вывезут тела в пункт сбора. В ответ на наши вопросы г-н Бласс сказал, что ответчики готовы включить в различные бригады представителей Красного Креста. Кроме того, они готовы рассмотреть с положительной точки зрения, в соответствии с решением военного командующего и с учетом меняющихся обстоятельств, вопрос участия в процессе розыска и опознания представителя Красного Полумесяца. Мы предлагаем включить в бригады представителя Красного Полумесяца, конечно, с согласия военных командующих. Ответчики также находят приемлемым то, что в процессе опознания на этапе, следующем после установления местонахождения и вывоза тел, будут участвовать представители местного населения, которые могут оказать помощь в этом вопросе. Принимаемые Силами обороны Израиля меры, направленные на опознание тел, будут включать в себя, кроме того, фотографирование и оформление документов в соответствии со стандартной процедурой. Они сделают это как можно быстрее, проявляя уважение к погибшим и принимая меры для обеспечения безопасности действующей армии. Истцы также находят эти принципы приемлемыми.

8. По завершении процесса опознания начнется этап захоронения. Ответчики считают, что захоронение должно быть осуществлено своевременно палестинской стороной. Конечно, для успешного выполнения этой задачи необходимо согласие между ответчиками и палестинской стороной. Если окажется, что палестинская сторона воздерживается от немедленного захоронения тел, будет рассмотрена возможность немедленного захоронения тел ответчиками — с учетом того соображения, что подобная ситуация поставит под угрозу безопасность. Нет необходимости говорить, что ответчики считают, что похороны, если они будут производиться ответчиками, будут проведены надлежащим и уважительным образом с уважением к погибшим. При этом не будут проводиться различия между обнаруженными телами и между телами вооруженных террористов и гражданских лиц. Такая позиция приемлема для истцов.

9. Действительно, между сторонами нет настоящих расхождений во взглядах. Определение местонахождения, опознание и захоронение тел — очень важная гуманитарная деятельность. Она следует из принципа уважения к погибшим. Уважения ко всем погибшим. Она лежит в основе нашего существования как государства с иудаистскими и демократическими ценностями. Ответчики объявили, что действуют в соответствии с этим же подходом, и их позиция кажется нам надлежащей. Другими словами, чтобы предотвратить появление слухов, надлежит включить в процесс — на этапе установления местонахождения тел — представителей Красного Полумесяца. Также надлежит — и для ответчиков это приемлемо — включить в процесс опознания тел местные палестинские власти. Наконец, надлежит — и именно это изначально предполагали сделать ответчики — местным палестинским властям должным образом провести захоронение в соответствии со своими культурными традициями. Все эти действия должны быть осуществлены как можно быстрее. В этом согласны все стороны. Нет необходимости упоминать, что все вышесказанное зависит от ситуации в области безопасности на местах и от решения военного командующего.

10. В гуманитарных вопросах, действительно, обычно возможно достичь понимания и соглашения. Уважение к погибшим важно для всех нас, ведь человек создан по образу и подобию Бога. Все стороны надеются завершить процесс установления местонахождения, опознания и захоронения тел как можно быстрее. Ответчики готовы включить в свои бригады представителей Красного Креста, а на этапе опознания после установления местонахождения и вывоза тел — даже местные власти (по особому решению военного командующего). Все согласны, что захоронение должно проводиться своевременно, с уважением и соблюдением религиозных обычаев.

11. В ходатайствах утверждалось, что в лагере беженцев в Дженине произошла резня. Ответчики совершенно с этим не согласны. В Дженине произошло сражение — бой, в котором погибли многие наши солдаты. Армия шла от дома к дома, не прибегая к воздушным бомбардировкам, чтобы предотвратить, насколько возможно, потери среди гражданского населения. Двадцать три солдата Сил обороны Израиля отдали свои жизни. Десятки солдат были ранены. Истцы не сняли с себя возложенное на них бремя доказывания. Резня — одно дело. Тяжелый бой — другое. Ответчики по-прежнему утверждают перед нами, что не хотят ничего скрыть и что им нечего скрывать. Эта позиция нашла отражение в найденном нами практичном решении.

12. Хорошо, что стороны в рассматриваемых нами ходатайствах пришли к соглашению. Это желанное соглашение. В нем уважение и к живым, и к погибшим. Оно помогает избежать появления слухов. Конечно, правовые нормы применяются всегда и сразу. Г-н Класс уведомил нас, что военная администрация во всех своих действиях опирается на консультации главного военного прокурора. Именно так и должно быть. Даже во время боя должно соблюдаться право, применимое к бою. Даже во время боя должно быть сделано все, чтобы защитить гражданское население [...]. Безусловно, этот суд не выразит никакого мнения относительно того, как проводятся боевые действия. Пока жизнь солдат в опасности, эти решения будут приниматься командирами. В рассматриваемом нами деле не утверждалось, что найденное нами решение ставит под угрозу солдат. Также не утверждалось, что издание временного судебного приказа может представлять какую-либо опасность для солдат. Напротив, найденное нами решение — это решение, в котором заинтересованы все.

В свете описанного выше решения для всех заинтересованных сторон приемлемо отклонение ходатайств.

Решение вынесено 14 апреля 2002 г.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Как вы можете квалифицировать военные действия, происходившие в Дженине? Это был международный или немеждународный вооруженный конфликт? Имеет ли значение для определения применимого гуманитарного права расположение Дженина на палестинской оккупированной территории или на автономной палестинской территории? Применима ли к данной ситуации Конвенция IV? Даже если Израиль объявил, что согласен только де-факто применять «гуманитарные положения» Конвенции IV, которую он ратифицировал?

2. Разрушение домов согласуется с международным гуманитарным правом? Если бы дома были заминированы? Если бы был элемент сомнения? Если бы была высокая вероятность того, что разрушения повлекут потери среди гражданского населения? В качестве репрессалии в ответ на теракты, совершаемые палестинскими террористами-смертниками из Дженина? (См. статью 23(ж) и статью 50 Гаагского положения; статьи 33, 53 и 147 Конвенции IV.)

3. a. Какие положения МГП касаются опознания, репатриации и захоронения погибших? (См. статьи 15(1), 16 и 17 Конвенции I; статьи 18(1) и 20 Конвенции II; статью 120 Конвенции III; статью 130 Конвенции IV; статьи 17(2), 32, 33(4) и 34 Протокола I.) Применимы ли какие-либо из этих положений к данному делу? Если нет, почему? Если да, какие именно? В каком качестве? Обладают ли некоторые из них характером обычного права?

   b. Если вышеуказанные положения не применимы, почему Суд считает, что «ответственность за обнаружение, опознание, вывоз и захоронение тел лежит на ответчиках» и что это их обязанность «в соответствии с нормами международного права» (см. п. 7)? На какие положения международного права мог бы ссылаться Суд? Являются ли вышеуказанные положения частью «гуманитарных положений», которые Израиль согласен применять? Есть ли в МГП «негуманитарные» положения? (См. также **Прецедент № 114**, Израиль, Судебные дела о предписаниях о депортации.)

   c. Обязательно ли участие в этой деятельности гражданских обществ и, в частности, Палестинского Красного Полумесяца? Или оно необязательно? Почему оно необходимо в данном случае?

   d. Обязательно ли участие в этой деятельности МККК? Или оно необязательно? Каков мандат МККК? Может ли он выполнять какие-либо действия в отношении людей, погибших во время конфликта? Разве это не задача главным образом сторон в конфликте? Может ли МККК тем не менее предложить свои услуги? (См. статьи 10, 140 и 143 Конвенции IV.)

   e. Было ли соглашение между израильскими и палестинскими властями жизненно важно? Было ли оно рекомендовано при данных обстоятельствах? Могла ли военная администрация положить конец этим соглашениям по соображениям безопасности, как, кажется, предполагал Суд? Могла ли она по тем же соображениям прекратить выполнять свои обязанности «в соответствии с нормами международного права»?

Прецедент № 117, Израиль, «Дело о событиях в Рафахе»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Physicians for Human Rights v. Commander of IDF Forces in the Gaza Strip, HCJ 4764/04, The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, May 30, 2004.]

HCJ 4764/04
1. Организация «Врачи за права человека» и другие
против
1. Командующего Силами обороны Израиля в секторе Газа

Верховный суд, заседающий в качестве Высокого суда правосудия
[30 мая 2004 г.]

Состав Суда: Председатель А. Барак, судья Я. Туркель
и судья Д. Бейниш

Ходатайство в Верховный суд, заседающий в качестве
Высокого суда правосудия [...]

Решение

Председатель А. Барак

Выполняет ли государство Израиль свои обязательства по международному гуманитарному праву во время проходящих сейчас военных операций в Рафахе? Вот стоящий перед нами вопрос.

Предыстория

1. С 18 мая 2004 г. в районе Рафаха в секторе Газа происходят боевые действия. [...] По словам ответчика, эти широкомасштабные боевые действия направлены против террористической инфраструктуры в данном районе. Их основная цель — определить местонахождение подземных туннелей, которые используются для контрабанды оружия с египетской стороны Рафаха на палестинскую сторону. Кроме того, военные операции должны привести к аресту лиц, разыскиваемых в связи с террористической деятельностью, и определению местонахождения тайных складов оружия в районе Рафаха. Они включают в себя бои с вооруженным противником. Против Сил обороны Израиля используются взрывчатые вещества и огнестрельное оружие. [...]

[...]

3. Город Рафах состоит из нескольких районов. Большинство военных операций проходит в районе Тель-А-Султан. Силы обороны Израиля также вошли в район Бразил. Между моментом подачи этого ходатайства (20 мая 2004 г.) и его слушанием на следующее утро (21 мая 2004 г.) Силы обороны Израиля ушли из этих двух районов. Однако районы были окружены войсками и остаются под контролем Сил обороны Израиля. […]

[…]

5. До начала военных операций силы обороны Израиля, которые извлекли урок из подобных операций в прошлом, приняли три меры для предупреждения возникновения любых гуманитарных проблем. Во-первых, была создана «гуманитарная горячая линия». «Горячая линия» должна была служить для связи с организациями, находящимся вне зоны операций. Правозащитные организации, например, имели бы возможность связаться с «горячей линией» и были ли бы предприняты немедленные шаги к тому, чтобы решить конкретные гуманитарные проблемы. Во-вторых, было создано Районное управление координации (РУК). РУК должно было постоянно поддерживать связь с Палестинским министерством здравоохранения, Красным Полумесяцом, Международным Красным Крестом и местными больницами. РУК, возглавляемое полковником И. Мордехаем, должно было решать гуманитарные проблемы, возникшие в результате операций. В-третьих, в каждый батальон в зоне операций был назначен офицер для связи с Управлением координации. Этот офицер связи должен был решать гуманитарные задачи, такие как эвакуация пострадавших палестинцев. […]

[…]

Ходатайство

7. Истцы — четыре правозащитные организации. Они указывают на ущерб, который был нанесен местному гражданскому населению в Рафахе в результате военных операций: уничтожение домов и ранения гражданских лиц. В своем ходатайстве они требуют, чтобы Силы обороны Израиля разрешили медицинским бригадам и машинам «скорой помощи» подобрать и эвакуировать раненых из Рафаха, чтобы подобную эвакуацию не нужно было согласовывать с «горячей линией», чтобы медицинским бригадам не угрожали и не причиняли вреда, и чтобы была разрешена перевозка в Рафах медицинского оборудования. Далее в ходатайстве требуется, чтобы в районе Тель-А-Султан была восстановлена подача электроэнергии и воды, чтобы Силы обороны Израиля разрешили снабжать жителей этого района продовольствием и медикаментами, и чтобы медицинской

бригаде истца 1 разрешили посетить в больницы в секторе Газа и оценить обстановку в них с медицинской точки зрения. Наконец, истцы просят, чтобы было проведено полное расследование инцидента, в котором были убиты несколько жителей, когда артиллерия обстреляла толпу протестующих гражданских лиц. Кроме того, истцы просят об издании приказа, запрещающего артиллерийский обстрел гражданских лиц даже в том случае, когда среди них есть вооруженные комбатанты, которые не представляют непосредственной опасности для жизни. […]

[…]

Судебный контроль

13. «Израиль не является изолированным островом. Он — часть международной системы». HCJ 5592/02 «Яссин против командующего военным лагерем Кциот». Военные операции Сил обороны Израиля проводятся не в правовом вакууме. Существуют юридические нормы, — входящие в обычное международное право или в договоры, участником которых является Израиль, и в основополагающие принципы израильского законодательства, — которые устанавливают правила проведения военных операций. В деле HCJ 3451/02 «Альманди против министра обороны» я отмечал, что:

14. Израиль ведет тяжелый бой против яростной волны терроризма. Израиль осуществляет свое право на самооборону. См. Устав ООН, статью 51. Эта битва происходит не в правовой пустоте. Она ведется в соответствии с нормами международного права, которые предусматривают принципы и правила боевых действий. Поговорка «Когда говорят пушки, музы молчат» неверна. Высказывание Цицерона о том, что законы молчат в разгар войны, не отражает современную действительность. Этот подход основан не только на практических следствиях политической и правовой действительности. Его корни лежат гораздо глубже. Он выражает различие между демократическим государством, сражающимся за свою жизнь, и агрессией восстающих против него террористов. Государство сражается во имя закона и во имя соблюдения закона. Террористы сражаются против закона и нарушают его. Война против террора — это и война закона против тех, кто его нарушает. […] Кроме того, государство Израиль основано на иудаистских и демократических ценностях. Мы основали государство, которое соблюдает право, — оно достигает своих национальных целей, воплощая мечты поколений своих граждан и поддерживая при этом права человека и человеческое достоинство. В этом сочетании — мечты и права — заключена только гармония, но не противоречие.

Действительно, все операции Сил обороны Израиля подпадают под международное право. Например, в деле HCJ 3114/02 «Барак против министра обороны» я отмечал, что «даже во время боя законы войны должны соблюдаться. Даже во время боя должно быть сделано все, чтобы защитить гражданское население».

15. Вообще судебный контроль со стороны этого Суда осуществляется ретроспективно. Ходатайство подается против уже совершенных действий. Иногда между действием и рассмотрением этого действия в Суде может пройти значительное время. Однако в данном случае это не так. Истцы не требуют, чтобы мы изучали правовое значение уже завершившихся военных операций. Цель данного ходатайства — руководство действиями военных в настоящее время. Это ожидаемый судебный контроль, осуществляемый в тот момент, когда военные операции еще продолжаются. Тем самым на данный Суд налагаются определенные ограничения. […] Настоящее ходатайство уникально тем, что в нем нас просят рассмотреть еще продолжающиеся военные операции, пока солдаты Сил обороны Израиля еще подвергаются опасностям, связанным с боевыми действиями. Надлежит подчеркнуть следующее.

16. Несомненно, данный Суд не занимает никакой позиции относительно того, как проводятся боевые действия. До тех пор пока жизнь солдат в опасности, такие решения принимаются командирами. В рассматриваемом нами деле не утверждалось, что достигнутое нами решение ставит под угрозу жизнь солдат. […]

17. […] Мы предполагаем, что операции в Рафахе необходимы с военной точки зрения. Стоящий перед нами вопрос заключается в том, соответствуют ли эти военные операции внутригосударственному законодательству и международному праву. Тот факт, что операции необходимы с военной точки зрения, не означает автоматически, что они удовлетворяют требованиям права. Конечно, в том, что касается ведения военных действий, мы не выступаем вместо военного командующего и не подменяем его мнение своим. Такие вопросы входят в его компетенцию. Мы рассматриваем правовые последствия его решений. Это входит в нашу компетенцию. […]

[…]

Правовая база

19. Военные операции Сил обороны Израиля в Рафахе в той степени, в которой они затрагивают гражданских лиц, регулируются Гаагской конвенцией IV о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г. [далее — Гаагская конвенция] и Женевской конвенцией о защите гражданско-

го населения во время войны 1949 г. [далее — Четвертая Женевская конвенция]. Кроме того, они регулируются принципами израильского административного права. […] Согласно этим принципам, Силы обороны Израиля должны действовать последовательно (как по существу, так и с процессуальной точки зрения), разумно и с соблюдением принципа соразмерности, а также сохраняя надлежащий баланс между личной свободой и общественными интересами. […]

[…]

21. Для наших целей основной запретительной нормой международного гуманитарного права, применяемого во время боя, является то, что гражданские лица «имеют право при любых обстоятельствах на уважение к их личности, чести, семейным правам, религиозным убеждениям и обрядам, привычкам и обычаям. С ними всегда будут обращаться гуманно, и, в частности, они будут охраняться от любых актов насилия или запугивания» (Четвертая Женевская конвенция, статья 27. См. также Гаагскую конвенцию, статью 46). […]

Главный принцип этой нормы — признание важности человека, святости его жизни и ценности его свободы. См. The Basic Law: Human Dignity and Liberty, para. 1; J. S. Pictet, *Commentary: Fourth Geneva Convention* 199 (1958). Его жизнь неприкосновенна, и его достоинство должно находиться под защитой. Однако эта основная обязанность не является абсолютной. В отношении покровительствуемых лиц ее могут ограничивать такие «меры контроля или меры обеспечения безопасности, которые могут оказаться необходимыми вследствие войны» (Четвертая Женевская конвенция, статья 27. Эти меры не могут «наносить ущерб основополагающим правам соответствующих лиц» (Pictet, p. 207). Эти меры должны быть соразмерными (см. Fleck, p. 220). Военные операции направлены против террористов и вражеских комбатантов. Они не направлены против гражданских лиц (см. Fleck, p. 212). Когда гражданские лица, как это часто случается, попадают в зону боевых действий, — и особенно когда террористы превращают гражданских лиц в «живые щиты», — должно быть сделано все, чтобы защитить достоинство местного гражданского населения. На военном командующем лежит двойная обязанность. Во-первых, он должен воздерживаться от операций, которые могут нанести ущерб гражданскому населению. Эта обязанность сформулирована от противного. Во-вторых, он должен принять все необходимые меры, чтобы обеспечить безопасность гражданских лиц. Эта последняя обязанность требует конкретных действий (см. Fleck, p. 212). Обе эти обязанности, — между которыми не всегда легко провести различие, — должны выполняться разумно и с соблюдением принципа соразмерности, учитывая время и место.

[…]

23. Вместе с этой основной запретительной нормой в отношении человеческого достоинства гражданских лиц во время боевых действий международное гуманитарное право налагает несколько конкретных обязательств. Основополагающий принцип не исчерпывается этими обязательствами. Они являются лишь конкретным выражением данного принципа. Мы отметим два из этих обязательств, которые имеют отношение к рассматриваемому делу.

24.

1. *Снабжение продовольствием и медикаментами*: «Оккупирующая держава обязана при помощи всех имеющихся средств обеспечить снабжение гражданского населения продовольствием и санитарными материалами. Она должна, в частности, ввозить необходимые съестные припасы, санитарные материалы и другие предметы в тех случаях, когда ресурсы оккупированной территории будут недостаточны» (Четвертая Женевская конвенция, статья 55; Pictet, p. 300). Красному Кресту и другим гуманитарным организациям должно быть разрешено предоставлять продовольствие и медикаменты. (Четвертая Женевская конвенция, статья 59). Должен быть разрешен свободный провоз таких посылок (там же). См. также статью 23. Конечно, эти посылки могут быть просмотрены, чтобы убедиться, что они предназначены для гуманитарных целей (там же, статья 59). […]

   […]

3. Санитарные материалы: Должно быть обеспечено надлежащее функционирование медицинских учреждений (Четвертая Женевская конвенция, статья 56). Лица, занимающиеся розыском раненых, должны пользоваться защитой (там же, статья 20). Красному Кресту и Красному Полумесяцу должно быть разрешено осуществлять их деятельность в соответствии с принципами Международного Красного Креста (там же, статья 63).

4. От общего к частному […]

Водоснабжение

[…]

27. Истцы заявили, что танки, вступая в район Тель-А-Султан, разрушили инфраструктуру водоснабжения, в результате чего было подорвано снабжение водой всего Рафаха. […] Истцы просят, чтобы мы приказали ответчику восстановить водоснабжение в районе Тель-А-Султан. Во время прений полковник Мордехай подтвердил, что колодцы в

районе Тель-А-Султан действительно были повреждены. Ремонт откладывался, поскольку палестинская ремонтная бригада, опасаясь военных действий, не хотела въезжать в Тель-А-Султан. Позже, по инициативе полковника Мордехая, сюда пришел Красный Крест, и большинство колодцев были восстановлены. В те районы, где проточной воды все еще нет, как в Тель-А-Султане, военные позволили привозить цистерны с водой. В настоящее время в Тель-А-Султане находятся пять машин с водой, и жители могут без труда до них добраться. Полковнику Мордехаю доложили, — а он, в свою очередь, доложил нам, — что в этот район прибыли еще шесть цистерн с водой. […] По существу, во всех районах Рафаха сейчас есть проточная вода. […]

[…]

29. Военный командующий отвечает за обеспечение водоснабжения в зоне боевых действий. Это означает не только ответственность за то, чтобы источникам воды не было причинено вреда, но и обязательство снабжать водой те районы, где ее недостает. Должно быть сделано все, чтобы обеспечить снабжение водой; источники воды должны восстанавливаться с надлежащей быстротой. В отсутствие проточной воды должны предоставляться цистерны с водой. Как уведомил нас полковник Мордехай, эти вопросы были решены. Конечно, полученный здесь урок должен пойти армии на пользу в будущем. […]

[…]

Электричество

31. Истцы утверждают, что в районах Рафаха нет электричества. Попытка подсоединить район Тель-А-Султан не увенчалась успехом, и во всем городе нет электричества. Они просят, чтобы мы приказали ответчику восстановить электроснабжение в пострадавших районах. […] Силы обороны Израиля — в сотрудничестве с муниципалитетом Рафаха — работают над устранением неполадок. Ремонт занимает много времени, поскольку рабочим иногда трудно найти источник проблемы. Кроме того, надлежащее восстановление сети электроснабжения затруднено из-за происходящих на местах боев. В настоящий момент на большей части территории Рафаха электричество есть, и будет сделано все, чтобы обеспечить восстановление электроснабжения во всем районе. В свете всего этого мы полагаем, что данному Суду нет необходимости издавать дополнительные приказы по этому вопросу. […]

[…]

Медицинское оборудование и медикаменты

33. Истцы утверждали, что в больнице А-Наджар, которая, хотя и находится за пределами зоны боевых действий, обслуживает район, контролируемый Силами обороны Израиля, существует острая нехватка медикаментов, медицинского оборудования и донорской крови. О нехватке больница сообщила профессору Дончину, члену организации, являющейся истцом 1 («Врачи за права человека»). Истец 1 подготовил машину с медикаментами, бинтами и донорской кровью. Машина ожидает у контрольно-пропускного пункта «Эрец», и ей не разрешают въехать в сектор Газа. Истцы требуют, чтобы мы приказали ответчику разрешить снабжать медикаментами жителей района Тель-А-Султан. Они также требуют, чтобы мы приказали ответчику разрешить машинам, везущим медицинское оборудование, перемещаться между Рафахом и больницами за его пределами в Хан-Юнисе и городе Газа. Полковник Мордехай упомянул в своем письменном ответе, что медикаменты и медицинское оборудование разрешено привозить в район Рафаха. Ничто не мешает перевозить медицинское оборудование из одного района в другой. Пограничный пропускной пункт в Рафахе, который был закрыт из-за боев, открылся именно с той целью, чтобы позволить грузовикам, везущим медицинское оборудование из Египта, попасть в сектор Газа. В своем устном заявлении полковник Мордехай добавил, что въезд в зону боевых действий осуществляется через контрольно-пропускной пункт «Карни». Любое медицинское оборудование, привезенное на этот пропускной пункт, будет немедленно передано к месту назначения при условии, что его не сопровождают израильские гражданские лица, поскольку есть опасения, что их могут взять в заложники. [...]

[...]

35. Военный командующий обязан убедиться, что в зоне боевых действий достаточно медицинского оборудования. Безусловно, это его обязанность перед своими солдатами; но он несет эту обязанность и перед гражданским населением, находящимся под его контролем. В рамках подготовки к военной операции следует учитывать эту проблему, возникновения которой всегда можно ожидать. Для этого необходимо заранее изучить как местную систему здравоохранения, так и способность местных больниц предоставлять достаточную медицинскую помощь во время боев. Медицинское оборудование в случае его нехватки должно быть подготовлено заранее; должно быть разрешено снабжение медицинским оборудованием из различных источников, чтобы возместить его нехватку; следует поддерживать, насколько возможно, связь с местными службами здравоохранения. Это обязанность военного командующего, и получение

помощи из внешних источников не освобождает его от этой обязанности. См. Четвертую Женевскую конвенцию, статью 60. Однако подобная внешняя помощь вполне может привести к фактическому выполнению обязательства. Сейчас нам кажется, что этот вопрос близок к разрешению, и мы не думаем, что есть необходимость в дополнительных мерах со стороны этого Суда.

Продовольствие

36. По словам истцов, одновременно с началом военных действий был введен комендантский час и перекрыт доступ в некоторые районы Рафаха. Эти меры периодически то принимаются, то отменяются, в зависимости от того, где происходят бои в данное конкретное время. В районе Тель-А-Султан постоянно идут бои с утра 18 мая 2004 г. Уже три дня жители района отрезаны от внешнего мира из-за комендантского часа. Они страдают от нехватки воды (см. выше, п. 14), медицинской помощи (см. выше, п. 17) и продовольствия. В четырех районах Рафаха нет молока или основных продуктов питания. Силы обороны Израиля не разрешают жителям связаться с другими районами, что решило бы проблему; продовольствие в этот район также не поставляется. Истцы просят, чтобы мы приказали ответчику разрешить поставки продовольствия в район Тель-А-Султан. В своем ответе полковник Мордехай указал, что стандартная процедура при введении комендантского часа позволяет пополнять запасы продовольствия в течение 72 часов после начала комендантского часа. В данном случае силы обороны Израиля в течение 48 часов разрешали проезд в этот район грузовиков с продовольствием, подготовленным Красным Крестом. В различных частях районов были выбраны пункты раздачи, где жителям выдавались продукты. С этой целью Силы обороны Израиля поддерживают связь с мэром Рафаха и с министерствами Палестинской администрации. В течение дня в эту зону впускают дополнительные грузовики с продовольствием. Каждое предложение о снабжении продовольствием из внешнего источника будет одобрено и получит содействие. Это же относится и к молоку. По мнению полковника Мордехая, в настоящее время недостатка продовольствия нет. Он подчеркнул, что даже до операции БАПОР разрешали заполнять его склады продовольствием. […]

[…]

38. С юридической точки зрения, норма права состоит в том, что военный командующий, занимающий территорию путем боевых действий, должен удовлетворять потребности местных жителей, находящихся под его контролем, в продовольствии. Конкретные детали этого обязательства зависят, конечно, от того, на каком этапе нахо-

дятся боевые действия. Однако боевые действия не должны приводить к голоду среди местных жителей, находящихся под контролем армии. [...] С практической точки зрения, нам кажется, что проблема с продовольствием решена. Тем не менее мы должны еще раз отметить, что, как и проблема с медицинской помощью, вопрос о продовольствии для гражданского населения должен быть учтен при предварительном планировании военной операции. Ответственность за это полностью лежит на Силах обороны Израиля. Конечно, вероятно, что Силам обороны будут помогать международные организации, такие как Красный Крест и БАПОР. Однако деятельность последних не освобождает армию, обладающую эффективным контролем над территорией, от основополагающей обязанности перед гражданским населением, находящимся под ее контролем. См. Четвертую Женевскую конвенцию, статья 60. [...]

[...]

Эвакуация пострадавших

40. Истцы утверждают, что с началом военной операции дорога из Рафаха в Хан-Юнис была перекрыта в обоих направлениях. Этим утром машины «скорой помощи», эвакуировавшие пострадавших из Рафаха в Хан-Юнис, не смогли вернуться в Рафах. Поэтому раненые остались в больнице А-Наджар. Эта больница не оснащена и недостаточно современна, чтобы лечить десятки поступающих в нее раненых. Из-за того что дорога блокирована, жизнь многих раненых находится под угрозой. Кроме того, эвакуация раненых из больницы А-Наджар в Рафахе в больницы за пределами Рафаха разрешается только при условии, что сообщаются имя и личный номер раненого и регистрационный номер машины «скорой помощи», которая должна его эвакуировать. Требование сообщить регистрационный номер машины «скорой помощи» можно удовлетворить, пусть и с трудом, тогда как имя и личный номер раненого сообщить невозможно. Причина в том, что многие раненые находятся без сознания и неизвестно, кто они. По существу, машины «скорой помощи» не могут эвакуировать пострадавших, чья личность не установлена. Кроме того, въезду дополнительных машин «скорой помощи» в район А-Султан мешают раскопки, которые проводят Силы обороны Израиля в этой зоне. В одном случае была даже обстреляна машина Красного Полумесяца. Истцы требуют, чтобы мы приказали Силам обороны Израиля воздержаться от причинения вреда медицинским бригадам или гражданским лицам, занимающимся эвакуацией пострадавших, и их запугивания. Они также требуют, чтобы медицинским бригадам и палестинским машинам «скорой помощи» дали доступ к раненым в Рафахе для эвакуации их в больницы. Наконец, они требуют, чтобы мы приказали ответчику позволить пе-

ревозить раненых в машинах «скорой помощи» из больницы в Рафахе в другие больницы в секторе Газа без получения предварительного разрешения и без сообщения личных данных раненых. […]

[…]

42. […] Полковник Мордехай заявил, что Силы обороны Израиля разрешают машинам «скорой помощи» и медицинским бригадам въезжать в Рафах, чтобы эвакуировать пострадавших. Усилия по эвакуации координируются с представителями Красного Креста и Красного Полумесяца, различными палестинскими должностными лицами и израильскими правозащитными организациями, которые связались с «гуманитарной горячей линией». […] Что касается требования указывать данные о машине «скорой помощи» и раненом, полковник Мордехай упомянул […] что эти требования основаны на желании убедиться, что палестинские медицинские бригады перевозят действительно раненых и что машины являются действительно санитарным транспортом, а не используются для других целей. Прошлый опыт показывает, что палестинские террористы используют машины «скорой помощи» для террористической деятельности, в том числе для перевозки вооруженных палестинцев и контрабанды оружия из одного района в другой. […] Полковник Мордехай добавил, что каждому батальону придан офицер для связи с Управлением координации. Одной из основных его обязанностей является обеспечение организованной эвакуации раненых в координации с бригадами скорой помощи. Во время операции более 80 машин «скорой помощи» проехали с севера сектора Газа на юг в Рафах. Силы обороны Израиля разрешают проезд машин «скорой помощи» при условии, что их проезд согласован с армией. Обыск машин, необходимый, чтобы убедиться, что из одного района в другой не перевозится запрещенное боевое оснащение, занимает всего несколько минут. Эвакуация раненых не зависит от сообщения их имен и личных номеров. Тех, чья личность не установлена, также эвакуируют. […] Полковник Мордехай упомянул, относительно эвакуации раненых за пределы Рафаха, что более 40 машин «скорой помощи» покинули Рафах, направляясь на север. Каждой машине «скорой помощи», которая просит разрешения на выезд, такое разрешение дают. Все, что требуется, — лишь согласование маршрута. Что касается обстрела машины «скорой помощи», полковник Мордехай подчеркнул, что он не был преднамеренным. […]. «Машины «скорой помощи» неприкосновенны», — так сказал нам полковник Мордехай. […] Надо лишь пожалеть, что произошло одно исключение из этого правила. Беспроводная связь поддерживается между водителями машин «скорой помощи» и офицерами РУК, с помощью которой осуществляется надлежащая координация действий войск, выполняющих маневры на местах, и машин

«скорой помощи». Когда проезду машины «скорой помощи» мешают кучи земли на дороге, делается все — после согласования, чтобы вызвать бульдозер и устранить препятствие. [...]

[...]

44. Относительно правовой базы расхождений во мнениях нет. Армия должна сделать все возможное с учетом сложившегося в данный момент положения на поле боя, чтобы дать возможность эвакуировать местных жителей, раненных во время боевых действий. По этому вопросу судья Дорнер огласил решение данного суда, состоявшегося более двух лет назад по делу HCJ 2936/02 «Врачи за права человека» против командующего силами обороны Израиля на Западном берегу»:

45. [...] Наши боевые силы должны соблюдать нормы гуманитарного права, касающиеся ухода за ранеными и больными и обращения с телами погибших. Тот факт, что медицинский персонал злоупотребляет своим положением в больницах и машинах «скорой помощи», заставил Силы обороны Израиля действовать, чтобы предотвратить подобную деятельность, но сам по себе он не оправдывает широкомасштабные нарушения гуманитарных норм. На самом деле такова и позиция государства. Такого подхода требуют не только нормы международного права, на которых истцы основывают свои доводы, но и ценности государства Израиль как иудаистского и демократического государства. [...]

Нам кажется, что проезд машин «скорой помощи» в Рафах и из Рафаха происходит надлежащим образом. Это стало возможным благодаря, среди прочего, связи между Силами обороны Израиля — посредством офицеров РУК — и машинами «скорой помощи». Эта связь была установлена надлежащим образом и оказала надлежащий эффект. Кроме того, машины «скорой помощи» свободно въезжают в этот район и покидают его. Требование Сил обороны Израиля относительно регистрационного номера машин разумно. Не следует ставить перевозку раненых в зависимость от сообщения их имен и личных номеров. Однако мы не видим вреда в попытке получить эту информацию, когда она доступна, если получение этих данных не является условием для выезда из зоны боевых действий и не приводит к чрезмерной задержке транспортировки. Единственный случай обстрела машины «скорой помощи» был исключением. Мы убедились, что распоряжения, запрещающие подобные действия, являются четкими и недвусмысленными. Поэтому нам кажется, что ходатайство удовлетворено в том, что касается данного вопроса.

Захоронение погибших

46. Адвокат истцов заявляет, что в больнице А-Наджар в Рафахе находятся 37 тел жителей, убитых в ходе операции Сил обороны Израиля. Их невозможно захоронить из-за ограничений, наложенных армией. Отвечая на это перед Судом полковник Мордехай отметил, что со стороны армии нет никаких препятствий для захоронения погибших на кладбищах. Кладбища, насколько ему известно, расположены за пределами района Тель-А-Султан и, по существу, похороны могут пройти немедленно. В своем ответе истцы отметили, что похороны не проводились, потому что армия окружила район Тель-А-Султан и не позволяет родственникам погибших участвовать в похоронах. Полковник Мордехай признал, что это правда. […]

[…]

48. Такой ответ нас не удовлетворяет. Мы отметили, что следует быстро найти решение этой проблемы. Так, например, мы спросили, почему родственникам, всем или некоторым, не разрешают участвовать в похоронах. Полковник Мордехай обещал нам ответить на этот вопрос. В обновленном заявлении, которое мы получили 23 мая 2004 г., ответчик уведомил нас от лица полковника Мордехая, что ответчик принял решение (21 мая 2004 г.) разрешить ряду родственников убитых покинуть район Тель-А-Султан для проведения похорон. Это предложение было отвергнуто палестинцами. В заявлении также отмечалось, что в тот же день (21 мая 2004 г.) ответчик предложил в качестве жеста доброй воли разрешить двум машинам от каждой семьи покинуть район Тель-А-Султан для участия в похоронах родственников. Это предложение также было отвергнуто палестинцами. В субботу (22 мая 2004 г.) ответчик был готов, в качестве жеста доброй воли и в ответ на просьбу Красного Креста, разрешить родственникам всех погибших покинуть район для участия в церемонии похорон, без ограничения числа людей, при условии, что похороны не будут проводиться все одновременно. И это предложение также было отвергнуто палестинцами. В воскресенье (23 мая 2004 г.) ответчик объявил, что готов в качестве жеста доброй воли и по согласованию с Палестинской администрацией разрешить нескольким автобусам покинуть район, чтобы дать родственникам возможность участвовать в похоронах погибших. По словам ответчика, палестинцы начали собирать автобусы, необходимые для перевозки родственников, выезжающих из Тель-А-Султана на похороны. Дополнительное заявление ответчика (датированное 25 мая 2004 г.) уведомило нас, что попытка (сделанная 23 мая 2004 г.) организованно вывезти родственников из районов на автобусах для участия в похоронах не удалась из-за сопротивления палестинцев. Ответчик добавил, что в тот же день (23 мая 2004 г.) после отхода Сил обороны

Израиля из района Тель-А-Султан состоялись 22 похоронные церемонии, и для участия в них родственников, живущих в районе Тель-А-Султан, не было никаких препятствий, поскольку Силы обороны Израиля не мешали движению транспорта между районом и тем местом, где проходили похороны. […]

[…]

50. В своем ответе 24 мая 2004 г. истцы указали, после обсуждения с мэром Рафаха, что жители Рафаха действительно отклонили предложения Сил обороны Израиля и что это значительно ограничило число родственников, участвовавших в похоронах. Жители предпочитали провести похороны после отмены комендантского часа, чтобы убедиться, что по погибшим прочитана молитва, и чтобы возвести временное сооружение для скорбящих, где они могли бы принимать тех, кто приходит их утешить в соответствии с исламским законом. Далее нас уведомили, что мэр Рафаха объявил, что после того, как доступ в Тель-А-Султан был открыт, жители Рафаха начали организовывать совместные похороны 23 погибших. Похороны должны были пройти днем, и ожидалось, что церемония продолжится до вечера в связи с большим числом погибших. […]

[…]

52. Проблема захоронения погибших была решена. Тем не менее из этого инцидента следует извлечь урок. Мы исходим из того, что запечатленный в статье 27 Четвертой Женевской конвенции основополагающий принцип о необходимости охранять достоинство местных жителей распространяется не только на живых, но и на погибших. […] Человеческое достоинство означает и достоинство живых, и достоинство погибших. Это же относится и к внутригосударственному израильскому законодательству. […] В обязанности военного командующего входит розыск и установление местонахождения тел погибших. […] После обнаружения тел, он обязан убедиться, что они достойно погребены. В «деле Баракех», где обсуждаются обязанности военного командующего по отношению к телам погибших во время армейских операций, мы основываемся на приведенных ниже положениях.

53. В качестве отправной точки мы используем тот принцип, что при обстоятельствах этого дела ответственность за обнаружение, опознание, вывоз и захоронение тел лежит на ответчиках. Это их обязанность в соответствии с нормами международного права. Ответчики согласны с этой точкой зрения. Определение местонахождения, опознание и захоронение тел — очень важная гуманитарная деятельность. Она следует из принципа уважения к погибшим — уважения ко

всем погибшим. Она лежит в основе нашего существования как государства с иудаистскими и демократическими ценностями. Ответчики объявили, что действуют в соответствии с этим же подходом, и их позиция кажется нам надлежащей. В гуманитарных вопросах обычно есть возможность достичь соглашения. Уважение к погибшим важно для всех нас, ведь человек создан по образу и подобию Бога. Все стороны надеются завершить процесс установления местонахождения, опознания и захоронения тел как можно быстрее. Ответчики готовы включить в свои бригады представителей Красного Креста, а на этапе опознания после установления местонахождения и вывоза тел — даже местные власти (по особому решению военного командующего). Все согласны, что захоронение должно проводиться своевременно с уважением и с соблюдением религиозных обычаев (там же, п. 15).

Армия пыталась действовать в соответствии с этими принципами в рассматриваемом случае. Погибшие были опознаны и перевезены в больницу А-Наджар. Оба этапа проходили с участием Красного Креста и Красного Полумесяца. Однако проблема здесь касалась захоронения. Ответчик явно был готов похоронить погибших, но считал, что исполнил свои обязанности, передав тела в больницу А-Наджар. Это не так. В обязанности ответчика входит обеспечение достойного захоронения тел. Для этого он должен вести переговоры с местными властями, — насколько они функционируют, — и найти уважительный способ исполнить эту обязанность. Как становится ясно из представленной нам информации, основная возникшая сложность заключалась в участии в похоронах родственников погибших. [...] Должен быть установлен четкий порядок действий для каждого этапа процесса. Конечно, в конце концов, если погибшие находятся в больнице и родственники отказываются их хоронить, не следует их к этому принуждать. Тем не менее должно быть сделано все возможное, чтобы достигнуть соглашения по этому вопросу.

Обстрел демонстрации

54. Истцы утверждают, что в среду, 19 мая 2004 г., тысячи палестинцев из Рафаха участвовали в спокойной и мирной процессии. Они шли в направлении Тель-А-Султана. Некоторые из участников были вооружены и носили маски. Среди демонстрантов были мужчины и женщины, дети и взрослые. [...] Во время марша по демонстрантам были выпущены три или четыре танковых снаряда и два снаряда с вертолета. По словам демонстрантов, огонь шел только со стороны наблюдательного пункта Тель-Аль-Зуареб, занятого Силами обороны Израиля. Обстрел демонстрантов привел к гибели восьми гражданских лиц. Около половины погибших — несовершеннолетние. Истцы про-

сят, чтобы мы приказали провести расследование этого инцидента силами следственного отдела военной полиции. Они также просят, чтобы мы приказали ответчику издать недвусмысленное распоряжение, налагающее абсолютный запрет на обстрел или бомбардировку гражданских собраний, даже если в них участвуют вооруженные люди, если они не представляют непосредственной опасности для жизни. [...]

[...]

56. Ответчик уведомил нас, что первоначальное расследование было проведено немедленно. Оно выявило, что произошел несчастный случай при обстреле танковыми снарядами заброшенного здания, и восемь палестинцев были убиты шрапнелью. Одним из них был вооруженный активист движения «Исламский джихад». Остальные семь жертв — совершенно невинные люди. Было подчеркнуто, что в Рафахе сосредоточено большое количество оружия, в том числе бронебойного. Также подчеркивалось, что в прошлом террористы часто пытались использовать гражданских лиц в качестве прикрытия для нанесения ударов по Силам обороны Израиля. Также существовали опасения, что демонстранты начнут карабкаться на бронетранспортеры, внутри которых находились солдаты. Демонстрация происходила в зоне боевых действий. Среди демонстрантов были вооруженные люди. Во время первоначальных переговоров с демонстрантами была сделана попытка остановить процессию. Попытка не удалась. Затем были применены сдерживающие средства. Они также не привели к успеху, и демонстрация продолжилась. После этого было решено обстрелять заброшенное здание кумулятивными снарядами.

57. [...] Ответчик добавил, что действующие в Силах обороны Израиля правила применения силы, касающиеся открытия огня, которые также применяются к ситуациям гражданских собраний, основаны на правовом и моральном принципе предотвращения причинения вреда невиновным. Тем не менее он повторил, что в данном случае существовала ситуация активных военных действий и имелась опасность для войск в зоне, густо населенной гражданскими лицами, где комбатанты не отличают себя от гражданского населения, но прячутся среди гражданских лиц. Намеренное использование населения в качестве живого щита вопреки основным правилам ведения боя является военным преступлением.

58. [...] На данном этапе в отсутствие фактов мы можем лишь повторить очевидное: армия должна принимать все возможные меры предосторожности, чтобы избежать причинения вреда гражданским лицам, даже тем, кто протестует против нее. Необходимые меры

предосторожности, конечно, зависят от обстоятельств, таких как опасность, угрожающая гражданским лицам и солдатам. [...]

[...]

Будущее

66. Согласно гуманитарным принципам международного права, военные действия требуют следующего: во-первых, все солдаты, участвующие в боевых действиях, должны ознакомиться с правилами поведения и усвоить их, от начальника генерального штаба до новых рекрутов. [...] Во-вторых, должны быть разработаны процедуры, позволяющие выполнять эти правила и применять их на практике во время боя. Изучение действий армии при сражениях в Рафахе, как они описаны в находящемся перед нами ходатайстве, — а у нас нет никакой иной информации, помимо представленной нам, — указывает на определенные успехи, достигнутые по сравнению с той ситуацией, которая была два года назад. [...] Это касается исполнения обязанностей, связанных с водоснабжением, обеспечением медицинским оборудованием, медикаментами, продовольствием, эвакуацией раненых и захоронением погибших. Это также относится к подготовке армии и разработке процедур, которые позволяют выполнять гуманитарные обязательства. Создание «гуманитарной горячей линии» и Районного управления координации, а также назначение в каждый батальон офицера для связи с Районным управлением в значительной степени способствовало выполнению гуманитарных принципов. [...]

[...]

68. В рамках нашей дискуссии относительно усвоения гуманитарных законов мы подчеркнули, что военный командующий обязан не только предотвращать нанесение армией вреда жизни и достоинству местных жителей (отсутствие действий: см. выше, п. 11). Он также имеет и обязанность действовать (п. 11). Он должен защищать жизнь и достоинство местных жителей. [...] Военный командующий должен усвоить, что эта основная обязанность лежит на нем, и его работа заключается в том, чтобы принимать различные меры с самого начала, чтобы он мог выполнить свой долг на поле боя. [...]

[...]

72. В заключение прений по данному ходатайству мы приказали военному персоналу в данном районе принять меры к тому, чтобы не только решить проблемы, поднятые истцами, но и предугадать новые проблемы, которые, вполне естественно, возникнут в будущем. По этой

причине было решено, что полковник Мордехай назначит старшего офицера, который будет поддерживать прямую связь с истцами. Это самое меньшее, что следовало бы сделать в тот момент, когда разворачивались данные события. Главное, что это должно быть сделано сейчас, чтобы извлечь урок из происшедшего. [...]

[...]

76. Следовательно, в результате ходатайство удовлетворено в том, что касается шести из семи требований истцов. В седьмом требовании — допуске израильских врачей истца 1 в этот район вообще и в больницу А-Наджар, в частности, — было отказано в связи с риском для врачей. В этом вопросе приходится удовлетвориться предложением ответчика, — которое было отклонено истцами, — разрешить доступ в этот район врачам, не являющимся израильтянами (будь они из сектора Газа, Иудеи и Самарии, Израиля или любого другого места в мире). [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Как бы вы квалифицировали боевые действия, происходившие в Рафахе с 18 по 24 мая 2004 г.? Какие положения международного гуманитарного права (МГП) распространяются на этот тип боевых действий? Согласны ли вы с данной Судом оценкой применяемых Конвенций (п. 19)?

2. Что вы думаете о превентивных мерах, которые были приняты до начала операции, таких как «гуманитарная горячая линия»? В какой степени эти меры исполняют обязательства Израиля как оккупирующей державы?

3. a. Каковы обязательства Израиля в отношении водоснабжения? Были ли они исполнены? По мнению истца? Ответчика? Суда? Как вы думаете? (См. статьи 56 и 60 Конвенции IV; статьи 14(1), 54 и 69 Протокола I.)

   b. Как насчет снабжения электроэнергией?

4. Исполнил ли военный командующий свои обязанности по снабжению медицинским оборудованием и медикаментами? Если нет, следовало ли Суду приказать принять дополнительные меры? Почему это не было сделано? (См. статьи 55, 57 и 69 Конвенции IV; статьи 14 и 69 Протокола I.)

5. Что вы думаете о решении Суда относительно раздачи продовольствия? Исполнил ли ответчик свои обязательства по МГП? (См. статьи 55, 56 и 60 Конвенции IV; статья 14 Протокола I.)

6. a. Согласно описанным истцами фактам, какие положения Женевских конвенций нарушались ограничениями, наложенными на эвакуацию раненых? (См. статью 17 Конвенции IV; статьи 21—31 Протокола I.)

   b. Считаете ли вы, что описанные ответчиком ограничения позволительны? В свете того, что палестинские силы в прошлом использовали медицинские пункты противоправным образом?

7. Согласно МГП, каковы обязательства ответчика в отношении погибших? Поскольку к концу разбирательства погибшие были похоронены или их должны были похоронить в соответствии с их религией, пусть даже стороны и не пришли к согласию, была ли проблема решена? Что еще мог сделать Суд? (См. статью 130 Конвенции IV; статью 34 Протокола I.)

8. Соблюдали ли Силы обороны Израиля МГП во время обстрела демонстрации (п. 54)? Является ли обстрел заброшенного здания вблизи от скопления гражданских лиц нарушением МГП? Была ли у нападения явная военная цель? Если да, то соразмерно ли ожидавшееся военное преимущество гибели гражданских лиц? Меняет ли это соотношение смерть вооруженного активиста?

2. Точка зрения международного сообщества

[См. также **Документ № 106**, Обращения МККК относительно ситуации на Ближнем Востоке [С. Заявление от 5 декабря на Конференции Высоких Договаривающихся Сторон по Четвертой Женевской конвенции].]

Прецедент № 118, ООН, Резолюции и Конференция по вопросу о соблюдении Четвертой Конвенции

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Резолюция 681 (1990) Совета Безопасности ООН

[**Источник**: ООН, S/RES/681, 20 декабря 1990 г., см. http://www.un.org.]

Совет Безопасности, […]

получив представленный в соответствии с резолюцией 672 (1990) от 12 октября 1990 г. доклад Генерального секретаря о путях и средствах обеспечения безопасности и защиты палестинских гражданских лиц, находящихся под израильской оккупацией, и принимая к сведению, в частности, пункты 20–26 этого доклада, […]

будучи серьезно обеспокоен опасным ухудшением положения на всех палестинских территориях, оккупированных Израилем с 1967 г., включая Иерусалим, а также насилием и растущей напряженностью в Израиле, […]

2. *выражает свою серьезную озабоченность* по поводу отказа Израиля признать резолюции Совета Безопасности 672 (1990) от 12 октября 1990 г. и 673 (1990) от 24 октября 1990 г.;

3. *выражает сожаление* по поводу решения правительства Израиля, оккупирующей державы, возобновить депортацию палестинских гражданских лиц на оккупированных территориях;

4. *настоятельно призывает* правительство Израиля признать применимость де-юре Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. ко всем территориям, оккупированным Израилем с 1967 г., и неукоснительно соблюдать положения Конвенции;

5. *призывает* Высокие Договаривающиеся Стороны указанной Конвенции обеспечить соблюдение Израилем, оккупирующей державой, своих обязательств по Конвенции в соответствии с ее статьей 1;

6. *просит* Генерального секретаря, в сотрудничестве с Международным Комитетом Красного Креста, провести дальнейшую разработку содержащейся в докладе Генерального секретаря идеи о созыве совещания Высоких Договаривающихся Сторон указанной Конвенции и обсудить возможные меры, которые они могут принять в соответствии с Конвенцией, и для этого предложить этим сторонам представить свои мнения относительно того, каким образом эта идея могла бы содействовать целям Конвенции, а также относительно других актуальных вопросов и представить в связи с этим доклад Совету; […]

B. Резолюция ES-10/2 Генеральной Ассамблеи ООН

[**Источник**: ООН, A/RES/ES-10/2 (5 мая 1997 г.); примечания не приводятся; см. на http://www.un.org.]

РЕЗОЛЮЦИЯ, ПРИНЯТАЯ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕЕЙ [без передачи в главные комитеты (A/ES-10/L.1 и Add.1)]

Незаконные действия Израиля в оккупированном Восточном Иерусалиме и на остальной части оккупированной палестинской территории

Генеральная Ассамблея,

учитывая начавшееся 18 марта 1997 г., после принятия резолюции 51/223 от 13 марта 1997 г. Генеральной Ассамблеи, строительство Израилем, оккупирующей державой, нового поселения в Джебель-Абу-Гнейме к югу от Восточного Иерусалима и другие незаконные действия Израиля в Иерусалиме и на остальной части оккупированной палестинской территории, […]

подтверждая также применимость Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. и Положения, содержащегося в приложении к Четвертой Гаагской конвенции 1907 г., к оккупированной палестинской территории, включая Иерусалим, и ко всем другим арабским территориям, оккупированным Израилем с 1967 г.,

напоминая об обязательстве Высоких Договаривающихся Сторон Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны при любых обстоятельствах соблюдать и заставлять соблюдать Конвенцию в соответствии со статьей 1 Конвенции,

сознавая серьезные опасности, порождаемые постоянными и грубыми нарушениями Конвенции, и вытекающую из этого ответственность,

будучи убеждена в том, что обеспечение уважения к договорам и другим источникам международного права крайне необходимо для поддержания международного мира и безопасности, и преисполненная решимости в соответствии с преамбулой Устава Организации Объединенных Наций создать условия, при которых могут соблюдаться справедливость и уважение к обязательствам, вытекающим из договоров и других источников международного права,

будучи убеждена также в этой связи в том, что неоднократные нарушения международного права Израилем, оккупирующей державой, и невыполнение им соответствующих резолюций Совета Безопасности и Генеральной Ассамблеи и соглашений, достигнутых между сторонами, подрывают ближневосточный мирный процесс и представляют собой угрозу международному миру и безопасности,

испытывая возрастающую озабоченность по поводу действий вооруженных израильских поселенцев на оккупированной палестинской территории, включая Иерусалим,

сознавая, что в данных обстоятельствах следует рассмотреть сложившееся положение с целью вынесения соответствующих рекомендаций государствам — членам Организации Объединенных Наций в соответствии с резолюцией 377 A (V) Генеральной Ассамблеи от 3 ноября 1950 г.,

[...]

5. *требует также*, чтобы Израиль признал де-юре применимость Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. ко всем территориям, оккупированным с 1967 г., и выполнил соответствующие резолюции Совета Безопасности согласно Уставу Организации Объединенных Наций;

[...]

7. *призывает* прекратить все формы помощи и поддержки незаконной деятельности Израиля на оккупированной палестинской территории, включая Иерусалим, в частности деятельности по созданию поселений;

8. *рекомендует* государствам, являющимся Высокими Договаривающимися Сторонами Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны, принять меры на национальном или региональном уровне во исполнение своих обязательств по статье 1 Конвенции в целях обеспечения соблюдения Конвенции Израилем, оккупирующей державой;

[...]

C. Резолюция ES-10/3 Генеральной Ассамблеи ООН

[**Источник**: ООН, A/RES/ES-10/3 (15 июля 1997 г.); см. http://www.un.org.]

РЕЗОЛЮЦИЯ, ПРИНЯТАЯ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕЕЙ [без передачи в главные комитеты (A/ES-10/L.2/Rev.1)]

Незаконные действия Израиля в оккупированном Восточном Иерусалиме и на остальной части оккупированной палестинской территории

Генеральная Ассамблея,

с признательностью получив доклад Генерального секретаря [A/ES-10/6; S/1997/494 и Add.1, [см. http://www.un.org], [...]

подтверждая свою резолюцию ES-10/2 от 25 апреля 1997 г. [см. http://www.un.org],

будучи проинформирована в докладе Генерального секретаря о том, в частности, что по состоянию на 20 июня 1997 г. правительство Израиля не приостановило ведущегося им строительства нового израильского поселения в Джебель-Абу-Гнейме и что на всей оккупированной палестинской территории по-прежнему продолжается деятельность по созданию поселений, включая расширение существующих поселений, строительство объездных дорог, конфискацию земель, прилегающих к поселениям, и связанную с этим деятельность, в нарушение резолюций Совета Безопасности по этому вопросу, и что премьер-министр Израиля и другие представители правительства продолжают отвергать условия резолюции ES-10/2, требующей прекращения этой деятельности,

сознавая, что в свете позиции правительства Израиля, как отмечается в докладе Генерального секретаря, Генеральной Ассамблее следует

вновь рассмотреть сложившееся положение с целью представления государствам — членам Организации Объединенных Наций дополнительных соответствующих рекомендаций в соответствии с резолюцией 377 A (V) Генеральной Ассамблеи от 3 ноября 1950 г. [см. http://www.un.org],

1. *осуждает* невыполнение правительством Израиля требований, изложенных Генеральной Ассамблеей на ее 10-й чрезвычайной специальной сессии в резолюции ES-10/2;

[…]

6. *рекомендует* государствам-членам активно препятствовать деятельности, которая вносит непосредственный вклад в любое строительство или расширение израильских поселений на оккупированной палестинской территории, включая Иерусалим, поскольку такая деятельность противоречит международному праву;

7. *требует*, чтобы Израиль, оккупирующая держава, предоставил в распоряжение государств-членов необходимую информацию о товарах, произведенных или изготовленных в незаконных поселениях на оккупированной палестинской территории, включая Иерусалим;

8. *подчеркивает*, что всем государствам-членам в целях обеспечения их прав и преимуществ, вытекающих из членства, следует добросовестно выполнять обязательства, взятые ими в соответствии с положениями Устава Организации Объединенных Наций;

9. *особо отмечает* ответственность, в том числе личную, за постоянные и серьезные нарушения Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г.;

10. *рекомендует* высоким договаривающимся сторонам — участникам Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны созвать конференцию по вопросу о мерах обеспечения выполнения Конвенции на оккупированной палестинской территории, включая Иерусалим, и ее соблюдения, в соответствии со статьей 1, общей, и просит Генерального секретаря в трехмесячный срок представить доклад по этому вопросу;

[…]

D. Доклад Генерального секретаря ООН

[**Источник**: ООН, A/ES-10/16 и S/1997/798, 14 октября 1997; см. http://www.un.org.]

НЕЗАКОННЫЕ ДЕЙСТВИЯ ИЗРАИЛЯ В ОККУПИРОВАННОМ ВОСТОЧНОМ ИЕРУСАЛИМЕ И НА ОСТАЛЬНОЙ ЧАСТИ ОККУПИРОВАННОЙ ПАЛЕСТИНСКОЙ ТЕРРИТОРИИ

Доклад Генерального секретаря, представленный в соответствии с резолюцией ES-10/3 Генеральной Ассамблеи

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Настоящий доклад представляется во исполнение резолюции ES-10/3, принятой Генеральной Ассамблеей 15 июля 1997 г. на ее 10-й чрезвычайной специальной сессии. [...]

2. Во исполнение моих обязанностей по представлению доклада 31 июля 1997 г. я направил Постоянному наблюдателю от Швейцарии при Организации Объединенных Наций вербальную ноту, в которой правительству Швейцарии в его качестве депозитария Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны было предложено в надлежащие сроки препроводить мне необходимую информацию.

II. ИНФОРМАЦИЯ, ПРЕДСТАВЛЕННАЯ ПРАВИТЕЛЬСТВОМ ШВЕЙЦАРИИ

3. 7 октября 1997 г. правительство Швейцарии представило мне следующую информацию:

> «В соответствии с нотой Генеральной секретаря правительство Швейцарии запросило мнения 188 государств — участников Четвертой Женевской конвенции. В нотах, направленных в адрес государств-участников, в частности, указывалось:
>
> «Государства — участники Четвертой Конвенции несут ответственность — после рассмотрения представленной им рекомендации — за определение путей ее выполнения. Правительство Швейцарии в его качестве депозитария заинтересовано в получении их мнений. В этой связи Посольство имеет честь проконсультироваться с министерством и предложить ему представить свои замечания о возможных мерах по осуществлению пункта 10 резолюции ES-10/3, включая замечания по вопросу о созыве предлагаемой конференции и о ее возможных результатах».

К настоящему времени 53 государства — участники Конвенции представили письменные ответы на ноту, в которой испрашивались их мнения. Эти мнения излагаются ниже:

[далее следует перечень мнений, выраженных государствами, в том числе:]

— Одно государство заявило, что оно «не возражает против предложения созвать конференцию экспертов заинтересованных сторон в целях обсуждения существующих гуманитарных проблем на палестинской территории». Это государство также заявило, что «другой возможной мерой… было бы обращение заинтересованных сторон к Международной комиссии по установлению фактов (статья 90 Дополнительного протокола I от 1977 г.). Эта Комиссия может содействовать, посредством предоставления своих добрых услуг, восстановлению атмосферы соблюдения Конвенций 1949 г.». Это государство считает в этой связи, «что тот факт, что Израиль не присоединился к Дополнительному протоколу I от 1977 г., не должен препятствовать Комиссии в разрешении этого вопроса на специальной основе». По мнению этого государства, «осуществление любой из этих двух мер явилось бы позитивным шагом и содействовало бы нормализации гуманитарного положения на палестинской территории». […]

— Одно государство отметило, что было бы желательно, «с учетом сложности положения на Ближнем Востоке, дождаться прогресса в рамках предпринимаемых усилий по возобновлению мирного процесса, особенно в тот момент, когда на ближайшее время запланировано проведение прямых встреч между заинтересованными сторонами».

— Одно государство отметило, что оно хотело бы «попытаться обменяться мнениями с другими правительствами, с тем чтобы созыв конференции на нынешнем этапе не спровоцировал дополнительную напряженность в израильско-палестинских отношениях и не нанес ущерба неустойчивому миру, который уже поставлен под угрозу в результате всплеска насилия». […]

Аналогичным образом Генеральный секретарь Лиги арабских государств направил письмо, в котором заявил об «одобрении всеми арабскими странами содержания письма правительства Швейцарии по вопросу о проведении такой конференции», добавив в последующем письме, что «арабские страны будут надеяться на скорейшее проведение этой конференции в целях обеспечения интересов палестинского народа».

Наконец, председательствующее государство в Совете Европейского союза заявило, что оно «уполномочено 15 государствами — членами

Европейского союза, являющимися Высокими Договаривающимися Сторонами Женевских конвенций, препроводить совместный ответ 15 государств-членов в связи с осуществлением резолюции ES-10/3, пункт 10 которой предусматривает созыв конференции». В этом совместном ответе государства-члены заявили, что они «считают, что созыв конференции в ближайшем будущем создаст в нынешних обстоятельствах угрозу возникновения дополнительных осложнений, если она не будет тщательно подготовлена». В этой связи государства-члены заявляют, что «следует изучить возможности созыва совещания экспертов, которому было бы поручено проанализировать политические правовые аспекты до созыва конференции Высоких Договаривающихся Сторон. Совещание экспертов могло бы также проанализировать более широкие последствия такой конференции».

Получив эти коллективные ответы, депозитарий указал, что, стремясь к четкости и точности, он хотел бы по мере возможности получить индивидуальные ответы соответствующих государств. Несколько государств исполнили просьбу депозитария и направили индивидуальные ответы, которые включены в упомянутые выше 53 ответа и аналогичны ответу, направленному органом, членами которого являются эти государства».

E. Резолюция ES-10/4 Генеральной Ассамблеи ООН

[**Источник**: ООН, A/RES/ES-10/4 (19 ноября 1997 г.); примечания не приводятся; см. http://www.un.org.]

РЕЗОЛЮЦИЯ, ПРИНЯТАЯ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕЕЙ [без передачи в главные комитеты (A/ES-10/L.3 и Add.1)]

Незаконные действия Израиля в оккупированном Восточном Иерусалиме и на остальной части оккупированной палестинской территории

Генеральная Ассамблея,

получив доклад Генерального секретаря, представленный в соответствии с пунктом 10 ее резолюции ES-10/3 от 15 июля 1997 г., [...]

повторяя требования, выдвинутые в резолюциях ES-10/2 и ES-10/3, [...]

будучи информирована в докладе Генерального секретаря об ответах Высоких Договаривающихся Сторон Женевской конвенции и о коллективных ответах, препровожденных письмами Председателя Координа-

ционного бюро Движения неприсоединившихся стран, Генерального секретаря Лиги арабских государств и Председателя Совета Европейского союза, на ноту, направленную правительством Швейцарии в его качестве депозитария Конвенции, […]

будучи серьезно озабочена продолжающимся ухудшением ближневосточного мирного процесса и невыполнением достигнутых соглашений,

вновь подтверждая, что все незаконные действия Израиля в оккупированном Восточном Иерусалиме и на остальной оккупированной палестинской территории, в особенности деятельность по созданию поселений, и практические результаты этого не могут быть признаны независимо от срока давности,

напоминая о том, что она отвергает терроризм во всех его формах и проявлениях согласно всем соответствующим резолюциям и декларациям Организации Объединенных Наций,

3. *вновь повторяет свою рекомендацию* Высоким Договаривающимся Сторонам Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны принять меры на национальном и региональном уровне во исполнение их обязательств по статье 1 Конвенции в целях обеспечения соблюдения Конвенции Израилем, оккупирующей державой, а также свою рекомендацию государствам-членам активно препятствовать деятельности, которая вносит непосредственный вклад в любое строительство или расширение израильских поселений на оккупированной палестинской территории, включая Иерусалим, поскольку такая деятельность противоречит международному праву;

4. *вновь повторяет также свою рекомендацию* о том, чтобы Высокие Договаривающиеся Стороны Женевской конвенции созвали конференцию по вопросу о мерах обеспечения выполнения Конвенции на оккупированной палестинской территории, включая Иерусалим, и ее соблюдения в соответствии с общей статьей 1;

5. *рекомендует* правительству Швейцарии в его качестве депозитария Женевской конвенции провести необходимые мероприятия, включая созыв совещания экспертов, в целях выполнения вышеупомянутой рекомендации как можно скорее к намеченному сроку, но не позднее конца февраля 1998 г.;

6. *просит* правительство Швейцарии пригласить Организацию освобождения Палестины принять участие в вышеупомянутой конференции и любых подготовительных мероприятиях в связи с этой конференцией; […]

F. Пресс-релиз, Совещание экспертов, июнь 1998 г.

[**Источник**: Federal Department of Foreign Affairs, Switzerland, Geneva, 11 June 1998.]

Совещание экспертов по вопросу применения Четвертой Женевской конвенции

Совещание экспертов по вопросу применения Четвертой Женевской конвенции состоялось 9–11 июня 1998 г. на вилле Саразен недалеко от Женевы. На совещании, где председательствовала Швейцария, встретились представители Израиля и Палестины в присутствии представителей Международного Комитета Красного Креста. Президент Швейцарской Конфедерации Флавио Котти воспользовался возможностью встретиться с делегациями и заявить о том, что швейцарское правительство поддерживает усилия, предпринимаемые в связи с этим важнейшим вопросом.

Опираясь на несколько резолюций чрезвычайной специальной сессии Генеральной Ассамблеи ООН, Швейцария, депозитарий Женевских конвенций, созвала это совещание после проведения обширных консультаций с Высокими Договаривающимися Сторонами и, в частности, с заинтересованными государствами и организациями.

Данное совещание представляет собой первую из двух мер, предлагаемых Швейцарией. Вторая мера — совещание экспертов Высоких Договаривающихся Сторон Женевских конвенций по проблемам Четвертой Женевской конвенции (в целом и на оккупированных территориях в частности) — будет предложена в начале июля. Ожидается, что это совещание пройдет в начале осени 1998 г.

Стороны, участвующие в совещании на вилле Саразен, договорились вести обсуждение при закрытых дверях и совместно выпустить настоящий пресс-релиз.

На совещании поднимались основные вопросы, касающиеся применения Четвертой Женевской конвенции. В отношении имплементации Четвертой Женевской конвенции, ее отношения к мирному процессу на Ближнем Востоке и обстановке в области безопасности возникли серьезные концептуальные разногласия.

Обсуждение было искренним и конструктивным, оно прошло в духе уважения и взаимопонимания. Представители Израиля и Палестины договорились следовать трем принципам, предложенным Швейцарией для совещаний по этому вопросу:

— содействовать реальному прогрессу в соблюдении международного гуманитарного права на местах,

— избегать политизации международного гуманитарного права и

— поддерживать мирный процесс на Ближнем Востоке.

Стороны обменялись мнениями относительно возможности создания механизмов и принятия конкретных мер для имплементации Четвертой Женевской конвенции. Все делегации подтвердили, что Женевские конвенции содержат ключевые ценности международного права и должны соблюдаться.

С целью продолжения диалога стороны договорились встретиться вновь для обсуждения идей и предложений, которые могут способствовать соблюдению Четвертой Женевской конвенции.

G. Доклад председателя, Совещание экспертов, октябрь 1998 г.

[**Источник**: Conference of States Parties to the fourth Geneva Convention, expert's meeting on the IV Geneva Convention, Geneva, 27–29 October 1998.]

Совещание экспертов по Четвертой Женевской конвенции, Женева, 27–29 октября 1998 г.

Доклад председателя

I. Введение

Совещание экспертов по Четвертой Женевской конвенции 1949 г. о защите гражданского населения во время войны (Четвертой конвенции) состоялось 27–29 октября 1998 г. в Женеве. Его целью было проанализировать общие проблемы, касающиеся применения Четвертой конвенции в общем и на оккупированных территориях в частности, рассмотреть меры, направленные на разрешение этих проблем, и изучить средства, необходимые для осуществлениях этих мер.

В Совещании приняли участие представители 118 государств — участников Четвертой Конвенции и 15 делегаций наблюдателей. Участникам представили доклад, подготовленный Международным Комитетом Красного Креста для Совещания.

Совещание было созвано швейцарским правительством в рамках мер, разработанных в результате длительных консультаций с государствами — участниками Четвертой Конвенции и наиболее заинтересованными организациями, с учетом послания, с которым обратилась к государствам-участникам чрезвычайная специальная сессия Генеральной Ассамблеи ООН.

В своей вступительной речи, прилагаемой к настоящему докладу, председатель указал, что некоторые делегации разошлись во мнениях относительно того, является ли это совещание предварительным шагом к конференции, которую рекомендуется созвать в пункте 3 резолюции ES-10/5 Генеральной Ассамблеи ООН. Он подчеркнул, что швейцарское правительство считает, что проведение данного совещания, которое не будет посвящено какой-либо конкретной ситуации, никоим образом не должно повлиять на позицию государств в отношении выполнения резолюции ES-10/5 или возможных рекомендаций, которые Генеральная Ассамблея ООН может дать по данному вопросу в будущем. Действительно, государства-участники должны будут сами оценить результаты совещания и рассмотреть целесообразность и способы возможных дальнейших действий. В ходе обсуждения некоторые делегации позже выражали свои взгляды на этот вопрос и упоминали конкретные примеры. Кроме того, упоминались определенные региональные ситуации, чтобы проиллюстрировать проблемы общего характера, касающиеся применения Четвертой Конвенции. В тех случаях, когда рассказ о таких примерах или сами примеры выходили за рамки простой иллюстрации общих проблем, председатель вмешивался, чтобы напомнить делегациям о правилах проведения совещания. В соответствии с тем, что объявил председатель в своей вступительной речи, в данном докладе не упоминаются ни конкретные ситуации, ни отдельные регионы.

Председатель также подчеркнул, что Совещание экспертов, организованное по образцу Первого периодического совещания по международному гуманитарному праву, состоявшегося в январе 1998 г., проводится не в рамках системы Периодических совещаний. Совещание экспертов также не проходит в рамках Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца или под эгидой ООН. Кроме того, поскольку совещание руководствуется общими принципами, делегатов не просят принимать участие в выборах, голосовать или принимать какие-либо решения.

Председатель сообщил присутствующим делегациям, что консультации по вопросу участия палестинской делегации и делегации Союзной Республики Югославии привели к тем же решениям, которые были приняты в связи с XXVI Международной конференцией Красного Креста и Красного Полумесяца в 1995 г. и Первым периодическим совещанием по международному гуманитарному праву в январе 1998 г.

Что касается Палестины, председатель зачитал заявление, содержавшееся в его вступительной речи, которую раздали всем участникам. По просьбе палестинской делегации и с согласия основных заинтересованных делегаций председатель пояснил, среди прочего, термин «Палестина». Эти пояснения содержатся в приложении к данному докладу.

Текст заявления Союзной Республики Югославии также раздали делегациям. Делегации Республики Хорватия, Бывшей Югославской Республики Македония и Республики Словения также подготовили заявление для участников. Оба заявления включены в приложение.

В конце совещания председатель представил краткое изложение обсуждения. В его резюме определены общие проблемы, касающиеся применения Четвертой Конвенции — в общем и на оккупированных территориях в частности, рассмотрен ряд возможных мер, направленных на преодоление этих проблем, и изучены средства, необходимые для осуществления этих мер. Резюме представляет собой личную оценку совещания со стороны председателя и не налагает каких-либо обязательств на участвовавшие в нем делегации.

* * * *

II. Резюме председателя

1. Выявленные общие проблемы

Из обмена мнениями и обсуждения стало ясно, что применению Четвертой Женевской конвенции мешают не технические проблемы, а главным образом политические и юридические споры относительно ее применимости:

— в современных вооруженных конфликтах тяжкие страдания гражданского населения чаще всего становятся результатом не только незнания обязательств, содержащихся в Четвертой Женевской конвенции, но и политических и юридических споров относительно ее применимости или продолжительности ее применения. Такие проблемы возникают в результате того, что соответствующие государства-участники отрицают существование международного вооруженного конфликта (или любого вооруженного конфликта, выходящего за рамки полицейской операции или борьбы с терроризмом), либо оспаривают правовой статус определенных территорий, либо утверждают, что в Конвенции недостаточно четко прописаны те или иные вопросы и так далее;

— обязательство государств-участников заставлять соблюдать нормы Конвенции в соответствии с ее статьей 1 часто ставится в зависимость от соображений политической выгоды;

— стороны в вооруженном конфликте часто не могут договориться о создании зон, находящихся под защитой.

2. Выявленные нарушения Четвертой Конвенции

В свете вышеперечисленных общих проблем участники, в частности, выявили следующие нарушения Четвертой Конвенции. Так, оказалось, что во многих вооруженных конфликтах и ситуациях на оккупированных территориях последнего времени гражданские лица не просто являются жертвами военных действий, но становятся собственно их объектом.

Во время вооруженных конфликтов в целом:

— убийства, пытки, изнасилования, грабеж, взятие заложников;

— перемещение гражданских лиц, не оправданное соображениями обеспечения безопасности;

— репатриация иностранных граждан в нарушение принципа отказа от принудительной репатриации или содержание их под стражей в бесчеловечных условиях;

— нарушение семейных прав;

— отказ предоставить тем, кто оказывает гуманитарную помощь, или духовному персоналу доступ к жертвам из числа гражданского населения, особенно к детям, женщинам, старикам и нуждающимся в медицинской помощи;

— депортация или высылка гражданских лиц, например, в случае этнических чисток;

— применение противопехотных мин с целью терроризировать гражданских лиц или помешать их безопасному возвращению;

— разрушение больниц и мест отправления культа;

— уничтожение имущества, не оправданное военной необходимостью;

— уничтожение окружающей среды.

На оккупированных территориях:

— разрушение экономических и социальных структур оккупированной территории, несоблюдение местных обычаев, замена действовавших ранее законов законами оккупирующей державы;

— введение ограничений на связь местного населения с внешним миром, что препятствует интеллектуальному, экономическому и структурному развитию оккупированной территории;

— уничтожение культурных ценностей;

— депортация и перемещение гражданских лиц, не оправданные соображениями безопасности самих гражданских лиц или вескими соображениями военного характера;

— произвольное содержание под стражей;

— конфискация и уничтожение имущества, которые не являются абсолютно необходимыми для военных операций;

— перемещение оккупирующей державой части своего собственного населения на оккупированную территорию, что может быть приравнено к постепенной аннексии территории;

— дурное обращение с гражданскими лицами и насилие над ними, например, изнасилования, пытки, суммарные казни и меры коллективного наказания — иногда продолжительные.

3. Основные меры, предлагаемые государствами-участниками для решения проблем и предотвращения нарушений в будущем

На основании выявленных нарушений Четвертой Конвенции участники Совещания экспертов изучили перспективы возможных решений и рассмотрели подходящие меры для их выполнения. Участники предложили ряд конкретных мер, направленных на преодоление возникших проблем и предотвращение нарушений в будущем. Некоторые из этих мер прямо требуют от государств-участников сделать все, чтобы обеспечить полное соблюдение Четвертой Конвенции во время вооруженных конфликтов в общем и на оккупированных территориях в частности. Участники единодушно подчеркнули необходимость в более эффективной имплементации. Тем не менее мнения делегатов разошлись в отношении некоторых из предусмотренных мер, особенно тех, которые предлагались в связи с конкретными ситуациями. Обсуждались следующие меры:

— обеспечение соблюдения принципов гуманности и уважения к достоинству, на которое имеют право все люди при любых обстоятельствах и всеми сторонами в вооруженном конфликте, включая оккупантов и жителей оккупированной территории;

— признание того, что гуманитарная цель Четвертой Конвенции, то есть защита гражданского населения во время вооруженных конфликтов и в ситуациях оккупации, не должна подвергаться опасности из-за неуместно узкого толкования положений, определяющих применимость Конвенции;

— обеспечение — во время как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов — полного и неизбирательного соблюдения Конвенции в соответствии со статьей 1, общей, Женевских конвенций 1949 г.;

— присоединение к другим документам по международному гуманитарному праву (МГП), защищающим гражданское население во время вооруженных конфликтов, таким как два Дополнительных протокола к Женевским конвенциям 1949 г., Протокол II к Конвенции ООН о конкретных видах обычного оружия 1980 г. с поправками от 3 мая 1996 г. и Конвенция о запрещении противопехотных мин 1997 г.;

— содействие путем дипломатического диалога тому, чтобы стороны в вооруженном конфликте обеспечивали соблюдение Четвертой Конвенции;

— организация регулярных совещаний государств-участников для рассмотрения, — в традиции проведения гуманитарного диалога, например, в рамках Периодических совещаний, предусмотренных на XXVI Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца, — общих проблем, касающихся применения Четвертой Конвенции;

— организация совещаний, на которых будут присутствовать представители особо заинтересованных государств или образований, а также, при необходимости, определенного числа государств-участников для рассмотрения конкретных ситуаций;

— изучение — как в общих, так и в частных случаях — целесообразности созыва совещаний государств-участников по конкретным ситуациям, чтобы определить, среди прочего, могут ли и в какой степени эти совещания способствовать конкретным улучшениям в судьбе жертв, изучение путей созыва и проведения таких совещаний;

— сотрудничество в применении санкций и других мер принуждения, решение о которых может принять Совет Безопасности в соответствии с Уставом ООН, против государств-участников, совершающих серьезные и систематические нарушения Конвенции, и в выделении справедливой компенсации жертвам;

— судебное преследование на национальном уровне отдельных нарушителей и поддержка международных усилий по привлечению к суду предполагаемых военных преступников, в том числе путем ратификации Статута Международного уголовного суда;

— признание, при необходимости, компетенции Международной гуманитарной комиссии по установлению фактов согласно статье 90 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям 1949 г. или использование процедуры, которая позволяет Комиссии начать расследование с согласия сторон в конфликте;

— принятие соответствующего национального законодательства для предотвращения и пресечения нарушений МГП, с учетом наличия консультативных служб МККК;

— создание программ по распространению информации о МГП в вооруженных силах и гражданском обществе, поддержка деятельности МККК и национальных обществ Красного Креста и Красного Полумесяца в этом отношении;

— создание механизма, позволяющего государствам-участникам обмениваться мнениями и опытом в области распространения информации о МГП;

— содействие тому, чтобы ООН создала программу подготовки миротворческих сил в области МГП, которая также могла бы послужить образцом для распространения информации о МГП в национальных вооруженных силах;

— создание национальных комитетов для оказания различным правительственным подразделениям помощи в имплементации МГП;

— поддержка деятельности МККК и национальных обществ Красного Креста и Красного Полумесяца, а также неправительственных организаций, предоставляющих гуманитарную помощь.

Женева, 11 декабря 1998 г.

Председатель Совещания экспертов по Четвертой Женевской конвенции

Вальтер Б. Гигер

H. Резолюция ES-10/6 Генеральной Ассамблеи ООН

[**Источник**: ООН, A/RES/ES-10/6, 24 февраля 1999 г.; примечания не приводятся; см. http://www.un.org.]

РЕЗОЛЮЦИЯ, ПРИНЯТАЯ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕЕЙ [без передачи в главные комитеты (A/ES-10/L.5/Rev.1)]

Незаконные действия Израиля в оккупированном Восточном Иерусалиме и на остальной части оккупированной палестинской территории

Генеральная Ассамблея,

[...]

3. *повторяет* самым решительным образом все требования к Израилю, оккупирующей державе, изложенные в [...] резолюциях 10-й чрезвычайной специальной сессии, включая немедленное и полное прекращение строительства в Джебель-Абу-Гнейме и всякой другой деятельности Израиля по созданию поселений, а также всех незаконных мер и действий в оккупированном Восточном Иерусалиме, признание де-юре применимости Четвертой Женевской конвенции и выполнение соответствующих резолюций Совета Безопасности, прекращение и отмену всех мер, принятых незаконно против проживающих в Иерусалиме палестинцев, и предоставление информации о товарах, произведенных или изготовленных в поселениях [...]

I. Декларация, принятая на Конференции Высоких Договаривающихся Сторон Четвертой Женевской конвенции, 5 декабря 2001 г.

[**Источник**: Declaration adopted at the Conference of High Contracting Parties to the fourth Geneva Convention, 5 December 2001.]

КОНФЕРЕНЦИЯ ВЫСОКИХ ДОГОВАРИВАЮЩИХСЯ СТОРОН ЧЕТВЕРТОЙ ЖЕНЕВСКОЙ КОНВЕНЦИИ

Женева, 5 декабря 2001 г.

ДЕКЛАРАЦИЯ

1. Настоящая Декларация отражает взаимопонимание, которого достигли Высокие Договаривающиеся Стороны, участвовавшие во

вновь созванной Конференции Высоких Договаривающихся Сторон Четвертой Женевской конвенции. Конференция 15 июля 1999 г., которую было рекомендовано созвать в резолюции ES-10/6 чрезвычайной специальной сессии Генеральной Ассамблеи ООН, сделала следующее заявление: «Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны Четвертой Женевской конвенции вновь подтвердили применимость Четвертой Женевской конвенции к оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим. Кроме того, они подтвердили необходимость полного соблюдения положений этой Конвенции на данной территории. Принимая во внимание улучшение обстановки на Ближнем Востоке в целом, Конференция была прервана, с тем чтобы собраться снова после проведения консультаций относительно развития гуманитарной ситуации на местах».

2. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны выражают серьезную озабоченность ухудшением гуманитарной ситуации на местах. Они сожалеют о большом числе жертв среди гражданского населения, особенно среди детей и других уязвимых групп населения, что объясняется неизбирательным или несоразмерным использованием силы и несоблюдением международного гуманитарного права.

3. Принимая во внимание статью 1 Четвертой Женевской конвенции 1949 г. и резолюцию ES-10/7 Генеральной Ассамблеи ООН, участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны подтверждают применимость Четвертой Женевской конвенции к оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим, и необходимость полного соблюдения положений этой Конвенции на данной территории. В настоящей Декларации они напоминают, в частности, о соответствующих обязательствах по Конвенции всех Высоких Договаривающихся Сторон (пп. 4–7), сторон в конфликте (пп. 8–11) и государства Израиль как оккупирующей державы (пп. 12–15).

4. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны призывают все стороны, принимающие или не принимающие непосредственное участие в конфликте, при любых обстоятельствах соблюдать и заставлять соблюдать Женевские конвенции, распространять знания о них и принимать меры, необходимые для предотвращения и пресечения нарушений Конвенций. Они подтверждают обязательства Высоких Договаривающихся Сторон по статьям 146, 147 и 148 Четвертой Женевской конвенции в отношении уголовных наказаний, серьезных нарушений и ответственности Высоких Договаривающихся Сторон.

5. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны подчеркивают, что Четвертая Женевская конвенция, которая полностью учитывает настоятельную военную необходимость, должна соблюдаться при любых обстоятельствах.

6. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны считают необходимым напомнить об основополагающих гуманитарных нормах в отношении, не принимающих активного участия в военных действиях лиц, с которыми следует обращаться гуманно без какой-либо дискриминации, и напомнить о действующем всегда и везде запрещении посягательств на жизнь и физическую неприкосновенность, пыток, посягательств на человеческое достоинство и произвольных или внесудебных казней.

7. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны выступают в поддержку усилий гуманитарных обществ помощи на местах, направленных на обеспечение помощи раненым и больным, и деятельности Международного Комитета Красного Креста (МККК), Ближневосточного агентства ООН для помощи палестинским беженцам и организации работ и других беспристрастных гуманитарных организаций. Они также выступают в поддержку усилий Верховного комиссара ООН по правам человека и специальных докладчиков ООН по оценке ситуации на местах и принимают во внимание доклады и рекомендации Верховного комиссара по правам человека (E/CN/4/2001/114) и Комиссии по расследованию (E/CN/4/2001/121).

8. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны призывают стороны в конфликте обеспечивать уважение и защиту гражданского населения и гражданских объектов и всегда проводить различие между гражданским населением и комбатантами и между гражданскими и военными объектами. Они также призывают стороны воздерживаться от любых форм жестокости и насилия по отношению к гражданскому населению со стороны как гражданских, так и военных властей и не подвергать гражданское население опасности военных операций.

9. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны призывают стороны в конфликте всегда уважать и защищать стационарные учреждения и подвижные медицинские формирования медицинских служб и содействовать работе гуманитарных обществ помощи на местах, в том числе предоставляя свободу перемещений их машинам «скорой помощи» и медицинскому персоналу, а также гарантировать их защиту.

10. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны призывают стороны в конфликте содействовать деятельности МККК в рамках его особого мандата, предоставленного ему Женевскими конвенциями, Ближневосточного агентства ООН для помощи палестинским беженцам и организации работ и других беспристрастных гуманитарных организаций. Они признают и поддерживают их усилия, направлен-

ные на то, чтобы оценить и исправить гуманитарную ситуацию на местах. Они приглашают стороны в конфликте к сотрудничеству с независимыми и беспристрастными наблюдателями, такими как «Временное международное присутствие в Хевроне» (TIPH).

11. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны призывают стороны в конфликте вновь рассмотреть сделанные на Совещании экспертов Высоких Договаривающихся Сторон в 1998 г. предложения относительно разрешения проблем имплементации Четвертой Женевской конвенции, соблюдения и обеспечения соблюдения при любых обстоятельствах норм международного гуманитарного права и сотрудничества в рамках системы непосредственных контактов, включая процедуры расследования и примирения. Они поощряют любые поддержанные сторонами в конфликте договоренности и соглашения, касающиеся использования независимых и беспристрастных наблюдателей для контроля, среди прочего, за нарушениями Четвертой Женевской конвенции, в качестве меры укрепления защиты и доверия, направленной на обеспечение эффективности гуманитарных норм.

12. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны призывают оккупирующую державу полно и действенно соблюдать Четвертую Женевскую конвенцию на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим и воздержаться от совершения каких-либо нарушений Конвенции. Они подтверждают незаконность создания и расширения поселений на данной территории. Они напоминают о необходимости защищать и гарантировать права и доступ всех жителей к святым местам.

13. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны призывают оккупирующую державу немедленно воздержаться от совершения серьезных нарушений, связанных с какими-либо из деяний, указанных в статье 147 Четвертой Женевской конвенции, такими как преднамеренное убийство, пытки, незаконное депортирование, преднамеренное лишение права на беспристрастное и нормальное судопроизводство, незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны напоминают, что согласно статье 148 ни одной Высокой Договаривающейся Стороне не разрешено освобождать себя от ответственности, которая возлагается на нее вследствие серьезных нарушений. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны также напоминают об ответственности оккупирующей державы за обращение с покровительствуемыми лицами согласно статье 29 Четвертой Женевской конвенции.

14. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны также призывают оккупирующую державу воздержаться от совершения любых других нарушений Конвенции, в особенности от репрессалий против покровительствуемых лиц и их имущества, коллективных наказаний, неоправданных ограничений свободы передвижения, и обращаться с покровительствуемыми лицами гуманно без всякой дискриминации по причинам расы, цвета кожи, религии или веры, пола, происхождения или имущественного положения или любых других аналогичных критериев.

15. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны призывают оккупирующую державу содействовать операциям по оказанию помощи и свободному перемещению сотрудников МККК, Ближневосточного агентства ООН для помощи палестинским беженцам и организации работ, а также других беспристрастных гуманитарных организаций, гарантировать их защиту и в соответствующих случаях воздержаться от взимания налогов с этих организаций и возложения на них чрезмерного финансового бремени.

16. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны подчеркивают, что соблюдение Четвертой Женевской конвенции и международного гуманитарного права в целом имеет важнейшее значение для улучшения гуманитарной ситуации на местах и установления справедливого и продолжительного мира. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны призывают заинтересованные стороны положить конец конфликту с помощью переговоров и урегулировать разногласия в соответствии с действующим международным правом.

17. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны приветствуют и поддерживают инициативы государств-участников, как индивидуальные, так и коллективные, принятые в соответствии со статьей 1 Конвенции и направленные на обеспечение соблюдения Конвенции. Они подчеркивают, что участникам необходимо следить за выполнением настоящей Декларации.

18. Участвующие Высокие Договаривающиеся Стороны выражают благодарность депозитарию Четвертой Женевской конвенции за его добрые услуги.

J. Резолюция ES-10/10 Генеральной Ассамблеи ООН

[**Источник**: ООН, A/RES/ES-10/10, 7 мая 2002 г.; см. http://www.un.org.]

РЕЗОЛЮЦИЯ, ПРИНЯТАЯ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕЕЙ
[без передачи в главные комитеты (A/ES-10/L.9/Rev.1)]

Незаконные действия Израиля в оккупированном Восточном Иерусалиме и на остальной части оккупированной палестинской территории

Генеральная Ассамблея,

[…]

5. *призывает* к осуществлению декларации, принятой на Конференции Высоких Договаривающихся Сторон Четвертой Женевской конвенции, повторно созванной в Женеве 5 декабря 2001 г., посредством конкретных действий на национальном, региональном и международном уровнях для обеспечения соблюдения Израилем, оккупирующей державой, положений этой Конвенции;

[…]

K. Резолюция ES-10/15 Генеральной Ассамблеи ООН

[**Источник**: ООН, A/RES/ES-10/15, 2 августа 2004 г.; см. http://www.un.org.]

Консультативное заключение Международного суда относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него

[См. **Прецедент № 107**, Международный суд/Израиль, «Разделительная стена»/«барьер безопасности» на оккупированных палестинских территориях [A. Международный суд, Консультативное заключение относительно правовых последствий строительства стены].]

Генеральная Ассамблея,

[…]

с уважением принимая вынесенное 9 июля 2004 г. консультативное заключение Суда относительно правовых последствий строительства стены на

оккупированной палестинской территории [См. **Прецедент № 107**, Международный суд/Израиль, «Разделительная стена»/«барьер безопасности» на оккупированных палестинских территориях.],

[…]

3. *призывает* все государства — члены Организации Объединенных Наций соблюдать свои правовые обязательства, упомянутые в консультативном заключении;

4. *просит* Генерального секретаря создать реестр ущерба, который причинен всем затронутым физическим или юридическим лицам по смыслу пунктов 152 и 153 консультативного заключения;

[…]

7. *призывает* все государства — участники Четвертой Женевской конвенции обеспечить соблюдение Конвенции Израилем и предлагает правительству Швейцарии в качестве депозитария Женевских конвенций провести консультации и доложить Генеральной Ассамблее по данному вопросу, в том числе относительно возможности возобновления Конференции Высоких Договаривающихся Сторон Четвертой Женевской конвенции;

[…]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Какие требования предъявляет статья 1, общая, Женевских конвенций государствам-участникам, обязывая их «заставлять соблюдать» международное гуманитарное право (МГП)? Позволяет ли государствам-участникам содержащееся в резолюции Генеральной Ассамблеи ООН требование, чтобы Израиль признал применимость де-юре Конвенции IV и соблюдал ее положения, удовлетворительно выполнять их обязательства по статье 1, общей? Даже если Израиль не следует этим резолюциям?

   b. Как должны государства-участники выполнять статью 1? Как они могут «заставлять соблюдать» Конвенции? Какие средства они должны использовать, чтобы действовать в соответствии со статьей 1? Какие средства они могут использовать? Какие средства им нельзя использовать?

c. Что вы думаете об обращении к общественному мнению как способе давления на государства, не выполняющие своих обязательств? О конфиденциальных или публичных обращениях межправительственных или неправительственных организаций? Что если эти методы не достигают цели?

d. Нарушают ли государства статью 1, если поддерживают на своей территории действия лиц, пропагандирующих нарушения МГП, или допускают такие действия?

e. Согласно статье 1 должны ли или могут ли государства запретить импорт товаров, произведенных Израилем в поселениях, созданных в нарушение статьи 49(6) Конвенции IV (как предлагается в документе «H», п. 3, выше)?

f. Вытекает ли обязательство «соблюдать и заставлять соблюдать» Конвенции только из Конвенций? Или это также общий принцип МГП? Договорного права? Применяется ли этот принцип ко всем многосторонним договорам? (См. **Прецедент № 130**, Международный суд, «Никарагуа против США» [п. 220].)

2. a. Какова юридическая ценность резолюций Генеральной Ассамблеи? Повышает ли эту ценность ссылка на резолюцию «Единство в пользу мира» (резолюция 377 (V) от 3 ноября 1950 г., см. http://www.un.org.), в которой Генеральная Ассамблея указывает, что возьмет на себя функции Совета Безопасности в том случае, если последний окажется парализован из-за вето, наложенного постоянным членом? Означает ли это, что государствам — участникам Конвенций нет необходимости следовать рекомендациям, сделанным в п. 10 документа «C» выше? Разве каждое государство не несет индивидуальное обязательство заставлять соблюдать Конвенции?

b. Следовало ли Генеральной Ассамблее напомнить государствам-участникам об их договорных обязательствах? Правильно ли, что ООН, не являющаяся ни государством — участником Конвенций, ни предусмотренным этими Конвенциями механизмом имплементации, призывает к применению статьи 1, общей? (См. статью 89 Протокола I.)

3. Почему Швейцария дважды проводила предварительный опрос относительно идеи о созыве конференции всех государств-участников? Какова роль государства-депозитария в имплементации Конвенций? Играет ли депозитарий какую-то конкретную роль в случае нарушений? Может ли депозитарий созвать конференцию государств-участников? В отношении

Конвенций? В отношении Протокола I? (См. статьи 7, 97 и 98 Протокола I.) При каких условиях и с какой целью?

4. a. Разве соблюдение договора не является законным интересом государств-участников? Является ли непринятие мер к тому, чтобы «заставлять соблюдать» МГП, нарушением статьи 1, общей?

   b. Обоснованы ли доводы государства, желающего обратиться к Международной комиссии по установлению фактов? (См. статью 90 Протокола I и документ «D» выше.) Обязано ли каждое государство-участник обращаться к Комиссии с просьбой о проведении расследования в случае продолжающихся нарушений? По крайней мере, в тех случаях, в отношении которых Комиссия обладает юрисдикцией? Является ли подобная просьба со стороны государства-участника средством выполнить обязательство по статье 1, общей? Что могла бы сделать Комиссия в данном деле? Какие факты необходимо установить?

   c. Что вы думаете об ответах государств, которые опасаются негативного воздействия на мирный процесс? Опасаются ли они такого воздействия потому, что Конференция может рассматривать вопросы, имеющие большое значение для мирного процесса? (См. документ «D» выше.) Или они опасаются, что обсуждение соблюдения МГП заставит международное сообщество упустить из вида основную цель, то есть мирный процесс? Может ли соблюдение МГП быть альтернативой миру? Реалистично ли рассчитывать на длительный мир до того, как будут исправлены нарушения МГП?

5. a. Заключалась ли цель совещаний в июне и октябре 1998 г. в выполнении требований, выраженных в резолюциях Генеральной Ассамблеи? Нарушали ли они эти резолюции? Принесли ли они пользу? (См. документы «F» и «G» выше.)

   b. Были ли выработаны на совещании в октябре 1998 г. новые выводы или рекомендации, которые выходят за рамки действующего МГП? (См. документ «G» выше.)

6. a. Должна ли статья 1, общая, выполняться каждым государством-участником по отдельности? Какие меры могут быть приняты государствами по отдельности? Какие меры требуют коллективных действий? Необходима ли координация действий, предпринятых на основании статьи 1? Полезна ли она? Как можно наиболее эффективно организовать такую координацию действий?

b. Является ли конференция всех государств-участников полезным инструментом для координации действий, предпринятых на основании статьи 1? Каковы опасности и возможности такой конференции?

c. Предусматривают ли Конвенции организацию конференции всех государств-участников? Как насчет Протокола I? (См. статью 7 Протокола I.) Может ли такая конференция рассматривать конкретную ситуацию? Предусматривает ли договорное право организацию конференции всех государств-участников? Обязаны ли государства в ней участвовать? Могут ли они принимать на подобных конференциях решения, имеющие обязательную силу?

d. Могла ли и должна ли была проходить Конференция, указанная в документе «I» и предусмотренная в документе «L», если бы в ней не принимал участия Израиль? Задачей таких конференций является обсуждение нарушений, совершенных Израилем, или обязательств третьих государств?

e. Были ли сделаны на конференции государств-участников в декабре 2001 г. новые выводы или рекомендации, которые выходят за рамки действующего МГП? Повлияла ли она так, как ожидалось, на ситуацию на Ближнем Востоке? Оказала бы она большее воздействие, если бы в ней участвовали все государства-участники? (См. документ «I» выше.)

f. Обладает ли резолюция Генеральной Ассамблеи, принятая после этой Конференции и требующая применения Декларации, большей юридической ценностью? Оказывает ли она более серьезное воздействие? (См. документ «J» выше.)

g. Какова цель конференции, упомянутой в документе «K»?

3. Точка зрения третьих стран

Прецедент № 119, Великобритания, Позиция по вопросу о применимости Четвертой Конвенции

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Extract from *United Kingdom Materials on International Law*, The British Yearbook of International Law LXIX (1998), pp. 598–600.]

Следующие замечания были сделаны г-ном М. Итоном, заместителем юридического советника Министерства иностранных дел и по делам Содружества, на Совещании экспертов по Четвертой Женевской конвенции по гуманитарному праву, состоявшемся в Женеве 27–29 октября 1998 г.:

Самая большая проблема в связи с имплементацией ЖК IV состоит в отказе признать ее применимость. Как говорит МККК, «столкнувшись с ситуациями, в которых должна применяться Конвенция, государство — участник Конвенции почти всегда приводит те или иные причины, по которым, по его мнению, она не применима».

Было также верно сказано: «Право военной оккупации имеет печальную историю его несоблюдения на протяжении большей части XX столетия. Основная проблема — нежелание государств признать, что такое право вообще применимо». Это не проблема какой-либо одной ситуации оккупации — это широко распространенное и давно существующее явление. Однако, поскольку здесь часто упоминалась конкретная ситуация оккупации, имеющая место в настоящий момент, я хотел бы заявить, что позиция Великобритании относительно применимости де-юре Конвенции к территориям, оккупированным Израилем после 1967 г., хорошо известна и не нуждается в повторении.

К сожалению, вопрос применимости ЖК IV очень часто смешивают и путают с вопросом права на обсуждаемую территорию. Если бы применимость права зависела от разрешения лежащих в основе ситуации проблем прав собственности, оно бы почти никогда не применялось.

На самом деле, в праве не ставится предварительного условия, чтобы оккупированная территория до оккупации обязательно принадлежала смещенному суверену. Такое впечатление может сложиться на основании статьи 2(2) ЖК IV: «Конвенция будет применяться также во всех случаях оккупации всей или части территории Высокой Договаривающейся Стороны, даже если эта оккупация не встретит никакого вооруженного сопротивления».

Однако это не главный критерий для ее применения. Скорее, у него второстепенная роль. Главную роль играет статья 2(1): «Конвенция будет применяться в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта».

Так что, если во время вооруженного конфликта государство берет под военный контроль территорию, которую оно не контролировало до конфликта, Конвенция применима, какие бы споры о правах собственности ни лежали в основе конфликта.

Если вспомнить очень известный, однако часто не соблюдаемый принцип МГП [международного гуманитарного права], применение МГП не связано с правами и ущербом и с причинами конфликта. Важен ответ на единственный вопрос: имеется ли вооруженный конфликт, международный или внутренний? Если да — применяются ли соответствующие нормы МГП. Конечно, на сам этот вопрос не всегда легко ответить, но речь идет о том, что применение МГП зависит от фактической ситуации оккупации. Ради блага гражданских лиц, попавших в эту ситуацию, оно должно применяться, несмотря на юридические доводы относительно статуса как территории, так и сторон в конфликте. Разработчики Конвенции сделали все возможное, чтобы исключить такие доводы. Жаль, что они все еще используются, чтобы оправдать ее неприменение.

Если позволите, приведу личное воспоминание об обсуждении Протокола I в Третьем комитете Дипломатической конференции 1974–1977 гг. […]: вносилось предложение дать оккупации определение неправомерной по существу.

Против него выступил докладчик, посол США Джордж Олдрич, напомнивший, что его страна, а также Франция, Советский Союз и Великобритания являлись оккупирующими державами в Берлине, и он не видел в этом ничего дурного. Предложение было сразу отброшено.

Так что не сама оккупация как таковая нарушает МГП (я не касаюсь других юридических вопросов использования силы и т.п.). Его нарушает отказ оккупантов полностью применять нормы МГП к оккупированной территории в качестве вопроса права. В праве нет какого-то особого недостатка, за исключением того, что его не применяют.

Сказать это легко. Осуществить на деле — очень трудно, поскольку ни в Четвертой Женевской конвенции, ни в Дополнительном протоколе I не предусмотрен независимый арбитр, который определял бы, когда они применяются. Это не входит в задачи МККК. Международное сообщество и Высокие Договаривающиеся Стороны, по отдельности или коллективно, действительно должны высказать свое мнение. Но, в конечном счете, все зависит от политической воли соответствующей Высокой Договаривающейся Стороны в каждой конкретной ситуации оккупации.

Конечно, приветствуется добровольное применение де-факто Конвенции в тех ситуациях, когда существуют разногласия относительно ее применения де-юре, даже если она применяется лишь частично. Если гражданские лица *на практике* пользуются защитой — это самое важное. Но такое применение никогда не сможет стать полностью удовлетворительной заменой применения де-юре, будучи частичным и зависимым от согласия, которое сторона в конфликте всегда может взять назад.

Наконец, высказывалось мнение, что право военной оккупации плохо подходит для долгосрочных оккупаций того рода, какой мы относительно часто наблюдаем с 1945 г., будучи предназначенным по своей сути для временных ситуаций. В этом есть определенный смысл. Можно выделить конкретные положения ЖК IV, которые трудно применять во время долгосрочной оккупации. Но чем его заменить? Любое изменение, признающее постоянный характер ситуации или дающее оккупирующей державе более значительные полномочия для внесения изменений на территории, имело бы тенденцию к узакониванию замены бывшей суверенной державы оккупантом.

Итак, моей делегации — уже не впервые — не кажется, что есть какая-то необходимость приступать к этой сложной задаче — пытаться прийти к соглашению о новых положениях, которые применялись бы во время долгосрочной оккупации. Лучше применять действующее право, которое нам представляется достаточно гибким. Ни одна из трудностей его применения не является непреодолимой.

(Текст предоставлен Министерством иностранных дел и по делам Содружества)

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Как государства — участники Конвенции оправдывают неприменимость Конвенции IV? Является ли спор о праве на обсуждаемую территорию веским оправданием для неприменения Конвенции IV? (См. статью 2, общую, Конвенций.)

2. Реалистично ли было бы решение дать оккупации определение неправомерной по существу?

3. Если бы третья сторона определяла, когда применяется Конвенция IV, решило бы это проблему классификации? Зависит ли это определение только от политической воли соответствующей оккупирующей державы?

4. a. Следует ли внести поправки в Конвенцию IV, чтобы адаптировать ее к долгосрочной оккупации? Почему?

b. Согласны ли вы, что действующее право является «достаточно гибким», чтобы распространяться и на краткосрочную, и на долгосрочную оккупацию?

Документ № 120, Швейцария, Запрещение депортации с территорий, оккупированных Израилем

[**Источник**: «Le droit de la guerre» in *Annuaire Suisse de Droit International*, 1989, p. 248.]

10.2. Запрещение высылки и депортации населения оккупированной территории. Применимость Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны к территориям, оккупированным Израилем

Следующая нота была составлена Управлением публичного международного права. Она касается законности высылки и депортации в Ливан четырех палестинских активистов с Западного берега реки Иордан.

1. Несмотря на единогласно принятую Советом Безопасности 5 января резолюцию 607 (1988), которая обязывает Израиль воздерживаться от депортации палестинских гражданских лиц с оккупированных территорий и призывает его соблюдать обязательства, налагаемые на него Женевской конвенцией от 12 августа 1949 г. о защите гражданского населения во время войны (далее именуемой Четвертая Конвенция), израильские власти выслали четырех палестинских активистов с Западного берега и депортировали их в Ливан.

   Возникает вопрос о законности подобной меры с точки зрения международного права и Четвертой Конвенции, в частности. Для решения этой проблемы следует сначала рассмотреть вопрос, применяется ли [эта Конвенция] к территориям, оккупированным Израилем с 1967 г.

2. Израиль всегда оспаривал применимость права Четвертой Конвенции на оккупированных территориях, исходя из буквального толкования второй части статьи 2 Конвенции, согласно которой

   Конвенция будет применяться также во всех случаях оккупации всей или части *территории Высокой Договаривающейся Стороны*, даже если эта оккупация не встретит никакого вооруженного сопротивления.

   Израиль доказывает, что в случаях оккупации этот документ относится только к ситуациям, когда изгнанная держава пользуется законным суверенитетом, и что это не относится к Королевству Иордания, которое в период с 1950 по 1967 г. аннексировало Западный берег в нарушение Соглашения о перемирии 1949 г.

   Напротив, подавляющее большинство членов международного сообщества (включая Соединенные Штаты) всегда утверждали, что Чет-

вертая Конвенция применима де-юре в соответствии с первой частью статьи 2, которая предусматривает, что

> настоящая Конвенция будет применяться в случае объявленной войны или всякого другого *вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами*, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны.

Однако именно в результате такого конфликта (Шестидневной войны) между государствами — участниками Четвертой Конвенции (Израилем и Иорданией) Израиль оккупировал Западный берег. Такое толкование, основанное по сути на цели Четвертой Конвенции — предоставить особую защиту гражданским лицам, не принимающим участия в военных действиях, — далее подтверждается статьей 4, где говорится, что

под защитой настоящей Конвенции состоят лица, которые в какой-либо момент и каким-либо образом находятся в случае конфликта или оккупации во власти стороны, находящейся в конфликте, или оккупирующей державы, гражданами которой они не являются.

Таким образом, широко распространено мнение, что Четвертая Конвенция все же применяется на оккупированных территориях в отношении всех лиц, не являющихся гражданами Израиля. Между прочим, значение термина «оккупация» определено в статье 42 IV Гаагской конвенции от 18 октября 1907 г. о законах и обычаях сухопутной войны, согласно которой территория признается оккупированной, если она действительно находится во власти неприятельской армии.

Однако вопрос применимости права Четвертой Конвенции мог бы считаться теоретическим и оставаться без ответа, поскольку Израиль всегда заявлял, что намеревается де-факто применять ее на оккупированных территориях. Делегат от Израиля повторил это в Совете Безопасности 16 декабря 1987 г., сказав: «Однако с 1967 г. мы решили де-факто действовать в соответствии с гуманитарными положениями этой Конвенции».

Следовательно, необходимо рассмотреть вопрос, является ли высылка четырех палестинских гражданских лиц нарушением Четвертой Конвенции.

3. Первая часть статьи 49 Четвертой Конвенции особо запрещает по каким бы то ни было мотивам индивидуальные или массовые насильственные перемещения, а также депортирование покровительствуемых лиц с оккупированной территории на территорию оккупирующей дер-

жавы или на территорию любого другого государства независимо от того, оккупированы они или нет. Это абсолютное запрещение, из которого не может быть исключений, не считая отступления, предусмотренного во второй части (временная полная или частичная эвакуация какого-либо определенного оккупированного района, если этого требует безопасность населения или особо веские соображения военного характера). Статья 78 рассеивает любые остававшиеся сомнения относительно законности такого решения:

> Если по настоятельным соображениям безопасности оккупирующая держава сочтет необходимым принять меры предосторожности в отношении покровительствуемых лиц, то самое большее, что она может предпринять, это принудительно поселить их в определенном месте или интернировать их.

Другими словами, поддержание правопорядка не может оправдать любую меру, принятую в этом отношении, даже против активистов. Насильственная эвакуация, в частности, входит в число мер, запрещенных Конвенцией. В данном контексте не следует забывать, что это очень четкое запрещение подобных действий было принято в связи с трагическим опытом Второй мировой войны. Тот факт, что речь идет лишь о высылке, а не о коллективных эвакуациях, ничего не меняет с точки зрения их правового характера. Упомянутая выше статья 49 запрещает любые индивидуальные или массовые насильственные перемещения.

Хотя Четвертая Конвенция оговаривает право оккупирующей державы подвергать жителей уголовному преследованию, если она считает это необходимым для правильного управления территорией, установленные и применяемые оккупирующей державой уголовные нормы не могут служить помехой четко установленному запрещению депортаций.

Следовательно, судя по всему, эвакуировав четырех палестинских гражданских лиц, вне зависимости от того, являлись ли они агитаторами, Израиль нарушил Четвертую Конвенцию. Кроме того, это серьезное нарушение в соответствии со значением статьи 147, которая предусматривает, что незаконное депортирование или перемещение является таким нарушением. Именно это выражение — серьезное нарушение — использовал Международный Комитет Красного Креста, публично осудив недавнее решение Израиля.

Нота Управления публичного международного права Федерального департамента иностранных дел, датирована 20 января 1988 г.

Неопубликованный документ

4. Доклады неправительственных организаций

Прецедент № 121, «Международная амнистия», Нарушение принципа проведения различия

ПРЕЦЕДЕНТ

A. В своем докладе организация «Международная амнистия» призывает палестинские вооруженные группировки прекратить убийства гражданских лиц

[**Источник**: AMNESTY INTERNATIONAL, «Amnesty International report calls on Palestinian armed groups to stop civilian killings» AI INDEX: MDE 15/104/2002, PRESS RELEASE, 11 July 2002; см. http://www.amnesty.org.]

ПРЕСС-РЕЛИЗ — AI INDEX: MDE 15/104/2002
11 июля 2002 г.

[...]

С начала интифады *«Аль-Аксы»* в сентябре 2000 г., по крайней мере 350 гражданских лиц, в основном израильтян, погибли во время 128 нападений палестинских вооруженных групп и отдельных палестинцев, — сообщается в докладе «Международной амнистии», выпущенном в Газе.

Доклад *«Не проводя различия: нападения палестинских вооруженных группировок на гражданских лиц»* — седьмой крупный доклад о ситуации в области прав человека в этом регионе, опубликованный организацией с начала интифады.

«По каким бы причинам ни сражались люди, непосредственным нападениям на гражданских лиц оправдания быть не может», — говорит «Международная амнистия».

Жертвами этих нападений становятся все — от пятимесячных младенцев до стариков. Самой пожилой жертвой была 90-летняя Чана Роган. Она погибла при взрыве бомбы в гостинице во время праздника Песах 27 марта 2002 г. в Нетании. Большинство жертв были убиты террористами-смертниками на территории Израиля — 184 из 350 погибших гражданских лиц.

Палестинские вооруженные группировки приводят ряд причин для нападений на израильских граждан: от мести за убийство палестинских граждан израильтянами до борьбы с оккупирующей державой. Среди других оправданий — утверждение, что израильские поселенцы не являются гражданскими лицами, или что убийство гражданских лиц — единственный способ оказать воздействие на могущественного противника.

Согласно международному праву, нападению на гражданских лиц оправдания нет. Такие нападения противоречат основополагающим принципам гуманности, закрепленным в международном праве, которое должно применяться всегда и при любых обстоятельствах. Организация «Международная амнистия» безоговорочно осуждает нападения на гражданских лиц, какие бы причины ни приводили те, кто их совершает.

«Гражданские лица никогда не должны становиться объектом нападения — ни во имя безопасности, ни во имя свободы. Мы призываем руководителей всех палестинских вооруженных группировок прекратить нападения на гражданских лиц, немедленно и без всяких условий», — подчеркнула «Международная амнистия».

Организация настаивает на том, чтобы Палестинская администрация арестовала и отдала под суд тех лиц, которые отдавали приказы о нападении на гражданских лиц, планировали или осуществляли эти нападения. Палестинская администрация и Израиль обязаны принять меры, чтобы предотвратить нападения на гражданских лиц. Такие меры всегда должны соответствовать международным стандартам в области прав человека.

«Международная амнистия» также призывает Израиль обеспечить соответствие всех своих действий против вооруженных группировок и отдельных лиц, подозреваемых в участии в нападениях на гражданских лиц, стандартам международного права прав человека и международного гуманитарного права. «Международная амнистия» призывает международное сообщество помочь Палестинской администрации в обеспечении большей эффективности ее системы уголовного судопроизводства и более строгого соблюдения международных стандартов прав человека, в частности, предложив услуги международных экспертов, которые могли бы консультировать и контролировать расследование нападений на гражданских лиц и судебные разбирательства в отношении тех, кто предположительно несет за них ответственность.

Все большее число палестинцев считает нападения на гражданских лиц неправильными с моральной точки зрения. «Международная амнистия» приветствует их мнение и мнение всех тех, кто публично осуждает нападения на гражданских лиц, призывая палестинцев и всех людей на планете обратиться к вооруженным группировкам с требованием положить конец нападениям на гражданских лиц.

Предыстория:

Организация «Международная амнистия» на протяжении многих лет документировала и осуждала нарушения международных прав человека и международного гуманитарного права со стороны Израиля в отношении палестинского населения на оккупированных территориях. К этим нарушениям относятся незаконные убийства, внесудебные казни, пытки и дурное обращение, произвольное содержание под стражей и коллективные наказания, такие как закрытие определенных районов в качестве наказания или уничтожение домов.

По некоторым оценкам, палестинские вооруженные группировки и отдельные палестинцы, которые, возможно, действовали не от лица какой-либо группы, убили более 350 гражданских лиц с 29 сентября 2000 г. Среди жертв оказалось более 60 детей, 64 человека из числа убитых были старше 60 лет.

Из 128 смертоносных нападений на гражданских лиц, которые рассмотрела «Международная амнистия» в данном докладе, 25 были совершены лицами, которые несли взрывчатку на собственном теле и погибли при нападении. В шести других случаях гражданские лица были убиты с помощью взрывчатых веществ, которые заложили в определенном месте, бросили или использовали в качестве снаряда. Прочие инциденты были связаны с использованием огнестрельного или холодного оружия.

Многие нападения произошли на оккупированных территориях. Хотя на территории Израиля число нападений было гораздо меньше, в них погибли 210 из 350 гражданских лиц.

Как сообщалось, вооруженные группировки взяли на себя ответственность за примерно половину смертоносных нападений на гражданских лиц из 128 нападений, рассмотренных «Международной амнистией». Основные группировки — это «Бригады Изз ад-Дин аль-Кассам» (Хамас), «Бригады мучеников Аль-Аксы», «Палестинский исламский джихад» и «Народный фронт освобождения Палестины».

Генеральная Ассамблея ООН признает законность борьбы народов против иностранной оккупации в осуществление их права на самоопределение и независимость. Однако международное право требует, чтобы все стороны, участвующие в конфликте, всегда проводили различие между гражданскими лицами и лицами, принимающими активное участие в военных действиях. Они должны прилагать все усилия к тому, чтобы защитить гражданских лиц.

B. «Международная амнистия», «Не проводя различия»

[**Источник**: Amnesty International, ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES AND THE PALESTINIAN AUTHORITY *Without distinction — attacks on civilians by Palestinian armed groups*. AI INDEX: MDE 02/003/2002, 11 July 2002. Примечания не приводятся, см. http://www.amnesty.org.]

[…]

Нападения на гражданских лиц как нарушение основных принципов международного гуманитарного права

[…]

Гражданские лица и комбатанты

[…] Палестинские вооруженные группировки и их сторонники высказывают мнение, что запрещение нападений на гражданских лиц не применимо

к поселенцам на оккупированных территориях, потому что поселения незаконны по международному гуманитарному праву, потому что поселения выполняют военные функции и потому что многие поселенцы вооружены.

Многие поселения действительно выполняют военные функции. Поселения занимают треть общей площади сектора Газа. В каждом из этих поселений есть военные базы, все они хорошо охраняются. Хотя милитаризация поселений сильнее всего проявляется в Газе, некоторые из поселений на Западном Берегу также имеют военные функции. Силы обороны Израиля могут использовать их в качестве перевалочных пунктов или мест содержания под стражей. Многие поселенцы вооружены; иногда они нападают на палестинцев, разрушают палестинские дома и другое имущество. Однако поселенцы как таковые являются гражданскими лицами, если они не служат в израильских вооруженных силах.

Движение «Фатх» считает нападения на поселения на оккупированных территориях законными. Генеральный секретарь «Фатха» Марван Баргути заявил делегатам «Международной амнистии», что, по мнению «Фатх», ни один израильтянин на Западном Берегу и в секторе Газа не является гражданским лицом, поскольку «все это оккупированная страна», и палестинцы борются за свою независимость. Он также публично заявляет, что, хотя он и движение «Фатх» выступают против нападений на гражданских лиц на территории Израиля, «нашего будущего соседа, я сохраняю за собой право защищаться и сопротивляться израильской оккупации моей страны, и бороться за свою свободу».

Израильские поселения на оккупированных территориях незаконны согласно положениям международного гуманитарного права. Четвертая Женевская конвенция запрещает перемещение гражданских лиц с территории оккупирующей державы на оккупированную территорию (статья 49(6)). Однако незаконный статус израильских поселений не влияет на статус поселенцев как гражданских лиц. Поселенцы, как и любые другие гражданские лица, не могут становиться объектом нападения и утрачивают свое право на защиту от нападений, если и до тех пор, пока они принимают непосредственное участие в военных действиях (статья 51(3) Протокола I). Аналогичным образом, палестинцы, постоянно проживающие на Западном Берегу и в секторе Газа, являются гражданскими лицами, пользующимися защитой Четвертой Женевской конвенции, за исключением случаев и на тот период, когда они принимают непосредственное участие в военных действиях. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Как вы квалифицируете конфликт, к которому относится данный прецедент? Это международный вооруженный конфликт? Представляет ли он

собой военные действия между двумя Высокими Договаривающимися Сторонами? Если нет, почему должно применяться международное гуманитарное право (МГП) международных вооруженных конфликтов? Потому что это национально-освободительная война в значении статьи 1(4) Протокола I? Даже несмотря на то, что Израиль не является участником Протокола? Из-за израильской оккупации территорий? Важно ли для ответа на данный вопрос знать, принадлежит ли или принадлежала ли территория Иордании, Египту или «Палестине»? (См. статью 2, общую, Конвенций, статью 1 Протокола I.)

2. a. Являются ли нападения смертников, организованные палестинскими вооруженными группировками, террористическими актами? Какое определение вы бы дали «террористическому акту»? Существует ли четкое определение в международном праве? В МГП? Во внутригосударственном праве вашей страны?

   b. Запрещает ли МГП терроризм? Если бы террористические акты не были запрещены особо, находились бы они тем не менее под запретом более общих положений МГП? Каких именно? (См. статью 33(1) Конвенции IV, статьи 48 и 51 Протокола I, статьи 4(2)(d) и 13(2) Протокола II.)

   c. Могут ли быть оправданы такие акты «справедливым поводом», например, борьбой с иностранным оккупантом? Могут ли они быть оправданы в качестве репрессалий? Допустимы ли репрессалии в МГП? Даже в ответ на такие нарушения МГП, как «незаконные убийства, внесудебные казни, пытки и дурное обращение, произвольное содержание под стражей и коллективные наказания»? (См. статьи 46/47/13(3)/33 соответственно четырех Конвенций, статьи 20, 51(6) и 52(1) Протокола I.)

3. a. Кого можно привлечь к ответственности на международном уровне за эти нападения смертников? Только тех, кто отвечает за организующие их вооруженные группировки? Несут ли эти группировки международную ответственность так же, как государства? (См. **Прецедент № 38** [A., ст. 10 и комментарий к ней].) Можно ли привлечь к ответственности Палестинскую администрацию за нападения, совершаемые с автономных территорий? Даже когда она осуждает эти нападения? Обязана ли она арестовать и отдать под суд «тех лиц, которые отдавали приказы о нападении на гражданских лиц, планировали или осуществляли эти нападения»? Это обязательство, установленное МГП? Обязана ли Палестинская администрация соблюдать МГП? На каких основаниях? Потому что Организация освобождения

Палестины объявила 21 июня 1989 г., что присоединится к Женевским конвенциям? Обязан ли Израиль арестовывать и отдавать под суд этих лиц? Может ли он это сделать? Даже если это означает проведение полицейских или военных операций на автономных палестинских территориях? (См. статьи 29, 146 и 148 Конвенции IV, статьи 85(1) и 91 Протокола I.)

b. Являются ли нападения смертников средством ведения войны, которое запрещает МГП? Даже если они совершаются против законного военного объекта? Зависит ли ответ от того, носит ли нападающий оружие открыто или имеет ли он отличительный знак? Можно ли привлечь зачинщиков и организаторов нападения смертника к ответственности и за смерть совершившего его лица? Считаете ли вы, что так должно быть? (См. статьи 37(1)(c), 43, 44 и 51 Протокола I.)

4. a. Являются ли израильские поселения на оккупированных территориях военными объектами? А в том случае, если они находятся под охраной военной базы? В том случае, если многие поселенцы вооружены? Каково определение военного объекта? (См. статьи 48 и 52 Протокола I.)

b. Является ли вооруженное гражданское лицо комбатантом? Является ли вооруженное гражданское лицо законным объектом нападения? При каких обстоятельствах? Всегда ли поселенцы являются гражданскими лицами, «если они не служат в израильских вооруженных силах»? Даже те, кто входит в отряды самообороны? Даже те, кто нападает на палестинцев или разрушает их дома? (См. статью 4 Конвенции III, статьи 43, 44, 50 и 51(3) Протокола I.)

c. Является ли невооруженный поселенец гражданским лицом? Даже если он принадлежит к отряду самообороны своего поселения? Утрачивает ли он право на защиту, предоставляемую МГП, в связи с тем, что поселения незаконны по международному праву? (См. статью 49(6) Конвенции IV.) Оправдывает ли это нарушение нарушения МГП, совершаемые против поселенцев? (См. статью 50 Протокола I.)

5. Ливан

Прецедент № 122, МККК/Ливан, Сабра и Шатила

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *ICRC Annual Report*, 1982, p. 57.]

ЛИВАН

Характер деятельности МККК в Ливане значительно изменился после вторжения в страну израильских вооруженных сил 6 июня. […]

[…]

Для защиты не только гражданского населения, но и комбатантов, захваченных различными силами, участвующими в военных действиях, МККК обратился 7 июня к воюющим сторонам с призывом соблюдать их обязательства по действующему гуманитарному праву. Два дня спустя МККК выступил еще с одним настойчивым и серьезным обращением к израильскому правительству, требуя, чтобы были приняты все возможные меры для защиты гражданских лиц всех национальностей во время конфликта. Со своей стороны Организация освобождения Палестины (ООП) официально объявила, что решила соблюдать Женевские конвенции и Дополнительный протокол I от 1977 г. […]

Резня в лагерях палестинских беженцев Сабра и Шатила заставила МККК 18 сентября обратиться к международному сообществу. После этой резни МККК принял меры по обеспечению медицинской помощи и прежде всего защиты, как только его сотрудники смогли получить доступ в лагеря 18 сентября. […]

РЕЗНЯ В ЛАГЕРЯХ САБРА И ШАТИЛА

Делегаты МККК обычно совершали ежедневные посещения южных пригородов Бейрута с целью предоставления помощи и защиты гражданскому населению до тех пор, пока израильская армия не закрыла им 15 сентября доступ в эту зону, где находились лагеря палестинских беженцев.

К 17 сентября делегатам удалось переместить самых тяжелых пациентов, находившихся на лечении в больницах Газа и Акка на краю лагерей,

в другие больницы в столице, но они были не в состоянии вмешаться, пока не смогли проникнуть на территорию лагерей на следующий день, 18 сентября. (Резня началась 16 сентября).

В этот день, 18 сентября, МККК выступил с обращением к международному сообществу с осуждением того факта, что, по сведениям его делегатов в Бейруте, «сотни женщин, детей, подростков и стариков были убиты в Бейруте в районе Шатилы, улицы были усеяны их телами. МККК также известно, что раненых убивали на больничных койках, а других людей, в том числе врачей, похитили». МККК далее заявил, что его делегаты эвакуировали две больницы и что сотни людей нашли убежище в его делегации. Обращение заканчивалось словами: «МККК официально просит международное сообщество вмешаться, чтобы немедленно положить конец недопустимой резне, совершаемой в отношении целых групп людей, и обеспечить уважение к раненым и тем, кто их лечит, и соблюдение основополагающего права на жизнь».

В то же время в письме Президента Хея к г-ну Бегину МККК напомнил оккупирующим властям, что, согласно положениям Четвертой Женевской конвенции, в их обязанности входит восстановление и обеспечение общественного порядка и безопасности.

18 сентября больницы Газа и Акка в Бейруте были полностью эвакуированы. Из-за переполненности бейрутских больниц и сохраняющейся опасности МККК на несколько дней взял под свой контроль и защиту больницы Газа, Лахуд, Амель-Муссаитб и Наджар. Около 5 тысяч человек, искавших убежище в делегации МККК, получили временный приют под его защитой.

С 18 сентября МККК также организовал опознание и погребение жертв резни и участвовал в этом процессе. В этом ему оказал значительную помощь Ливанский Красный Крест, сотрудники которого приняли участие в операции, проявив безоговорочную верность долгу. Медицинский персонал МККК, работавший в других частях страны, также прибыл для оказания помощи в Бейрут.

По завершении этого первого этапа делегаты МККК продолжили свои ежедневные посещения лагерей, чтобы людей успокоило их присутствие. Постоянная медицинская помощь оказывалась в больницах Акка и Газа до 11 и 13 октября соответственно.

В связи с тем, что обстановка в Южном Ливане остается опасной, делегаты ежедневно посещали палестинские лагеря с сентября по декабрь, чтобы защитить и успокоить их обитателей. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Как бы вы квалифицировали конфликт в Ливане, происшедший летом 1992 г.? Может ли здесь применяться МГП международных вооруженных конфликтов, хотя израильские войска сражались не с ливанскими силами, а в основном с ООП? Каким статусом обладали бойцы ООП по МГП? Имел ли Израиль как оккупирующая держава, какие-либо обязательства в отношении Сабры и Шатилы в момент резни? (См. статьи 2 и 4 Конвенции III, статью 2 Конвенции IV и статью 42 Гаагского положения.)

2. Считались ли обитатели лагерей Сабра и Шатила покровительствуемыми лицами по Конвенции IV? (См. статью 4 Конвенции IV.)

3. Учитывая, что убийства совершило ливанское ополчение:

   a. Какие положения Конвенции IV они должны были соблюдать? Если Конвенция IV не была применима к ливанскому ополчению, разве их действия не были запрещены другими положениями МГП? (См. статьи 3, 4 и 29 Конвенции IV.)

   b. Можно ли было также приписать эту резню Израилю как нарушение МГП? Даже несмотря на то, что те, кто в действительности совершал убийства, не получали приказов от Израиля? Даже если Израиль не знал о действиях ополчения? (См. статьи 4 и 27 Конвенции IV и статьи 42 и 43 Гаагского положения.)

Прецедент № 123, МККК/Южный Ливан, Закрытие лагеря Инсар

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *ICRC Press Release*, No. 1504, Geneva, April 4, 1985.]

ЮЖНЫЙ ЛИВАН — ЗАКРЫТИЕ ЛАГЕРЯ ИНСАР

Женева (МККК) — 2 апреля 1985 г. израильские оккупационные власти уведомили Международный Комитет Красного Креста (МККК) о своем намерении закрыть лагерь Инсар в Южном Ливане, где в конце марта содержались более 1800 заключенных, которых регулярно посещали делегаты МККК.

Тысяча заключенных была переведена в Израиль в нарушение статей 49 и 76 Четвертой Женевской конвенции. Израильские власти сообщили

МККК, что в конце концов эти заключенные будут возвращены на территорию Ливана, в новый лагерь, который строится сейчас.

Другие заключенные из лагеря Инсар, более 700 человек, были переданы МККК 3 апреля. Делегаты МККК помогают им вернуться к их семьям.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. При каких условиях те заключенные лагеря Инсар, которые принадлежали к Армии освобождения Палестины (военному крылу ООП), противостоявшей израильской оккупации с согласия ливанского правительства, имели статус военнопленных? Если они его имели, было бы незаконным депортировать и содержать этих заключенных под стражей в Израиле? Прибегнул бы Израиль к такому оправданию депортации заключенных лагеря Инсар в Израиль? (См. статьи 4, 21 и 22 Конвенции III.)

2. a. Все ли заключенные лагеря Инсар (арестованные в Ливане), не являющиеся военнопленными, гражданские лица? Вне зависимости от их гражданства? Даже если они — палестинские беженцы без гражданства? Даже те, кто сражался за Армию освобождения Палестины, но не заслужил статуса военнопленного? (См. статьи 4 и 5 Конвенции IV.)

   b. Может ли оккупирующая держава перемещать покровительствуемых гражданских лиц с оккупированной территории на свою собственную территорию? Имеет ли значение тот факт, что перемещение — временная мера? Когда допустима эвакуация? Что если бы эвакуация в Израиль была необходима для обеспечения надлежащих условий содержания или безопасности заключенных? (См. статьи 49 и 76 Конвенции IV.)

   c. Была ли допустима, по крайней мере, депортация лиц, осужденных за совершение преступления и еще не отбывших срок наказания? (См. статьи 76 и 77 Конвенции IV.)

   d. Была ли допустима, по крайней мере, депортация лиц, содержавшихся под стражей без суда по настоятельным соображениям безопасности, учитывая, что в статьях 79—135 Конвенции IV не содержится запрещения депортаций? Почему в статьях 79—135 не содержится такого запрещения, в отличие от того, что предусмотрено в статье 76 для всех других лиц, содержащихся под стражей? (См. статьи 49 и 79 Конвенции IV.)

Прецедент № 124, Ливан, Нападение с вертолета на машины «скорой помощи»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *ICRC Press Release*, December 23, 1987; оригинал на французском языке, перевод на английский язык неофициальный.]

ДЕЛЕГАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО КОМИТЕТА КРАСНОГО КРЕСТА В ЛИВАНЕ

21 декабря 1987 г. в ходе военной операции, проходившей рядом с городом Набатия в Южном Ливане, две машины «скорой помощи» — одна принадлежала Ливанскому обществу Красного Креста, другая — движению Рисали — стали непосредственной целью обстрела с вертолета. Один сотрудник Красного Креста по оказанию первой помощи был ранен, в другой машине были убиты два скаута, оказывавшие первую помощь, и пациент.

Международный Комитет Красного Креста (МККК) глубоко обеспокоен тем фактом, что сотрудники, оказывавшие первую помощь, вновь пострадали во время военных действий, исполняя свои гуманитарные обязанности.

Глубоко опечаленная этим инцидентом делегация МККК в Ливане обращается к соответствующим сторонам с просьбой везде и всегда уважать эмблему Красного Креста и Красного Полумесяца, которая защищает людей, оказывающих помощь всем жертвам конфликта в Ливане.

Бейрут, 23 декабря 1987 г.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Почему нападение на машины «скорой помощи» было нарушением МГП? Потому что на каждой машине была изображена защитная эмблема, а нападения на объекты, обозначенные защитной эмблемой, запрещены по МГП? Или просто потому, что это были машины «скорой помощи»? Если эмблема не дает машинам «скорой помощи» дополнительной правовой защиты, почему полезно обозначать их с помощью эмблемы? Было бы нападение на машину «скорой помощи» законным, если бы она неза-

конно пользовалась эмблемой? Если бы она перевозила раненых «террористов»? (См., например, статьи 19, 21, 24—26 и 35 Конвенции I и статью 21 Конвенции IV.)

2. Какие эмблемы пользуются защитой МГП? Кто может использовать эти эмблемы? При каких обстоятельствах и при каких условиях? Можете ли вы считать, что упомянутые в данном прецеденте машины «скорой помощи» пользовались эмблемой законно? (См. статью 23(e) Гаагского положения, статьи 38 и 53 Конвенции I, статьи 41—43 Конвенции II, статьи 8(1) и 18 Протокола I, статьи 4—5 Приложения I к Протоколу I и статью 12 Протокола II.)

3. Каково назначение эмблемы? Как можно обеспечить выполнение этого назначения? Как можно обеспечить предотвращение неуважения к эмблеме?

Прецедент № 125, Израиль, Патрульный катер ВМС потопил лодку у берегов Ливана

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Brilliant, J., *The Jerusalem Post*, August 1, 1990.]

ПАТРУЛЬНЫЙ КАТЕР ВМС ПОТОПИЛ ЛОДКУ У БЕРЕГОВ ЛИВАНА

ХАЙФА — Вчера рано утром патрульный катер типа «Дабур», принадлежащий Силам обороны Израиля, потопил маленькую резиновую лодку у южного берега Ливана, убив, очевидно, двух находившихся в ней мужчин. Как представляется, лодка направлялась в Израиль, но неясно, были ли ее пассажиры вооружены.

«Дабур» не пострадал.

Экипаж «Дабура» увидел лодку около 3 часов ночи примерно в 2,5 км от берега, между Тиром и деревней Рас аль-Байда, в зоне безопасности, вскоре после получения предупреждения из радиолокационного поста в этом районе о возможной цели. Через несколько минут пушки и пулеметы «Дабура» потопили лодку несколькими залпами.

Быструю последовательность событий описал вчера на пресс-конференции командир «Дабура», названный «Ури», и капитан ВМС Миха Рам. […]

На экране радара Ури обнаружил маленькую точку, двигавшуюся вдоль берега на скорости примерно 25 узлов в направлении Израиля.

Он приказал экипажу занять места у пушки, пулеметов и устройств обнаружения. «Дабур» пошел на перехват. Через три минуты экипаж заметил пенный след лодки, а затем и само судно.

Ури приблизился на расстояние 300 метров от цели и включил стоявший на «Дабуре» прожектор. Он увидел двух человек на борту лодки. Пулеметчики открыли огонь.

Несколько членов экипажа «Дабура» говорили позже, что им показалось, будто неприятель отстреливался, но Рам предположил, что они ошибаются. Ури сказал, что не заметил оружия на борту лодки.

Очевидно, неприятельское судно было поражено немедленно. Люди на лодке «пытались оторваться, повернув на юго-восток, затем на северо-запад, а потом на северо-восток», но пулеметчики «Дабура» продолжали стрелять.

Через 30–40 секунд после первого выстрела двух человек с лодки «снесло в воду», рассказывает Ури. Мотор лодки продолжал работать, и она плавала по кругу. Еще два залпа с «Дабура», и лодка начала тонуть.

Экипаж «Дабура» заметил одного из мужчин в 50 метрах впереди. «Дабур» развернул к нему оба пулемета и «открыл огонь, после чего он утонул». Второго человека не нашли.

Когда Рама спросили о человеке, застреленном в воде, он сказал, что «террорист» не поднял руки, показывая, что сдается. Бывали случаи, что враг при подобных обстоятельствах стрелял в израильское судно.

Юрист Красного Креста заявил, что согласно Второй Женевской конвенции нельзя обстреливать раненых моряков или стрелять, «как только кто-то потерпел кораблекрушение». Однако Конвенция не относится к тем, кто «плавает вокруг и ведет бой».

Ури, первый лейтенант, поднялся, чтобы покинуть пресс-конференцию, однако Рам, остановив его, объявил о присвоении ему звания капитана.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Применяется ли в данном случае МГП? Потому что с 1949 г. Израиль находился в состоянии войны с Ливаном? Потому что Израиль оккупировал «зону безопасности» в Южном Ливане?

2. a. Люди на лодке были комбатантами? Или гражданскими лицами? Обязан ли был экипаж «Дабура» установить прежде, чем стрелять, являются люди на лодке комбатантами или гражданскими лицами? Следовало ли ему это сделать? (См. статьи 51(2) и 85(3) Протокола I и статью 13 Протокола II.)

   b. Влияет ли различие между комбатантами и гражданскими лицами на признание человека потерпевшим кораблекрушение? (См. статьи 12 и 13 Конвенции II и статьи 8(b) и 10 Протокола I.)

3. a. Когда человек считается потерпевшим кораблекрушение? Зависит ли его защита от каких-либо еще признаков того, что он сдается, например, поднял руки? Есть ли разница между режимами защиты потерпевших кораблекрушение и защиты раненых и больных? Должны ли раненые и больные сдаваться, чтобы получить защиту по МГП? (См. статью 12(2) Конвенции II, статьи 8(b) и 41(2) Протокола I и статью 7 Протокола II.)

   b. Когда люди с лодки оказались в воде, было ли нарушением МГП стрелять в них? Уничтожать обломки? (См. статьи 12(2) и 18 Конвенции II и статью 10 Протокола I.) Являются ли подобные действия серьезными нарушениями МГП? (См. статью 51 Конвенции II и статью 85(2) Протокола I.) Следовательно, может ли обстрел потерпевших кораблекрушение когда-либо быть оправдан военной необходимостью согласно МГП?

   c. Разве экипаж «Дабура» не был обязан поднять потерпевших кораблекрушение на собственное судно? (См. статью 18 Конвенции II, статью 17(2) Протокола I и статью 8 Протокола II.)

4. Как изменились бы ответы на заданные выше вопросы, если бы человек в воде стрелял по «Дабуру»? Он все еще считался бы потерпевшим кораблекрушение? (См. статью 12 Конвенции II и статью 8(b) Протокола I.)

Прецедент № 126, Израиль, Укрываясь в древних развалинах

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Cockburn, P., *The Independent*, December 10, 1997, p. 10.]

ИЗРАИЛЬСКИЕ СОЛДАТЫ НАХОДЯТ УКРЫТИЕ В ДРЕВНИХ РАЗВАЛИНАХ, ПОКА ПАРТИЗАНЫ «ХЕЗБОЛЛЫ» ЛЕЖАТ В ЗАСАДЕ

Из мощных крепостей, выходящих на израильскую оккупационную зону в Южном Ливане, израильские войска играют в смертельные кошки-мышки с партизанами «Хезболлы». […]

Каркум — это средневековая крепость, гарнизон которой защищен 15-метровыми бастионами из бетона и каменных обломков. Со стальных наблюдательных вышек, которые могут выдержать прямое попадание из миномета, израильские солдаты вглядываются в дымку, пытаясь обнаружить группы партизан «Хезболлы», пробирающихся по крутым холмам Южного Ливана. […]

С 1985 г. были убиты 219 израильских солдат, 694 — ранены, это в дополнение к 358 солдатам Армии Южного Ливана, насчитывающей две с половиной тысячи человек. В Израиле возникают разногласия, ведь кажется, что эти жизни потеряны зря, потому что у Израиля нет стратегии действий в Ливане, и еще потому, что «Хезболла», — такого никогда не случалось с палестинскими партизанами, — проявляет боевые навыки, равные навыкам израильтян, в столкновениях с мелкими подразделениями.

Каркум («крокус» — на иврите) — удобная позиция для наблюдения за действиями партизан в Южном Ливане. В других частях зоны позиции на переднем крае занимают солдаты АЮЛ [Армии Южного Ливана]. Но Каркум, хотя и находится чуть к северу от израильской границы, — израильская база, которая подвергалась неоднократным нападениям, поскольку здесь ширина зоны всего 2,5 мили — по сравнению с 14 милями в ее самом широком месте.

«Последние полтора года мы перестраиваем свои наблюдательные пункты, чтобы они выдерживали минометный огонь», — рассказывает израильский офицер. «Минометы не опасны, если соблюдать устав», — говорит другой командир, объясняя, что имеет в виду — не покидать бункер. В Каркуме древнегреческие колонны храма, который когда-то венчал вершину холма, причудливо сочетаются с израильскими укреплениями.

В этом году база трижды подвергалась скоординированному нападению «Хезболлы», не считая спорадических минометных обстрелов. Однажды на вершине холма заметили двух бойцов «Хезболлы», которых попытались преследовать, однако они оказались приманкой и привели в засаду. Через некоторое время израильский патруль заметил нескольких боевиков «Хезболлы» на вертолетной площадке базы. Во время их преследования разведчик патруля обнаружил, что их ведут в заросли кустарника, где «Хезболла» расставила мины-ловушки. В каждом из случаев действия пехоты, противотанковых подразделений и минометчиков были тщательно скоординированы. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Какую защиту предусматривает МГП для культурных ценностей? Что такое культурные ценности? Являются ли древние развалины, о которых говорится в данной статье, культурными ценностями? (См. статью 27 Гаагского положения, статьи 52, 53 и 85(4)(d) Протокола I, статью 16 Протокола II и Гаагскую конвенцию о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 14 мая 1954 г.; см. **Документ № 3**, [A.])

2. a. Если считается, что данное место принадлежит к культурным ценностям, нарушает ли «Хезболла» МГП, нападая на него? Нарушают ли МГП израильские войска, укрываясь в древних развалинах? (См. статью 53 Протокола I и статью 16 Протокола II.)

   b. Как размещение в крепости израильских войск влияет на ее статус? Например, утрачивает ли объект право на защиту по МГП? Позволяет ли теперь МГП «Хезболле» нападать на этот культурный объект, поскольку он стал законным военным объектом? (См. статью 52(2) Протокола I.) Если да, какие предосторожности должны быть приняты перед нападением, если это необходимо? (См. статью 57 Протокола I.)

XV. Кипр

Прецедент № 127, Европейский суд по правам человека, «Кипр против Турции»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: European Court of Human Rights, Judgement of 10 May 2001, см. http://hudoc.echr.coe.int.]

Дело «Кипр против Турции»
Европейский суд по правам человека

(Заявление № 25781/94)

Решение

Страсбург, 10 мая 2001 г. […]

ПРОЦЕДУРА […]

3. Государство-заявитель утверждает в связи с ситуацией, сложившейся на Кипре с начала турецких военных операций в северной части острова в июле 1974 г., что власти Турции («государство-ответчик») нарушали и продолжают нарушать Конвенцию […]. Государство-заявитель ссылается, в частности, на статьи 1–11 и 13 Конвенции, а также на статьи 14, 17 и 18 в совокупности с вышеупомянутыми положениями. Помимо этого делались ссылки на статьи 1, 2 и 3 Протокола № 1.

   В поданных жалобах соответствующим образом упоминались следующие основные темы: пропавшие без вести греки-киприоты и их родственники, жилища и собственность перемещенных лиц, право перемещенных греков-киприотов на проведение свободных выборов, условия жизни греков-киприотов в северной части Кипра и положение турок-киприотов и членов цыганской общины, проживающих в северной части Кипра.

ФАКТЫ

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

A. Общие сведения

13. Изложенные в данном заявлении жалобы связаны с турецкими военными операциями в северной части Кипра в июле и августе 1974 г. и продолжающимся разделением территории Кипра. Когда в 1996 г. Суд рассматривал по существу дело «Луазиду против Турции» (Loizidou v. Turkey), характеристика турецкого военного присутствия на тот период была выдержана в следующих выражениях [...]:

[...]

«16. Турецкие вооруженные силы численностью более 30 тыс. человек размещены на всей оккупированной части северного Кипра, которая постоянно патрулируется, на всех основных связующих дорогах оборудованы контрольно-пропускные пункты. [...]»

[...]

14. Одним из главных событий в истории продолжающегося разделения Кипра стало провозглашение в ноябре 1983 г. «Турецкой Республики Северного Кипра» («ТРСК») и последующее принятие 7 мая 1985 г. «Конституции ТРСК».

Этот шаг был осужден международным сообществом. Совет Безопасности Организации Объединенных Наций 18 ноября 1983 г. принял резолюцию 541 (1983), объявлявшую заявление о создании «ТРСК» не имеющим юридической силы и призывавшую все государства не признавать никакое киприотское государство, кроме Республики Кипр. Аналогичный призыв прозвучал в резолюции Совета Безопасности 550 (1984) от 11 мая 1984 г. В ноябре 1983 г. Комитет министров Совета Европы принял решение о том, чтобы и впредь считать правительство Республики Кипр единственным законным правительством Кипра, и призвал уважать суверенитет, независимость, территориальную целостность и единство Республики Кипр.

15. Как заявляет государство-ответчик, «ТРСК» является демократическим, конституционным государством, которое политически независимо от всех других суверенных государств, включая Турцию, а административные органы в северной части Кипра были образованы не Турцией, а турками-киприотами в осуществление их права на самоопределение. Вопреки такой позиции, только киприотское правительство имеет международное признание в качестве правительства

Республики Кипр в контексте дипломатических и договорных отношений, а также в рамках деятельности международных организаций.

16. Вооруженные силы ООН по поддержанию мира на Кипре (ВСООНК) контролируют буферную зону. […] Более того, если говорить о конкретной и незамедлительной реализации этих идей, в 1981 г. был создан Комитет ООН по пропавшим без вести (КПВ), который был призван «рассмотреть случаи исчезновения людей в ходе межобщинных столкновений, а также в период событий июля 1974 г. и в последующие годы» и «составить полные списки пропавших без вести из числа членов обеих общин, указав, если это возможно, живы они или погибли, а в последнем случае — примерную дату смерти». Упомянутый Комитет пока не завершил свою работу.

[…]

D. Установление Европейской комиссией фактов по настоящему заявлению […]

1. Предполагаемые нарушения прав пропавших без вести греков-киприотов и их родственников […]

22. Комиссия исходила из понимания того, что ее задача заключается не в установлении действительно происшедшего с греками-киприотами, пропавшими без вести после проведения турками военных операций в северной части Кипра в июле и августе 1974 г. Скорее она считала своей задачей определить, является или нет продолжающимся нарушением Конвенции предполагаемая неспособность государства-ответчика прояснить фактические обстоятельства исчезновения людей. […]

[…]

24. Что касается настоящего дела, Комиссия также напомнила, что в своем докладе 1983 г. она сочла установленным, что в бесконечном множестве случаев были достаточные основания полагать, что считавшиеся пропавшими без вести греки-киприоты находились в тюремном заключении у турок в 1974 г. и что установление этого факта вновь создает презумпцию ответственности турецкой стороны за судьбу этих людей.

25. Комиссия обнаружила, что предоставленные в ее распоряжение сведения по данному делу подтверждают сделанные ею ранее выводы о том, что некоторых из пропавших без вести лиц последний раз видели в заключении у турок или турок-киприотов. […]

26. Комиссия пришла к заключению, что, вопреки имеющимся доказательствам убийства пленных и гражданских лиц из числа греков-киприотов, нет доказательств того, что пропавшие без вести лица были убиты при обстоятельствах, за которые можно было бы привлечь к ответственности государство-ответчика; Комиссии также не удалось обнаружить свидетельств того, что арестованные лица все еще содержались под стражей или использовались на каторжных работах государством-ответчиком. С другой стороны, Комиссия считает установленным, что фактические обстоятельства, касающиеся судьбы пропавших без вести, не были прояснены соответствующими властями и доведены до сведения родственников жертв.

27. Комиссия также пришла к выводу, что продолжающаяся работа КПВ не препятствует рассмотрению ею жалоб государства-заявителя по настоящему делу. Комиссия отметила в связи с этим, что проводимые КПВ расследования ограничивались определением того, живы или нет пропавшие без вести лица, входящие в его списки; не было у Комитета и полномочий устанавливать причину смерти или выявлять ответственных при установлении факта смерти. Более того, территориальная юрисдикция КПВ была ограничена островом Кипр, исключая таким образом проведение расследований в Турции, где, как утверждалось, имели место отдельные случаи исчезновения людей. Комиссия заметила, что лицам, которые могут нести ответственность за нарушение Конвенции, была обещана безнаказанность, и что сомнительно, чтобы проводимые Комитетом расследования могли распространиться на действия турецкой армии или официальных представителей Турции на кипрской территории.

2. Предполагаемые нарушения прав перемещенных лиц на уважение их жилища и собственности

28. Комиссия установила факты по данному пункту согласно главному утверждению государства-заявителя, что более чем 211 тысячам перемещенных греков-киприотов и их детей по-прежнему систематически мешают вернуться в их дома в северной части Кипра и получить доступ к находящейся там их собственности. Как утверждает государство-заявитель, присутствие турецкой армии вкупе с введенными «ТРСК» пограничными ограничениями создали такое положение, при котором возвращение перемещенных лиц оказалось физически невозможным, и, как следствие, связанные с пересечением границы посещения ими родственников серьезно затруднены.

[...]

30. Комиссия установила, что следующий общеизвестный факт: за исключением нескольких сотен маронитов, проживающих в районе Кормакити, и греков-киприотов, обосновавшихся на полуострове Карпас, все греко-киприотское население, проживавшее до 1974 г. в северной части Кипра, покинуло этот район, и подавляющее большинство этих людей живет теперь в южной части Кипра. Данный факт государством-ответчиком не оспаривался.

[...]

3. Предполагаемые нарушения, связанные с условиями проживания греков-киприотов в северной части Кипра [...]

39. Комиссия также установила, что в «ТРСК» существовала работоспособная судебная система, которая, в принципе, была доступна для греков-киприотов, проживающих в северной части Кипра. Как полагает Комиссия, по крайней мере в случаях посягательства на собственность или причинения личного вреда, рассмотрение в гражданских и уголовных судах ряда поданных греками-киприотами исков завершилось в пользу последних. Однако ввиду малого числа возбужденных греками-киприотами дел Комиссия была вынуждена заключить, что эффективность судебной системы в отношении проживающих там греков-киприотов еще не прошла серьезной проверки.

40. Комиссия также пришла к заключению о том, что нет доказательств продолжающейся незаконной передачи собственности проживающих в северной части Кипра греков-киприотов другим лицам в течение рассматриваемого периода. Однако Комиссия сочла установленным фактом то, что власти «ТРСК» продолжают передавать туркам-киприотам или иммигрантам собственность тех греков-киприотов, которые умерли или покинули северную часть Кипра.

41. В отсутствие судебных разбирательств в судах «ТРСК» Комиссия отмечала, что не было установлено, считаются ли на самом деле греки-киприоты или мароните, проживающие в северной части Кипра, гражданами страны, имеющими право на защиту «Конституции ТРСК». Вместе с тем Комиссия считает установленным, что в тех случаях, когда упомянутые группы населения жаловались на такие административные действия, как ограничения их свободы передвижения или посещений родственников, которые основывались на решениях «Совета Министров «ТРСК», любое оспаривание в законном порядке этих ограничений было бы бесплодным, учитывая, что такие решения не подлежат пересмотру судами.

42. Хотя Комиссия не обнаружила свидетельств случаев реального содержания под стражей представителей проживающего в анклаве населения, она была убеждена, что существуют явные доказательства того, что ограничения на передвижение и посещение родственников по-прежнему применяются к грекам-киприотам и маронитам, несмотря на имевшее место в последнее время улучшение ситуации. […]

43. Комиссия считает установленными факты ограничения свободы передвижения детей греков-киприотов и маронитов, которые посещали школы на юге острова. […]

44. Что касается учебных заведений, Комиссия признала, что, хотя для детей проживающих в северной части Кипра греков-киприотов существует система начального образования, средних школ для них нет. Значительное большинство детей школьного возраста получали среднее образование на юге острова, и ограничения на возвращение детей-школьников греков-киприотов и маронитов на север по завершении обучения привели к разделению многих семей. […]

[…]

47. Что касается предполагаемых ограничений в отношении богослужений, то, как установила Комиссия, главная проблема для греков-киприотов в этой области проистекала из того факта, что на весь район Карпас был всего лишь один священник и что турецко-кипрские власти не приветствовали назначение дополнительных священников с юга. Члены Комиссии в ходе своего визита в район Карпас не смогли удостовериться, был ли доступ карпасских греков-киприотов в монастырь апостола Андрея свободным в любое время. […]

[…]

4. Предполагаемые нарушения в отношении прав турок-киприотов и турецко-кипрской общины цыган в северной части Кипра […]

52. Комиссия установила, что между коренными турками-киприотами и иммигрантами из Турции, которые продолжают прибывать в значительных количествах, существует соперничество и социальный конфликт. Некоторые коренные турки-киприоты и их политические объединения и средства массовой информации недовольны проводимой «ТРСК» политикой полной интеграции переселенцев.

53. Кроме того, наряду со значительной по своим масштабам эмиграцией из «ТРСК» по экономическим причинам нельзя исключать, что были случаи бегства турков-киприотов из «ТРСК» и из-за страха перед политическим преследованием. Комиссия полагала, что нет причин сомневаться в точности утверждений свидетелей о том, что в ряде случаев полиция «ТРСК» не занималась рассмотрением жалоб на оскорбительные действия и дискриминацию со стороны отдельных групп населения по отношению к политическим оппонентам. Однако Комиссия пришла к выводу, что с абсолютной уверенностью не установлено, действительно ли властями «ТРСК», в том числе и судами, последовательно осуществлялась практика отказа в защите политическим оппонентам правящих партий. […]

54. Рассматривая вопрос о предполагаемой дискриминации членов турецко-кипрской цыганской общины и произвольного обращения с ними, Комиссия установила, что средства судебной защиты явно не были задействованы в отношении особо серьезных инцидентов, таких как снос лачуг под Морфу и отказ авиакомпаний переправлять цыган в Великобританию без визы.

55. В своих выводах Комиссия также отмечала отсутствие доказательств того, что в течение рассматриваемого периода гражданские лица из числа турок-киприотов передавались под юрисдикцию военных судов. […]

[…]

ПРАВО

I. ВОПРОСЫ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ХАРАКТЕРА […]

Вопросы, оставленные Комиссией для обсуждения на стадии рассмотрения дела по существу […]

3. В отношении ответственности государства-ответчика за предполагаемые нарушения в соответствии с Конвенцией

69. Государство-ответчик оспаривало ответственность Турции в соответствии с Конвенцией в связи с перечисленными в жалобе обвинениями. В представленных Комиссии доводах государство-ответчик утверждало, что действия или бездействие, которых касались жалобы, следует относить исключительно на счет «Турецкой Республики Северного Кипра» («ТРСК») […].

[…]

77. [...] С учетом ее эффективного и всеобъемлющего контроля над северной частью Кипра ее ответственность не может ограничиваться действиями ее собственных солдат или официальных лиц в северной части Кипра, а должна быть распространена и на действия местной администрации, которая все еще существует благодаря турецкой военной и иной поддержке. Отсюда вытекает, что, говоря языком статьи 1 Конвенции, следует считать, что «юрисдикция» Турции распространяется на обеспечение всего набора основных прав, обозначенных в Конвенции и в тех дополнительных Протоколах, которые она ратифицировала, и что нарушения этих прав влекут за собой ответственность Турции.

[...]

4. В отношении требования о полном исчерпании всех внутригосударственных средств правовой защиты [...]

101. Суд хотел бы также добавить, [...] что уверенность государства-заявителя в незаконности судов «ТРСК», как представляется, противоречит сделанному тем же государством утверждению, что Турция ответственна за предполагаемые нарушения на северном Кипре, — заявлению, которое было принято Судом [...]. Как представляется, на самом деле трудно согласиться с тем, что на государство возлагают ответственность за действия, имеющие место на территории, которая незаконно оккупирована и управляется им, и отказать этому государству в возможности попытаться избежать такой ответственности путем исправления правонарушений, которые вменяются в вину этому государству, в его судах. Предоставить такую возможность государству-ответчику в рамках настоящей жалобы вовсе не означает косвенно узаконить режим, который является незаконным по международному праву. [...]

102. Суд, соответственно, приходит к заключению, что для целей бывшей статьи 26 (ныне пункт 1 статьи 35) Конвенции предоставляемые в «ТРСК» средства правовой защиты могут рассматриваться в качестве «внутригосударственных средств правовой защиты» государства-ответчика и что вопрос об их эффективности должен рассматриваться с учетом особых обстоятельств, при которых он возникает. [...]

[...]

III. ПРЕДПОЛАГАЕМЫЕ НАРУШЕНИЯ ПРАВ ПРОПАВШИХ БЕЗ ВЕСТИ ЛИЦ ИЗ ЧИСЛА ГРЕКОВ-КИПРИОТОВ И ИХ РОДСТВЕННИКОВ

A. Пропавшие без вести лица из числа греков-киприотов […]

2. В отношении существа жалоб государства-заявителя

(a) Статья 2 Конвенции [Право на жизнь] […]

129. Суд отмечает, что государство-заявитель прежде всего настаивает на том, чтобы пропавшие без вести лица считались все еще живыми, пока нет четких доказательств обратного […]. Хотя представленные Комиссии доказательства подтверждают очень высокий процент смертей среди военнослужащих и гражданских лиц в период военных действий в июле–августе 1974 г., Суд вновь заявляет, что не может строить предположения относительно того, были ли какие-либо из пропавших без вести лиц в действительности убиты турецкими войсками или членами полувоенных формирований турок-киприотов, в чьи руки они могли попасть. […]

130. Суд отмечает, что представленные доказательства убийств, совершенных непосредственно турецкими солдатами или при их попустительстве, относятся к периоду, который находится за рамками настоящей жалобы. […] Поэтому Суд заключает, что не может согласиться с утверждениями государства-заявителя о том, что факты говорят о существенном нарушении статьи 2 Конвенции в отношении кого-либо из лиц, пропавших без вести.

131. Как считает Суд, утверждения государства-заявителя должны быть, однако, рассмотрены в контексте процедурного обязательства Договаривающейся Стороны, в соответствии со статьей 2, охранять право на жизнь. Суд напоминает в связи с этим, что обязательство охранять право на жизнь в соответствии со статьей 2 Конвенции, рассматриваемое в совокупности с общей для всех государств обязанностью по статье 1 обеспечить «каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определенные в […] Конвенции», косвенно требует, чтобы в какой-либо форме проводилось эффективное официальное расследование в случае гибели граждан в результате использования силы представителями государства […].

133. С учетом изложенного Суд отмечает, что имеющиеся сведения подкрепляют утверждение государства-заявителя о том, что многих лиц, числящихся сейчас пропавшими без вести, содержали под стражей турецкие или турецко-кипрские силы. Их содержание под стражей имело место в то время, когда проводились военные операции, сопровождавшиеся широкомасштабными арестами и убийствами. […]

134. […] Суд не может не отметить, что власти государства-ответчика никогда не проводили расследований по заявлениям родственников пропавших без вести лиц относительно того, что последние пропадали после содержания под стражей при обстоятельствах, которые давали реальные основания опасаться за их благополучие. […] Как представляется, также не было предпринято официального расследования по заявлению о том, что содержавшиеся в заключении греки-киприоты были переведены в Турцию.

135. Суд соглашается с государством-заявителем в том, что выполнение обсуждаемого процедурного обязательства государства-ответчика не может заключаться лишь в участии в расследованиях, которые проводятся Комитетом ООН по пропавшим без вести. Подобно Комиссии, Суд отмечает, что, хотя используемые КПВ процедуры, несомненно, полезны в гуманитарных целях, для достижения которых они были разработаны, сами по себе эти процедуры не отвечают требованиям проведения эффективного расследования, какого требует статья 2 Конвенции, особенно с учетом узких рамок проводимых этим органом расследований […].

136. Учитывая высказанные соображения, Суд приходит к выводу о том, что налицо продолжающееся нарушение статьи 2 вследствие неспособности властей государства-ответчика провести эффективное расследование с целью установить местонахождение и судьбу пропавших без вести лиц из числа греков-киприотов, которые исчезли при угрожающих жизни обстоятельствах. […]

[…]

(c) Статья 5 Конвенции
[Право на свободу и неприкосновенность] […]

143. Согласно утверждениям государства-заявителя, тот факт, что власти государства-ответчика не смогли провести быстрое и эффективное расследование хорошо документированных обстоятельств, связанных с содержанием под стражей и последующим исчезновением большого, но так и не установленного числа пропавших без вести греков-киприотов, дает основания говорить о нарушении процедурных обязательств, предусмотренных статьей 5. […]

[…]

147. Суд сразу же подчеркивает, что непризнанное содержание под стражей какого-либо лица представляет собой полное отрицание гарантий его свободы и личной неприкосновенности, содержащихся в статье 5, и самое серьезное нарушение этой статьи. Получив

контроль над каким-либо лицом, власти обязаны предоставлять информацию о его местонахождении. […]

148. Суд ссылается на неоспоримые доказательства того, что греки-киприоты содержались под стражей силами турок или турок-киприотов. Не существует каких-либо свидетельств относительно учета личностей задержанных либо данных о времени задержания или месте содержания. С гуманитарной точки зрения такое положение дел не может быть оправдано ссылкой на боевые действия, имевшие место в то время, или на общую неразбериху и напряженность. Если смотреть на вещи под углом зрения статьи 5 Конвенции, отсутствие такой информации не позволяет успокоить родственников пропавших без вести, озабоченных судьбой последних. Несмотря на отсутствие возможности назвать имена тех, кого взяли под стражу, государству-ответчику следовало предпринять другие шаги, чтобы выяснить судьбу пропавших лиц.

[…]

150. Суд заключает, что в течение упомянутого периода имело место постоянное нарушение статьи 5 Конвенции в силу непринятия властями государства-ответчика мер по проведению эффективного расследования с целью установить местонахождение и судьбу пропавших без вести лиц из числа греков-киприотов, в отношении которых сделано спорное утверждение, что на момент исчезновения они находились в заключении.

[…]

B. Родственники пропавших без вести лиц из числа греков-киприотов

1. Статья 3 Конвенции [Запрещение пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания] […]

156. Суд напоминает, что решение вопроса о том, является ли член семьи «исчезнувшего лица» жертвой обращения, несовместимого со статьей 3, будет зависеть от существования особых факторов, которые придают страданиям упомянутого лица масштаб и характер, отличные от эмоциональных переживаний, которые можно считать неизбежно причиняемыми родственникам жертвы серьезного нарушения прав человека. Соответствующую роль играет степень семейного родства, — в таком контексте определенное значение будут иметь узы, связывающие родителей с детьми, — конкретные подробности отношений, те моменты, свидетелем которых стал данный член семьи, степень участия данного члена семьи в попытках по-

лучить информацию об исчезнувшем лице и то, каким образом власти реагировали на эти запросы. Суд также напоминает, что суть такого нарушения заключается не столько в самом факте «исчезновения» члена семьи, сколько в реакции властей и их отношении к возникшей ситуации, когда их поставили в известность о ней. Особенно в связи с именно этой реакцией и отношением родственник может прямо заявить о том, что является жертвой действий властей […].

157. Суд отмечает, что власти государства-ответчика не провели никакого расследования обстоятельств исчезновения пропавших без вести лиц. В отсутствие какой-либо информации об их судьбе родственники лиц, которые пропали без вести в ходе событий июля–августа 1974 г., были приговорены к тому, чтобы жить в затянувшемся состоянии острой тревоги, и нельзя сказать, чтобы она утихла с течением времени. […] Суд напоминает, что военные операции привели к значительным человеческим потерям, широкомасштабным арестам и содержанию под стражей и насильственному разделению семей. Все эти обстоятельства еще живо помнят родственники тех, о судьбе которых власти так и не дали никаких сведений. Они живут в муках, не зная, были ли их близкие убиты в ходе конфликта, или все еще находятся в заключении, или умерли, находясь под стражей. Тот факт, что значительному числу греков-киприотов пришлось искать убежища на юге страны, вкупе с продолжающимся разделением Кипра, должен рассматриваться как крайне серьезное препятствие к получению ими информации. Предоставление такой информации — обязанность властей государства-ответчика. Эта обязанность с них не снималась. Что же касается Суда, то он считает, что молчание властей государства-ответчика перед лицом реальной обеспокоенности родственников пропавших без вести лиц является настолько жестоким, что может квалифицироваться как бесчеловечное обращение по смыслу статьи 3. […]

[…]

IV. ПРЕДПОЛАГАЕМЫЕ НАРУШЕНИЯ ПРАВ ПЕРЕМЕЩЕННЫХ ЛИЦ В ОТНОШЕНИИ ИХ ЖИЛИЩА И СОБСТВЕННОСТИ […]

B. В отношении существа жалоб государства-заявителя

1. Статья 8 Конвенции [Право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции] […]

171. Суд отмечает, что в ходе состоявшихся в Комиссии слушаний государство-ответчик не оспаривало утверждение государства-заявителя о том, что не существует возможности для возвращения перемещенных греков-киприотов в их дома на севере. […]

172. Суд отмечает, что официальная политика властей «ТРСК», заключающаяся в том, что они отказывают перемещенным лицам в праве вернуться в их дома, подкрепляется очень жесткими ограничениями, практикуемыми этими же властями в отношении посещения северных районов проживающими на юге греками-киприотами. Соответственно, перемещенные лица не только не могут обратиться к этим властям с тем, чтобы вновь занять свои оставленные дома, но и физически, в силу чинимых препятствий, не могут их даже посетить.

173. Суд также отмечает, что положение, против которого выступает государство-заявитель, складывалось в северной части Кипра со времени событий 1974 г. Как представляется, это положение никогда не было отражено в «законодательстве» […].

174. В связи с этим Суд хотел бы высказать следующие соображения: во-первых, полный отказ перемещенным лицам в праве на уважение их жилища не имеет законных оснований по смыслу пункта 2 статьи 8 Конвенции […]; во-вторых, межобщинные переговоры не могут быть использованы для узаконивания нарушения Конвенции; в-третьих, данное нарушение практиковалось систематически с 1974 г. и должно рассматриваться как продолжающее иметь место.

175. В свете этих соображений Суд приходит к выводу, что налицо продолжающееся нарушение статьи 8 Конвенции, поскольку перемещенным лицам из числа греков-киприотов отказывают в разрешении вернуться в их дома в северной части Кипра. […]

[…]

2. Статья 1 Протокола № 1 [Имущественные права] […]

183. Комиссия […] пришла к выводу о том, что в течение рассматриваемого периода имело место нарушение статьи 1 Протокола № 1 в силу того факта, что грекам-киприотам, имеющим собственность в северной части Кипра, отказывали в доступе к этой собственности, контроле над ней, ее использовании и просто беспрепятственном владении ею, равно как и в компенсации за препятствование в осуществлении их имущественных прав.

184. Суд выражает согласие с анализом Комиссии. […] Как представляется, в судах «ТРСК» невозможно оспорить законность вмешательства в отношении собственности перемещенных лиц. Соответственно, от заинтересованных лиц и не требуют использовать внутренние средства правовой защиты для удовлетворения их жалоб. […]

[…]

187. […] Продолжающий иметь место и полный отказ в доступе к их собственности представляет собой очевидное препятствование в осуществлении права перемещенных греков-киприотов на спокойное пользование имуществом по смыслу первого предложения статьи 1 Протокола № 1. Суд также отмечает, касаясь вопроса о предполагаемой конфискации, что никакой компенсации не было выплачено перемещенным лицам в связи с препятствованием в осуществлении их имущественных прав, от которого они пострадали и продолжают страдать. […]

[…]

189. С учетом вышесказанного Суд приходит к выводу о том, что налицо продолжающееся нарушение статьи 1 Протокола № 1 в силу того факта, что грекам-киприотам, имеющим собственность в северной части Кипра, отказывают в доступе к этой собственности, контроле над ней, ее использовании и просто беспрепятственном владении ею, равно как и в компенсации за препятствование в осуществлении их имущественных прав. […]

[…]

V. ПРЕДПОЛАГАЕМЫЕ НАРУШЕНИЯ, СВЯЗАННЫЕ С УСЛОВИЯМИ ПРОЖИВАНИЯ ГРЕКОВ-КИПРИОТОВ НА СЕВЕРНОМ КИПРЕ

207. Государство-заявитель утверждало, что условия проживания, в которые были поставлены оставшиеся в северной части Кипра греки-киприоты, дают основания говорить о существенных нарушениях Конвенции. Государство-заявитель подчеркнуло, что эти нарушения совершаются в рамках установленного порядка и направлены против сократившегося и сейчас в основном престарелого населения, проживающего в районе Карпас на севере Кипра, в поддержку политики этнических чисток. Об успехе этой политики можно судить по тому факту, что из примерно 20 тысяч греков-киприотов, живших на Карпасе в 1974 г., в настоящее время осталось 429 человек. Мароните, которых сейчас в северной части Кипра осталось 177 человек, также подвергались подобным, пусть и менее суровым, ограничениям. […]

[…]

B. В отношении существа жалоб государства-заявителя […]

4. Статья 9 Конвенции [*Свобода религии*]

241. Государство-заявитель утверждало, что имеющиеся факты указывают на препятствование в осуществлении права проживающих в

анклаве греков-киприотов исповедовать их религию в нарушение статьи 9 Конвенции […].

[…]

243. Комиссия отмечала, что существование ряда мер ограничивает религиозную жизнь проживающих в анклаве греков-киприотов. Она указывала в связи с этим, что, по крайней мере, до недавнего времени были наложены ограничения на доступ греков-киприотов к монастырю апостола Андрея, а также на возможность совершать поездки за пределы их поселений для посещения религиозных церемоний. Кроме того, власти «ТРСК» не утвердили назначение дополнительного числа священников в этот район, тогда как на весь Карпас приходится всего лишь один священник. […]

244. Комиссия, соответственно, пришла к выводу, что в течение рассматриваемого периода нарушалась статья 9 Конвенции в отношении проживающих на северном Кипре греков-киприотов.

245. Суд соглашается с фактами, установленными Комиссией, которые не оспаривались государством-заявителем. Государство-заявитель не утверждало, что власти «ТРСК» собственно препятствовали осуществлению права греко-киприотского населения исповедовать свою религию индивидуально, а также сообща с другими лицами. В самом деле, доказательства такого препятствования отсутствуют. Однако ограничения, наложенные на свободу передвижения этой группы населения в течение рассматриваемого периода, в значительной степени мешали этим людям следовать своим религиозным убеждениям, в частности препятствовали посещению мест отправления культа за пределами их поселений и их участию в других аспектах религиозной жизни.

246. Суд делает вывод о том, что в отношении проживающих в северной части Кипра греков-киприотов нарушена статья 9 Конвенции. […]

[…]

7. Статья 1 Протокола № 1 [*Право на собственность и ее уважение*] […]

265. В других своих представлениях государство-заявитель указывало на жалобу относительно того, что третьи стороны препятствовали осуществлению прав собственности соответствующих лиц, будь то собственность внутри поселения или за пределами трехмильной зоны, и что власти «ТРСК» молчаливо соглашались с этим или тер-

пели подобные действия. По мнению государства-заявителя, представленные Комиссии данные четко указывали на то, что местная полиция в порядке установившейся административной практики не расследовала незаконные действия, связанные с нарушением права владения, кражами со взломом и повреждением собственности [...].

[...]

268. Что касается преступных действий третьих сторон, о которых упоминало государство-заявитель, Комиссия посчитала, что имеющиеся данные не подтверждают его утверждения о том, что власти «ТРСК» либо участвовали в нанесении преступного ущерба или нарушении права владения, либо потворствовали этим деяниям. Комиссия отмечала, что в судах был выигран ряд гражданских и уголовных дел по искам, связанным с подобными происшествиями, а в последнее время увеличилось число случаев уголовного преследования.

269. Суд на основе установленных Комиссией обстоятельств считает, что в отношении владения собственностью на севере применяемая в «ТРСК» практика состоит в том, чтобы не делать никакого различия между перемещенными владельцами из числа греков-киприотов и карпасскими владельцами из числа греков-киприотов, которые навсегда уезжают из «ТРСК», в результате чего недвижимость последних считается «бесхозной» и подлежащей передаче третьим сторонам в «ТРСК».

Как полагает Суд, эти факты указывают на продолжающееся нарушение статьи 1 Протокола № 1 в отношении проживающих в северной части Кипра греков-киприотов, заключающееся в том, что их право на спокойное пользование своим имуществом не обеспечено в случае их окончательного выезда с этой территории.

270. Суд к тому же отмечает, что собранные в отношении данной жалобы сведения также красноречиво свидетельствуют о том, что собственность проживающих на севере греков-киприотов не может быть завещана ими в случае смерти и переходит в распоряжение упомянутых властей в качестве «бесхозной» собственности.

[...]

8. Статья 2 Протокола № 1 [*Право на образование*] [...]

277. Суд отмечает, что проживающие на северном Кипре греки-киприоты, желающие, чтобы их дети получили среднее образование на

греческом языке, вынуждены переводить их в школы на юге, поскольку в «ТРСК» таких учебных учреждений нет с того момента, как власти турок-киприотов решили их упразднить. Правда, по достижении возраста 12 лет дети имеют возможность продолжить образование на севере в школе с турецким или английским языком. […]

278. […] Как считает Суд, имеющийся в распоряжении родителей из числа греков-киприотов вариант продолжения их детьми образования на севере нереален ввиду того, что эти дети уже получили начальное образование в одной из греко-киприотских школ. Власти, без сомнения, должны понимать, что родители из числа греков-киприотов желают, чтобы их дети завершили образование в школах с преподаванием на греческом языке. […]

[…]

VII. ПРЕДПОЛАГАЕМЫЕ НАРУШЕНИЯ В ОТНОШЕНИИ ПРАВ ПРОЖИВАЮЩИХ НА СЕВЕРНОМ КИПРЕ ТУРОК-КИПРИОТОВ, ВКЛЮЧАЯ ЧЛЕНОВ ЦЫГАНСКОЙ ОБЩИНЫ […]

C. Существо представленных государством-заявителем жалоб […]

3. Предполагаемое нарушение статьи 6 Конвенции [Право на справедливое судебное разбирательство]

354. Государство-заявитель утверждало, что власти «ТРСК» законодательно и на деле нарушают статью 6 Конвенции в том, что решения о гражданских правах и обязанностях, а также уголовных обвинениях не могли приниматься независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона, как предусмотрено в этом положении. […]

355. Государство-заявитель также указывало, что власти «ТРСК» использовали систему военных судов, которые обладали юрисдикцией проводить разбирательства в отношении гражданских лиц по делам, отнесенным к категории воинских преступлений. По мнению государства-заявителя, из решения Суда по делу «Инкал против Турции» от 9 июня 1998 г. (Reports, 1998-IV) следует, что если слушание по делу гражданского лица проводит военный суд, то этому лицу отказано в справедливом судебном разбирательстве независимым и беспристрастным судом. Юрисдикция военных судов в этом отношении была установлена в «статье 156 Конституции ТРСК», согласно которой состав суда не может быть оспорен. […]

[…]

357. Суд полагает, что ему не требуются доказательства того, что в «ТРСК» имела место административная практика проведения разбирательств в отношении гражданских лиц военными судами. […]

358. По мнению Суда, отвлеченное рассмотрение оспариваемого «конституционного положения» и «Постановления о запретных военных зонах» приводит его к выводу о том, что эти документы однозначно вводят и санкционируют проведение разбирательств в отношении гражданских лиц военными судами. Суд полагает, что нет причин сомневаться в том, что эти суды страдают теми же недостатками в плане независимости и беспристрастности, что были отмечены в его решении по делу «Инкал против Турции» в отношении системы судов национальной безопасности, созданных в Турции государством-ответчиком […], в частности недостатком, заключающимся в тесной структурной связи между исполнительной властью и офицерами, проходящими службу в военных судах «ТРСК». С точки зрения Суда, гражданские лица в «ТРСК», обвиненные перед такими судами в действиях, отнесенных к категории воинских преступлений, могут испытывать законные опасения относительно недостаточной независимости и беспристрастности таких судов.

359. По приведенным выше причинам Суд находит, что имеет место нарушение статьи 6 Конвенции по причине законодательной практики санкционирования проведения разбирательств в отношении гражданских лиц военными судами. […]

ЧАСТИЧНО НЕСОВПАДАЮЩЕЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ФУАДА

[…]

10. Следует действовать решительно. Решение Суда, принятое большинством голосов, должно означать, что каждому киприоту, который желает вернуть свое имущество, должно быть разрешено это сделать, с пересечением, если необходимо, контролируемой ООН буферной зоны, незамедлительно и до того, как будет найдено решение кипрской проблемы, а отказ в осуществлении такого желания будет расцениваться как нарушение гарантируемых Конвенцией прав. При нынешнем положении дел (сохраняющемся, к сожалению, уже более четверти века) может ли кто-нибудь, вооружившись документами, подтверждающими право владения, обратиться в одно из подразделений сил ООН по поддержанию мира и потребовать дать ему право пересечь буферную зону, чтобы вновь вступить во владение своей собственностью? Кто займется полицейским обеспечением такой операции? Как к этому отнесется тот, кто сейчас занимает собственность, о которой идет речь? Разве не произойдут при этом

неизбежно серьезные нарушения мира? Кто обеспечит выселение, необходимое для того, чтобы позволить законному владельцу вновь завладеть его собственностью?

11. Если соображения такого рода важны (и я не вижу причины, по которой их можно отмести), тогда, как мне кажется, нужно признать, что сегодня на Кипре просто нереально позволить каждому лишенному собственности владельцу требовать незамедлительного осуществления права на возвращение его имущества, где бы оно ни находилось. По моему мнению, этой проблемы не решить, дав таким лицам утешение в виде компенсации и (или) возмещения ущерба, потому что их имущественные права, по причинам практического характера, не могут быть восстановлены. […]

12. События последних примерно тридцати лет показывают, что, несмотря на искренние и беспрестанные усилия ООН (со стороны всех, кто попеременно занимал кресло Генерального секретаря, и членов их аппарата), других организаций и дружественных правительств, решения, приемлемого для обеих сторон, найдено не было. Это верный признак сложности и трудности кипрской проблемы. Усилия по ее решению продолжаются: одновременно с заседанием Суда в Нью-Йорке шли переговоры.

13. Как это ни печально, может случиться так, что, когда решение наконец будет найдено, оно не сможет удовлетворить вполне понятное желание каждого киприота вернуться в свой дом, к родным полям и т.д.

[…]

19. […] Генеральная Ассамблея ООН выступила с призывом создать орган по расследованию, чтобы заняться делами пропавших без вести лиц из обеих общин. Генеральная Ассамблея потребовала, чтобы Генеральный секретарь поддержал создание такого органа при участии Международного Комитета Красного Креста (МККК), «который был бы в состоянии действовать беспристрастно, эффективно и быстро, чтобы решить проблему без излишнего промедления».

20. В конечном счете было решено, что Комитет по пропавшим без вести будет включать три составные части: представителей от греческой и турецкой сторон и представителя Генерального секретаря, выдвинутого МККК. Кажется ясным, что ООН, по очевидным причинам, предусмотрела создание органа, который выполнял бы свою печальную и трудную задачу объективно и без предвзятости. В соответствии с призывом ООН был создан Комитет по пропавшим без вести. Весьма мудро, если можно так выразиться, было задействовать

МККК, чтобы иметь возможность обратиться к его ресурсам и обширному опыту при выполнении скорбной задачи КПВ.

[…]

22. Турецкая позиция по проблеме пропавших без вести лиц в целом хорошо известна. Я не располагаю данными о том, чтобы Турция отказывалась сотрудничать с КПВ или мешала его работе. Если Задачи, Регламент или Руководящие принципы, которыми регулируется деятельность КПВ, не отвечают требованиям, в них можно внести поправки по доброй воле и с помощью Генерального секретаря. Я не могу согласиться со своими коллегами в том, что процедур работы КПВ самих по себе недостаточно, чтобы удовлетворить стандартам эффективного расследования, как это предписывает статья 2. По мере разработки Регламента и Руководящих принципов вкупе с Задачами, при условии, что обе стороны с готовностью сотрудничают с КПВ, была создана эффективная команда по расследованию. Рабочая группа ООН по насильственным и недобровольным исчезновениям признала тот факт, что КПВ — именно тот орган, который способен провести необходимые расследования. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Применяет ли Суд международное гуманитарное право (МГП)? Мог бы он это сделать?

   (Статья 15 Европейской конвенции по правам человека предусматривает: «1. В случае войны или при иных чрезвычайных обстоятельствах, угрожающих жизни нации, любая из Высоких Договаривающихся Сторон может принимать меры в отступление от ее обязательств по настоящей Конвенции только в той степени, в какой это обусловлено чрезвычайностью обстоятельств, при условии, что такие меры не противоречат другим ее обязательствам по международному праву. 2. Это положение [защищающее право на жизнь] не может служить основанием для какого бы то ни было отступления […], за исключением случаев гибели людей в результате правомерных военных действий […]».)

2. Является ли Северный Кипр оккупированной территорией в значении МГП? Являлся бы он ею даже в том случае, если бы вторжение Турции в северную часть Кипра в 1974 г. было законным? Даже если бы «Турецкая Республика Северного Кипра» (ТРСК) была независимым государством? Даже если бы у Турции не было войск в северной части Кипра? (См. статью 2 Конвенции IV и Преамбулу, часть 5 Протокола I.)

3. a. По каждой проблеме, рассмотренной Судом, определите, имело ли место нарушение МГП. (См. статьи 25, 26, 49(1), 50(3), 53, 58, 64, 66, 136, 137 и 140 Конвенции IV, статьи 43 и 46 Гаагского положения.)

   b. Когда установленный порядок на оккупированной территории нарушает МГП, является ли он обязательно также нарушением Европейской конвенции по правам человека (см. статью 15 последней, процитированную в вопросе 1)? Если установленный оккупирующей державой порядок разрешен согласно МГП, но не в соответствии с Европейской конвенцией по правам человека, является ли он нарушением международного права?

4. a. Распространяется ли юрисдикция Турции на следующих лиц?

      a) пропавших без вести греков-киприотов;

      b) проживающие на юге Кипра семьи пропавших без вести греков-киприотов;

      c) жителей южной части Кипра, которым отказано в доступе на север Кипра;

      d) греков-киприотов, проживающих в северной части Кипра;

      e) турок-киприотов, проживающих в северной части Кипра.

   b. Защищает ли МГП перечисленных выше лиц? Кто из них является «покровительствуемыми лицами»? (См. статьи 4, 13, 25 и 26 Конвенции IV.)

5. Несет ли Турция ответственность за действия своих вооруженных сил на севере Кипра? Несет ли она ответственность за действия ТРСК? Потому что она оккупирует территорию ТРСК? Потому что она основала ТРСК? Потому что она дает указания органам ТРСК? Несет ли Турция ответственность только с точки зрения Европейской конвенции по правам человека, или и с точки зрения МГП тоже? (См. статьи 29 и 47 Конвенции IV.)

6. Должны ли турецкие власти соблюдать нормы Четвертой Женевской конвенции, применяемые к оккупированным территориям? В отношении греков-киприотов? В отношении турок-киприотов? В отношении турецких поселенцев? (См. статьи 4, 13, 25, 26, 29 и 47 Конвенции IV.)

7. Согласно МГП несет ли Турция ответственность за действия турецких поселенцев в северной части Кипра? На каких основаниях она могла бы нести такую ответственность? На основании Европейской конвенции по правам человека? На основании МГП? Почему Суд не признает такую ответственность в данном конкретном деле? На основании фактов или права? (См. статьи 1, 4, 29, 49(6) Конвенции IV; статью 43 Гаагского положения.)

8. Признает ли Суд правовую систему ТРСК? На каких основаниях? Согласно МГП могла ли Турция позволить ТРСК установить такую правовую систему? (См. статьи 47, 54, 64 и 66 Конвенции IV; статью 43 Гаагского положения.)

9. a. Каким образом Турция нарушила право пропавших без вести греков-киприотов на жизнь и свободу? Убив их? Можно ли приписать их гибель Турции? Путем содержания их под стражей? Содержала ли их Турция когда-либо под стражей? Несет ли Турция ответственность за этих пропавших без вести согласно Европейской конвенции по правам человека? Каковы обязательства Турции в отношении семей этих пропавших без вести лиц?

   b. Каковы были бы обязательства Турции перед пропавшим без вести по МГП? Выполнила ли она эти обязательства? (См. статьи 25, 26, 136, 137 и 140 Конвенции IV; статьи 32—34 Протокола I.)

   c. Может ли Турция самостоятельно проводить расследование относительно судьбы пропавших без вести?

   d. Не освобождает ли существование независимого органа по расследованию (КПВ) Турцию от ее обязательства провести расследование для выяснения судьбы пропавших без вести? Одинаковые ли цели у этих двух «типов» расследования?

   e. Является ли тот факт, что МККК (или орган, в котором участвует МККК) занимается проблемой пропавших без вести, препятствием для того, чтобы другой орган определил, кто несет ответственность за исчезновения? В каких областях могла бы деятельность каждого из этих органов снизить шансы второго органа на успех? Следует ли этим двум органам обмениваться полученной информацией?

10. Обсудите несовпадающее мнение судьи Фуада. Можете ли вы представить, что решение Суда будет выполнено? Каковы были бы последствия

массового перемещения греков-киприотов к их собственности на севере? Существуют ли ситуации, в которых соблюдение прав человека лучше обеспечивается путем политических переговоров, чем с помощью решения суда, признающего права личности. Может ли привести к сходному результату работа гуманитарных организаций на местах?

11. a. Лучше ли подходит МГП, чем Европейская конвенция по правам человека, для решения гуманитарных проблем, выявленных в этом деле? Каковы преимущества и недостатки двух этих отраслей международного права в подобной ситуации?

    b. Какие гуманитарные проблемы, выявленные в этом деле, лучше всего может решить МККК? Для решения каких из них лучше всего подходит Суд? Есть ли какие-либо недостатки в объединении усилий обеих организаций?

XVI. Чили

Прецедент № 128, Чили, Судебное преследование Освальдо Ромо Мены

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Appeal Court of Santiago, Case Lumi Videla, Role No. 13.597–94, 26 September 1994; оригинал на испанском языке, перевод на английский язык неофициальный.]

Апелляционный суд Сантьяго [Чили]
(Третья уголовная палата)
26 сентября 1994 г.

[…]

6. Следует, кроме того, определить, применимы ли в этом деле Женевские конвенции 1949 г., поскольку в соответствии с ними расследуемые незаконные деяния должны быть объявлены не имеющими срока давности и не подпадающими под амнистию.

7. Женевские конвенции составляют часть нашего законодательства, поскольку они были утверждены Национальным конгрессом, обнародованы в Декрете 752, опубликованном в Правительственном бюллетене 17, 18, 19 и 20 апреля 1951 г., и находятся в силе для внутригосударственных целей с последней даты и до настоящего момента.

8. Поскольку Женевские конвенции применяются только в случае войны, следует определить, существовало ли в Чили состояние войны в тот момент, когда Луми Видела была похищена 21 сентября 1974 г. и во время ее нахождения в плену, когда она подвергалась пыткам и в конце концов умерла 3 ноября 1974 г.; ее тело было впоследствии брошено у итальянского посольства в Сантьяго 4 ноября 1974 г. […].

   Для указанных выше целей следует помнить следующее:

   a) Война — это исключительное состояние, которое влечет за собой применение исключительных норм. Во время войны господствует право войны, которое регулирует отношения между противниками.

b) Минимальные гуманитарные принципы, защищающие нематериальные права противных сторон, применяются в случае войны и запрещают такие бесчеловечные деяния, как убийство, пытки и жестокое обращение.

c) Статья 418 Военно-судебного кодекса действовала в Чили с 1974 г. и предусматривала, что для целей Кодекса состояние войны считается существующим и военное время — имеющим место не только тогда, когда война или осадное положение были официально объявлены согласно соответствующим законам, но и когда война фактически происходит или когда поэтому был отдан приказ о мобилизации, даже если война не была официально объявлена.

d) В 1974 г. в Чили существовало осадное положение, введенное с 18 сентября 1973 г. и регулировавшееся Декретом-законом 640 от 10 сентября 1974 г., причем было указано, что в стране происходит война, когда возникают ситуации, упомянутые в статье 418 Военно-судебного кодекса, и когда имеет место осадное положение в случае внутренней или внешней войны; поскольку внешней войны не происходило, явно существовало состояние внутренней войны […].

e) Осадное положение для целей внутренней обороны существовало с 11 сентября 1974 г. по 10 сентября 1975 г., что означает, что беспорядки внутри страны были вызваны организованными повстанческими или мятежными силами, действовавшими открыто или тайно (Декрет-закон 640, статья 6(b)). […]

h) При таких обстоятельствах Женевские конвенции, защищающие права человека организованных неприятельских сил и пострадавшего гражданского населения, полностью применимы и наказывают лиц, виновных в военных преступлениях, которые являются формой злоупотребления силой, происходящего в реальной ситуации, созданной внутренним или международным вооруженным конфликтом.

9. Необходимо определить значение и сферу действия международных договоров по чилийскому законодательству: Политическая конституция Республики не содержит специальной нормы, помещающей их в какую-либо категорию среди источников права, что означает, что этот вопрос решается путем толкования.

   С этой целью следует принять во внимание следующее:

   a) Нашим отправным пунктом должен служить тот факт, что, поскольку в чилийском законодательстве лишь Политическая конституция дает возможность установить существование других норм, нормы международного права имеют силу в той степени, в какой это определено

Конституцией. Однако в качестве основополагающей нормы Основной закон также может ссылаться на международные нормы, которые недействительны для него сами по себе и которые были ли бы применимы вместе с нормами, созданными путем внутригосударственных процедур, предусмотренных и регулируемых Конституцией.

b) Политическая конституция Республики регулирует процедуру включения и интеграции международных норм в чилийское законодательство; таким образом, по завершении процедуры, предусмотренной в Основном законе, норма, имеющая юридическую силу на международном уровне, становится применимой на внутригосударственном уровне.

c) Основной закон Чили содержит только нормы по включению международного договорного права; действительно, статья 32 № 17 дает президенту Республики возможность заключать, подписывать и ратифицировать международные договоры, а статья 50 № 1 Конституции предусматривает, что только Конгресс уполномочен утвердить или отклонить любой международный договор, представленный ему президентом Республики до ратификации, при этом утверждение договора происходит путем принятия закона.

Это означает, что договор становится частью внутригосударственного законодательства после его утверждения Конгрессом; затем он должен быть ратифицирован президентом Республики и опубликован в Правительственном бюллетене. Кроме того, статья 82 № 2 Конституции дает Конституционному суду полномочия решать любые вопросы соответствия конституции, которые могут возникнуть при обсуждении договоров, переданных на утверждение Конгрессу, что подтверждает соблюдение принципа главенства Конституции. После того, как договор законным образом включен в национальное законодательство, он может перестать быть его частью лишь в случае его денонсации [...].

d) [...] Договор должен быть утвержден парламентом, что выражается в принятии закона, а это весьма отличается от утверждения, что в отношении договора должен быть принят закон [...].

e) Национальная доктрина неминуемо ставит международные договоры и конвенции выше закона, поскольку, включая договор во внутригосударственное законодательство в соответствии с процедурой, предусмотренной в Основном законе, государство хочет, чтобы его органы соблюдали этот договор до тех пор, пока оно не пожелает его денонсировать [...].

[...]

h) Политическая конституция Республики закладывает основы не законности, но применимости международных норм. Будучи законным образом включенной во внутригосударственное законодательство, уже сама международная конвенция определяет, как должны применяться ее нормы после того, как Конституция сделала их применимыми и лишила юридической силы те законы, которые касались того же предмета, что и договор, включенный во внутригосударственное законодательство; об этом говорит тот факт, что именно сам Конгресс утверждает законы и должен утвердить международный договор перед его ратификацией. Что касается последующих законов, нормам международных конвенций следует отдавать предпочтение в соответствии с принципом применимости [...].

i) Согласно статье 27 Венской конвенции о праве международных договоров, участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора.

j) В соответствии с общим принципом международного права pacta sunt servanda или принципом добросовестности, добросовестные государства-участники должны выполнять договоры до тех пор, пока они не будут объявлены неприменимыми на международном уровне.

k) Это означает, что после включения договора в чилийское законодательство ни одна внутренняя норма не может объявить о его неприменимости или об утрате им законной силы.

l) Это не значит, что национальные законодатели навсегда лишены возможности принимать решения в отношении предмета данного договора, но означает, что для того чтобы они вновь получили юрисдикцию в отношении вопроса, регулируемого договором, государство должно денонсировать договор в соответствии с процедурами, установленными в соответствующем договоре или в нормах международного права.

m) В результате в случае противоречия между законом и договором проблема заключается не в сфере действия таких норм, но в сфере их применимости, в рамках которой член суда должен выносить решение и отдавать предпочтение применению договора.

n) Невыполнение международного договора является не только нарушением международного права, которое бросает тень сомнения на честь или надежность государства Чили, но, кроме того, и явным нарушением его собственного национального законодательства.

10. [...]

    l) Любое столкновение или противоречие между принципами твердости права и правосудия и обязательной силой прав человека неизбежно заставляет судебный орган объявить недействительными или неприменимыми действия или постановления политических властей, не учитывающие их или отражающие процедуры, в которых пренебрегают такими основными правами.

11. Женевские конвенции носят обязательный характер для государства Чили с апреля 1951 г., и их положения защищают права человека противников в случае внешней войны или конфликта между организованными вооруженными силами внутри государства, — каковая ситуация и существовала в стране фактически в 1974 г. [...].

12. Женевские конвенции 1949 г. полностью применимы, и их общая статья 3 предусматривает, что в случае вооруженного конфликта, не носящего международного характера и возникающего на территории одной из Высоких Договаривающихся Сторон, каждая из находящихся в конфликте Сторон будет обязана гуманно обращаться с лицами, которые не принимают непосредственного участия в военных действиях или по различным причинам вышли из строя, и запрещает всегда и всюду посягательства на жизнь и физическую неприкосновенность, а также увечья, жестокое обращение, пытки и истязания, оскорбительное и унижающее обращение и осуждение во внесудебном порядке. В статье 146 (Четвертой Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны) указано, что каждая Высокая Договаривающаяся Сторона обязана «разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить то или иное из упомянутых серьезных нарушений, и, каково бы ни было их гражданство, предавать их своему суду». Далее статья 147 Конвенции предусматривает, что «к серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с тем или иным из указанных ниже действий, в тех случаях, когда эти действия направлены против лиц или имущества, на которые распространяется покровительство настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью...», что подкрепляет Протокол II, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера. Статья 158 [sic][148] той же Конвенции предусматривает: «Ни одной Высокой Договаривающейся Стороне не будет разрешено освобождать себя или какую-либо другую Высокую Договаривающуюся Сторону от ответственности, которая возлагается на нее или на другую Высокую Договаривающуюся Сторону вследствие нарушений,

предусмотренных в предыдущей статье» [...]. Соответственно, преступления, которые составляют серьезные нарушения Конвенции, не имеют срока давности и не подпадают под амнистию; десятилетний срок давности для судебного преследования в связи с преступлениями, предусмотренными в статье 94 Уголовного кодекса, неприменим, и нельзя применить амнистию как средство аннулировать уголовную ответственность. Любая попытка государства повлиять на преступность действий, нарушающих законы войны и права лиц во время войны, и последующую ответственность за них, выходит за рамки юрисдикции государства, пока оно является участником Женевских конвенций по гуманитарному праву. Такая попытка была бы еще более серьезным деянием, если бы она была направлена на то, чтобы скрыть ответственность не только отдельного лица, но и представителей государства или должностных лиц, поскольку это было бы равносильно освобождению государством себя от ответственности, — что противоречит любым основополагающим понятиям о правосудии, — за соблюдение прав человека и международного общего и договорного права прав человека; это бы также нарушило основные ценности и принципы нашего собственного конституционного законодательства, установленные в третьем пункте преамбулы данной резолюции. [...]

16. Американская конвенция о правах человека, или Пакт Сан-Хосе (Коста-Рика), является частью нашего законодательства [...] и налагает на все органы государства и особенно на суды обязанность применять статью 1(1) Конвенции, в которой говорится: «Государства — участники настоящей Конвенции обязуются уважать права и свободы, признанные в ней, и обеспечивать для всех лиц, находящихся под их юрисдикцией, свободное и полное осуществление этих прав и свобод без какой-либо дискриминации». Эта норма устанавливает, что права, зафиксированные в Конвенции, сами по себе обладают исполнительной силой, как определил Межамериканский суд по правам человека, за исключением нескольких положений, которые требуют дополнительного законодательства, которое государства-участники обязуются принять, поскольку невыполнение этой обязанности было бы нарушением Конвенции, наказуемым Межамериканским судом по правам человека. В соответствии с указанным положением государства-участники обязаны расследовать нарушения прав человека и наказывать виновных, как сделал Межамериканский суд по правам человека, вынеся приговор в деле Веласкеса Родригеса и указав, что «закон об амнистии, запрещающий расследование и установление ответственности и правомочности ответственными представителями государства, нарушил бы обязательство, предусмотренной статьей 1(1) Конвенции. Будучи объявленными имеющими юридическую силу, законы об амнистии с такой сферой действия превратили бы национальные законы в юридическое пре-

пятствие для соблюдения Американской конвенции и других международных документов». Этот суд согласен с такой точкой зрения и, поддерживая иерархическое главенство и предпочтительное применение договоров по правам человека по сравнению с внутригосударственными законами, считает основные права человека частью действующей Конституции в соответствии со статьей 5 Основного закона, которая в явно выраженной форме накладывает ограничение на суверенитет государства [...].

17. Право на правосудие в связи с уголовными нарушениями прав человека исключает любое промедление в соответствии со статьей 15(2) Международного пакта о гражданских и политических правах, в которой говорится, что «ничто в настоящей статье не препятствует преданию суду и наказанию любого лица за любое деяние или упущение, которые в момент совершения являлись уголовным преступлением согласно общим принципам права, признанным международным сообществом». Эта норма не допускает никаких промедлений даже в случае состояния внутренней или внешней войны. Принцип законности или отсутствия обратной силы закона не может быть подтвержден вопреки этой норме, поскольку правосудие должно осуществляться в соответствии с общими принципами права, признанными международным сообществом, которые имеют и должны иметь преимущество над внутригосударственным правом в случае противоречий между ними и даже в случае угрозы самой жизни нации, как устанавливается в статье 4, пункт 6 Международного пакта ООН о гражданских и политических правах. [...]

20. Факты, перечисленные в обвинительном заключении 503, и факты, полученные после вынесения вышеупомянутой резолюции, дают веские основания полагать, что Освальдо Энрике Ромо Мена участвовал в качестве исполнителя в похищении людей и в незаконном объединении, каковые преступления предусмотрены в статьях 141, 292 и 293 Уголовного кодекса соответственно. [...]

С учетом этих оснований, положений Конституции, международных конвенций и упомянутых правовых положений, а также [...] Уголовно-процессуального кодекса [...], для официального оглашения настоящим данное дело возвращается на этап обвинения, чтобы надлежащий суд мог полностью выполнить формальности, указанные в [...] данной резолюции [...]; и, с учетом формальностей, упомянутых в п. 20 преамбулы, настоящим поддерживается обвинение [...] против Освальдо Энрике Ромо Мены, в отношении которого в данном деле должен быть издан приказ о заключении в тюрьму.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Как Суд квалифицирует ситуацию в Чили в 1974 г.? Эта квалификация вытекает из МГП или из чилийского законодательства? Являются ли убийства и пытки, предположительно совершенные обвиняемым, нарушением статьи 3, общей, Конвенций, даже если жертва не принадлежала к другой стороне в немеждународном вооруженном конфликте?

2. Как были Женевские конвенции включены в чилийское законодательство? Все ли положения Конвенций напрямую применяются сейчас в Чили? Должен ли чилийский суд применять их даже в том случае, если они не обладают сами по себе исполнительной силой?

3. Имеют ли Женевские конвенции преимущество перед чилийскими законами? Даже если последние были приняты позже? Почему?

4. Применимы ли статьи 146, 147 и 148 Конвенции IV к нарушениям статью 3 Конвенции IV?

5. a. Если бы Чили денонсировала Конвенции во время событий 1974 г., были бы они неприменимы в этом деле? (См. статью 158 Конвенции IV.)

   b. Применима ли статья 158 Конвенции IV к статье 3 Конвенции IV?

6. a. Означают ли статьи 146 и 147 Конвенции IV, что серьезные нарушения не имеют срока давности? Нарушают ли МГП национальные законы, предусматривающие срок давности для серьезных нарушений?

   b. Означают ли упомянутые статьи Конвенции, что на эти преступления не может распространяться амнистия? Не противоречит ли это статье 6 (5) Протокола II? (См. также **Прецедент № 141**, ЮАР, «Народная организация Азании против Южно-Африканской Республики», и **Прецедент № 207**, Колумбия, Конституционность Протокола II.)

   c. Относятся ли аргументы Межамериканского суда, приведенные в п. 16 решения, в равной степени и к МГП? Исключают ли они амнистию для лиц, совершивших нарушения прав человека?

7. Нарушает ли последующее неприменение срока давности по отношению к серьезным нарушениям запрещение уголовных законов, имеющих обратную силу? По крайней мере, если считать, в отличие от Суда, что МГП не запрещает подобный срок давности?

XVII. Конфликты в Центральной Америке

Прецедент № 129, Никарагуа, Вертолет с изображением эмблемы

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Vichniac, I., *Le Monde*, June 19, 1987.]

**Нарушение норм гуманитарного права?
Красный Крест предупреждает о том, что «контрас» используют его эмблему в военных целях**

В номере от 1 июня американский еженедельный журнал «Ньюсвик» опубликовал статью под названием «Новые «контрас»?» о контрреволюционных силах в Никарагуа. Статью сопровождала фотография: группа солдат высаживается из вертолета, на борту которого изображена эмблема Красного Креста. Подпись к фотографии сообщала, что вертолет совершал военные поставки.

Международный Комитет Красного Креста (МККК) считает это весьма серьезным фактом. Если фотография не подделана, «контрас», видимо, виновны в серьезном нарушении норм международного гуманитарного права, согласно которым перевозка солдат, оружия или другого военного оснащения под эмблемой красного креста строго запрещена, как и любое иное злоупотребление этой эмблемой.

17 июня МККК заявил, что его эмблема может использоваться только медицинскими службами воюющих сторон для предоставления защиты раненым и больным, а также всем ухаживающим за ними лицам. Нарушение этого принципа фактически ставит под угрозу любую гуманитарную деятельность и, следовательно, лишает помощи раненых и больных. Только медицинский персонал, больницы или другие медицинские учреждения, подвижные медицинские формирования, наземные санитарно-транспортные средства, госпитальные суда и санитарные летательные аппараты имеют право использовать этот отличительный знак.

В письме ко всем национальным обществам Красного Креста и Красного Полумесяца МККК повторяет, что эмблема красного креста должна автоматически вызывать уважение. Она играет важнейшую роль в имплементации международного гуманитарного права и является одним из основных элементов Женевских конвенций 1949 г. и Дополнительных протоколов к ним, принятых в 1977 г.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Кто может использовать эмблемы, находящиеся под защитой МГП? Для каких целей? (См. статью 23(e) Гаагского положения, статьи 38—44 и 53 Конвенции I, статьи 41—43 Конвенции II, статью 18 Конвенции IV, статьи 8(l) и 18 Протокола I, статьи 4—5 Приложения I к Протоколу I и статью 12 Протокола II.)

2. С какими целями эмблема использовалась в этой ситуации? Является ли такое использование эмблемы неправильным? Злоупотреблением ею? Если да, является ли такое нарушение МГП военным преступлением? (См. статью 34 Гаагского положения, статью 53 Конвенции I и статьи 37(1)(d), 38 и 85(3)(f) Протокола I.)

3. a. Кто отвечает за наказание лиц, виновных в неправильном использовании и злоупотреблении эмблемой? Международные организации Красного Креста и Красного Полумесяца? Национальные общества? Государства-участники? (См. статью 54 Конвенции I, статью 45 Конвенции II и статью 18 Протокола I.)

   b. Какие обязательства несут государства — участники Женевских конвенций и Дополнительных протоколов в отношении эмблемы? Разве каждое государство-участник не обязано принять имплементирующее законодательство? Какие вопросы должно охватывать такое законодательство? Если бы в Никарагуа не было принято такое законодательство, оказалось бы описанное в данном прецеденте использование эмблемы законным? Можно ли было бы наказать виновных в нем лиц? (См. статью 54 Конвенции I, статью 45 Конвенции II и статью 18 Протокола I.)

   c. Как можно предотвратить неправильное использование или злоупотребление эмблемой?

4. Какие опасности для уважения эмблемы представляет такое неправильное ее использование? Это, в основном, ставит под угрозу восприятие нейтральности и беспристрастности Красного Креста? Или уважение к раненым и больным, к медицинскому персоналу и формированиям? Как, в конечном счете, такое использование подрывает ту защиту, которую предоставляет эмблема?

5. Влияет ли на ваши ответы тот факт, что конфликт в Никарагуа является немеждународным вооруженным конфликтом? Вы бы отвечали иначе, если бы здесь применялось право международных вооруженных конфликтов?

1. Международные решения

Прецедент № 130, Международный суд, «Никарагуа против США»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: ICJ, Nicaragua v. United States of America, Military and Paramilitary Activities, Judgement of 27 June 1986, Merits; см. http://www.icj-cij.org.]

МЕЖДУНАРОДНЫЙ СУД
Решение от 27 июня 1986 г.
ДЕЛО О ВОЕННОЙ И ВОЕНИЗИРОВАННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В НИКАРАГУА И ПРОТИВ НИКАРАГУА (НИКАРАГУА ПРОТИВ США)
СУЩЕСТВО ДЕЛА

[…]

80. На этом основании Суд считает установленным следующее: где-то в конце 1983 или в начале 1984 г. президент Соединенных Штатов дал разрешение определенному государственному агентству США на установку мин в портах Никарагуа; в начале 1984 г. мины были установлены в самих портах или в непосредственной близости от портов Блафф, Коринто и Пуэрто-Сандино, либо во внутренних никарагуанских водах, либо в территориальных водах, либо в тех и в других одновременно, лицами, которые получают деньги от указанного агентства и действуют по его инструкции под наблюдением и при тыловом содействии агентов Соединенных Штатов; ни до установки мин, ни впоследствии правительство Соединенных Штатов не сделало ни одного публичного или официального предупреждения участникам международного судоходства о существовании и местах установки мин; и гибель людей и материальные потери явились результатом взрыва мин […]

[…]

99. Суд во всяком случае находит, что с 1981 г. до 30 сентября 1984 г. правительство США обеспечивало финансирование военной и военизированной деятельности «контрас» [вооруженной оппозиции правительству Никарагуа] в Никарагуа, а впоследствии — «гуманитарной помощи». […]

[…]

115. […] Участия США, даже если оно преобладало или играло решающую роль, в финансировании, организации, обучении, снабжении и оснащении «контрас», в выборе их военных или военизированных целей и в планировании всех их операций, самого по себе еще недостаточно, на основании имеющихся в распоряжении Суда доказательств, для того, чтобы приписать Соединенным Штатам действия, совершенные «контрас» в ходе их военных или военизированных операций в Никарагуа. Все упомянутые выше формы участия США и даже общий контроль государства-ответчика над силой, в большой степени зависящей от него, не означали бы сами по себе, без дополнительных доказательств, что Соединенные Штаты руководили действиями, противоречащими правам человека и гуманитарному праву, как утверждает государство-истец, или осуществляли их. Такие действия вполне могли совершаться «контрас» без контроля со стороны США. Чтобы такое поведение дало основание для юридической ответственности Соединенных Штатов, в принципе должно было бы быть доказано, что государство обладало эффективным контролем над военными или военизированными операциями, в ходе которых были совершены указанные нарушения.

116. Суд считает, что помощь, предоставленная «контрас» Соединенными Штатами, не позволяет сделать вывод о подчиненности этих сил США до такой степени, что любые совершенные ими действия могут быть вменены в вину этому государству. Он полагает, что «контрас» продолжают нести ответственность за свои действия и что США не отвечают за действия «контрас», но отвечают за собственное поведение по отношению к Никарагуа, в том числе связанное с действиями «контрас». Суду необходимо расследовать не жалобы, касающиеся предполагаемых нарушений гуманитарного права со стороны «контрас», которые Никарагуа считает могущими быть вмененными в вину США, но скорее незаконные действия, за которые США могут нести прямую ответственность в связи с деятельностью «контрас». Законность и незаконность таких действий Соединенных Штатов — это вопрос, иной, чем вопрос нарушений гуманитарного права, в которых «контрас» могут быть виновны или нет. Именно по этой причине Суд не должен определять, были ли нарушения гуманитарного права, приписываемые «контрас», действительно совершены ими. В то же время вопрос о том, знало ли или должно ли было знать правительство Соединенных Штатов в соответствующее время, что «контрас» обвиняют в нарушениях гуманитарного права, имеет значение для оценки законности действий США. В этом отношении существенными фактами являются, в первую очередь, факты, связанные с выпуском в 1983 г. инструкции по психологическим операциям.

117. Никарагуа представила Суду в качестве доказательств две публикации, которые, по ее утверждению, были подготовлены ЦРУ и переданы «контрас» в 1983 г. Первая, на испанском языке, называется «Operaciones sicolgicas en guerra de guerrillas» («Психологические операции в партизанской войне»), автор — Тайакан, на заверенной копии, переданной Суду, нет ни имени издателя, ни даты. В предисловии публикация описывается как

> «инструкция по обучению партизан ведению психологической войны и практическому применению этих навыков в конкретном случае христианско-демократической кампании, которую ведут в Никарагуа борцы за свободу». […]

[…]

122. Суд заключает, что в 1983 г. агентство правительства США передало Никарагуанскому демократическому фронту инструкцию по психологической партизанской войне, в которой хотя и не одобрялось напрямую неизбирательное насилие в отношении гражданских лиц, но рассматривалась возможная необходимость расстреливать гражданских лиц, которые пытаются покинуть город, а также рекомендовалось «нейтрализовать» в пропагандистских целях и в присутствии граждан местных судей, должностных лиц или известных людей, создав видимость суда над ними. В представленном «контрас» тексте также рекомендовалось использовать профессиональных преступников для выполнения неких «работ» и устраивать провокации в ходе массовых демонстраций, чтобы вызвать применение насилия со стороны властей и появление «мучеников». […]

[…]

[Из-за оговорки, сделанной США при принятии юрисдикции Международного суда, Суд не смог применить к обстоятельствам дела многосторонние договоры.]

174. […] Суд хотел бы отметить, что, согласно доводам США, ему следует воздержаться от применения норм обычного международного права, поскольку они поглощены нормами международного договорного права, особенно нормами Устава Организации Объединенных Наций, или вытекают из них. Таким образом, Соединенные Штаты, судя по всему, полагают, что наличие определенных принципов в Уставе ООН исключает возможность того, что подобные нормы могут существовать сами по себе в обычном международном праве, либо потому, что существующие нормы обычного права были включены в Устав, либо потому, что Устав повлиял на дальнейшее принятие обычных норм с соответствующим содержанием.

175. Суд не считает, что в тех областях права, которые имеют отношение к данному делу, допустимо заявлять, что все нормы обычного права, на которые можно сослаться, имеют содержание, в точности совпадающее с содержанием норм, включенных в договоры, которые нельзя применять в силу данной оговорки Соединенных Штатов. По ряду вопросов области, регулируемые этими двумя источниками права, не полностью совпадают, и важные нормы, в которых они заключены, не идентичны по содержанию. Но, кроме того, даже если бы договорная норма и норма обычного права, касающаяся данного спора, имели абсолютно одинаковое содержание, то для Суда это не могло бы служить основанием считать, что юридическое действие этой договорной нормы должно в обязательном порядке лишить соответствующую норму обычного права ее самостоятельной применимости. Также и оговорку о многосторонних договорах нельзя истолковать в том смысле, что, будучи применимой к данному спору, она исключала бы применение любой нормы обычного международного права, содержание которой совпадало бы или было аналогичным содержанию нормы договорного права, в связи с которой оговорка вступила в силу.

176. […] Поэтому Суд делает вывод, что статья 51 Устава имеет значение только на основании того, что существует «естественное», или «неотъемлемое», право на самооборону, и трудно понять, как оно может не являться нормой обычного права, пусть даже в настоящий момент его содержание было подтверждено Уставом и подверглось его воздействию. Кроме того, Устав, признав существование этого права, не заходит дальше и не регулирует напрямую все стороны его содержания. Например, в нем нет конкретной нормы, согласно которой самооборона оправдывала бы лишь меры, соразмерные вооруженному нападению и необходимые для ответа на него, — а эта норма твердо установилась в обычном международном праве. […]

177. […] Существование идентичных норм в международном договорном праве и обычном праве было четко признано Судом в делах «О континентальном шельфе Северного моря». В значительной степени эти дела вращались вокруг вопроса о том, существует ли норма, закрепленная в договоре, также в качестве нормы обычного права, — либо потому, что договор лишь кодифицирует обычай или придает ему определенную форму, либо потому, что она повлияла на последующее принятие договора. Суд […] признал очевидным, что некоторые другие статьи рассматриваемого договора «считались отражающими принятые или, по крайней мере, складывающиеся нормы обычного международного права» (ICJ *Reports 1969*, p. 39, para. 63). […]

178. Есть ряд оснований полагать, что, даже если две нормы, принадлежащие к двум источникам международного права, кажутся одинаковыми по содержанию и даже если соответствующие государства связаны этими нормами на уровне как договорного права, так и обычного международного права, эти нормы по-прежнему существуют по отдельности. Таково положение дел с точки зрения их применимости. В правовом споре между двумя государствами одно из них может утверждать, что применимость договорной нормы к его собственным действиям зависит от действий второго государства в отношении применения касающихся иных предметов других норм, также включенных в этот же договор. […] Нормы идентичного содержания в договорном праве и в обычном международном праве также можно отличить друг от друга, ссылаясь на методы толкования и применения. Государство может принять норму, содержащуюся в договоре, не просто потому, что поддерживает применение самой нормы, но также и потому, что этот договор устанавливает желательные с точки зрения государства институты или механизмы для обеспечения выполнения нормы. Таким образом, если эта норма соответствует норме обычного международного права, две нормы с одинаковым содержанием подлежат различному обращению с точки зрения органов, правомочных контролировать их выполнение, в зависимости от того, являются они нормами обычного права или договорными нормами. Настоящий спор служит иллюстрацией к данному утверждению. […]

[…]

181. […] Отнюдь не уходя далеко от обычного международного права, еще остающегося без изменений, Устав отразил в этой области принципы, присутствующие в обычном международном праве, а это право в последующие четыре десятилетия под влиянием Устава получило такое развитие, что ряд содержащихся в Уставе норм приобрел независимый от него статус. […]

182. Суд заключает, что должен осуществлять полномочия, возложенные на него заявлением США о признании юрисдикции Суда согласно статье 36, пункт 2, Статута, чтобы вынести решение относительно претензий Никарагуа на основании обычного международного права […].

[…]

185. В настоящем споре Суд, хотя и осуществляя свою юрисдикцию лишь в отношении применения норм обычного права, касающихся неприменения силы и невмешательства, не может пренебречь тем

фактом, что стороны связаны этими нормами в рамках договорного и обычного международного права. Кроме того, в настоящем деле, помимо договорных обязательств, делающих рассматриваемые нормы обязательными для сторон, существуют также различные случаи открытого признания сторонами — другими способами — юридической силы этих норм в качестве части обычного международного права. Поэтому именно ввиду этого «субъективного элемента» — такое выражение Суд использовал в своем решении 1969 г. в «делах о континентальном шельфе Северного моря» (ICJ *Reports 1969*, p. 44), — Суд должен оценить соответствующую практику.

186. Нельзя ожидать идеального применения рассматриваемых норм в практике государств, в том смысле, что государства должны были совершенно последовательно воздерживаться от применения силы или от вмешательства во внутренние дела друг друга. Суд не считает, что для признания нормы нормой обычного права соответствующая практика должна абсолютно строго соответствовать норме. Чтобы сделать вывод о существовании норм обычного права, Суд считает достаточным, чтобы действия государств в целом соответствовали этим нормам, и чтобы те случаи, когда государства действуют не в соответствии с какой-либо нормой, обычно рассматривались как нарушения этой нормы, а не как признаки признания новой нормы. Если действия государства, на первый взгляд, не соответствуют признанной норме, но оно защищает свои действия, ссылаясь на исключения или оправдания, содержащиеся в самой норме, то, вне зависимости от того, оправданы ли на самом деле действия государства на этом основании, подобное отношение скорее подтверждает, чем ослабляет действие нормы.

[…]

207. […] Важность для Суда тех случаев, когда действия государства, на первый взгляд, не соответствуют принципу невмешательства, заключается в характере причины, приводимой в качестве оправдания. Ссылка государства на новое право или беспрецедентное исключение из принципа может, если с ней в основном согласятся другие государства, вести к изменению обычного международного права. Однако на самом деле Суд находит, что государства не оправдывают свои действия ссылкой на какое-либо новое право вмешательства или новое исключение из принципа, его запрещающего. […]

[…]

215. Суд отмечал выше (пункт 77, в конце), что Соединенные Штаты не сделали никакого предупреждения или уведомления о существовании мин, установленных в портах Никарагуа или вблизи от них. Однако даже во время войны, как предусматривает Конвенция от 18 октября 1907 г. о постановке подводных, автоматически взрывающихся от соприкосновения мин (Гаагская конвенция VIII), «должны быть приняты все возможные предосторожности для безопасности мирного мореплавания», и воюющие стороны обязаны

> «указать опасные районы, как только это дозволят военные требования, посредством предостережения мореплаванию, о каковом должно быть вместе с сим сообщено Правительствам дипломатическим путем» (статья 3).

Нейтральные державы, которые ставят мины вблизи своих берегов, должны делать такие же предварительные уведомления (статья 4). Выше уже объяснялось, что в мирное время установка одним государством мин во внутренних или территориальных водах другого государства является незаконным деянием; но, кроме того, если государство устанавливает мины в любых водах, на которые имеют право доступа или право прохода суда другого государства, и не делает никакого предупреждения или уведомления об этом, пренебрегая безопасностью мирного мореплавания, оно совершает нарушение принципов гуманитарного права, лежащих в основе конкретных положений Конвенции VIII 1907 г. Эти принципы были следующим образом выражены Судом в деле «О проливе Корфу»:

> «…определенные общие и признанные принципы, а именно элементарные соображения гуманности, даже более строгие в мирное время, чем во время войны» (ICJ *Reports 1949*, p. 22).

216. Это последнее соображение заставляет Суд рассмотреть международное гуманитарное право, применимое к данному спору. Безусловно, применение силы при некоторых обстоятельствах может поднять вопросы, касающиеся этого права. […]

[…]

218. […] Действия Соединенных Штатов можно оценивать с точки зрения основополагающих общих принципов гуманитарного права; Женевские конвенции в некоторых отношениях — развитие, а в некоторых — всего лишь выражение этих принципов. В этом отношении важно, что, по условиям Конвенций, денонсация одной из них

> «никак не будет влиять на обязательства, которые Стороны, находящиеся в конфликте, будут обязаны продолжать выполнять в

силу принципов международного права, поскольку они вытекают из обычаев, установившихся среди цивилизованных народов, из законов человечности и велений общественной совести» (Конвенция I, статья 63; Конвенция II, статья 62; Конвенция III, статья 142; Конвенция IV, статья 158).

Статья 3, общая, всех четырех Женевских конвенций от 12 августа 1949 г. определяет отдельные нормы, которые должны применяться во время вооруженных конфликтов немеждународного характера. Нет сомнений, что в случае международных вооруженных конфликтов эти нормы также являются необходимым минимумом в дополнение к более детально проработанным нормам, которые также применяются к международным конфликтам; и это те нормы, которые, по мнению Суда, отражают то, что Суд в 1949 г. назвал «элементарными соображениями гуманности» (дело «О проливе Корфу», «Рассмотрение по существу», ICJ *Reports 1949*, p. 22; пункт 215 выше). Поэтому Суд может считать их применимыми к данному спору, и, таким образом, от него не требуется решать, какую роль оговорка США о многосторонних договорах могла бы иначе сыграть в отношении обсуждаемых договоров.

[В своем особом мнении (ICJ *Reports 1986*, p. 183) судья Роберто Аго пишет по этому поводу: «6. [...] Я вынужден высказать серьезные замечания в отношении кажущейся легкости, с какой Суд, — при этом решительно отрицая, что все нормы обычного права идентичны по содержанию договорным нормам (пункт 175), — тем не менее сделал вывод в отношении некоторых ключевых вопросов о практически идентичном содержании обычного международного права и права, закрепленного в некоторых крупных многосторонних договорах, заключенных на всемирном или региональном уровне. [...] Кроме того, мне бы весьма не хотелось соглашаться с тем, что в широком смысле существует тождество между Женевскими конвенциями и некими «основополагающими общими принципами гуманитарного права», которые, по мнению Суда, существовали в обычном праве до этого: которым Конвенции «лишь дали выражение» (пункт 220) или развитием которых являются Конвенции (пункт 218). К счастью, указав, что истец не ссылается на четыре Женевские конвенции от 12 августа 1949 г., Суд проявил осторожность в отношении последствий применения этой идеи, которая является спорной сама по себе».]

219. Конфликт между силами «контрас» и силами правительства Никарагуа — это вооруженный конфликт, «не носящий международного характера». Следовательно, действия «контрас» по отношению к правительству Никарагуа регулируются правом, применяемым к конфликтам такого рода; тогда как действия Соединенных Штатов

в Никарагуа и против Никарагуа подпадают под юридические нормы, касающиеся международных конфликтов. Поскольку минимальные нормы, применяемые в международных и немеждународных конфликтах, одинаковы, нет необходимости отвечать на вопрос, должны ли эти действия рассматриваться с точки зрения норм, предусмотренных для той или иной категории конфликта. Соответствующие принципы следует искать в положениях статьи 3 каждой из четырех Конвенций от 12 августа 1949 г., в тексте которой — он одинаков во всех Конвенциях — четко говорится о конфликте, не носящем международного характера.

220. Суд считает, что правительство Соединенных Штатов обязано, согласно статье 1 Женевских конвенций, «соблюдать» Конвенции и даже «заставлять соблюдать» их «при любых обстоятельствах», поскольку это обязательство вытекает не только из самих Конвенций, но и из общих принципов гуманитарного права, которым Конвенции лишь дали конкретное выражение. Таким образом, Соединенные Штаты несут обязательство не поддерживать лиц или группы, которые участвуют в конфликте в Никарагуа, в действиях, нарушающих положения статьи 3, общей, четырех Женевских конвенций 1949 г., которая звучит следующим образом:

[Здесь приведен полный текст этой статьи.]

[…]

242. Поэтому Суд приходит к выводу, что поддержка, которую Соединенные Штаты оказывали до конца сентября 1984 г. военной и военизированной деятельности «контрас» в Никарагуа посредством финансирования, обучения, снабжения оружием и разведданных и материально-технической помощи, является явным нарушением принципа невмешательства. Однако Суд отметил, что с начала 1985 г. правительственного финансового года в США (то есть с 1 октября 1984 г.) Конгресс США ограничил использование средств, выделенных на помощь «контрас» в рамках «гуманитарной помощи» […]. Не может быть сомнений в том, что предоставление исключительно гуманитарной помощи лицам или силам в другой стране, каковы бы ни были их политическая принадлежность или цели, нельзя считать незаконным вмешательством или действием, каким-либо иным образом нарушающим международное право. Характерные черты такой помощи были приведены в первом и втором основополагающих принципах, заявленных XX Международной конференцией Красного Креста:

> «Международное движение Красного Креста, порожденное стремлением оказывать помощь всем раненым на поле боя без

> исключения или предпочтения, старается при любых обстоятельствах как на международном, так и на национальном уровне предотвращать или облегчать страдания человека. Движение призвано защищать жизнь и здоровье людей и обеспечивать уважение к человеческой личности. Оно способствует достижению взаимопонимания, дружбы, сотрудничества и прочного мира между народами.»

и

> «Движение не проводит никакой дискриминации по признаку национальности, расы, религии, класса или политических убеждений. Оно лишь стремится облегчать страдания людей, и в первую очередь тех, кто больше всего в этом нуждается».

243. Однако в законодательстве США, ограничившем поддержку «контрас» гуманитарной помощью, также было дано определение того, что понималось под такой помощью, а именно:

> «предоставление продовольствия, одежды, медикаментов и другая гуманитарная помощь, сюда не входит предоставление оружия, систем вооружения, боеприпасов или другого оснащения, транспортных средств или материалов, которые могут быть использованы для того, чтобы нанести тяжкие телесные повреждения или вызвать смерть» […].

Следует также отметить, что, хотя Конгресс США указал, что ЦРУ и министерство обороны не должны управлять какими-либо из утвержденных фондов, подразумевалось, что с «контрас» могли «делиться» разведывательной информацией. Поскольку у Суда нет данных о том, как на самом деле было истолковано решение Конгресса, или о том, не продолжается ли снабжение «контрас» информацией до сих пор, он ограничится заявлением относительно того, как применяется в этом отношении право. Важной чертой истинно гуманитарной помощи является то, что она представляется «без исключения или предпочтения». По мнению Суда, чтобы предоставление «гуманитарной помощи» не осуждалось как вмешательство во внутренние дела Никарагуа, она должна не только ограничиваться целями, принятыми в практике Красного Креста, а именно «предотвращать или облегчать страдания человека» и «защищать жизнь и здоровье людей и обеспечивать уважение к человеческой личности»; она также и прежде всего должна предоставляться без исключения или предпочтения всем нуждающимся в Никарагуа, а не только «контрас» и зависящим от них лицам.

[…]

254. Суд теперь переходит к вопросу о применении гуманитарного права к деятельности Соединенных Штатов, на которую подана жалоба в этом деле. Уже упоминалось (в пункте 215 выше) о нарушениях обычного международного права, когда не было сообщено о минировании никарагуанских портов — за это Суд признал США напрямую ответственными. Однако, за исключением того, что касается мин, Никарагуа не приписывает никаких нарушений гуманитарного права ни персоналу США, ни гражданам Латинской Америки, получающим плату от военного или разведывательного персонала США и действующим по их прямому указанию, в отличие от «контрас». Истец утверждает, что действия, совершенные «контрас», являются нарушениями «основополагающих норм по защите прав человека»; он не поднимает вопрос о праве, применяемом в случае такого конфликта, как тот, что имеет место между «контрас» и признанным правительством. В сущности, Никарагуа обвиняет «контрас» в нарушениях как права прав человека, так и гуманитарного права, и возлагает ответственность за эти деяния на Соединенные Штаты. Однако Суд признал (пункты 115, 216), что это утверждение Никарагуа не может быть поддержано; он также признал, что Соединенные Штаты несут ответственность за публикацию и распространение инструкции «Психологические операции в партизанской войне», о которой говорилось в пунктах 118–122 выше.

255. Суд также признал (пункты 219 и 220 выше), что общие принципы гуманитарного права включают в себя конкретное запрещение, принятое государствами и распространяющееся на действия, совершаемые в ситуации вооруженного конфликта, будь то международный или немеждународный конфликт. В силу этих общих принципов Соединенные Штаты обязаны воздерживаться от поддержки лиц или групп, которые участвуют в конфликте в Никарагуа, в действиях, нарушающих положения статьи 3, общей, четырех Женевских конвенций от 12 августа 1949 г. Речь здесь, конечно, не идет об определении обстоятельств, когда одно государство может считаться ответственным за действия, совершенные другим государством, которые, вероятно, не включают в себя возможность подстрекательства. Суд отмечает содержащуюся в инструкции по психологическим операциям рекомендацию «нейтрализовать» определенные «тщательно отобранные и запланированные цели», включая судей, офицеров полиции, чиновников служб государственной безопасности и т.п., собрав предварительно местных жителей, чтобы они «приняли участие в происходящем и сформулировали обвинения против угнетателей». По мнению Суда, это следует считать противоречащим положению статьи 3 Женевских конвенций, касающемуся некомбатантов, которое запрещает

«осуждение и применение наказания без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом, при наличии судебных гарантий, признанных необходимыми цивилизованными нациями»,

и, вероятно, также запрещению «посягательства на жизнь и физическую неприкосновенность, в частности всяких видов убийства».

256. Следует вспомнить обстоятельства, при которых была издана инструкция по психологическим операциям. Рассматривая вопрос о том, незаконна ли публикация такой инструкции, поощряющей совершение действий, противоречащих общим принципам гуманитарного права, важно понять, было ли это поощрение направлено на лиц при таких обстоятельствах, когда совершение подобных действий было вероятным или предсказуемым. Однако Суд признал, [...] что в соответствующий момент лица, ответственные за издание инструкции, знали, по крайней мере, об обвинениях в том, что поведение «контрас» в боевых условиях не соответствует гуманитарному праву; на самом деле ЦРУ даже утверждало, что целью инструкции было «смягчить» их поведение. Поэтому публикация и распространение инструкции, действительно содержавшей указанную выше рекомендацию, следует считать поощрением, которое вполне могло оказаться эффективным, совершения действий, противоречащих общим принципам международного гуманитарного права, отраженным в договорах. [...]

[...]

292. По этим причинам

СУД

[...]

(8) Четырнадцатью голосами против одного,

Решает, что Соединенные Штаты, не предупреждая о наличии и местонахождении установленных ими мин, упоминаемых в подпункте (6) настоящего решения, действовали в нарушение своих обязательств в рамках международного обычного права в этом отношении; [...]

(9) Четырнадцатью голосами против одного,

Считает, что Соединенные Штаты Америки, выпустив в 1983 г. инструкцию под названием «Психологические операции в партизанской войне» и распространяя ее в среде противников режима, способствовали совер-

шению ими действий, несовместимых с общими принципами гуманитарного права; однако не считает, что есть основания для выводов о том, что все эти действия, которые могли быть совершены, следует вменять в вину Соединенным Штатам Америки, считая их действиями Соединенных Штатов Америки; [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. *пп. 174—178, 181*: Остается ли в силе норма обычного международного права при определении действий между государствами — участниками многостороннего договора, кодифицирующего эту норму? Даже если эти две нормы идентичны? Почему? Может ли договорная норма повлиять на содержание нормы обычного права? А практика государств, связанных договором?

2. *пп. 185, 186, 207*: «Засчитывается» ли обязательство по договору как практика в целях обычного международного права? Может ли норма принадлежать к обычному международному праву, даже если действия государства часто не соответствуют этой предполагаемой норме? Каково значение для МГП вывода Суда по этим вопросам?

3. *пп. 219*: Как Суд квалифицирует конфликт в Никарагуа?

4. *пп. 80, 215, 254*: Являлась ли установка мин в портах Никарагуа или вблизи от них нарушением международного права? МГП? Какие действия представляют собой нарушения МГП? Было ли МГП вообще применимо? (См. статьи 3—4 Гаагской конвенции VIII.)

5. *пп. 218, 219*: Применима ли статья 3, общая, Конвенций к международному вооруженному конфликту? В качестве обычного права? Доказывает ли оговорка Мартенса, что статья 3, общая, Конвенций является частью обычного права? Что все МГП является обычным правом?

6. *п. 220*: Применима ли статья 1, общая, Конвенций в немеждународных вооруженных конфликтах? В качестве договорной нормы? В качестве нормы обычного права? Или и в том, и в другом качестве?

7. *пп. 115—122, 254—256, 292(9)*:

   a. Несут ли США ответственность за все действия «контрас»? За совершенные ими нарушения МГП? За некоторые из этих нарушений МГП? Почему? При каких обстоятельствах США были бы ответст-

венны за все действия «контрас»? Изменило бы это квалификацию конфликта, данную Судом?

b. Нарушают ли США МГП, распространяя инструкцию «Психологические операции в партизанской войне»? Вне зависимости от того, совершали ли «контрас» рекомендованные действия на самом деле? Какие нормы МГП здесь нарушены?

8. *пп. 242, 243*:

a. Может ли оказание гуманитарной помощи нарушить МГП? Нарушенные нормы принадлежат к МГП или к jus ad bellum?

b. Предписывает ли МГП условия для законной гуманитарной помощи? (См., например, статьи 23 и 59 Конвенции IV, статью 70 Протокола I и статью 18 Протокола II.) Являются ли основополагающие принципы Красного Креста частью МГП? Кому они адресованы? Должны ли государства соблюдать основополагающие принципы Красного Креста?

c. Какая часть гуманитарной помощи, оказываемой Соединенными Штатами «контрас», нарушала международное право? (См. статью 70 Протокола I и статью 18 Протокола II.)

d. Нарушает ли международное право государство, оказывающее исключительно гуманитарную помощь только одной стороне в международном вооруженном конфликте? Обязана ли противная сторона в конфликте пропускать такую помощь? (См. статью 70 Протокола I; см. также статьи 23 и 59 Конвенции IV.)

2. Точка зрения третьих стран

Прецедент № 131, Канада, «Рамирес против Канады»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) [1992] Federal Court of Appeal No. 109, примечания не приводятся; для облегчения понимания изменен порядок абзацев.]

Канадский федеральный суд — Апелляционный суд
судьи Стоун, Макгиган и Линден

1. Это обжалование [...] решения Отдела установления статуса беженцев по Конвенции Совета по иммиграции и делам беженцев от 14 марта 1990 г., в котором Отдел по делам беженцев определил, что истец не является беженцем в значении Конвенции.

35. [...] Изначально движимый желанием отомстить за убийство партизанами одной своей сестры и ее мужа и изнасилование второй [...] истец 1 февраля 1985 г. добровольно вступил в ряды армии Сальвадора сроком на два года и настолько эффективно выполнял обязанности солдата, что получил звание капрала, а затем — младшего сержанта. В течение этого периода он участвовал в 130–160 боевых ситуациях [...]. За два месяца до истечения его срока службы при нападении из засады он получил ранения в ступню, бедро и голову. Находясь на лечении, он подписался еще на два года службы, чтобы его пребывание в больнице и период выздоровления были оплачены и чтобы продолжать получать жалованье [...].

2. [...] Отдел по делам беженцев установил, что истец утверждает, будто имеет все основания опасаться преследования по причинам своих политических взглядов, однако, несмотря на это, лишил его защиты в силу раздела F статьи 1 Конвенции ООН о статусе беженцев (далее — Конвенция) [...].

[N. B.: Это положение звучит следующим образом: «Положения настоящей Конвенции не распространяются на всех тех лиц, в отношении которых имеются серьезные основания предполагать, что они: (a) совершили преступление против мира, военное преступление или преступление против человечности в определении, данном этим деяниям в международных актах, составленных в целях принятия мер в отношении подобных преступлений (текст Конвенции см. на сайте ООН: http://www.un.org/russian/documen/convents/refugees.htm.]

В рассматриваемом случае соответствующее преступление является либо военным преступлением, либо преступлением против человечности. Это явно не преступление против мира, и обычно оно было бы включено в категорию преступлений против человечности […]. Однако поскольку мы на основании изучаемых фактов имеем дело с преступлениями, совершенными в ходе либо гражданской войны, либо гражданского восстания, и ничто не указывает на то, что та или иная категория подходит лучше, я решил использовать термин «международные преступления» для описания обоих классов преступлений. […]

4. Для толкования Конвенции недостает авторитетных источников. Во вступительной части содержится неопределенное выражение «серьезные основания предполагать» […].

5. Слова «серьезные основания предполагать» также следует, я полагаю, использовать, как утверждает ответчик, для установления более низкого критерия доказанности, чем баланс возможностей. […]

7. Поэтому, хотя истец ссылался на нескольких международных специалистов, которые подчеркивают, что толкование исключающей оговорки должно быть ограничительным […] тем не менее кажется, что после зверств Второй мировой войны государства, подписавшие Конвенцию 1951 г., намеревались сохранить за собой широкие полномочия в отношении исключения из числа лиц, имеющих право на статус беженцев, лиц, совершивших международные преступления. […]

11. В рассматриваемом случае самый спорный юридический вопрос касается того, в какой степени соучастники […], как и основные исполнители, в международных преступлениях подлежат такому исключению, поскольку Отдел по делам беженцев решил, среди прочего, что истец виновен «в пособничестве в совершении и в подстрекательстве к совершению таких преступлений» […], и именно на этом решении, как станет очевидно, должна основываться позиция ответчика.

12. В положении Конвенции говорится о «международных актах, составленных в целях принятия мер в отношении подобных преступлений». Одним из таких актов является принятый в Лондоне Устав Международного военного трибунала, статья 6 которого, среди прочего, предусматривает […]:

> «Руководители, организаторы, подстрекатели и пособники, участвовавшие в составлении или в осуществлении общего плана или заговора, направленного к совершению любых из вышеупомянутых преступлений, несут ответственность за все действия,

совершенные любыми лицами в целях осуществления такого плана».

Я полагаю, что это доказательство является решающим для включения пособников в ту же категорию, что и основные исполнители, но оставляет открытым весьма серьезный вопрос о том, какая степень участия необходима для того, чтобы лицо считалось «пособником». [...]

15. [...] Исходя из того, что необходимо толкование mens rea, я нахожу, что критерий «некоторых личных действий, включающих в себя преследование», понимаемый как предполагающий субъективную сторону преступления или знание, является полезной формулировкой в данном контексте. Безусловно, международные преступления не совершаются без личного и сознательного участия.

16. Итак, какова должна быть степень соучастия, чтобы считаться пособником или подстрекателем? Первый вывод, к которому я прихожу, состоит в том, что простого членства в организации, которая время от времени совершает международные преступления, обычно недостаточно для исключения человека из числа лиц, имеющих право на статус беженцев. На самом деле, это соответствует намерению государств, подписавших Конвенцию, как становится очевидно из уже упоминавшегося послевоенного Устава Международного военного трибунала. [...]

Однако кажется очевидным, что в тех случаях, когда организация преимущественно предназначена для ограниченных целей, связанных с насилием, таких как тайная полицейская деятельность, одно членство в ней может быть неизбежно сопряжено с личным и сознательным участием в преследовании людей.

17. Подобным же образом простого присутствия на месте преступления недостаточно для того, чтобы оно квалифицировалось как личное и сознательное участие [...], хотя опять же присутствие в сочетании с дополнительными фактами вполне может привести к выводу о подобном участии. На мой взгляд, простое наблюдение, как это случается при публичных казнях, когда наблюдатели — лишь очевидцы, не имеющие существенной связи с группой преследователей, никогда не может равняться личному участию, как бы отвратительно оно ни было с человеческой точки зрения. Однако лицо, являющееся сообщником основных исполнителей преступления, на мой взгляд, никогда не может считаться простым наблюдателем. Члены группы преследователей справедливо могут считаться принимающими личное и сознательное участие, в зависимости от фактов.

18. По сути дела, соучастие в таких случаях базируется, я полагаю, на существовании общей совместной цели и на осведомленности о ней всех соответствующих сторон. Такой принцип отражает внутригосударственное законодательство [...] и является, я полагаю, наилучшим толкованием международного права. [...]

20. На мой взгляд, [в прецеденте, упомянутом судом] было принято правильное решение на основании обстоятельств дела, однако оно в значительной степени основывалось на определении участников преступления, содержащемся в разделе 21 Канадского уголовного кодекса [статья 21 Канадского уголовного кодекса предусматривает: «(1) Участником преступления является любое лицо, которое (a) в действительности совершает его; (b) делает и не делает что-либо в целях пособничества какому-либо лицу в его совершении; (c) подстрекает какое-либо лицо к его совершению. (2) Когда двое или более лиц формируют общее намерение достичь незаконной цели и помочь в этом друг другу, и кто-либо из них, при достижении этой незаконной цели, совершает преступление, каждый из тех, кто знал или должен был знать, что совершение этого преступления станет возможным следствием достижения общей цели, является участником этого преступления».] Такого подхода недостаточно в рассматриваемом деле, в котором в толковании нуждается международный документ по существу неуголовного характера. [...]

21. [...] На самом деле, на мой взгляд, те, кто наблюдает, не несут ответственности, если о них самих нельзя сказать, что они являются сознательными участниками.

22. Следует проявлять особую осторожность, чтобы не осуждать автоматически любого, кто участвует в конфликте в условиях войны. Вероятно, большинство комбатантов в большинстве войн в человеческой истории наблюдали совершаемые их стороной действия, которые в обычной жизни они сочли бы предосудительными, но которые они были бессильны прекратить, по крайней мере, не подвергая серьезному риску самих себя. Пусть право и предписывает сделать выбор тем, кто получает приказ собственно совершить международные преступления, оно не требует, чтобы присутствующие при преступлении немедленно вмешались, рискуя собой, чтобы положить ему конец. На уровне героизма право обычно не работает.

23. На мой взгляд, при установлении общего принципа нежелательно выходить за рамки критерия личного и сознательного участия в актах преследования. Решение об остальном следует принимать в соответствии с конкретными обстоятельствами. [...]

24. […] Эта оговорка относительно того, можно ли ему доверять, когда речь идет о пытках и убийствах гражданских лиц, далее объясняется [Отделом по делам беженцев] следующим образом […]:

> «По его собственному признанию истец участвовал в том, что комиссия назвала бы зверствами по отношению к гражданскому населению. Факты совершения таких зверств военными по отношению к некомбатантам широко задокументированы, что показывают вещественные доказательства в данном деле. […]»

25. […] В своих показаниях истец описывал свое личное участие в боевых действиях. В первом случае истец показал следующее:

«Вопрос: Итак, расскажите нам о своей службе.

Ответ: Когда я попал туда, из меня начали готовить солдата. Вначале мне это нравилось. Все это меня привлекало. Я как бы взрослел, становился мужчиной, и еще я знал, что армии нужны молодые люди, […] потому что иначе им не хватит солдат, у них не будет солдат, и кто тогда будет сражаться за родину (sic).

Потом я стал тренироваться все больше и больше и продвигаться по службе. Вот как я служил почти два года. Я сражался, я делал множество вещей, которые могут показаться людям плохими. Мне приходилось убивать, время шло, однако и все это продолжалось.

Вопрос: Вы говорите об обычных боевых действиях?

Ответ: Да, я говорю об обычных боевых действиях. Я также говорю о том, как людей разоружали, пытали и убивали. […]»

26. Ключевой фразой в этом отрывке, которая заставила Отдел по делам беженцев не доверять его последующим утверждениям, будто он не являлся непосредственным исполнителем в случаях пыток, была, конечно, эта: «Я делал множество вещей, которые могут показаться людям плохими».

27. Получив более качественный перевод с испанского, мы теперь знаем, что на самом деле истец в этом отрывке сказал не «Я делал», а «Я видел». […]

30. Поэтому первый вывод Отдела по делам беженцев, касающийся участия истца в качестве непосредственного исполнителя, не может быть поддержан, поскольку нет подкрепляющих его доказательств.

31. Следовательно, необходимо перейти ко второму выводу, касающемуся его участия в качестве соучастника [...].

32. Из этого отрывка неясно, какой правовой критерий применил Отдел по делам беженцев, чтобы определить, являлся ли истец соучастником преступлений. Отдел прибегает к употребляемому в общем праве выражению «пособничество и подстрекательство», которое является юридическим термином в данной традиции, и поэтому он сам по себе недостаточен для толкования международной Конвенции. Однако это выражение настолько общее, а применяемый критерий настолько неясный, что, я полагаю, надо сказать, что Отдел по делам беженцев допустил ошибку в разбирательстве, его решение должно быть отменено, а дело должно быть передано ему для пересмотра, если только, на основании правильного подхода, какой-либо надлежащим образом проинформированный суд не мог прийти к иному решению [...].

33. Отдел по делам беженцев основывал свое решение на том факте, что истец «присутствовал и служил в качестве охранника». Он также мог сделать вывод, на основании имевшихся доказательств, что действия истца, когда тот сгонял в одно место предполагаемых партизан, составляют личное участие в последовавшем совершении преступлений против них, однако Отдел по делам беженцев, должно быть, принял его объяснение, что в двух случаях, в отношении которых истец признался в таких действиях, которые привели к дурному обращению с заключенными, он думал, что собранных заключенных должны были передать Красному Кресту [...].

34. В отношении того, что истец служил в качестве охранника, я не вижу возможности сказать, что любой надлежащим образом проинформированный суд должен был прийти к выводу о личном участии. Истец показал: [...]

> «Мы просто стояли на страже, мы несли караул в этой зоне или были просто свидетелями происходящего, но мы никогда не убивали сами».

Слова «в этой зоне» могут просто означать «стражу» или «караул» в обычном военном смысле, то есть охрану лагеря — без конкретной ссылки на то, что происходило с пленными. Отдел по делам беженцев истолковал это в смысле охраны пленных или защиты преступников. Учитывая двусмысленность формулировки, я не могу считать это единственно верным толкованием для надлежащим образом проинформированного суда.

35. Следовательно, остается присутствие истца, — в котором он признался, — при многих случаях пыток и убийств, совершенных други-

ми солдатами по приказу их общих командиров. Говоря о пережитом им в общем, истец показал […]:

> «Да, я говорю об обычных боевых действиях. Я также говорю о том, как людей разоружали, пытали, а потом убивали». […]

36. В тот момент он уверял, что его мучает совесть из-за тех ситуаций, частью которых он был […].

37. […] Я нахожу, что эта и другие цитаты из показаний истца, а также документальные доказательства показывают, что пытки и убийства пленных стали в Сальвадоре военным образом жизни. Истцу делает честь тот факт, что его из-за этого сильно мучила совесть — настолько, что во время своего второго срока службы, трижды безуспешно подав прошение об увольнении […], он в конце концов дезертировал в ноябре 1987 г. […] — в значительной степени, по крайней мере, из-за угрызений совести. Однако я также должен высказать свое мнение по поводу того факта, что он в течение столь длительного времени продолжал участвовать в военных операциях, которые приводили к подобным результатам, — это не делает истцу чести. Он был действующей частью вооруженных сил, совершавших подобные зверства, он полностью сознавал, что происходит, и он не мог перестать быть частью всего этого, просто сделав так, чтобы сам он никогда не причинял боли или не спускал курок.

38. Применяя критерий «имеются серьезные основания предполагать, что они […] совершили преступление против мира, военное преступление или преступление против человечности», я не могу считать случай истца даже пограничным. Он знал об огромном числе допросов, проводившихся военными, возможно, даже дважды в неделю (после примерно 130–160 боевых столкновений), в течение 20 месяцев его активной службы. Его никак нельзя считать простым наблюдателем, во всех этих случаях он был участвующим и сознательным членом вооруженных сил, одной из общих целей которых были пытки пленных, направленные на получение информации. Таковы были некоторые из действий его армии, регулярные и неоднократные, как он сам признал. Он был частью ее деятельности, даже если он лично никогда подобные действия не приветствовал. Другими словами, его присутствие в ряде случаев преследования людей в сочетании с его осведомленностью об общей цели вооруженных сил явно является соучастием. Нам нет нужды определять для целей данного дела момент, когда может быть установлен факт соучастия, поскольку данный случай, по моему мнению, ни в коей мере не является пограничным. Истец не был невинным очевидцем: он был, пусть и без особого желания, неотъемлемой частью военной машины, которая породила эти ужасные случаи преднамеренной жестокости.

39. Привлечение истца к уголовной ответственности за его действия потребовало бы, конечно, совершенно иного уровня доказательства, однако на основании не достигающего уровня гражданского права установленного народами мира стандарта и согласно канадскому законодательству о принятии беженцев, в котором не стоит вопрос о международных преступлениях, я не сомневаюсь, что надлежащим образом проинформированный суд не смог бы не прийти к выводу, что истец лично и сознательно участвовал в актах преследования.

40. Истец не приводил в свою защиту ссылку на совершение действий по приказу командира, а его доводов относительно принуждения и раскаяния недостаточно для его оправдания. […]

    Я мог бы счесть, что принуждения, которому подвергался истец, могло быть достаточно, чтобы оправдать участие в менее серьезных преступлениях, однако мне пришлось бы сделать вывод, что опасность, которой он подвергся бы из-за несогласия или неучастия в какой-либо форме, была явно меньшей, чем вред, на самом деле причинявшийся жертвам. Сам истец показал следующее в отношении наказания за дезертирство […]:

    «Ответ: Ну, наказание начинается с очень-очень трудных тренировочных упражнений, а потом тебя бросают в тюрьму на пять–десять лет».

    Это действительно достаточно суровое наказание, но гораздо меньшее, чем пытки и смерть, которые грозили жертвам вооруженных сил, к которым он принадлежал.

41. Что касается раскаяния, которое он, без сомнения, искренне ощущает, оно не может отменить его постоянное, свидетельствующее об участии, присутствие при преступлениях.

42. Поэтому апелляцию следует отклонить.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Должен ли Суд был определить тип конфликта, происходившего в Сальвадоре? Какое воздействие оказало бы это определение на вынесенное решение? Прав ли был Суд, не уточняя юридическую классификацию «рассматриваемого преступления»?

   b. Как бы вы охарактеризовали ситуацию в Сальвадоре? (См. статью 3(1), общую, Конвенций; статью 1(1) Протокола II.)

c. Являются ли действия, в которых обвиняют истца, преступлениями против человечности, военными преступлениями или и тем и другим? Различие между двумя этими категориями преступлений заключается в классификации конфликта? Может ли быть совершено военное преступление во время немеждународного вооруженного конфликта? (См. статью 3(1), общую, Конвенций и статьи 50/51/130/147 соответственно четырех Конвенций; статью 4(2) Протокола II и статьи 7 и 8 Статута МУС; **Прецедент № 15**.)

2. Вооруженные силы Сальвадора нарушали международное гуманитарное право (МГП)? (См. статью 3(1), общую, Конвенций и статью 4(2)(a) Протокола II.)

3. Есть ли серьезные основания считать, что истец совершил международные преступления? Просто потому, что он принадлежал к вооруженным силам Сальвадора? Потому, что он брал в плен лиц, которых потом пытали? Что он должен был сделать, чтобы избавить себя от уголовной ответственности? (См. статью 25(3)(d) Статута МУС.)

4. a. Для того чтобы истца признали несущим уголовную ответственность за пытки и казни, на обвинителе должно было бы лежать тяжелое бремя доказывания тех же самых фактов, или было бы необходимо представить доказательства его участия в преступлениях в роли исполнителя? По мнению Суда? По вашему мнению?

b. По каким причинам истец являлся соучастником преступлений, в которых обвинялись вооруженные силы Сальвадора? Достаточно ли того факта, что он знал о них и все же оставался в рядах этих сил, чтобы признать его соучастником? (См. статьи 8(2)(c)(i) и 25(3)(d) Статута МУС.)

c. Как могла простая принадлежность к вооруженным силам привести к уголовной ответственности за действия, совершенные этими силами? Солдат, совершающий враждебные действия, не являющиеся нарушениями МГП, но знающий, что его товарищи нарушают МГП, несет уголовную ответственность за действия последних?

d. Уместно ли применять такое положение, как статья 21(2) Уголовного кодекса Канады, к личному составу вооруженных сил страны?

5. Согласны ли вы со следующим заявлением Суда: «Международные преступления не совершаются без личного и сознательного участия»? (См. статью 86(2) Протокола II и статью 28 Статута МУС.)

6. На какие основания для исключения уголовной ответственности ссылался истец? Почему он этим ничего не добился? (См. статью 31(1)(d) Статута МУС.)

7. Должна ли была Канада преследовать истца в судебном порядке вместо того, чтобы отказывать ему в статусе беженца? Какие причины могли бы оправдать тот факт, что его не преследовали в судебном порядке, но тем не менее отказали в статусе беженца? (См. статьи 49/50/129/146 соответственно четырех Конвенций.)

8. a. Имеет ли Канада право отказать истцу в статусе беженца на том основании, что он, возможно, совершил военные преступления или преступления против человечности? Даже если в Сальвадоре ему угрожает преследование?

   b. Поскольку истец совершил военные преступления или преступления против человечности, могут ли его отослать назад в Сальвадор, даже если там ему угрожает преследование?

Прецедент № 132, Швейцария, Квалификация конфликта в Сальвадоре

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *Annuaire Suisse de Droit International*, 1987, pp. 185–187.]

Право вооруженных конфликтов: Условия, регулирующие применение Дополнительного Протокола II к Женевским конвенциям 1949 г. (дело государства Сальвадор)

Ниже мы воспроизводим ноту, составленную Управлением публичного международного права и относящуюся к применимости к Сальвадору Дополнительного Протокола II к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. о защите жертв войны, касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера, от 8 июня 1977 г.

[Перевод:]

1. Четыре Женевские конвенции 1949 г. Сальвадор ратифицировал 17 июня 1953 г. Он также ратифицировал два Дополнительных протокола к ним 23 ноября 1978 г.

2. На вопрос, применяется ли Дополнительный Протокол II, касающийся защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов, к конфликту между регулярной армией Сальвадора и Фронтом национального освобождения имени Фарабундо Марти (ФНОФМ), следует ответить утвердительно. Такой ответ основывается на следующих фактах:

   a) Статья 1 Дополнительного Протокола II определяет сферу действия Протокола следующим образом:

      1. Настоящий Протокол... применяется ко всем вооруженным конфликтам... происходящим на территории какой-либо Высокой Договаривающейся Стороны между ее вооруженными силами и антиправительственными вооруженными силами или другими организованными вооруженными группами, которые, находясь под ответственным командованием, осуществляют такой контроль над частью ее территории, который позволяет им осуществлять непрерывные и согласованные военные действия и применять настоящий Протокол.

      2. Настоящий Протокол не применяется к случаям нарушения внутреннего порядка и возникновения обстановки внутренней напряженности, таким как беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия и иные акты аналогичного характера, поскольку таковые не являются вооруженными конфликтами.

Таким образом, материальная сфера применения Протокола определяется путем использования исключительно объективных критериев. Как и в случае с Женевскими конвенциями, в отношении как международных вооруженных конфликтов, так и немеждународных вооруженных конфликтов, таких как упомянутые в статье 3, общей, четырех Конвенций, в тех случаях, когда выполнены установленные объективные условия, применение Протокола начинается автоматически — сторонам в конфликте не нужно оценивать ситуацию, поскольку она происходит на территории государства, в котором они находятся в конфликте. Среди этих объективных условий, в частности, фигурирует определенный критерий эффективности, применяемый к повстанцам, — критерий, который будет рассмотрен ниже.

Прежде всего партизанское движение в Сальвадоре имеет военное крыло, в которое входят, в основном следующие группировки: Народно-

освободительный фронт Фарабундо Марти, Народные революционные силы, Вооруженные силы национального сопротивления и Центральноамериканская революционная рабочая партия. Они объединились в группу, известную как Фронт национального освобождения имени Фарабундо Марти (ФНОФМ). Оно также имеет политическое крыло (Демократический революционный фронт, ДРФ). […] Действия различных групп координируются органами военно-политического управления, которые обеспечивают сотрудничество между ними. Однако невозможно говорить о согласованном проведении операций в смысле совместной подготовки и осуществления военных действий. Тем не менее необязательно достигать такого продвинутого уровня интеграции с точки зрения организации. Выражение «контроль над частью территории» нелегко применять. Вообще следует отметить, что хватка партизанского движения Сальвадора ослабла за последние годы, во-первых, потому, что сальвадорская армия смогла добиться большей подвижности и эффективности […], а во-вторых, в связи с политическими изменениями. В настоящее время ФНОФМ осуществляет над населенными сельскими районами […] такую степень контроля, которая позволяет ему успешно противостоять операциям, проводимым правительственными силами. С другой стороны, число его собственных операций, проводившихся силами, равными роте, за пределами этих районов, как это было еще несколько лет назад, сократилось из-за более эффективных действий правительственных сил. Кроме того, в некоторых районах ФНОФМ осуществляет определенный гражданский контроль, сравнимый с контролем правительственной администрации (полиция, школы, сбор налогов). В заключение можно сказать, что, хотя ФНОФМ ослаблен, он продолжает контролировать, более или менее постоянно, чуть менее четверти территории страны, и этот контроль не позволяет сальвадорской армии вступать на данную территорию, не опасаясь подвергнуться нападению. С военной точки зрения сейчас можно говорить о равновесии.

Кроме того, статья 1 Протокола II требует, чтобы повстанцы имели возможность применять данный Протокол. Следовательно, необходимо установить, с учетом сложившейся ситуации, могут ли оппозиционные силы применять этот документ. Вопрос о том, насколько эффективно они могут это делать, большого значения не имеет. В свете описанных выше обстоятельств и с учетом конкретных характеристик войны, которая ведется посредством партизанских действий, на этот вопрос следует также дать утвердительный ответ, поскольку партизанское движение осуществляет такой контроль над отдельными частями территории, который позволяет ему заботиться о раненых и больных, гуманно обращаться с пленными, а также выполнять другие положения, содержащиеся в статье 4 Протокола (такие как запрещение пыток, коллективных наказаний, взятия заложников, актов терроризма против третьих сторон и изнасилований). Наконец, сторонами в этом немеждународном вооруженном конфликте являются, с одной стороны, вооруженные силы Сальвадора, а с

другой — организованные вооруженные силы, которые никогда не принадлежали к армии.

Из этого следует, что в настоящий момент условия, установленные в статье 1, объективно выполняются. Таким образом, ФНОФМ удовлетворяет упомянутому выше критерию эффективности, в результате чего Дополнительный Протокол II является применимым. Такой вывод подтверждается следующими фактами:

b) Генеральная Ассамблея, Экономический и социальный совет и Комиссия ООН по правам человека несколько раз выражали озабоченность в связи с ситуацией в Сальвадоре и особо призывали к соблюдению Женевских конвенций и двух Дополнительных протоколов [...].

c) В 1978 г. Сальвадор был одной из первых стран, ратифицировавших Дополнительные протоколы, в то время, как на его территории уже происходил вооруженный конфликт. Это показывает, что правительство Сальвадора, со своей стороны, предусматривало применение Протокола II к этому конфликту.

d) Известно, что в 1984 г. имели место две встречи между правительством и ФНОФМ в присутствии представителей других государств (в том числе Швейцарии), которые должны были гарантировать безопасность в ходе этих встреч. Участие представителей третьих стран является еще одним доводом в поддержку применимости статьи 1 к этому конфликту.

e) Наконец, следует упомянуть о деятельности Международного Комитета Красного Креста (МККК). В отличие от ситуации в других государствах Центральной Америки, МККК предоставлен широкий доступ к обеим сторонам и он имеет возможность работать почти беспрепятственно.

Нота Управления публичного международного права Федерального департамента иностранных дел от 20 января 1986 г.

Неопубликованный документ

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Квалифицировали бы вы ситуацию в Сальвадоре как подпадающую под действие Протокола II?

2. a. Каким критериям должен удовлетворять конфликт, чтобы его можно было квалифицировать как *немеждународный*? Какие дополнительные критерии должны удовлетворяться, чтобы немеждународный вооруженный конфликт подпадал под действие Протокола II?

   b. Какие объективные критерии перечислены в статье 1 Протокола II и применимы ли они к ситуации в Сальвадоре?

   c. Правильно ли указано в ноте, что для применения Протокола II достаточно, чтобы повстанцы могли применять его, но нет необходимости, чтобы они на самом деле его соблюдали?

3. Согласны ли вы со сделанным выше выводом, что ситуация удовлетворяет этим объективным критериям?

4. Согласны ли вы с тем, что ратификация Протокола II Сальвадором в 1978 г., участие представителей иных государств на встречах между сторонами и предоставленная МККК возможность свободно работать в Сальвадоре означают, что Протокол II применим здесь? Какие опасности таятся в том, чтобы опираться на подобные признаки?

5. Вмешивается ли Швейцария во внутренние дела Сальвадора, квалифицируя конфликт в этой стране? Имеет ли Швейцария в этом законный интерес?

XVIII. Гренада

Прецедент № 133, Межамериканская комиссия по правам человека, «Коард против США»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: IACHR, *Coard et al. v. United States*, Report No. 109/99 Case 10.951 September 29, 1999, *Annual Report 1999*; см. http://www.cidh.org. Примечания приводятся частично.]

I. КРАТКОЕ ИЗЛОЖЕНИЕ

A. Исковое заявление

1. Иск от лица 17 истцов был подан в Комиссию 25 июля 1991 г. и был рассмотрен в соответствии с ее Регламентом. В общем истцы утверждали, что военные действия, которые вели вооруженные силы Соединенных Штатов Америки (далее — «США» или «государство») в Гренаде в октябре 1983 г., нарушили ряд международных норм, регулирующих применение силы государствами. В отношении конкретно своей ситуации они утверждали, что были задержаны силами США в первые дни военной операции, много дней содержались в заключении без всякой связи с внешним миром и подвергались дурному обращению. Они утверждали, что США подорвали судебную систему Гренады, повлияв на выбор персонала суда перед процессом над ними, финансируя судебную власть во время процесса и передав показания и документальные свидетельства властям Гренады, тем самым лишив истцов права на справедливое судебное разбирательство в независимом и беспристрастном суде, заранее созванном по закону. Истцы утверждали, что США нарушили свои обязательства по Американской декларации прав и обязанностей человека, а именно статью I, право на жизнь, свободу и личную безопасность; статью II, право на равенство перед законом; статью XXV, право на защиту от произвольного ареста; статью XVII, право на признание правосубъектности и гражданских прав; статью XVIII, право на справедливый суд; и статью XXVI, право на надлежащее разбирательство.

B. Предыстория

2. Премьер-министр Гренады Морис Бишоп и ряд его коллег были убиты 19 октября 1983 г. в результате борьбы за власть внутри движения

«Нью-Джуэл», являвшегося правящей политической партией с 1979 г. После насильственного свержения правительства Бишопа конкурирующая фракция создала Революционный военный совет. 25 октября 1983 г. вооруженные силы США и стран Карибского бассейна вторглись в Гренаду, сместив революционное правительство.

3. В первые дни военной операции силы США арестовали и взяли под стражу ряд лиц, включая 17 истцов [...].

[...]

C. Обзор судебного разбирательства

5. Государство оспаривало приемлемость дела для Комиссии, утверждая, что заявления истцов относительно обстоятельств дела ошибочны и (или) необоснованы, что оно не является надлежащим ответчиком в этом деле и что Комиссия неправомочна рассматривать правовую обоснованность его военных действий в Гренаде, поскольку это выходит за рамки ее мандата, особенно когда речь идет о государстве, не являющемся участником Американской конвенции.

6. Комиссия 7 февраля 1994 г. приняла доклад о приемлемости 14/94, признав заявления об аресте истцов и содержании их под стражей приемлемыми, а другие заявления неприемлемыми. [...]

[...]

III. ПОЗИЦИИ СТОРОН

A. Позиция истцов

17. В своем первоначальном иске истцы утверждали, что силы США арестовали их в течение того периода, когда они устанавливали контроль над Гренадой; что их много дней содержали под стражей без связи с внешним миром; и что прошли месяцы, прежде чем их отвели к судье или позволили посоветоваться с адвокатом. «В течение этого времени истцов запугивали, допрашивали, избивали, лишали сна и пищи и постоянно подвергали нападкам».

18. Истцы утверждали, что их местонахождение держалось в тайне, и что просьбы адвокатов и иных лиц о встрече с ними отклонялись. Они утверждали, что спустя более недели после вторжения командующий вооруженными силами США в Гренаде адмирал Джозеф Меткаф отказался предоставить группе конгрессменов США данные о местонахождении истцов Хадсона Остина и Бернарда Коарда, в то время

как на самом деле они оба содержались под стражей на борту судна под его командованием.

19. Истцы утверждали, что силы США подвергали их запугиванию и физическому насилию. В дополнительном иске от 4 августа 1991 г. указывалось, что истец Леон Корнуолл свидетельствовал в ходе процесса перед Верховным судом Гренады, что должностные лица США пытались получить у него показания, используя угрозы и физическое принуждение. [...] Истцы утверждали, что даже после того, как их передали в распоряжение гренадских властей и Карибских сил по поддержанию мира (далее — «КСПМ») в тюрьму Ричмонд-Хилл 5 ноября 1983 г. или примерно в это время, силы США продолжали влиять на их содержание под стражей, допросы и дурное обращение с ними.

20. В иске утверждалось, что США не имели юридического оправдания для действий, предпринятых против истцов, и, следовательно, виновны в нарушениях их «прав человека на свободу, свободу от произвольного ареста, уведомление о предъявляемых обвинениях, физическую и духовную неприкосновенность, свободу от жестокого, бесчеловечного и унижающего достоинство обращения и наказание только после осуждения» в нарушение статей I, II, XVII, XVIII, XXV и XXVI Американской декларации.

B. Позиция государства

21. В своем первоначальном ответе государство указало, что «вооруженные силы США обращались со всеми гражданами Гренады или других стран, которые либо временно содержались под стражей, либо были арестованы по причинам безопасности или на других законных основаниях», полностью в соответствии с «применимыми международными нормами, касающимися права вооруженных конфликтов, включая нормы, регулирующие обращение с гражданскими лицами, содержащимися под стражей, и военнопленными». Ввиду того, что оно считало дело неприемлемым, оно отказалось в тот момент рассматривать международно-правовую обоснованность исков, касающихся военных действий США в Гренаде.

22. После принятия Комиссией доклада 14/94 государство предоставило информацию относительно ареста истцов и содержания их под стражей. Оно полностью признало тот факт, что «в ходе начального этапа военной операции США в Гренаде истцы и другие граждане Гренады были арестованы, несколько дней содержались под стражей вооруженными силами США и подвергались допросам, пока США подавляли вооруженное сопротивление, которое встретила их военная операция». Приводя записи того времени, государство ут-

верждало, что все истцы содержались под стражей под надзором США менее трех недель. Государство утверждало, что период содержания истцов под стражей «совпадал с «этапом ведения военных действий» операции (то есть с периодом с 25 октября по 2 ноября), когда военнослужащие США преодолевали вооруженное сопротивление неприятельских сил». Хотя истцы не были военнопленными, они «содержались под стражей и пользовались такой же защитой, как предоставляемая военнопленным», и, «следовательно, получали самую эффективную защиту, какая предусмотрена законами вооруженного конфликта». […]

[…]

24. США сообщили, что к 5 ноября 1983 г. все истцы были переданы США в распоряжение КСПМ и гренадских властей. Государство указывало, что «ввиду их относительно краткого содержания под стражей вооруженными силами США примерно с 25 октября по, самое позднее, 5 ноября, утверждение истцов, что США подвергали их длительному содержанию под стражей, явно преувеличено и неубедительно». […]

[…]

26. Государство отрицало обвинения в том, что в то время, пока его силы содержали истцов под стражей, их «запугивали, допрашивали, избивали, лишали сна и пищи и постоянно подвергали нападкам». […] Приводя другой документ, государство сообщило, что «персонал подвергался допросам с целью получения информации относительно боевых действий, необходимой для эффективного проведения продолжавшихся военных операций и для безопасности персонала войск США». Государство указывало, что допрос «военнопленных в целях ведения боевых действий или безопасности во время военных действий является правом, четко признанным и предусмотренным статьей 17» Женевской конвенции об обращении с военнопленными.

27. США показали, что обращение с истцами полностью соответствовало стандартам Американской декларации и применимому международному гуманитарному праву. […]

IV. РАБОТА С ДОКЛАДОМ 13/95, ПОДГОТОВЛЕННЫМ В СООТВЕТСТВИИ СО СТАТЬЕЙ [43] РЕГЛАМЕНТА КОМИССИИ

28. Комиссия приняла 21 сентября 1995 г. доклад 13/95 в соответствии со статьей 53 [sic, читать: 43] своего Регламента, изложив государству свой анализ материалов дела, выводы и рекомендации, призванные исправить нарушения статей I, XVII и XXV Американской деклара-

ции, связанные с лишением истцов свободы силами США. Комиссия признала, что содержание истцов под стражей осуществлялось в условиях, которые не обеспечивали полного соблюдения минимальных гарантий, которых требует Американская декларация. Что важнее всего, Комиссия признала, что истцы не имели доступа к какой-либо форме проверки законности их содержания под стражей силами США. […]

Комиссия рекомендовала, чтобы государство провело дальнейшее расследование с целью определить лиц, несущих ответственность за нарушения, и приняло необходимые меры для исправления их последствий. […]

29. Посредством ноты, датированной 27 декабря 1995 г., США представили ответ на доклад 13/95, в котором просили Комиссию пересмотреть и аннулировать этот доклад в соответствии с процедурой […], предусматривающей, что в тех случаях, когда какая-либо из сторон «ссылается на новые факты или юридические аргументы» в пределах срока, установленного в докладе, Комиссия на своей следующей сессии решает сохранить свое решение в силе или изменить его. Эта процедура может быть использована лишь один раз.

30. […] Комиссия решила рассмотреть представленную информацию на одной из своих следующих сессий. Комиссия определила, что государство подняло два вопроса, требующих дополнительного разъяснения. Первый вопрос касался правового статуса истцов. В заявлении от 27 декабря 1995 г. государство указало, что «содержание истцов под стражей и соответствующее обращение с ними было оправдано согласно Третьей Женевской конвенции 1949 г. об обращении с военнопленными… в рамках содействия достижению законных военных целей». В то же время государство утверждало, что «истцов также можно было считать содержащимися под стражей гражданскими лицами, содержание под стражей которых и обращение с которыми полностью соответствовало регулирующим их нормам Четвертой Женевской конвенции [о защите гражданского населения во время войны]. В своем ответе от 19 октября 1994 г. государство указало, что истцам была предоставлена такая же защита, какая предоставляется военнопленным, «пусть даже сами они не являлись военнопленными». Второй вопрос касался заявления о том, что истцов содержали без всякой связи с внешним миром; при этом государство впервые сообщило в своем заявлении от 27 декабря 1995 г., что истцы пользовались правом связываться с Международным Комитетом Красного Креста.

31. Поскольку определения гражданских лиц и военнопленных являются взаимоисключающими и влекут за собой юридические последствия,

Комиссия признала необходимым потребовать, чтобы государство разъяснило свою позицию по данному вопросу. […] Комиссия просила государство предоставить информацию относительно того, кому из истцов был предоставлен статус военнопленных, а кто считался гражданским лицом, а также обосновать это разделение на категории. Комиссия также потребовала информацию о том, присутствовали ли представители МККК (и если да, то когда именно) в тех местах, где содержали истцов. […]

32. В ответе государства […] указывалось, что истцы «являлись содержащимися под стражей гражданскими лицами, задержанными на короткий срок по причинам военной необходимости», и «с ними де-факто обращались в соответствии с самыми высокими стандартами защиты, предусмотренными правом». Относительно представителей МККК сообщалось, что во время военной операции США передали этой организации список лиц, содержавшихся под стражей и что представители МККК «имели обычные права доступа к лицам, содержавшимся под стражей». Правительство указало, что не смогло обнаружить какие-либо отчеты о посещениях МККК, хотя в телефонном разговоре прозвучало подтверждение того, что в обсуждаемый период происходили посещения заключенных, имена которых МККК не назвал. Правительство также подтвердило, что истцам было разрешено связаться с ближайшими родственниками в письменной форме не позднее семи дней с момента задержания, как того требует статья 70 Четвертой [sic, читать: «Третьей»] Женевской конвенции.

33. Получив запрос о пересмотре дела и попытавшись прояснить некоторые несообразности в позиции государства в отношении статуса истцов на момент их содержания под стражей, Комиссия пересмотрела выводы и рекомендации, сделанные в докладе 13/95 и внесла отдельные изменения. Комиссия 7 мая 1999 г. приняла окончательный вариант доклада 82/99.

V. АНАЛИЗ

34. В своем решении о принятии на рассмотрение дела «10.951» Комиссия определила, что достаточная причинная связь, на основании которой можно оценить возможные нарушения, была установлена лишь в отношении заявлений об аресте истцов и их предполагаемом содержании без связи с внешним миром. Было признано, что эти заявления связаны (на пороговом уровне) со статьей I (право на жизнь, свободу и личную безопасность), статьей XVII (право на признание правосубъектности и гражданских прав) и статьей XXV (право на защиту от произвольного ареста).

35. Неоспоримые факты, представленные Комиссии, заключаются в том, что 25 октября 1983 г. или примерно в то время военнослужащие вооруженных сил США арестовали 17 истцов в ходе военной операции, которая проводилась в тот момент в Гренаде. Истцы содержались под стражей в течение 9–12 дней, а затем были переданы властям Гренады. Спорным вопросом является правовая характеристика обращения, которому подвергались истцы при аресте и во время содержания под стражей. Истцы утверждали, что их арест и содержания под стражей нарушают, среди прочего, статьи I, XVIII [sic, читать: «XVII»] и XXV Американской декларации. Государство заявляло, что этот вопрос полностью и исключительно регулируется правом международных вооруженных конфликтов, на применение которого не распространяется мандат Комиссии, и что в любом случае обсуждаемые действия были полностью оправданы как с точки зрения права, так и с точки зрения фактических обстоятельств.

A. Соображения относительно юрисдикции и применяемого права […]

[…]

38. Что касается права, применяемого к данному делу, истцы считают, что их претензии регулируются положениями Американской декларации. США доказывают, что осуждаемая ситуация полностью регулировалась международным гуманитарным правом — областью права, для применения которого Комиссия не обладает ни юрисдикцией, ни особой квалификацией. В соответствии с правовой базой системы при рассмотрении отдельных дел, касающихся государств, не являющихся участниками Американской конвенции, Комиссия считает Американскую декларацию основным источником международных обязательств и применяемого права. Это не означает, как доказывают США, что Комиссия при выполнении своих функций не может ссылаться на другие источники права, включая международное гуманитарное право.

39. Во-первых, хотя международное гуманитарное право касается, в первую очередь, военного времени, а международное право прав человека применяется в основном в мирное время, потенциальное применение одной отрасли права необязательно исключает или заменяет применение другой. Между правом прав человека и гуманитарным правом существует неразрывная взаимосвязь, поскольку «Американская конвенция, как и другие универсальные и региональные инструменты в области прав человека, и Женевские конвенции 1949 г., имеют общее ядро прав, которые не допускают отступлений, и общую цель — защитить жизнь и достоинство человека» [см. **Прецедент № 163**, Межамериканская комиссия по правам человека, «Табладское дело», п. 158.], и ситуации применения обеих отраслей

права могут в значительной степени совпадать. Некоторые основные гарантии применяются при любых обстоятельствах, в том числе в ситуациях конфликта, и это отражает, среди прочего, тот факт, что определенные гарантии, касающиеся личности, являются императивными нормами (jus cogens) и обязательствами erga omnes в широкой совокупности договорного права, в принципах обычного международного права и в теории и практике международных органов по правам человека, таких как данная Комиссия. Поэтому обе нормативные системы могут быть применимы к рассматриваемой ситуации.

40. Во-вторых, если бы Комиссия толковала и осуществляла свой основанный на Уставе мандат, не принимая во внимание другие международные обязательства государств-участников, могущие иметь отношение к делу, это противоречило бы общим принципам права. […]

41. В-третьих, утверждение государства, что применение гуманитарного права полностью заменило бы применение Декларации, также противоречит теории и практике системы. Комиссия сталкивается с ситуациями, которые требуют ссылки на статью XXVIII Декларации, предусматривающую, что «права человека ограничены правами других лиц, всеобщей безопасностью и справедливыми требованиями общего блага и содействия демократии», с момента возникновения системы прецедентов. Декларация не была предназначена для применения ее самой по себе или в вакууме, и Комиссия обязательно проверяет соблюдение ее положений с точки зрения доктрины допустимых и недопустимых ограничений, а также других соответствующих обязательств, имеющих отношение к делу, включая гуманитарное право.

42. В-четвертых, в ситуации вооруженного конфликта оценка соблюдения конкретного права, например, права на свободу, может при данных конкретных обстоятельствах отличаться от оценки, применяемой в мирное время. По этой причине применяемые критерии следует определять путем обращения к применяемому lex specialis. Американская декларация составлена в общих выражениях и не включает в себя конкретные положения относительно ее применимости в ситуациях конфликта. Как будет видно из приведенного ниже анализа, Комиссия установила, что анализ претензий истцов в соответствии с Декларацией, в рамках фактических и юридических обстоятельств дела, требует ссылки на международное гуманитарное право, которое является авторитетным источником и содержит конкретные нормативные стандарты, применяемые к ситуациям конфликта. В настоящем деле стандарты гуманитарного права помогают определить, было или нет содержание истцов под стражей «произвольным» согласно положениям статей I и XXV Американской декларации. Вообще, хотя Комиссия может счесть необходимым обратиться к применяемым нормам международного гуманитарного права при

толковании и применении норм межамериканской системы прав человека, в тех случаях, когда эти отрасли права предусматривают различные уровни защиты, ее основанный на Уставе мандат обязывает Комиссию применять тот нормативный стандарт, который наилучшим образом гарантирует права отдельного лица. […]

[…]

44. Стороны не оспаривают тот факт, что рассматриваемая ситуация началась в обстановке международного вооруженного конфликта, как он описан в статье 2, общей, Женевских конвенций. Информация в судебном архиве и документах публичного характера согласуется с этим выводом.

B. Законность ареста и содержания истцов под стражей

45. В статье I Американской декларации говорится, что каждый человек имеет право на свободу. Статья XXV предусматривает, что человек может быть лишен этого права лишь в соответствии с нормами и процедурами, установленными уже действующим правом. В соответствующей части данной статьи указано, что любое лицо, лишенное свободы, «имеет право на то, чтобы законность его содержания под стражей была без промедления подтверждена судом, [и] право на гуманное обращение в то время, пока он находится в заключении». Таким образом, в тексте статьи XXV установлены три основных требования: во-первых, превентивное содержание под стражей по любой причине, связанной с общественной безопасностью, должно базироваться на основаниях и процедурах, предусмотренных правом; во-вторых, оно не может быть произвольным; и в-третьих, должна быть возможность без промедления осуществить судебный надзор и контроль. Следовательно, в настоящем деле Комиссия должна установить правовые основания для задержаний, убедиться, что они не были незаконными или произвольными, оценить гарантии и подтвердить, что имелась возможность немедленного судебного контроля.

46. США ссылались на несколько правовых оснований для содержания истцов под стражей. В своем заявлении от 19 октября 1994 г. государство указало, что истцы были задержаны по причинам безопасности и в интересах ведения военных действий, а также для передачи их гренадским властям, чтобы они предстали перед судом за убийство Мориса Бишопа и остальных. Хотя США не считали истцов военнопленными, государство указало, что им была предоставлена защита, соответствующая этому статусу. Получив доклад Комиссии 13/95, государство указало, что […] содержание истцов под стражей было оправдано согласно Третьей Женевской конвенции об обращении с военнопленными. Они могли «также считаться содержащимися

под стражей гражданскими лицами» по условиям Четвертой Женевской конвенции. […] «Будь они военнопленными или содержащимися под стражей гражданскими лицами», США ссылались на Женевские конвенции 1949 г. как на правовое основание для содержания истцов под стражей.

47. Государство является участником Женевских конвенций 1949 г., которые составляют, как указано в одном из его заявлений, «часть высшего права страны». Женевские конвенции, которые предусматривают более широкий круг оснований для лишения свободы, чем Американская декларация, действительно разрешают лишение лиц свободы при определенных обстоятельствах. Чтобы определить, какие положения применяются, необходимо определить статус истцов в соответствии с этой отраслью права.

48. Из заявлений сторон неясно, являлись ли истцы гражданскими лицами, имевшими право на защиту Четвертой Женевской конвенции, или военнопленными, имевшими право на этот статус по Третьей Женевской конвенции. Истцы определяли некоторых лиц из своего числа как «гражданских», не давая более четкого определения или объяснения. Как уже отмечалось, государство, называя истцов и гражданскими лицами, и военнопленными, в конце концов заявило, что истцы «являлись содержащимися под стражей гражданскими лицами, задержанными на короткий срок по причинам военной необходимости», и «им были предоставлены права и привилегии, какими пользовались бы лица, обладающие статусом военнопленных, поскольку такой стандарт обеспечивает более высокий уровень защиты». Государство утверждало, что «формально, для целей принятия решения по данному иску не имеет значения, содержались они под стражей в качестве задержанных гражданских лиц или военнопленных. С ними де-факто обращались в соответствии с самыми высокими стандартами защиты, предусмотренными правом, какие могут быть предоставлены лицам, имеющим такой статус».

49. Если говорить о фактической стороне дела, то в отчетах, составленных в тот момент, когда происходили рассматриваемые события, указано, что некоторые истцы являлись тогда членами организации, известной как Революционный военный совет (далее «РВС»), а до этого были офицерами Народной революционной армии. […]

50. […] Однако ни одна из сторон не указала, удовлетворяют ли эти вооруженные силы критериям, согласно которым на них распространялось бы действие Третьей Женевской конвенции. Поскольку ни одна из сторон не предоставила информации по данному вопросу, Комиссия решила продолжать свой анализ, основываясь, в первую очередь, на положении истцов, которые совершенно точно не принадле-

жали к личному составу вооруженных сил и в любом случае подпадали под нормы Четвертой Женевской конвенции. (Хотя большинство из них или все они занимали политические посты, не существует запротоколированной информации, указывающей на то, что они принимали участие в военных действиях.) Лишь во вторую очередь анализ основывается на том, в какой степени другие имели статус гражданских лиц, как утверждают США, и не оспаривают истцы. [...]

[...]

52. При исключительных обстоятельствах международное гуманитарное право предусматривает интернирование гражданских лиц в качестве защитной меры. Она может быть принята лишь согласно конкретным положениям и может быть разрешена, когда: этого требуют соображения безопасности; менее строгие меры не позволяют достичь желаемой цели; и действия осуществляются в соответствии с основаниями и процедурами, установленными уже действующим правом. [...]

53. Применяемые положения Четвертой Женевской конвенции дают властям значительную свободу в принятии первоначального решения — по каждому конкретному случаю — о том, что покровительствуемое лицо представляет угрозу их безопасности, и в материалах дела не обнаружено никаких оснований, чтобы оспаривать данное в настоящем деле объяснение касательно соображений безопасности. Однако в материалах дела не раскрывается, в какой степени решение о задержании каждого истца было принято согласно «нормальной процедуре». Заявления правительства показывают, что истцы были задержаны по соображениям безопасности, но в них содержится немного данных относительно конкретных процедур, которые использовали силы США, положившие начало тюремному заключению и осуществлявшие его.

54. Как уже говорилось, применяемые нормы международного гуманитарного права, касающиеся содержания под стражей гражданских лиц, предусматривают, что «нормальная процедура», согласно которой принимаются подобные решения, включает в себя право заключенного на слушание его дела и на обжалование решения. [...]

55. Требование о том, чтобы содержание под стражей не оставлялось на усмотрение исключительно представителя (представителей) государства, отвечающего за его осуществление, является столь важным, что им нельзя пренебречь в любом случае. Относительно этого в положениях Американской декларации и применяемого гуманитарного права, в основном, нет разногласий. [...] Это важнейшее обоснование права на приказ habeas corpus — гарантии, которая не подлежит отмене.

56. В настоящем деле на основании имеющихся материалов Комиссия не в состоянии установить существование действующих гарантий, благодаря которым содержание истцов под стражей не было бы оставлено исключительно на усмотрение сил США, ответственных за его осуществление. […]

57. […] США содержали истцов в заключении в течение 9–12 дней до того, как передать их под надзор гренадских властей и КСПМ, что означает, что они содержались под стражей от 6 до 9 дней после прекращения военных действий без возможности пересмотра законности их содержания под стражей. Эта задержка, которую нельзя отнести на счет активных военных действий или объяснить другими данными, имеющимися в материалах дела, противоречила положениям Американской декларации прав и обязанностей человека, если рассматривать их в контексте статьи 78 Четвертой Женевской конвенции.

58. США утверждали, что было невозможно передать истцов гренадским судам. Вне зависимости от того, было это возможно или нет (США не представили никаких доказательств, подкрепляющих этот довод), обсуждаемый пересмотр необязательно потребовал бы доступа к гренадской судебной системе. Скорее, согласно положениям Четвертой Женевской конвенции и Американской декларации, его можно было осуществить путем срочного судебного или квазисудебного контроля со стороны представителей США, которые обладают полномочиями отдать приказ о предоставлении им соответствующего лица и о его освобождении в том случае, если бы содержание его под стражей противоречило применяемым нормам или было бы неоправданным по какой-либо иной причине. […]

59. […] Хотя международное право прав человека и гуманитарное право разрешают сохранять некоторое равновесие между интересами общественной безопасности и личной свободы, этот баланс не позволяет осуществлять контроль над содержанием под стражей исключительно тем лицам и организациям, которые осуществляют содержание под стражей.

VI. ВЫВОДЫ

60. Интернирование гражданских лиц по настоятельным соображениям безопасности может быть допустимо, когда в данном конкретном случае установлено наличие необходимых для этого оснований, а Комиссия не нашла в материалах дела ничего, что опровергало бы приведенные США оправдания, обусловленные соображениями безопасности. Однако те же нормы, которые разрешают подобные действия в качестве исключительной меры безопасности, требуют,

чтобы они осуществлялись согласно нормальной процедуре, которая позволяет задержанному быть выслушанным и обжаловать решение «в возможно короткий срок». Эта нормальная процедура предусматривает, что решение о продолжении содержания лица под стражей не принимается лицами или организациями, которые осуществляют лишение свободы, и обеспечивает минимальный уровень контроля со стороны органа, имеющего полномочия отдать приказ об освобождении, если на то есть основания. Это основная гарантия против произвольного задержания или дурного обращения при содержании под стражей, и проанализированные выше соответствующие положения Американской декларации и Четвертой Женевской конвенции предусматривают, что эта гарантия должна предоставляться в возможно короткий срок. Поскольку истцы являлись, как следует из предыдущего анализа, гражданскими лицами, задержанными по соображениям безопасности, и что силы США содержали их под стражей приблизительно 9–12 дней, в том числе 6–9 дней после фактического окончания боев, Комиссия отмечает, что истцам не дали возможности для пересмотра законности их содержания под стражей в возможно короткий срок.

61. Соответственно, Комиссия делает вывод, что произведенное США лишение истцов свободы противоречило положениям статей I, XVII и XXV Американской декларации прав и обязанностей человека. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Существовал ли международный вооруженный конфликт между США и Гренадой? Даже если Революционный военный совет захватил власть в нарушение конституционного права Гренады? Если США призвали вмешаться представители предыдущего правительства после того, как Революционный военный совет получил контроль над Гренадой? (См. статью 2, общую, Конвенций.)

   b. Являлась ли Гренада государством, оккупированным США? Как считает Комиссия? Как считаете вы?

2. Каких элементов вам не хватает, чтобы определить, являлись ли истцы военнопленными или покровительствуемыми гражданскими лицами? Может ли лицо, находящееся во власти неприятеля во время международного вооруженного конфликта, не быть ни военнопленным, ни покровительствуемым гражданским лицом? Существует ли презумпция в пользу того или другого статуса? (См. статьи 4 и 5 Конвенции III; статью 4 Конвенции IV.)

3. a. Являлись ли военнопленными истцы, которые принадлежали к «Народной революционной армии»? Даже если они представляли правительство Гренады, которое США не признавали? Какие требования МГП могли заставить Комиссию сомневаться в том, что они являлись военнопленными? (См. статью 4 Конвенции III.)

   b. Если бы истцы были военнопленными, их содержание под стражей соответствовало бы МГП? Американской декларации прав и обязанностей человека? Уточним вопрос: что можно сказать насчет содержания их под стражей при отсутствии судебного контроля? Является ли МГП достаточной правовой базой для оправдания содержания под стражей военнопленного? В течение какого времени? Без судебного контроля? Разве МГП не предусматривает судебных гарантий для военнопленных? Может ли военнопленный не требовать осуществления своего права на приказ «хабеас корпус»? (См. статьи 13, 17, 21, 85, 99—108 и 118 Конвенции III.)

   c. Можно ли допрашивать военнопленного ради соображений безопасности и в интересах ведения боевых действий? (См. статью 17 Конвенции III.)

4. a. При каких обстоятельствах гражданское лицо может содержаться под стражей неприятелем во время международного вооруженного конфликта? (См. статьи 64, 66, 67, 76 и 78 Конвенции IV.)

   b. Были ли причины, которые могли оправдать содержание истцов под стражей? Кто решает, что таких причин достаточно? (См. статью 78 Конвенции IV.)

   c. Гражданское лицо, содержащееся под стражей по настоятельным соображениям безопасности, «имеет право на то, чтобы законность его содержания под стражей была без промедления подтверждена судом»? По МГП? По международному праву прав человека? (См. статью 78 Конвенции IV.)

   d. Должна ли процедура, описанная в статье 78 Конвенции IV, осуществляться независимым и беспристрастным судом, а судебные гарантии — предусматриваться правом прав человека? Могут ли органы, принимающие решение о содержании под стражей после возможного обжалования, быть учреждены США? (См. статью 78 Конвенции IV.)

   e. Является ли Конвенция IV достаточным правовым основанием, которое может, согласно международному праву прав человека, оправдать

содержание под стражей интернированного гражданского лица, если соблюдены процессуальные гарантии статьи 78? (См. статью 78 Конвенции IV.)

f. Какие положения Конвенции IV, по мнению Комиссии, были нарушены в отношении истцов?

5. a. Какие есть у военнопленных и интернированных гражданских лиц права, которые дают им возможность сообщить родственникам о своем положении? Есть ли другие положения, которые позволяют им поддерживать связь с семьей? (См. статьи 70, 71, 122(2), (4) и (7), и 123 Конвенции III, статьи 106, 107, 136(2), 138 и 140 Конвенции IV.)

b. Можно ли считать, что лицо, о котором было сообщено МККК, содержится под стражей без всякой связи с внешним миром? Если его посещают делегаты МККК? Если он не может поддерживать связь с семьей? (См. статьи 122(4) и 123 Конвенции III, статьи 138 и 140 Конвенции IV.)

6. a. Почему Межамериканская комиссия применяет МГП? Обладает ли она юрисдикцией, позволяющей ей это? Может ли она прийти к заключению о совершении нарушения МГП и осудить виновное в нем лицо? (См. также **Прецедент № 163,** Межамериканская комиссия по правам человека, «Табладское дело», и **Прецедент № 208**, Межамериканский суд по правам человека, «Дело Лас Палмерас».)

b. Применимы ли Американская декларация прав и обязанностей человека и вообще право прав человека во время вооруженного конфликта? Так же, как и в мирное время? Право прав человека защищает и комбатантов? А военнопленных?

c. Следует ли во время конфликта рассматривать права на жизнь, на защиту от произвольного ареста и на судебные гарантии, предусмотренные правом прав человека, в свете МГП? Каковы последствия права на личную свободу? В каких областях МГП следует рассматривать в свете эти прав человека?

d. В настоящем прецеденте какие нарушения МГП, совершенные против истцов, являются также нарушениями Американской декларации? Какое право, предусмотренное Декларацией, было нарушено в каждом случае?

XIX. Операция США в Панаме

Прецедент № 134, США, «США против Норьеги»

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Вопрос о юрисдикции

[**Источник**: United States District Court for the Southern District of Florida, 746 F. Supp. 1506 (1990); примечания не приводятся.]

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ, истец
против
МАНУЭЛЯ АНТОНИО НОРЬЕГИ и других
СУДЕБНОЕ РЕШЕНИЕ: СВОДНЫЙ ПРИКАЗ, УИЛЬЯМ М. ХОВЕЛЕР, ОКРУЖНОЙ СУДЬЯ США
№ 88-79-CR
8 июня 1990 г.

НАСТОЯЩЕЕ ДЕЛО предстает перед судом по нескольким ходатайствам подсудимых генерала Мануэля Антонио Норьеги и подполковника Луиса Дель Сида об отклонении за отсутствием юрисдикции обвинительного акта, возлагающего на них ответственность за различные преступления, связанные с наркотиками.

Рассматриваемое дело представляет Суду драму международных масштабов, учитывая статус главного подсудимого и сложные обстоятельства, при которых он предстал перед Судом. Относящиеся к делу факты таковы:

Федеральное большое жюри, заседавшее в Майами, Флорида, 14 февраля 1988 г. вынесло состоявший из двенадцати пунктов обвинительный акт, возлагавший на генерала Мануэля Антонио Норьегу ответственность за участие в международной тайной организации, которая ввозила кокаин и используемые в производстве кокаина материалы на территорию США и вывозила их за пределы США. Утверждается, что Норьега использовал свое официальное положение в качестве главы разведки Панамской национальной гвардии, а затем главнокомандующего Панамских сил обороны, чтобы получать взятки в обмен на помощь и защиту, которые он предоставлял международным торговцам наркотиками. [...] Подсудимый Дель Сид, будучи офицером Панамских сил обороны,

являлся также личным секретарем генерала Норьеги. Он обвиняется в том, что выступал в качестве посредника, курьера и агента Норьеги в его сделках с членами картеля и другими наркоторговцами.

[...] После вынесения обвинения Суд удовлетворил ходатайство генерала Норьеги, разрешив специальное выступление адвоката, несмотря на то, что Норьега скрывался от правосудия и не находился в тот момент перед Судом. Затем адвокат Норьеги обратился с ходатайством об отклонении обвинительного акта на том основании, что законы США неприменимы к иностранному руководителю, чья предполагаемая незаконная деятельность полностью происходила за пределами территории США. Далее адвокат утверждал, что Норьега пользуется иммунитетом от судебного преследования в качестве главы государства и дипломата, и что его предполагаемые преступления, связанные с наркотиками, являлись актами государственной власти, не подлежащими рассмотрению в данном Суде.

Выслушав доводы защиты и надлежащим образом рассмотрев представленные материалы, Суд отклонил ходатайство подсудимого по причинам, которые в полной мере объясняются ниже. В тот момент Суд отметил, что данное дело имеет огромный политический подтекст, но тем не менее маловероятно было, чтобы генерала Норьегу когда-либо доставили в США, чтобы он ответил на предъявленные ему обвинения. [...] В промежуток времени между вынесением обвинительного акта и арестом подсудимых отношения между США и генералом Норьегой значительно ухудшились. Вскоре после того, как были выдвинуты обвинения против Норьеги, генерал произнес широко освещавшуюся в прессе речь, во время которой вонзил в трибуну мачете, угрожая США. А 15 декабря 1989 г. Норьега объявил, что между Панамой и США существует «состояние войны». Напряженность между двумя странами возросла еще больше на следующий день, когда вооруженные силы США в Панаме были приведены в состояние боевой готовности после того, как панамские войска застрелили одного американского солдата, ранили другого и избили двух моряков. Три дня спустя, 20 декабря 1989 г., президент Буш приказал войскам США приступить к выполнению боевого задания в городе Панама, заявленные цели которого заключались в защите американских граждан, восстановлении демократии, обеспечении соблюдения договоров о Панамском канале и захвате генерала Норьеги, с тем чтобы он предстал перед судом в США по выдвинутому федеральной властью обвинению, связанному с наркотиками. До того, как войска США вступили в бой, американские чиновники организовали церемонию, на которой Гильермо Эндара был приведен к присяге в качестве президента и признан США законным главой правительства Панамы. Сообщалось, что несколькими месяцами ранее Эндара победил на президентских выборах в Панаме, результаты которых генерал Норьега аннулировал и проигнорировал.

Вскоре после начала вторжения подсудимый Дель Сид, командовавший примерно двумя тысячами панамских солдат в провинции Чирики, сдался американским войскам. Затем он был передан под надзор агентов Управления по борьбе с наркотиками, которые арестовали Дель Сида в связи с преступлениями, в которых он обвиняется перед этим Судом. Задержать генерала Норьегу оказалось далеко не просто. Несколько дней он успешно избегал встречи с американскими войсками, заставив правительство США объявить награду в миллион долларов за его поимку. В конце концов генерал укрылся в резиденции папского нунция в Панаме, где он явно надеялся получить политическое убежище. Присутствие Норьеги в резиденции нунция завело ситуацию в дипломатический тупик. [...] Проведя в таком положении 11 дней, Норьега наконец сдался американским войскам, явно под нажимом папского нунция и под влиянием угроз толпы, состоявшей из примерно 15 тысяч разозленных панамцев, собравшихся перед резиденцией. Через две недели после начала вторжения, 3 января 1990 г., Норьега покинул резиденцию папского нунция и сдался ожидавшим снаружи офицерам вооруженных сил США. Его переправили на вертолете на авиабазу Ховард, где он был препровожден в самолет, вылетающий во Флориду, и официально арестован агентами Управления по борьбе с наркотиками. [...] Как становится очевидным из необычных обстоятельств этого дела, перед Судом встают несколько вопросов, не имеющих прецедентов. Впервые лидера или фактического лидера суверенного государства насильно привозят в США, чтобы предъявить ему обвинение в совершении преступления. Тот факт, что генерал Норьега был задержан в ходе военных действий, лишь подчеркивает сложность поднимаемых проблем. В дополнение к ходатайству генерала Норьеги об отклонении обвинения в связи с отсутствием юрисдикции в отношении преступления и иммунитетом суверена подсудимые Норьега и Дель Сид доказывают, что являются военнопленными в соответствии с Женевской конвенцией. Этот статус, как считают подсудимые, лишает Суд юрисдикции в отношении рассмотрения данного дела. Кроме того, Норьега утверждает, что военные действия, приведшие к его аресту, «потрясают сознание», и что соображения соблюдения процессуальных норм требуют, чтобы Суд лишил себя юрисдикции в отношении него. Норьега также заявляет, что вторжение произошло в нарушение международного права. Наконец, Норьега доказывает, что даже при отсутствии нарушений конституционного или договорного права Суд должен отклонить обвинение, воспользовавшись своими контрольными полномочиями, чтобы судебная система не оказалась участницей якобы неправомерных действий правительства по аресту Норьеги и не была запятнана ими. [...] Ниже Суд рассматривает каждый из этих вопросов по очереди.

I. ЮРИСДИКЦИЯ В ОТНОШЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Первый вопрос, стоящий перед Судом, — могут ли США осуществлять юрисдикцию в отношении предполагаемой преступной деятельности

Норьеги. [...] В общем, поскольку утверждается, что действия Норьеги в Панаме имели непосредственные последствия на территории США, Суд приходит к выводу, что имеет место экстерриториальная юрисдикция с точки зрения международного права. [...] Следовательно, имеет место юрисдикция в отношении экстерриториальных действий подсудимого с точки зрения как международного права, так и толкования права.

II. ИММУНИТЕТ СУВЕРЕНА

Затем Суд переходит к утверждению Норьеги о том, что он обладает иммунитетом от судебного преследования на основании иммунитета главы государства, доктрины об акте государственной власти и дипломатического иммунитета. [...]

III. СТАТУС ПОДСУДИМЫХ КАК ВОЕННОПЛЕННЫХ

Подсудимые Норьега и Дель Сид утверждают, что являются военнопленными в значении Женевской конвенции об обращении с военнопленными (Третьей Конвенции), каковой статус, по заявлению подсудимых, лишает этот Суд юрисдикции в отношении рассмотрения данного дела. В целях рассматриваемого ходатайства правительство не утверждает, что подсудимые не являются военнопленными, а скорее, доказывает, что даже если бы подсудимые были военнопленными, Женевская конвенция не лишала бы этот Суд юрисдикции. Таким образом, перед Судом не стоит задача определить, являются ли подсудимые военнопленными согласно Третьей Конвенции; он продолжает рассматривать данное ходатайство, как если бы подсудимые имели право на всеобъемлющую защиту, предоставляемую Конвенцией. Доводы подсудимых относительно Женевской конвенции основаны на статьях 82, 84, 85, 87, 99 и 22, каждая из которых будет рассмотрена ниже.

Статья 82: «Военнопленные подчиняются законам, уставам и приказам, действующим в вооруженных силах держащей в плену державы. Последняя будет иметь право принять судебные или дисциплинарные меры в отношении любого военнопленного, совершившего нарушение этих законов, уставов или приказов. Однако не следует допускать судопроизводства или наказаний, противоречащих положениям настоящей главы. Если в законах, уставах или приказах держащей в плену державы объявляются наказуемыми действия, совершенные военнопленными, в то время как те же действия не влекут за собой наказания, если они совершены лицами, принадлежащими к составу вооруженных сил держащей в плену державы, то в таком случае на военнопленных будут наложены лишь дисциплинарные взыскания».

Как явствует из ее текста, статья 82 касается дисциплинарных и уголовных мер, принимаемых против военнопленных в связи с преступления-

ми, совершенными после того, как они стали военнопленными, и допускает судебное преследование военнопленных только в связи с действиями, которые повлекли бы за собой судебное преследование военнослужащих держащей в плену державы. Таким образом, статья 82 явно неприменима к данному делу, поскольку Норьегу и Дель Сида судят не за преступления, совершенные после захвата их в плен, но за преступления, совершенные задолго до того, как они стали военнопленными.

Статья 84: «Только военные суды могут судить военнопленного, если только законодательство держащей в плену державы не предоставляет специально право гражданским судам судить лиц, принадлежащих к составу вооруженных сил этой державы, за то же преступление, в котором обвиняется военнопленный.

Ни в коем случае военнопленный не будет судиться каким бы то ни было судом, который не предоставляет основных общепризнанных гарантий независимости и беспристрастности и, в частности, судебная процедура которого не обеспечивает подсудимому прав и средств защиты, предусмотренных статьей 105».

Согласно Своду законов США (раздел 18, глава 3231) федеральные окружные суды обладают совместной юрисдикцией с военными судами в отношении всех нарушений законов США, совершенных военнослужащими. Обвинительный акт возлагает на подсудимых ответственность за различные нарушения федерального права, включая торговлю наркотиками. [...] Это обвинение в преступном поведении, за которое мог бы подвергнуться судебному преследованию любой военнослужащий вооруженных сил США. Следовательно, запрещение, содержащееся в части 1 статьи 84, не лишает этот Суд юрисдикции. Адвокат защиты не утверждал, что окружной суд не предоставляет основных «общепризнанных» гарантий независимости и беспристрастности. Подсудимые также не заявляли, что им не будут обеспечены в полной мере права, предусмотренные статьей 105. Эти права включают в себя защиту их интересов адвокатом и предварительное уведомление об обвинениях. [...] На самом деле, подсудимые пользуются всеми конституционными гарантиями, предоставляемыми любому лицу, которое обвиняется в преступлении по федеральному уголовному праву.

Статья 85: «Военнопленные, подвергающиеся преследованию в силу законодательства держащей в плену державы за действия, совершенные ими до взятия в плен, пользуются покровительством настоящей Конвенции даже в случае их осуждения».

В данной статье, кажется, скорее признается право на судебное преследование, о котором заявляет правительство, чем поддерживается общая позиция подсудимых, которую они отстаивают по Женевской конвенции.

В статье говорится о военнопленных, подвергающихся «преследованию в силу законодательства держащей в плену державы» (то есть США) «за действия, совершенные ими до взятия в плен». Кроме того, военнопленные должны пользоваться покровительством Конвенции «даже в случае их осуждения». Обвинительный акт возлагает на подсудимых ответственность за нарушения законов США, якобы совершенные с декабря 1982 по март 1986 г., — задолго до военных действий и ареста подсудимых при сдаче их в плен.

Статья 87: «Военные власти и суды держащей в плену державы не должны приговаривать военнопленных ни к каким другим наказаниям, кроме тех, которые предусмотрены за такие же проступки, совершенные лицами, принадлежащими к составу вооруженных сил держащей в плену державы. ...»

Статья 82 отражает принцип «эквивалентности», содержащийся в других статьях Конвенции. Этот принцип предусматривает, что, в целом, военнопленные могут подвергаться судебному преследованию за уголовные правонарушения лишь в том случае, если лица, принадлежащие к составу вооруженных сил держащей в плену державы, подлежали бы такому же преследованию за те же действия. Конкретное применение «принципа эквивалентности» в статье 87 не дает подвергать военнопленных наказаниям, которые не налагаются за те же деяния на солдат держащей в плену державы. Если предположить, что подсудимых признают виновными в одном или нескольких преступлениях, в которых их обвиняют, им предстоит уголовное наказание не больше и не меньше того, которое полагалось бы американскому солдату за то же преступление. Следовательно, судебное преследование в данном деле не противоречит положениям статьи 87.

Статья 99: «Ни один военнопленный не может быть предан суду или осужден за проступок, который не является наказуемым по законодательству держащей в плену державы или по международному праву, которое действует в момент совершения проступка.

Никакое моральное или физическое давление не может быть оказано на военнопленного для того, чтобы заставить его признать себя виновным в проступке, в котором его обвиняют.

Ни один военнопленный не может быть осужден, если он не имел возможности защищаться и если ему не был предоставлен квалифицированный защитник».

Статья 99 запрещает судебное преследование военнопленных на основании законов, имеющих обратную силу, а также принуждение к признаниям. Данная статья также кодифицирует другие основные права, закрепленные за каждым обвиняемым Конституцией Соединенных Шта-

тов Америки. Всем обвиняемым, вне зависимости от их статуса «военнопленных», гарантируется такая основная защита.

Адвокаты защиты не утверждают и, конечно, не могут утверждать, что связанные с наркотиками преступления, в которых обвиняют подсудимых, были разрешены по законодательству США в тот момент, когда они предположительно были совершены. Также не утверждалось, что подсудимых принудили признать свою вину или что для этого предпринимались какие-либо усилия. Подсудимых представляет компетентный адвокат, и им обеспечены все права, на которые они имеют право по закону. Таким образом, статья 99 не может лишить Суд юрисдикции.

Статья 22: «Интернированные военнопленные могут быть размещены только в помещениях, находящихся на суше и предоставляющих полную гарантию в отношении гигиены и сохранения здоровья. За исключением особых случаев, оправдываемых интересами самих пленных, их не следует размещать в тюремных зданиях. […]

Держащая в плену держава будет размещать военнопленных в лагерях или секторах лагерей с учетом их национальности, языка и обычаев, при условии, что военнопленных не будут отделять от военнопленных тех вооруженных сил, в которых они служили в момент захвата их в плен, за исключением тех случаев, когда они сами выразят на это согласие».

Подсудимые заявляют, что статья 22 лишает Суд юрисдикции в отношении них, требуя их возвращения в Панаму и содержания вместе с другими панамскими пленными, захваченными во время вооруженного конфликта. Суд не видит такого требования в статье 22, которая относится к общим условиям, а не к конкретному месту интернирования. В положении, на которое ссылаются подсудимые, сказано, что пленных не следует содержать с лицами иной национальности, говорящими на ином языке и имеющими иные обычаи, и «отделять от военнопленных тех вооруженных сил, в которых они служили в момент захвата их в плен». […] Если следовать интерпретации подсудимых, статья 22 требовала бы, чтобы все военнопленные, принадлежавшие к одним и тем же вооруженным силам, содержались вместе в одном месте. Однако это, несомненно, не может входить в цели статьи 22, поскольку содержание в таких условиях скорее всего нарушило бы ее общие требования здоровых и удобных условий содержания. На самом деле, подсудимый Норьега подрывает собственные аргументы, предлагая, чтобы его содержали под стражей в отвечающей требованиям третьей стране, — что, естественно, отделит его от военнослужащих панамских вооруженных сил, содержащихся под стражей в Панаме. Более очевидное толкование этого положения заключается в том, что оно предотвращает принудительное содержание пленных, принадлежащих к вооруженным силам одного государства, с пленными, принадлежащими к вооруженным силам другого государства. В данном случае это не так.

Кроме того, ничто в статье 22 или где-либо еще не запрещает держащей в плену державе временно перевести пленного из лагеря, где его содержат, в какое-либо иное учреждение в связи с судебным разбирательством. Поскольку Конвенция предполагает, что военнопленные могут подвергаться судебному преследованию в гражданских судах, она, конечно, разрешает перевести их в то место, которое соответствует правильному проведению такого разбирательства. Невозможно представить, чтобы Конвенция разрешала уголовное преследование военнопленных, но при этом требовала, чтобы они оставались в лагерях, расположенных в тысячах миль от здания суда и, вполне возможно, от адвокатов защиты.

Остальные положения Конвенции, приводимые подсудимым Норьегой, мало чем подкрепляют — если подкрепляют вообще — его довод относительно юрисдикции. Статья 12 Конвенции, которая, по утверждению Норьеги, предписывает его передачу третьей стране, на самом деле ограничивает способность США осуществлять такую передачу: «Военнопленные могут быть переданы держащей в плену державой только державе, которая является участницей настоящей Конвенции, и только после того, как держащая в плену держава удостоверилась в желании и способности державы, которой передаются военнопленные, применять Конвенцию. Если военнопленные передаются при таких условиях, ответственность за применение Конвенции несет держава, принимающая их, до тех пор, пока они находятся на ее попечении». […]

Наконец, Норьега приводит статью 118 Конвенции, которая требует, чтобы военнопленных освобождали и репатриировали «тотчас же по прекращении военных действий». […] Однако это положение ограничивается статьей 119, которая предусматривает, что военнопленные, «против которых возбуждено уголовное преследование за уголовные преступления, могут быть задержаны до окончания суда или в соответствующих случаях до отбытия ими наказания». […] Поскольку против Норьеги возбуждено уголовное преследование, статья 119 разрешает содержать его под стражей в США, несмотря на прекращение военных действий.

Договор об экстрадиции между Панамой и США

Подсудимые заявляют, что Третья Конвенция лишает этот Суд юрисдикции в отношении подсудимых, потому что они не могли быть выданы Панамой Соединенным Штатам за преступления, в которых их обвиняют. Этот довод подсудимых порожден не текстом Конвенции, а скорее Комментарием Красного Креста к Третьей Конвенции (Комментарий), в котором при обсуждении статьи 85 говорится: Вообще действия, не связанные с состоянием войны, могут повлечь за собой уголовное преследование лишь в том случае, если они наказуемы по законам как держащей в плену державы, так и державы происхождения. Можно провести параллель с соглашениями о выдаче преступников или с нормами обычного

права, касающимися экстрадиции. Деяние, в связи с которым не может быть экстрадиции, не должно наказываться держащей в плену державой. Можно также рассмотреть вопрос о том, было бы возможно судебное преследование в стране происхождения. Если ответ отрицательный, держащая в плену держава не должна судить военнопленного (*International Committee of the Red Cross, Commentary on the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, 419, J. Pictet ed., 1960).

Прежде всего нужно подчеркнуть, что Комментарий Красного Креста — это лишь обсуждение, в котором автор предполагает, что следует и чего не следует делать в принципе; Комментарий не является частью договора. Нигде в тексте Третьей Конвенции не подразумевается, что она ограничивает юрисдикцию внутригосударственных судов в отношении правонарушений, служащих основанием для экстрадиции. Подсудимые сделали вывод о таком ограничении из Комментария к Женевской конвенции. Однако Верховный суд постановил, что для того, чтобы международный договор лишал юрисдикции внутригосударственные суды, этот договор должен в прямой форме предусматривать такое ограничение. […]

Кроме того, сам Комментарий не подкрепляет позицию подсудимых. Комментарий предполагает, что действующие договоры о выдаче преступников могут послужить «ориентиром» при определении того, какие деяния должны быть наказуемы держащей в плену державой. Довод подсудимых полностью основывается на том наблюдении, что торговля наркотиками не входит в число 13 преступлений, перечисленных в договоре об экстрадиции между Панамой и США. Однако подсудимые упускают из вида тот факт, что связанные с наркотиками преступления, в которых обвиняют подсудимых, не только являются правонарушениями тех типов, которые могут обусловливать выдачу преступников согласно обычному международному праву, но прямо предусмотрены в последующих договорах между США и Панамой. […] Как очевидно из ее текста и в целом понятно, важнейшая цель Женевской конвенции об обращении с военнопленными — защитить военнопленных от судебного преследования за действия, обычные при вооруженном конфликте. Однако Женевская конвенция никогда не предназначалась, — и не следует ее так толковать, — для предоставления иммунитета от судебного преследования за общеуголовные преступления, совершенные против держащей в плену державы до начала военных действий. Поэтому она неприменима к судебному преследованию подсудимых за предполагаемые нарушения законодательства этой страны, касающегося наркотиков. На самом деле, Суду не представили ни одного положения Конвенции, которое предполагало бы или указывало бы на то, что данное судебное разбирательство должно быть прекращено в соответствии с Конвенцией.

Невозможно преувеличить гуманитарный характер Женевской конвенции, который является серьезным доводом против заявлений подсуди-

мых перед Судом. Третья Женевская конвенция была принята с четкой целью — защитить военнопленных после захвата в плен от злоупотреблений со стороны держащей в плену державы. Пронизывающий Конвенцию важнейший принцип «тенденции к гуманности» способствует мягкому обращению с военнопленными на основании того, что, не будучи гражданами держащей в плену державы, они не связаны долгом верности перед ней. Следовательно, должны быть признаны «благородные мотивы», которые могли подтолкнуть их к правонарушению. То, что такие мотивы согласуются с ведением и законами войны, подразумевается в упомянутом принципе. В данном случае правительство пытается подвергнуть подсудимых судебному преследованию за предполагаемую торговлю наркотиками и другие правонарушения, связанные с наркотиками, — то есть деяния, не имеющие отношения к ведению боя или защите страны. Тот факт, что эти предполагаемые деяния по своему характеру полностью лишены «благородных мотивов», делает неуместной «тенденцию к гуманности» в рассматриваемом деле.

IV. НЕЗАКОННЫЙ АРЕСТ

Норьега также ходатайствует об отклонении обвинительного акта на основании того, что способ, которым его заставили предстать перед этим Судом, — в результате вторжения правительства США в Панаму, — «потрясает сознание и нарушает законы и нормы гуманности». Он доказывает, что Суду поэтому следует сложить с себя юрисдикцию в отношении него. Чтобы подкрепить это требование, Норьега утверждает, что вторжение в Панаму нарушило условие о надлежащем судебном разбирательстве, содержащемся в Пятой поправке к Конституции США, а также международное право. С другой стороны, он доказывает, что даже при отсутствии нарушений конституционного или договорного права Суд должен тем не менее воспользоваться своими полномочиями по контролю и отклонить обвинение, чтобы судебная система не оказалась участницей якобы неправомерных действий правительства, предпринятых с целью ареста Норьеги. [...]

B. Нарушения международного права

В дополнение к своему требованию, касающемуся надлежащего разбирательства, Норьега утверждает, что вторжение в Панаму нарушило международные договоры и принципы обычного международного права, говоря конкретнее: статью 2(4) Устава ООН, статью 20(17) Устава Организации американских государств, статьи 23(б) и 25 Гаагской конвенции, статью 3 Женевской конвенции I и статью 6 Устава Нюрнбергского трибунала.

С самого начала важно отметить, что отдельные лица не имеют права заявлять о нарушениях международных договоров при отсутствии протеста со

стороны пострадавшего правительства. […] сами по себе нарушения международного права не лишают суд юрисдикции в отношении подсудимого при отсутствии конкретного договорного положения на этот счет. […] Поэтому, чтобы лишить Суд юрисдикции в отношении конкретных лиц, Норьеге необходимо доказать, что обсуждаемый договор сам по себе обладает исполнительной силой в том смысле, что он наделяет правами личности граждан подписавших его государств, и что сами его условия выражают «добровольное ограничение на юрисдикцию США и, следовательно, их судов». […] Приведенные Норьегой статьи Устава ООН, Устава ОАГ и Гаагской конвенции не создают никаких подобных прав. Скорее, эти положения устанавливают широкие общие принципы, регулирующие действия государств по отношению друг к другу, и в их условиях не говорится о правах личности или правах частных лиц. […] Наверное, можно утверждать, что ссылка на указанную выше отрасль права при необычных обстоятельствах данного дела является некой формой правового самообеспечения. Можно заявить, что Норьега является правительством Панамы или, по крайней мере, фактическим главой государства, и в качестве такового он является тем лицом, которому подобает выражать протест в связи с предполагаемыми нарушениями договоров; далее он может настаивать, что удаление его и его сторонников от власти и отклонение его жалобы из-за того, что было поставлено новое дружественное правительство переворачивает с ног на голову доктрину суверенитета. Этот довод не лишен оснований, однако в ответ можно привести более убедительные аргументы. Во-первых, как говорилось ранее, США последовательно отказывались признать режим Норьеги в качестве законного правительства Панамы, что значительно подрывает позицию Норьеги. Во-вторых, Норьега аннулировал результаты президентских выборов в Панаме незадолго до того, как произошли предполагаемые нарушения договоров. Поэтому предположение, что его удаление от власти каким-то образом лишает настоящее правительство возможности протестовать в соответствии с применимыми договорами, и правда, довольно безосновательно. Наконец, в приводимых договорах нет положения или указания, которое позволило бы Суду пренебречь отсутствием жалобы или требования со стороны действующего в настоящий момент и надлежащим образом учрежденного правительства Панамы. Следовательно, действующее правительство Республики Панама, возглавляемое Гильермо Эндарой, является тем органом, которому подобает выражать протест относительно нарушения договоров. Поэтому, ввиду того, что Норьега не имеет права протестовать, этот Суд не рассматривает вопрос о том, нарушили ли военные действия США в Панаме данные договоры.

Статья 3 Первой Женевской конвенции, которая предусматривает гуманное обращение с гражданскими лицами и другими лицами, не участвующими в войне, применяется к вооруженным конфликтам, не носящим международного характера, то есть внутренним или гражданским войнам исключительно внутригосударственного характера. […] Соответственно, статья 3 не применима к военному вторжению США в Панаму.

Наконец, подсудимый ссылается на статью 6 Устава Нюрнбергского трибунала, которая объявляет вне закона военные преступления, преступления против мира и преступления против человечности. Устав Нюрнбергского трибунала устанавливает процедуры, согласно которым Трибунал, учрежденный союзными державами после Второй мировой войны, судил и наказывал главных военных преступников европейских стран оси. Правительство утверждает, что заложенные в Нюрнберге принципы разрабатывались лишь для судебного преследования военных преступников Второй мировой войны и неприменимы к действия войск США в Панаме. Суд не может с этим согласиться. Судья Роберт Х. Джексон, главный обвинитель на Нюрнбергском процессе от США заявил: «Если определенные действия в нарушение договоров являются преступлениями, они являются преступлениями вне зависимости от того, совершают их Соединенные Штаты или Германия, и мы не готовы установить в отношении других норму преступного поведения, которую мы не хотели видеть использованной против нас». Тем не менее подсудимый не в состоянии показать, какое отношение имеет Устав Нюрнбергского трибунала или его возможное нарушение, если оно имеет место, к настоящему судебному разбирательству. […] Подсудимый не привел никаких цитат из Устава Нюрнбергского трибунала или какого-либо из указанных выше договоров, которые ограничивали бы полномочия США в связи с арестом иностранных граждан или принятием юрисдикции в отношении их преступлений. Причина этого очевидна; Устав Нюрнбергского трибунала, как и другие договоры, относится к ведению войны и международной агрессии. Он не оказывает воздействия на способность суверенных государств обеспечивать соблюдение их законов и потому неприменим к судебному преследованию подсудимого за предполагаемые нарушения, связанные с наркотиками. «Нарушение международного права, если оно имеет место, может быть исправлено другими средствами и не зависит от предоставления того, что фактически равняется иммунитету от уголовного преследования, для защиты отдельных лиц от дурного обращения со стороны полиции или вооруженных сил». […] Поэтому Суд воздерживается от рассмотрения существа требований подсудимого по Уставу Нюрнбергского трибунала.

C. Контрольные полномочия

Норьега не утверждает и не может утверждать на законных основаниях, что президент Буш превысил свои полномочия главнокомандующего, отдав приказ о вторжении в Панаму. Скорее, он просит Суд прийти к заключению, что смерть невинных граждан и уничтожение частной собственности «потрясает сознание и нарушает законы и нормы гуманности». Значит, по сути дела, жалоба Норьега оспаривает собственно этичность самой войны. Это вопрос политический в самом своем первозданном виде. Он затрагивает сферу управления судебной властью и контроля внешней политики и одним махом ставит под сомнение мудрость, правомерность и этичность отправления вооруженных сил в бой, то есть решения, которое,

согласно Конституции, возлагается на исполнительную и законодательную ветви власти и тем самым находится вне сферы судебного надзора. […]

Адвокат защиты осудил военные действия и последовавшие за ними «зверства», а затем, заложив таким образом основу для своих аргументов, намекнул, что Суд не должен одобрять подобные деяния, и результаты подобных деяний, то есть аресты, должны быть запрещены. Далее он настаивал, что продолжение рассмотрения данного дела означает судебное одобрение военных действий, которые осуждает адвокат защиты. […]

Наконец, даже если предположить, что у Суда есть какое-либо право объявлять, что вторжение в Панаму «потрясает сознание», использование им своих контрольных полномочий в данной ситуации не имело бы — по указанным причинам — никакого отношения к настоящему судебному разбирательству. Поскольку Суд, в сущности, осуждал бы скорее военное вторжение, а не правоприменительную акцию, любое «средство судебной защиты» оказалось неизбежно направлено на последствия и результаты вооруженного конфликта, а не на судебное преследование подсудимого Норьеги в связи с предполагаемыми нарушениями, связанными с наркотиками. Следовательно, предположение подсудимого, что судебное осуждение вторжения должно привести к отклонению выдвинутых против него обвинений, связанных с наркотиками, необоснованно.

Учитывая приведенные выше выводы и замечания, Приказ данного Суда заключается в том, что несколько ходатайств, поданных подсудимыми в связи с юрисдикцией Суда, а также ходатайство, предлагающее прекратить дело в соответствии с контрольными полномочиями Суда, должны быть отклонены и ОТКЛОНЯЮТСЯ. […]

B. Место содержания под стражей

[**Источник**: United States District Court for the Southern District of Florida, 808 F. Supp. 791 (1992); примечания приводятся частично.]

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ, истец
против
МАНУЭЛЯ АНТОНИО НОРЬЕГИ, подсудимого,
ОКРУЖНОЙ СУД СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ
ПО ЮЖНОМУ ОКРУГУ ШТАТА ФЛОРИДА
СУДЕБНОЕ РЕШЕНИЕ: УИЛЬЯМ М. ХОВЕЛЕР:
РЕКОМЕНДАЦИЯ
8 декабря 1992 г.

НАСТОЯЩЕЕ ДЕЛО вновь предстает перед Судом с еще одним уникальным вопросом, на этот раз связанным с назначением наказания. Обычно Суд может лишь рекомендовать место лишения свободы подсудимых,

признанных виновными, и (или) его тип. При вынесении приговора был поднят вопрос о статусе генерала Норьеги как военнопленного, поскольку этот статус связан с лишением свободы, и сторонам было предоставлено время, чтобы изложить их соображения, что они и сделали. […] Подсудимый утверждает, что Женевская конвенция об обращении с военнопленными (Третья Конвенция) является применяемым правом, которое Суд должен признать. Подсудимый также настаивает, что вне зависимости от того, классифицирует ли правительство США генерала Норьегу как военнопленного, на деле он таковым является и должен пользоваться всеми преимуществами, которые дает этот статус. Перед Судом стоит несколько вопросов, но основной, кажется, заключается в том, запрещает ли Женевская конвенция заключение в федеральную тюрьму военнопленного, осужденного за общеуголовные преступления против США. Чтобы разрешить эту проблему, Суду необходимо рассмотреть три взаимосвязанных вопроса: 1) какими полномочиями, если таковые имеются, обладает Суд в данном вопросе; 2) применима ли к данному делу Третья Конвенция; 3) если да, какие из ее положений применимы к лишению свободы генерала Норьеги, и каковы содержащиеся в них требования.

I. ПОЛНОМОЧИЯ СУДА

[…] Суд пришел к заключению, что не имеет полномочий отдать Управлению тюрем приказ о помещении генерала Норьеги в какое-либо конкретное учреждение. Однако, как и в случае со всеми процедурами вынесения приговора, этот Суд имеет право — и, возможно, обязан, — рекомендовать, чтобы Управление тюрем поместило Норьегу в учреждение того типа, которое Суд сочтет наиболее уместным с учетом обстоятельств дела. Суд относится к этой обязанности весьма серьезно, особенно в создавшейся здесь необычной ситуации, когда подсудимый является одновременно лицом, осужденным за тяжкое уголовное преступление, и военнопленным. Этот двойной статус поднимает важные и не решавшиеся ранее вопросы международного права, которые Суд должен изучить, если надеется вынести справедливую и продуманную рекомендацию о том, в учреждении какого типа генерал должен отбывать свой срок.

II. ПРИМЕНИМОСТЬ ТРЕТЬЕЙ КОНВЕНЦИИ

Перед тем как подробно изучить различные положения Третьей Конвенции, Суд должен решить, применим ли этот договор в какой-либо степени к рассматриваемому делу. Третья Конвенция — международный договор, предназначенный для защиты военнопленных от бесчеловечного отношения со стороны тех, кто захватил их в плен. Вне зависимости от того, может ли он на законных основаниях быть применен при данных обстоятельствах, этот договор, без сомнения, является действующим

международным соглашением и частью «права страны» в США. Третья Конвенция как таковая применима к любому военнопленному, захваченному и содержащему под стражей Соединенными Штатами, и правительство США несет как минимум международное обязательство выполнять этот договор. Кроме того, данный Суд полагает, что Третья Конвенция сама по себе обладает исполнительной силой и предоставляет генералу Норьеге право предъявлять иск в суде США в связи с нарушением ее положений.

A. Статус Норьеги как военнопленного

До сих пор правительство избегало необходимости официально определить статус Норьеги. В ряде случаев в ходе рассмотрения дела адвокат обвинения сообщал, что генерал Норьега пользуется и продолжит пользоваться всеми преимуществами Женевской конвенции. Ни в одном случае не было достигнуто соглашение о том, что он является на самом деле военнопленным. Позиция правительства не гарантирует, что в какой-то момент в будущем правительство не придет к решению, что Норьега не является военнопленным и поэтому не имеет права на гарантии Третьей Конвенции. Кажется, это именно та ситуация, защищать от которых предназначена Третья Конвенция. В связи с вопросами, поставленными касательно будущего тюремного заключения генерала и обращения с ним, представляется уместным — даже необходимым — рассмотреть вопрос о статусе подсудимого. Статьи 2, 4 и 5 Третьей Конвенции устанавливают критерии для определения того, кто является военнопленным. Следует ли ожидать официальной жалобы со стороны подсудимого или возбуждения иска от его имени, чтобы определить это? Учитывая вопросы, ранее поднятые подсудимым, Суд так не считает.

«Статья 2

[…] настоящая Конвенция будет применяться в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны.

Конвенция будет применяться также во всех случаях оккупации всей или части территории Высокой Договаривающейся Стороны […]. […]»

Конвенция применяется к невероятно широкому кругу событий. Правительство характеризует ввод вооруженных сил США в Панаму 20 декабря 1989 г. как «военные действия» в Панаме (письмо из министерства иностранных дел США Генеральному прокурору США, 31 января 1990 г., с. 1). Как бы правительство ни желало это называть, события конца 1989 — начала 1990 гг. несомненно являлись «вооруженным конфликтом» в зна-

чении статьи 2. Вооруженные силы были задействованы в конфликте между двумя сторонами договора. Хотя в самом тексте статьи 2 не дается определения «вооруженного конфликта», в Комментарии Красного Креста к Женевским конвенциям 1949 г.

> [примечание 6: *International Committee of the Red Cross, Commentary on the Geneva Conventions*, (J. Pictet, ed., 1960) (далее — «Commentary»). [...] Несмотря на все свои усилия преуменьшить убедительность Комментария, когда на него ссылался Норьега, правительство само цитирует Комментарий, когда он свидетельствует в пользу его позиции.]

говорится: «Любые разногласия, возникающие между двумя государствами и ведущие к вмешательству личного состава вооруженных сил, являются вооруженным конфликтом в значении статьи 2 [...]. Не имеет значения, как долго длится конфликт, сколько пролилось крови или насколько многочисленны участвующие в нем войска; достаточно того, что вооруженные силы одной державы захватили в плен врагов, подпадающих под действие статьи 4» (Commentary, p. 2). Кроме того, правительство призналось в своей установке широко толковать статью 2: Соединенные Штаты твердо поддерживают четыре Женевские конвенции 1949 г. [...] Мы, как нация, горячо желаем содействовать соблюдению законов вооруженного конфликта и обеспечить максимальную правовую защиту захваченным в плен военнослужащим вооруженных сил США. Поэтому Соединенные Штаты берут за правило применять Женевские конвенции 1949 г. во всех случаях, когда происходят вооруженные военные действия между регулярными иностранными вооруженными силами, даже если можно доказать, что не удовлетворены минимальные критерии применимости Конвенций, содержащиеся в статье 2, общей. В этом отношении мы разделяем мнение Международного Комитета Красного Креста относительно того, что статью 2 Конвенций следует толковать широко (письмо из министерства иностранных дел США Генеральному прокурору США, 31 января 1990 г., с. 1–2).

«Статья 4А

Военнопленными, по смыслу настоящей Конвенции, являются попавшие во власть неприятеля лица, принадлежащие к одной из следующих категорий:

1. Личный состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте...»

Содержащееся в Третьей Конвенции определение военнопленных достаточно широко, чтобы включать в себя генерала Норьегу. Не оспаривается, что он был главнокомандующим Панамских сил обороны, и что он попал «во власть неприятеля». В подпункте 3 статьи 4А указано, что захваченные в плен военнослужащие являются военнопленными, даже

если они считают себя «в подчинении правительства или власти, не признанных держащей в плену державой».

«Статья 5

Настоящая Конвенция будет применяться к лицам, указанным в статье 4, с того момента, как они попадут во власть неприятеля, и вплоть до их окончательного освобождения и репатриации.

В случае, если в отношении лиц, принявших то или иное участие в военных действиях и попавших в руки противника, возникает сомнение в их принадлежности к одной из категорий, перечисленных в статье 4, такие лица будут пользоваться покровительством настоящей Конвенции до тех пор, пока их положение не будет определено компетентным судом».

Последние два слова статьи 5 поднимают важный вопрос: что такое «компетентный суд»? Адвокат обвинения предположил следующее: хотя он и не знает, что такое компетентный суд, предусмотренный в статье 5, возможно, ответ находится в статье 8, в соответствующей части которой говорится, что «настоящая Конвенция будет применяться при содействии и под контролем держав-покровительниц,

> [примечание 7: Державы-покровительницы — это нейтральные третьи стороны, задача которых заключается в том, чтобы обеспечить соблюдение держащей в плену державой прав военнопленных по Конвенции, особенно при отсутствии надлежащих действий со стороны державы происхождения военнопленного (его родины).],

на которых возложена охрана интересов сторон, находящихся в конфликте». Нигде в этом тексте не указано, что одним из прав или обязанностей держав-покровительниц является принятие решений относительно статуса военнопленных. Скорее, кажется очевидным, что их предназначение — способствовать надлежащему обращению с военнопленными и следить за ним. В ходе разработки Третьей Конвенции вместо выражения «компетентный суд» предлагалось выражение «военный суд». Однако разработчики отклонили это предложение, считая, что «передача лица военному суду может иметь более серьезные последствия, чем решение лишить его преимуществ, предоставляемых Конвенцией» (Commentary, p. 77, цитируется II-B Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, p. 270.). Конечно, разработчики заботились о том, чтобы любой орган, который должен принимать решения о статусе военнопленных, был справедливым, компетентным и беспристрастным.

Суд признает, что осуществление внешней политики обычно входит в компетенцию исполнительной власти. Является ли решение о присвоении лицу статуса военнопленного политической проблемой, — это некий

подвопрос, на который, наверное, нельзя дать однозначный ответ. Хотя Суд полагает, что может решить вопрос о статусе военнопленного, если таковой будет ему представлен надлежащим образом, этот вывод в сложившейся ситуации требует ответа на вопрос, представлено ли это дело «надлежащим образом». Не обращая пока внимания на тот факт, что была принята апелляция и что до настоящего момента, по крайней мере, нарушений Третьей Конвенции не было обнаружено, Суд считает и приходит к выводу, что обладает полномочиями разрешить представленный вопрос о статусе. Это не значит, что исполнительная власть не может принять решение по данному вопросу при других обстоятельствах. Суд действительно полагает, что в тех случаях, когда Суду надлежащим образом представляют проблему, по закону он является «компетентным судом», могущим принять решение по ней. Учитывая это, Суд приходит к заключению, что генерал Норьега на самом деле является военнопленным по определению Третьей Конвенции и в качестве такового должен пользоваться гарантиями, предусмотренными этим договором, вне зависимости от типа учреждения, куда Управление тюрем решит его поместить.

B. «Право страны»

Женевская конвенция применяется к данному делу, потому что она включена во внутреннее законодательство Соединенных Штатов. Договор становится частью «высшего права страны» после его ратификации Сенатом США (Конституция США, статья VI, пункт 2). Сенат единогласно проголосовал за ратификацию Третьей Конвенции 6 июля 1955 г. […] Правительство признает, что Третья Конвенция является «правом страны», но сомневается, что это право имеет обязательную силу и может быть применено в судах США.

C. Правоприменение

Если Управление тюрем не сумеет обеспечить Норьеге обращение, соответствующее стандарту, установленному для военнопленных в Третьей Конвенции, что он может сделать, чтобы заставить правительство выполнять предписания этого договора?

1. Статья 78. Право на выражение протеста

Потенциально военнопленный, считающий, что его права по Женевской конвенции нарушаются, обладает двумя средствами обеспечить применение права. Первое — право подать жалобу на условия содержания военным властям держащей в плену державы или представителям державы-покровительницы либо гуманитарных организаций. Это право установлено в статье 78 Третьей Конвенции и не может быть отвергнуто

военнопленным, а также отменено или излишне ограничено держащей в плену державой. См. статьи 5, 7, 78, 85.

«Статья 78

Военнопленные имеют право представлять военным властям, под властью которых они находятся, просьбы по поводу установленного для них режима пребывания в плену.

Они также имеют право обращаться без всяких ограничений через доверенное лицо или непосредственно, если они найдут это нужным, к представителям держав-покровительниц, чтобы обратить их внимание на те моменты режима плена, в отношении которых у них имеются жалобы.

Эти ходатайства и жалобы не будут ограничиваться или рассматриваться как часть квоты корреспонденции, указанной в статье 71. Они должны передаваться в срочном порядке. Они не могут повлечь за собой никакого наказания, даже если они будут признаны необоснованными.

Доверенные лица смогут направлять представителям держав-покровительниц периодические доклады о положении в лагерях и о нуждах военнопленных».

Теоретически, привлекая внимание к нарушениям Конвенции, военнопленный пристыдит правительство и заставит его исправить те неприемлемые условия, в которых его содержат. Однако очевидный недостаток этой системы подачи жалоб состоит в отсутствии реальных средств для обеспечения ее эффективности. Мотивы, заставляющие правительство соблюдать договор, обусловлены его стремлением заслужить благосклонное отношение других государств и, хотелось бы надеяться, просто желанием сделать то, что правильно при данных обстоятельствах. Однако, если мы искренне верим в цели Конвенции, при необходимости в наличии должен быть также и более действенный и надежный метод защитить права военнопленных. Обращение к судам держащей в плену державы кажется подходящей мерой в тех случаях, когда это возможно.

2. Судебный процесс в суде США

Другим методом обеспечения применения Конвенции мог бы стать судебный процесс в федеральном суде. Правительство утверждает следующее: если генерал Норьега считает, что условия в каком-либо учреждении, где его содержит Управление тюрем, не соответствуют требованиям Третьей Конвенции, он может подать ходатайство об издании приказа hapeas corpus […]. Однако правительство также заявляет, что Третья Конвенция не обладает сама по себе исполнительной силой и поэтому не

дает отдельным лицам права подавать иск в суд США. Если рассматривать их вместе, эти два довода ведут к заключению, что правительство предлагает генералу Норьеге ложное право. Согласно позиции правительства, Норьега может подать [...] иск, но любая попытка базировать его на нарушениях Женевской конвенции будет отклонена, поскольку генерал не имеет права ссылаться на этот договор.

Доктрину собственной исполнительной силы называют «одним из самых запутанных» вопросов в договорном праве. [...] Она сложна, и ее не слишком хорошо понимают. Подробное обсуждение этой доктрины и ее приложения к Третьей Конвенции было бы преждевременным и неосуществимым в данном судебном решении. Однако Суд желает рассеять впечатление, будто он уже решил, что Третья Конвенция не обладает сама по себе исполнительной силой, и хочет добавить следующее: если бы ему дали возможность рассмотреть этот вопрос в рамках реальной дискуссии, Суд почти наверняка постановил бы, что большинство положений Третьей Конвенции в действительно обладают сами по себе исполнительной силой.

> [Примечание 8: «Некоторые положения международного соглашения могут обладать сами по себе исполнительной силой, тогда как другие ею не обладают». (Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States (Свод (третий) законов о международных отношениях США), at 111 cmt. h (1986). Статья 129 Третьей Конвенции явно не обладает сама по себе исполнительной силой, поскольку она предусматривает имплементирующее законодательство; однако остальные положения для своего вступления в силу не требуют прямо и косвенно каких-либо действий со стороны Конгресса, кроме ратификации договора Сенатом. В статье 129 сказано, что «Высокие Договаривающиеся Стороны берут на себя обязательство ввести в действие законодательство, необходимое для обеспечения эффективных уголовных наказаний для лиц, совершивших или приказавших совершить те или иные серьезные нарушения настоящей Конвенции». Определение «серьезных нарушений» Конвенции дано в статье 130 и явно не имеет отношения к рассматриваемому вопросу.]

По сути, договор, сам по себе обладающий исполнительной силой, — это договор, который становится частью внутреннего законодательства подписавшего его государства без законодательных актов по его имплементации и предусматривает право частных лиц, заявляющих о нарушении его положений, подавать иск [...] Таким образом, пусть даже Третья Конвенция безусловно является «правом страны», это не значит, что она имеет обязательную силу для судов США, если договор требует законодательства по имплементации или не предусматривает права на подачу иска для частных лиц. Самые сложные ситуации возникают в связи с такими договорами, как Третья Конвенция, в отношении которых не существует имплементирующего законодательства США, что оставляет на усмотрение судов решение о том, принадлежит ли договор к тому типу, который может действовать без такого законодательства.

Хотя суды обычно полагают, что договоры не обладают сами по себе исполнительной силой при отсутствии прямого указания на обратное, Свод законов считает договоры обладающими сами по себе исполнительной силой, если в самом соглашении не требуется прямо специальное законодательство по имплементации, если Сенат не требует имплементирующего законодательства в качестве условия для ратификации, и если имплементирующее законодательство не требуется по Конституции (Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States, at 111(4) (1986). Большинство профессионалов согласны с этим и приводят убедительные доводы в пользу того, что договоры, предназначенные для защиты прав личности, подобно Третьей Конвенция, обладают сами по себе исполнительной силой. Обладает ли исполнительной силой сама по себе Третья Конвенция, — этот вопрос никогда не вставал напрямую перед судом США в каком-либо деле, обстоятельства которого были бы сходны с данным делом. […]

Однако в случае Третьей Конвенции вывод о том, что осуществление установленных ею прав не может быть обеспечено отдельным военнопленным в суде, противоречил бы как букве, так и духу договора, а также заявленной нами поддержке его цели. В конце концов, основная задача Третьей Конвенции — обеспечить гуманное обращение с военнопленными, а не создать некий бесструктурный, не поддающийся применению кодекс чести для подписавших ее государств. «Не следует забывать, что Конвенции создавались, в первую очередь, чтобы защитить отдельных лиц, а не послужить интересам государства» (Commentary, p. 23).

Суд может представить множество ситуаций, в которых содержащееся в статье 78 право на выражение протеста не смогло бы должным образом защитить военнопленного, который не пользуется всеми применимыми гарантиями Третьей Конвенции. Если Соединенные Штаты на самом деле уважают Третью Конвенцию так глубоко, как они утверждают, они должны обеспечить возможность добиваться применения ее положений к военнопленным, имеющим право на ее защиту. Если бы данный Суд мог принять решение в этом вопросе, он почти наверняка признал бы, что Третья Конвенция обладает сама по себе исполнительной силой и что генерал Норьега может ссылаться на ее положения в иске в федеральный суд относительно условий его содержания. Хотя, даже если Третья Конвенция не обладает сама по себе исполнительной силой, Соединенные Штаты все равно обязаны соблюдать свои международные обязательства.

III. РЕГУЛИРУЮЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ ТРЕТЬЕЙ КОНВЕНЦИИ

Последняя задача Суда — определить, какие положения Третьей Конвенции имеют отношение к лицу, которое одновременно осуждено за тяжкое уголовное преступление и является военнопленным. Хотя эти два стату-

са не являются взаимоисключающими, их сочетание в одном лице создает необычную и несколько сложную ситуацию в отношении применения Третьей Конвенции.

Основное разногласие между Норьегой и правительством состоит в том, следует ли опираться на статьи 21 и 22 или на статью 108 при определении того, куда должен быть помещен генерал. Защита доказывает, что статьи 21 и 22, которые прямо запрещают помещать военнопленных в тюрьмы, применимы к генералу Норьеге. Правительство заявляет, что ситуацию регулирует статья 108, которая позволяет Управлению тюрем помещать военнопленных, отбывающих уголовное наказание, в любое место, включая тюрьмы, где могли бы содержаться военнослужащие США, осужденные за те же преступления.

Выражалось некоторое беспокойство относительно потенциального противоречия между этими положениями. Однако тщательное прочтение различных статей в их надлежащем контексте доказывает, что противоречия не существует. Говоря просто, статьи 21 и 22 не применимы к военнопленным, осужденным за общеуголовные преступления против держащей в плену державы. Конвенция четко отделяет военнопленных, осужденных за преступления, от других военнопленных, особо посвящая им статьи 82–108 «Уголовные и дисциплинарные наказания».

A. Статьи 21 и 22

«Статья 21 [часть 1:]

Держащая в плену держава может подвергнуть военнопленных интернированию. Она может обязать их не выходить за установленную черту лагеря, в котором они интернированы, или же, если лагерь обнесен оградой, не выходить за эту ограду.

За исключением случаев, предусмотренных положениями настоящей Конвенции, касающимися уголовных и дисциплинарных санкций, военнопленных нельзя держать в запертых помещениях или лишать права покидать помещения, если только эта мера не является необходимой для охраны их здоровья; во всяком случае применение этой меры допускается лишь в течение того времени, пока вызвавшие ее обстоятельства не отпали. […]»

«Статья 22 [часть 1:]

Интернированные военнопленные могут быть размещены только в помещениях, находящихся на суше и предоставляющих полную гарантию в отношении гигиены и сохранения здоровья. За исключением особых случаев, оправдываемых интересами самих пленных, их не следует размещать в тюремных зданиях. […]»

Статьи 21 и 22 находятся в начале главы I «Общие положения» части II «Интернирование военнопленных». Эта глава Третьей Конвенции касается интернирования военнопленных, которые не были осуждены за преступления, и, следовательно, неприменима к генералу Норьеге. Ссылка подсудимого на эти статьи ошибочна; более того, они проясняют, что на военнопленных, осужденных за преступления, распространяются иные нормы, чем на остальных военнопленных. Предусмотренное в статье 22 общее запрещение интернирования военнопленных в тюрьмах ограничено содержащимся в статье 21 признанием, что все общие требования, относящиеся к обращению с военнопленными, не касаются «случаев, предусмотренных положениями настоящей Конвенции, касающимися уголовных и дисциплинарных санкций». Эта ссылка на статьи 82–108 показывает, что статьи части II не применяются к военнопленным, отбывающим судебный приговор.

Этот довод также подкрепляется использованием в части II термина «интернирование» в отличие от выражений «арест» или «заключение», которые используются в статьях об уголовных санкциях. В Комментарии развивается эта тема: «Понятие интернирования не следует путать с понятием содержания под стражей. Интернирование связано с обязательством не покидать город, деревню или участок земли, огороженный или нет, где находятся лагерные здания, но необязательно означает, что военнопленный может быть заключен в камеру или иное помещение. Такое заключение может осуществляться лишь в рамках уголовных или дисциплинарных санкций, которые прямо предусмотрены в главе III части VI (Commentary, p. 178). Итак, статья 22 запрещает интернирование — но не заключение — военнопленных в тюремных зданиях.

По этим причинам Суд придерживается мнения, что статьи 21 и 22 не применимы к генералу Норьеге.

B. Статья 108

Правительство доказывает, что Женевская конвенция «прямо и недвусмысленно» разрешает Управлению тюрем заключить Норьегу в тюрьму, если он не подвергается более суровому обращению, чем то, которому подвергся бы военнослужащий вооруженных сил США, осужденный за такое же преступление.

Согласно Своду законов США (раздел 18, глава 3231) федеральные окружные суды обладают совместной юрисдикцией с военными судами в отношении всех нарушений законов США, совершенных военнослужащими. […] Свод законов США (глава 814) и Свод федеральных нормативных актов (раздел 32, п. 503.2(a) приказывают военным властям передать предполагаемого преступника гражданским властям для суда точно

так же, как любое другое лицо, обвиняемое в преступлении. После того, как гражданский суд признал лицо виновным и вынес ему приговор, его также заключают в гражданское учреждение, в том числе в федеральную тюрьму, как и любого другого осужденного преступника.

В части 1 статьи 108 сказано:

«Военнопленные будут отбывать наказания, к которым они будут присуждены по вступившим в законную силу приговорам, в тех же учреждениях и в тех же условиях, что и лица из состава вооруженных сил держащей в плену державы. Эти условия должны во всяком случае отвечать требованиям гигиены и гуманности».

Следовательно, согласно части 1, кажется, что генерала Норьегу формально можно заключить в федеральную тюрьму, не нарушая Женевскую конвенцию. Однако это еще не конец расследования. Настоящий вопрос заключается в том, могут ли федеральные тюрьмы вообще или какая-либо конкретная федеральная тюрьма предоставить военнопленному различные гарантии, на которые он имеет право по Женевской конвенции. Статья 108 предусматривает, что условия в любом учреждении, где военнопленный отбывает свой срок, «должны во всяком случае отвечать требованиям гигиены и гуманности». Истолковать текст этих положений не всегда легко. В Комментарии к статье 108 говорится, что следует руководствоваться статьями 25 и 29, которые устанавливают минимальные стандарты размещения военнопленных (Commentary, p. 502).

Кроме того, статья 108 требует, чтобы военнопленным было разрешено «получать и отправлять корреспонденцию, получать не менее одной посылки в месяц, регулярно гулять на открытом воздухе; они также будут получать медицинскую помощь, которая потребуется по состоянию их здоровья, и духовную помощь, которую они пожелают иметь». Многие из этих выражений довольно расплывчаты. Например, что значит «регулярно» гулять? Благоразумные люди могут разойтись во мнении относительно того, чего требуют эти положения. Однако, учитывая задекларированную готовность США защищать военнопленных и содействовать соблюдению законов вооруженного конфликта путем свободного толкования Женевских конвенций, расплывчатые или неоднозначные условия следует всегда толковать наиболее благоприятным для военнопленного образом.

C. Другие применимые статьи

Часть 3 статьи 108 гласит:

«В любом случае военнопленные, присужденные к наказанию с лишением свободы, остаются под защитой положений статей 78 и 126 насто-

ящей Конвенции. ... Наказания, которые на них могут быть наложены, должны соответствовать положениям статьи 87, абзаца третьего. [...]» И снова, некоторые из этих условий расплывчаты, однако благодаря готовности США свободно толковать Женевские конвенции и поскольку США обязательно должны подавать хороший пример тем, как они обращаются с военнопленными, неоднозначные условия должны быть истолкованы наиболее благоприятным для военнопленных образом.

Статья 126 дает почти неограниченные полномочия представителям державы-покровительницы и международных гуманитарных организаций в отношении надзора за обращением с военнопленными, где бы и в каких бы учреждениях они ни содержались.

Правительство доказывает, что ссылка на статьи 78, 87 и 126 в статье 108 является положительно выраженным ограничением прав Норьеги, что это единственные статьи, которые применимы к военнопленным, содержащимся в тюрьме в связи с общеуголовными преступлениями. Подсудимый возражает, что статья 108 лишь описывает минимальные требования, так что, хотя с военнопленными нельзя обращаться хуже, чем с солдатами США, осужденными за те же преступления, часто с ними следует обращаться лучше. Норьега утверждает, что статью 108 следует рассматривать в сочетании со статьей 85, в которой говорится, что «военнопленные, подвергающиеся преследованию в силу законодательства держащей в плену державы за действия, совершенные ими до взятия в плен, пользуются покровительством настоящей Конвенции даже в случае их осуждения». [...]

Комментарий подтверждает мнение Норьеги о том, что он продолжает иметь право на общие гарантии Конвенции: Конвенция предоставляет важные гарантии военнопленным, содержащимся в заключении по судебному приговору. Некоторые из этих гарантий вытекают из общих положений, применимых ко всем условиям, которые касаются заключения, таких как статья 13 (гуманное обращение), статья 14 (уважение к личности военнопленных [...]), статья 16 (одинаковое обращение). В других положениях прямо говорится об исполнении наказаний и особо запрещаются жестокость, любые посягательства на честь военнопленного (статья 87) и дискриминация (статья 88)... Тюремное заключение не связано с отменой основных гарантий, предоставляемых военнопленным данной Конвенцией, поэтому число положений, которые становятся неприменимыми в связи с фактом [...] заключения, невелико... На самом деле, эти статьи [78, 87, 126] входят в число положений, которые не становятся неприменимыми в связи с заключением. Однако благодаря их особому значению они упомянуты особо (Commentary, pp. 501–503). Таким образом, кажется, осужденный военнопленный имеет право на основные гарантии Третьей Конвенции до тех пор, пока он остается под

надзором держащей в плену державы. В Комментарии к статье 108 упоминаются и другие статьи, помимо тех трех, которые конкретно указаны в тексте (Commentary, pp. 500–508). Логично сделать вывод, что заключение по судебному приговору ведет к отмене лишь тех гарантий, которые по своей сути несовместимы с пребыванием в тюрьме.

Данный Суд приходит к выводу, что к генералу Норьеге должны применяться как минимум все статьи, содержащиеся в разделе I «Общие положения», а также любые положения, касающиеся здоровья. Также применяются, как предусмотрено в них самих, статьи 82–88 (раздел «Общие положения» главы «Уголовные и дисциплинарные наказания») и 99–108 (подраздел «Судебное преследование»).

Кроме того, Суд хотел бы еще раз отметить, что заявленная установка США состоит в том, что любые отступления от договора должны быть в пользу военнопленных. Чтобы подавать правильный пример и избежать снижения доверия и уважения со стороны других государств, правительство США должно придерживаться этой установки, поместив генерала Норьегу в учреждение, которое сможет предоставить ему всю совокупность гарантий, на которые он имеет право по Конвенции.

IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Изложение выводов, для которых было бы достаточно пары страниц, заняло значительное время и место. Это объясняется потенциальной важностью данного вопроса для очень многих и тем, какой беспрецедентный оборот приняло дело. Подсудимый Норьега явно является военнопленным по Третьей Женевской конвенции. Он имеет и будет иметь право на всю совокупность прав по этому договору, который включен в законодательство США. Тем не менее он может отбывать свой срок в гражданской тюрьме, выбранной Генеральным прокурором или Управлением тюрем, до тех пор, пока ему предоставляются все преимущества, предусмотренные Конвенцией.

Могут ли эти права быть в полной мере предоставлены в исправительном учреждении особо строгого режима, — этот вопрос вызывает серьезные сомнения. Однако пока на этот вопрос должны ответить те, кто будет определять место содержания подсудимого и его тип. При вынесении этого решения те, на кого возложена эта ответственность, должны помнить, сколь важно для наших собственных войск добросовестное (и даже более того) соблюдение предписаний Третьей Конвенции. Вне зависимости от того, как правительство относится к подсудимому как к личности, последствия несоблюдения Конвенции слишком велики, чтобы оправдать отступления от нее.

В бурном море международных событий: насилия, лжи и трагедий, заполняющих новостные программы, довольно малоизвестные проблемы настоящего дела могут показаться несущественными. Но это не так. Последствия не слишком строгого соблюдения Третьей Конвенции очень серьезны и должны учитываться при любом рассмотрении представленных здесь вопросов.

СОВЕРШЕНО и ПРЕДПИСАНО в Майами,

Флорида, 8 декабря 1992 г.

УИЛЬЯМ М. ХОВЕЛЕР

ОКРУЖНОЙ СУДЬЯ СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Являлось ли вторжение США в Панаму международным вооруженным конфликтом? Даже если Норьега не был, согласно Панамской конституции, законным лидером Панамы? Даже если свободно избранный президент Панамы Эндара потребовал вторжения войск США? (См. статью 2 Конвенции III.)

   b. Является ли Норьега военнопленным? Несмотря на то, что он принадлежит к вооруженным силам, не зависящим от свободно избранного лидера Панамы Эндары (и не принимающим приказы от него)? (См. статьи 1—3 Гаагского положения, статью 4(A)(3) Конвенции III и статьи 43—44 Протокола I.)

   c. Обязательно ли Суд, выносящий приговор Норьеге, обладает компетенцией для определения его статуса как военнопленного? Обязан ли он принять решение об этом статусе? (См. статьи 5, 82, 84, 85, 87 и 99 Конвенции III.)

   d. Остается ли Норьега военнопленным, даже если ему вынесен приговор в США за преступления, связанные с наркотиками? (См. статью 85 Конвенции III и статью 44(2) Протокола I.)

   e. Законны ли депортация Норьеги и его интернирование в США согласно МГП? Даже если вторжение США в Панаму являлось нарушением международного права? (См. статью 22 Конвенции III.)

2. a. Подпадают ли военнопленные под действие уголовного законодательства держащей в плену державы в связи с действиями, совершенными до их захвата в плен? Даже если эти действия были совершены на их родине? Даже если эти действия не связаны с вооруженным конфликтом? (См. статьи 82, 85, 87 и 99 Конвенции III.)

   b. Как вы считаете, какие ограничения с точки зрения МГП должны накладываться на применение экстерриториального законодательства держащей в плену державы к действиям военнопленных, совершенным до их захвата в плен? Может ли держащая в плену держава применять законодательство, защищающее ее безопасность и территориальную целостность, к военнопленным в связи с действиями, совершенными ими в рамках служения своей стране до захвата в плен? (См. статьи 82, 85, 87 и 99(1) Конвенции III и статью 75(4)(c) Протокола I.)

3. Могут ли гражданские суды держащей в плену державы выносить приговор военнопленным? (См. статьи 84 и 102 Конвенции III.)

4. Могут ли военнопленные содержаться в тюрьмах? В рамках предварительного заключения? После вынесения приговора? Каким обращением должен пользоваться военнопленный, которому вынесен приговор и который содержится в исправительном учреждении — тем, что предусмотрено правилами тюрьмы? Или тем, что определено Конвенцией III? (См. статьи 22(1), 95, 97, 98(1), 103(3) и 108 Конвенции III.)

5. Обладают ли положения Конвенции III об условиях тюремного заключения сами по себе исполнительной силой? Если нет, какие существуют способы обеспечить применение Конвенций в связи с нарушениями, например, условий содержания в плену? Эти способы говорят что-нибудь о сильных или слабых сторонах МГП?

6. В МГП сказано, законно ли вести войну, чтобы схватить торговца наркотиками, который не подлежит экстрадиции? Применимо ли МГП к подобной войне? Входит ли защита торговцев наркотиками в задачи Конвенции III? Почему для МГП и для США важно, что Суд квалифицировал Норьегу как военнопленного?

XX. Восточная Африка

[См. также гл. XXVII, Сомали.]

Прецедент № 135, Эфиопия/Сомали, Военнопленные в Огаденском конфликте

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *ICRC Annual Report*, 1988, pp. 25–26.]

ЭФИОПИЯ/СОМАЛИ

Деятельность в связи с последствиями Огаденского конфликта

В 1988 г. были освобождены и репатриированы более 4 тысяч человек, большинство из которых содержались в заключении в Эфиопии и Сомали в течение почти 11 лет. Эфиопия и Сомали 3 апреля подписали соглашение о нормализации отношений, в котором предусматривалась репатриация всех военнопленных и гражданских интернированных лиц.

В течение ряда лет МККК пытался убедить правительства обеих стран репатриировать всех военнопленных, в первую очередь больных и тяжелораненых, в соответствии со статьями 109, 110 и 118 Женевской конвенции III. МККК вновь обратился к обоим правительствам с просьбой сделать это, направив им 14 марта 1988 г. вербальную ноту. Узнав о подписании соглашения от 3 апреля, МККК снова предложил свои услуги для организации операции по репатриации. Это предложение было принято, и МККК получил разрешение на посещение мест содержания под стражей, с тем чтобы провести беседу с каждым из задержанных, зарегистрировать их и удостовериться в том, что они хотят быть репатриированы. Сама репатриация состоялась в августе.

Посещение сомалийских военнопленных

После проведенных в период между 28 октября и 4 ноября 1987 г. посещений 238 сомалийских военнопленных МККК не получал разрешение снова увидеться с этими заключенными, как он это обычно делает в соответствии со своими критериями, определенными в статье 126 Женевской конвенции III. С другой стороны, у него была возможность предоставлять им продовольственную и материальную помощь. С января по

август 1988 г. делегаты МККК несколько раз посещали три места содержания под стражей […] для того, чтобы передать военнопленным гуманитарную помощь.

18 августа эфиопские власти согласились предоставить МККК разрешение на организацию репатриации этих военнопленных и одновременно разрешили МККК провести с ними индивидуальные беседы, чтобы удостовериться в их желании репатриироваться. Во время последнего посещения, которое состоялось в Дыре-Дауа за два дня до начала самой операции по репатриации, были зарегистрированы еще 16 военнопленных, которых ранее не посещали.

Посещения эфиопских военнопленных и гражданских интернированных лиц

Несмотря на неоднократные представления, которые делались с 1984 г., у МККК не было возможности посещать эфиопских военнопленных в соответствии с критериями, установленными в Женевских конвенциях; он мог осуществлять посещения только один раз в два месяца для того, чтобы предоставить помощь. Делегаты регулярно приезжали в три места содержания под стражей […], привозя свежие фрукты и овощи, а иногда различные предметы для организации досуга и туалетные принадлежности для 266 эфиопских военнопленных и одного кубинца; однако им не разрешалось проводить беседы с заключенными без свидетелей. Когда было объявлено о соглашении, достигнутом между Сомали и Эфиопией 3 апреля, власти Сомали приняли предложение МККК об организации репатриации и разрешили его делегатам посетить все места содержания под стражей. Делегаты зарегистрировали всех содержащихся там лиц, как гражданских, так и из состава вооруженных сил, и провели с ними беседы, с тем чтобы убедиться, что они хотят возвратиться в Эфиопию.

После того как были закончены все подготовительные мероприятия, в конце июня группа сотрудников МККК прибыла в Сомали, и посещения четырех мест содержания под стражей проходили в течение всего июля; делегаты посетили более 3,5 тысячи человек. В Лаанта Бур делегаты вновь увиделись с кубинским военнопленным, о котором МККК было известно с 1982 г. […]. В Хаве, в лагере, который никогда ранее не посещался, делегаты МККК посетили и зарегистрировали 2 659 интернированных лиц; для большинства этих людей посещение МККК было первым контактом с внешним миром за 11 лет. В ходе посещений осуществлялась также программа по предоставлению медицинской и продовольственной помощи: врач МККК осмотрел и начал лечение больных, были распределены лекарства и начата программа по оказанию продовольственной помощи. В течение июля в четыре места содержания под стражей доставили 23 тонны продовольственной помощи, а также мыло и другие предметы гигиены.

Благодаря проведению регистрации в июле были воссоединены 300 семей, члены которых оказались разлучены при задержании и помещены в разные лагеря.

По результатам этих посещений МККК были составлены письменные доклады и проведены переговоры с представителями власти, которые не были связаны с подготовкой к репатриации.

Репатриация военнопленных и гражданских интернированных лиц

В период с 23 августа по 1 сентября самолет, зафрахтованный МККК, совершил 20 рейсов между Могадишу и Дыре-Дауа в Эфиопии, осуществив транспортировку 3 543 эфиопских военнопленных и гражданских интернированных лиц (включая 530 детей и подростков) и одного кубинского военнопленного из Сомали в Эфиопию и 246 сомалийских военнопленных из Эфиопии в Сомали.

Из-за очень большого числа лиц, которых надо было перевезти из Сомали в Эфиопию, около Мерки к югу от Могадишу был организован транзитный лагерь; по мере осуществления операции туда доставлялись группы по 150–180 человек. Лагерь содержался властями совместно с Сомалийским обществом Красного Полумесяца.

В Эфиопии репатриированных лиц принимал Эфиопский Красный Крест и размещал их в больницах и своих помещениях в Хараре, где они жили до своего возвращения домой.

В обеих странах национальные общества оказывали помощь в поисках семей репатриированных так же, как они помогали в доставке семейных посланий до конца июня […].

В октябре сомалийские власти приняли решение амнистировать эфиопских заключенных, которые не имели статуса военнопленных, и МККК организовал их репатриацию. После того как делегаты посетили и зарегистрировали их, самолет, зафрахтованный МККК, доставил […] 24 человека назад в Эфиопию.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. В чем заключается разница между военнопленным и гражданским интернированным лицом? Каким образом статус изменяет защиту, на которую каждый из них имеет право в соответствии с МГП? Можно ли с гражданским интернированным лицом обращаться так же, как с военнопленным? (См. статью 4 Конвенции III, статьи 43, 78 и 79 Конвенции IV.)

b. Когда в соответствии с МГП должны быть репатриированы военнопленные? Когда должны быть освобождены гражданские интернированные лица? (См. статью 118 Конвенции III и статьи 43, 78 и 132—134 Конвенции IV.)

c. Являлось ли законным в соответствии с МГП задержание некоторых военнопленных и гражданских интернированных лиц в течение 11 лет? Должны ли были военнопленные быть репатриированы только после того, как Эфиопия и Сомали «нормализовали свои отношения»? Или только после того, как они подписали соглашение о репатриации военнопленных? (См. статью 118 Конвенции III и статьи 43, 78 и 123—134 Конвенции IV.)

d. Как мог кубинский гражданин в Сомали стать военнопленным? Если он был лицом из состава вооруженных сил Кубы? Если он был лицом из состава вооруженных сил Эфиопии? Куда его следует репатриировать? (См. статьи 1, 4 и 118 Конвенции III.)

2. В силу каких полномочий МККК предлагает услуги по оказанию помощи в репатриации военнопленных и гражданских интернированных лиц? (См. статьи 9, 118 и 126 Конвенции III и статьи 10, 132—134 и 143 Конвенции IV.)

3. Обязывает ли статья 118 Конвенции III державу-покровительницу репатриировать военнопленных, которые отказываются возвращаться на родину? Какие аргументы может выдвинуть держава-покровительница, отказываясь репатриировать военнопленных, которые не хотят возвращаться в свою страну? Почему делегаты МККК проверяют наличие желания возвратиться на родину у каждого военнопленного?

4. a. Имеет ли МККК право посещать военнопленных? Почему посещения МККК имеют такое большое значение? Являются ли они еще более важными перед предстоящей репатриацией военнопленных? (См. статью 126 Конвенции III.)

b. Можете ли вы понять, почему Эфиопия и Сомали иногда препятствовали проведению посещений военнопленных делегатами МККК?

c. Почему МККК настаивает на том, чтобы посещения пленных и беседы с ними проводились без свидетелей? Имеет ли МККК право настаивать на этом условии? (См. статью 126 Конвенции III.)

5. a. Как в соответствии с МГП обеспечивается информирование семей о захвате в плен и содержании под стражей военнопленных? Может ли военнопленный отказаться от использования некоторых или всех средств для информирования его семьи? Какие у него могут быть причины для такого отказа? (См. статьи 70, 122 и 123 Конвенции III.)

   b. Кто должен предоставить военнопленным возможность заполнить карточку-извещение о взятии в плен? Могут ли такие карточки заполняться, даже когда МККК не разрешено посещать военнопленных? Имеет ли МККК право регистрировать военнопленных? Почему регистрация военнопленных важна для МККК? (См. статьи 70, 122, 123 и 126 Конвенции III.)

6. Почему МККК предоставляет помощь военнопленным? Разве забота о военнопленных не является обязанностью государства? (См. статьи 9, 73 и 125 (3) Конвенции III.) Что, если государство действительно не в состоянии обеспечивать военнопленных всем необходимым надлежащим образом? Должен ли действовать в таких случаях МККК или государство должно освободить или репатриировать военнопленных, если оно не может содержать их в соответствии с положениями Конвенции III? (См. статью 41 (3) Протокола I.)

7. В статье говорится о том, что по результатам посещений составляются письменные доклады и проводятся переговоры с властями. Как вы думаете, о чем говорилось в этих докладах? Какова была цель этих докладов?

Прецедент № 136, Эритрея/Эфиопия, Частичное решение о военнопленных

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Военнопленные, Иск № 4 Эфиопии

[**Источник**: Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award Prisoners of War Ethiopia's Claim 4, between the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the State of Eritrea. The Hague, July 1, 2003. The Permanent Court of Arbitration, the Hague. Примечания приводятся частично. Полное решение см. http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC.]

ЧАСТИЧНОЕ РЕШЕНИЕ
Военнопленные
Иск Эфиопии № 4
Спор между Федеративной Демократической Республикой Эфиопией и государством Эритрея

I. ВВЕДЕНИЕ

A. Краткое изложение позиций сторон

1. Настоящий Иск (Иск Эфиопии № 4, «ET04») был представлен Комиссии Истцом, Федеративной Демократической Республикой Эфиопией (Эфиопией), согласно статье 5 Соглашения между правительством Федеративной Демократической Республикой

Эфиопией и правительством Государства Эритрея от 12 декабря 2000 г. (Соглашение). Истец требует установления ответственности Ответчика, Государства Эритреи (Эритрея), за убытки, ущерб и вред, нанесенные Истцу в результате незаконного, по заявлению Истца, обращения Ответчика с его военнопленными, которые являлись гражданами Истца. В своем исковом заявлении Истец требует денежной компенсации, а в своем Меморандуме он предлагает определить размер компенсации в ходе рассмотрения всех исков, касающихся пяти постоянных лагерей, в которых содержались эти военнопленные.

2. Ответчик утверждает, что он в полной мере соблюдал положения международного права при обращении с военнопленными.

B. Эритрейские лагеря для военнопленных

3. Всего Эритрея интернировала приблизительно 1 100 эфиопских военнопленных, практически все они мужчины, в период с начала конфлик-

та в мае 1998 г. по август 2002 г., когда оставшиеся эфиопские военнопленные, зарегистрированные Международным Комитетом Красного Креста (МККК), были освобождены.

4. В Эритрее использовались пять постоянных лагерей, некоторые из них в течение короткого времени: Баренту, Эмбакала, Дигдигта, Афабет и Нафка (известный также под названием Сахель). Эритрея использовала эти лагеря один за другим и, за исключением Баренту, закрывала каждый лагерь после перевода военнопленных в следующий лагерь.

5. Эритрея использовала объекты в Бадме, Асмаре, Тессенее и Баренту в качестве транзитных лагерей в ходе эвакуации эфиопских военнопленных с различных фронтов. Обычно военнопленные содержались в транзитных лагерях в течение нескольких дней или недель.

[…]

C. Общие замечания

12. Как видно из выводов настоящего Решения и связанного с ним Решения по Иску Эритреи № 17, обе стороны встречались со значительными трудностями в выполнении важных правовых обязательств по защите военнопленных. Тем не менее Комиссия должна сделать серьезное предварительное замечание, которое поставит последующее изложение в определенный контекст, что является крайне важным. На основе многочисленных свидетельств, представленных во время производства по этому делу, Комиссия пришла к выводу, что обе стороны старались соблюдать самые основные принципы, касающиеся военнопленных. Обе стороны ввели в действие официальные программы подготовки своих военнослужащих по процедурам, которых следует придерживаться при захвате военнопленных. В отличие от поведения сторон во многих других современных вооруженных конфликтах и Эритрея, и Эфиопия, действуя последовательно, регулярно брали военнослужащих противника в плен. Лица, принадлежащие к стороне противника и оказывающиеся hors de combat, перемещались с поля боя в более безопасные условия. Более того, хотя эти дела касаются двух из числа беднейших стран мира, они обе приложили значительные усилия к тому, чтобы обеспечить пропитание военнопленных, находящихся в их власти, и уход за ними.

13. В действиях обеих сторон наблюдались недостатки, иногда значительные, а в более редких случаях — серьезные. Тем не менее свидетельства, предоставленные в ходе разбирательства этих дел, указывают на то, что как Эритрея, так и Эфиопия старались выполнять свои основные обязательства в области гуманитарного права и подбирать на поле боя солдат противника, которые не могли оказывать сопротивления, и предоставлять им защиту. Решения по этим делам

и те трудности, на которые они указывают, должны восприниматься именно в таком контексте. […]

[…]

IV. КОНКРЕТНЫЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

A. Применимое право

22. Статья 5, часть 13, Соглашения предусматривает, что «при рассмотрении исков Комиссия применяет соответствующие нормы международного права». Статья 19 Правил процедуры Комиссии сформулирована в выражениях статьи 38, часть 1, Статута Международного суда. В ней указывается, что Комиссия должна применять:

    1. международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;

    2. международный обычай, свидетельствующий о всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы;

    3. общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;

    4. судебные и арбитражные решения и мнения наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных государств в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

23. Самым очевидным источником права для настоящего Решения является Женевская конвенция III. Обе стороны часто ссылаются на эту Конвенцию в своих выступлениях в суде, и свидетельские показания говорят о том, что обе стороны основывались на ее положениях при подготовке своих вооруженных сил и при установлении правил функционирования лагерей, в которых содержались военнопленные. Стороны согласны с тем, что Конвенция была применима с 14 августа 2000 г., то есть с даты присоединения к ней Эритреи, но у них существуют разногласия по вопросу о ее применимости до этой даты.

24. Эфиопия подписала четыре Женевские конвенции в 1949 г. и ратифицировала их в 1969 г. Следовательно, для Эфиопии они действовали в 1993 г., когда Эритрея стала независимым государством. Государства-правопреемники часто стремятся сохранить стабильность договорных отношений после своего образования и выделения из границ другого государства, объявив о своем правопреемстве в отношении некоторых или всех договоров, применяемых до их независимости. Действительно, правопреемство в отношении договора […] может наступать автоматически для некоторых типов договоров. Однако Комиссия не располагает свидетельствами, которые позво-

лили бы ей считать, что имеются такие обстоятельства, несмотря на желательность вообще такого правопреемства. Со времени объявления своей независимости от Эфиопии в 1993 г. высокопоставленные должностные лица Эритреи дали ясно понять, что Эритрея не считает себя связанной Женевскими конвенциями.

25. В период вооруженного конфликта и до начала настоящих судебных разбирательств Эфиопия также придерживалась последовательно того мнения, что Эритрея не является участником Женевских конвенций. МККК, который особенно заинтересован в обеспечении соблюдения Женевских конвенций и всячески этому содействует, также в это время не считал Эритрею участником Конвенций.

26. Таким образом, совершенно очевидно, что, когда Эритрея отделилась от Эфиопии в 1993 г., у нее была прекрасная возможность заявить о своем правопреемстве в отношении Конвенций, но, как видно из имеющихся свидетельств, она отказалась сделать это. Она и впоследствии отказывалась сделать это, и в 2000 г., когда она решила стать участником Конвенций, сделала это путем присоединения, а не правопреемства. И хотя вполне возможно, что преемственность договорных отношений часто может презюмироваться при отсутствии фактов, свидетельствующих о противном, такого предположения невозможно было сделать в данном случае ввиду наличия таких фактов. Эти необычные обстоятельства делают настоящую ситуацию в значительной степени отличающейся от ситуации, в отношении которой Апелляционной камерой Международного трибунала по бывшей Югославии было принято решение в деле о лагере в Челебичах [примечание 6: Celebici Case (The Prosecutor v. Delalic et. al.), 2001 ICTY Appeals Chamber Judgement Case No. IT-96-21-A (Feb. 20).] Очевидно, что ни Эритрея и Эфиопия, ни депозитарий Конвенций, Швейцарский Федеральный Совет, не считали Эритрею стороной Конвенций до того, как она присоединилась к ним 14 августа 2000 г. Таким образом, с начала конфликта в мае 1998 г. и до 14 августа 2000 г. Эритрея не была участником III Женевской конвенции. Аргумент Эфиопии о противном на основании статьи 34 Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров не может быть принят во внимание в свете этих фактов.

27. Хотя Эритрея не была участником Женевских конвенций до своего присоединения к ним, Конвенции все же могли бы быть применимыми во время вооруженного конфликта с Эфиопией в соответствии с заключительным положением статьи 2, общей для всех четырех Конвенций, в которой говорится:

«Если одна из находящихся в конфликте держав не является участницей настоящей Конвенции, участвующие в ней державы останутся тем не менее связанными ею в своих взаимоотношениях. Кроме

того, они будут связаны Конвенцией в отношении вышеуказанной державы, если последняя принимает и применяет ее положения».

28. Однако свидетельства, о которых говорилось выше, четко указывают на то, что до своего присоединения Эритрея не принимала Конвенций. Это непризнание было также продемонстрировано отказом Эритреи дать разрешение представителям МККК на посещение военнопленных, которых она удерживала, до того, как она присоединилась к Конвенциям.

29. В связи с этим Комиссия считает, что в отношении событий, имевших место до 14 августа 2000 г., правом, применимым к вооруженному конфликту между Эритреей и Эфиопией, является обычное международное право. В своих выступлениях в суде Эритрея признает, что в большинстве случаев «различие между обычным правом в отношении военнопленных и Женевской конвенцией III не является значительным». Однако в качестве примеров более практических и подробных положений Конвенции, которые она считает неприменимыми в качестве обычного права, Эритрея называет право МККК на посещение военнопленных, разрешение на курение табака в статье 26 и требование об устройстве ларьков в статье 28. Она также предполагает, что оплата за труд военнопленных и некоторые требования, касающиеся погребения умерших военнопленных, не должны рассматриваться как часть обычного международного права. Эритрея приводит также решение по делу фон Лееба, вынесенное Международным трибуналом Союзников в 1949 г., как подтверждающее ее мнение по этому вопросу [примечание 10: U.S. v. Wilhelm von Leeb et al., in TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUREMBERG MILITARY TRIBUNALS UNDER CONTROL COUNCIL LAW, No. 10, Volume XI, p. 462 (United States Government Printing Office, Washington D.C. 1950).]

30. Поскольку признание четырех Женевских конвенций 1949 г. имеет практически универсальный характер, вопрос о том, в какой степени их положения стали частью обычного международного права, встает очень редко. Комиссия отмечает, что в деле фон Лееба (в ходе разбирательства которого был сделан вывод, что многочисленные основные положения Конвенции 1929 г. приобрели статус обычного права) рассматривался вопрос о том, в какой степени положения Конвенции, заключенной в 1929 г., стали частью обычного международного права во время Второй мировой войны, то есть конфликта, начавшегося через десять лет после этого и продолжавшегося еще шесть лет. В настоящем деле перед Комиссией встает вопрос о том, в какой степени положения конвенции, заключенной в 1949 г., к которой присоединились почти все государства, стали частью обычного международного права во время конфликта, который произошел пятьюдесятью годами позже. Более того, договоры, подобные Женевским конвенциям 1949 г., которые развивают международное

гуманитарное право, являются в силу своего характера правовыми документами, основывающимися на фундаменте, заложенном более ранними договорами и обычным международным правом. Эти договоры заключаются с целью создания договорного права для сторон конвенции и с целью кодификации и развития обычного международного права, которое применимо ко всем государствам. Женевские конвенции 1949 г. успешно справились с обеими этими задачами.

31. Конечно, в современном мире существуют серьезные основания считать, что Женевские конвенции 1949 г. уже стали выражением обычного международного права, и обе стороны в данном деле согласны с этим. Сам по себе факт, что они получили почти всеобщее признание, подтверждает этот вывод. Существуют также схожие основания считать, что нормы, которые кажутся привлекательными для международного сообщества в целом, такие как нормы международного гуманитарного права, могут скорее стать частью обычного международного права, чем договорные нормы другого типа. Комиссия согласна и с этим.

32. Следовательно, Комиссия считает, что правом, применимым к настоящему Иску, является обычное международное право, включая обычное международное гуманитарное право, как оно представлено в соответствующих частях четырех Женевских конвенций 1949 г. Частые ссылки на положения III Женевской конвенции обеими сторонами в поддержку своих исков и при возражениях по иску полностью подтверждают эту точку зрения. Если какая-либо из сторон утверждает, что конкретное относящееся к делу положение этих Конвенций не должно рассматриваться в качестве обычного международного права в соответствующий период времени, Комиссия будет решать этот вопрос, а бремя доказывания будет лежать на утверждающей это стороне.

[…]

B. Вопросы, касающиеся доказательства

1. Требуемый объем доказательств […]

38. Комиссия не согласна с заявлениями о том, что она должна применять еще более высокий стандарт доказательности, соответствующий стандарту, применяемому при судебных разбирательствах, касающихся отдельных лиц, поскольку некоторые иски могут быть связаны с утверждениями о возможно преступном поведении отдельных лиц. Комиссия не является уголовным судом, устанавливающим индивидуальную уголовную ответственность. Она должна решить, имели ли место нарушения международного права, на основании признанных принципов ответственности государств. […]

2. Доказывание фактов

39. Эфиопия представила большой объем документации в поддержку своих исков. […] Кроме того, Эфиопия представила три типа документов, в которых различными способами зафиксирована информация о том, что пришлось пережить отдельным пленным. Она представила 30 официальных письменных заявлений от бывших военнопленных, подписанных лицами, сделавшими эти заявления, и содержащих утверждения о том, что перевод сделан точно, а также торжественные заверения в правдивости этих заявлений. Во время слушаний адвокат Эфиопии указал, что он основывается главным образом на этих заявлениях. Аналогичные подписанные заявления служили основными доказательствами по искам Эритреи.

40. Эфиопия также представила многочисленные тома того, что фактически являлось бланками для сбора заявлений. Это были пространные документы, заполненные бывшими военнопленными или лицами, которые писали за них, и являющиеся ответами на подробные вопросы относительно условий содержания в каждом лагере для военнопленных в Эритрее и о том, что им пришлось там пережить. Эфиопия также представила четыре тома, в которых в напечатанном виде излагалась суть очень коротких ответов — их некоторые бывшие заключенные давали на вопросники по искам (обычно включающие страницы, содержащие только ответы «да» или «нет»).

41. Эритрея выдвинула возражение против документов второго и третьего типов, заявив, что формулировки вопросов, метод сбора и другие факторы неизбежно привели к искаженным, неточным и ненадежным ответам. Комиссия согласна с тем, что эти документы не имеют определенной ценности в качестве доказательств. Она не использовала их при вынесении фактических решений, которые следуют: вместо этого она основывалась на официальных подписанных заявлениях, представленных каждой стороной и дополненных показаниями, представленными на слушаниях, и на других документах, имеющихся в материалах судебного дела. […]

[…]

3. Доказательства, которыми располагает МККК

45. На протяжении всего конфликта представители МККК посещали лагеря в Эфиопии. Начиная с конца августа 2000 г. МККК также осуществляет посещения лагеря Накфа в Эритрее. Обе стороны указывают на то, что у них есть доклады МККК, касающиеся посещений этих лагерей, а также другая соответствующая информация от МККК.

46. Комиссия надеялась на то, что сможет воспользоваться объективной оценкой условий содержания в лагерях обеих сторон, которую сде-

лал МККК, основываясь на своем опыте. Она попросила стороны включить доклады МККК о посещениях лагерей в их письменные представления или объяснить, почему они не могут сделать этого. Обе стороны ответили, что они хотели бы сделать это, но МККК не дает разрешения на предоставление Комиссии этих материалов. МККК настаивал на том, что материалы не могут быть предоставлены без его согласия, которого он не давал . […]

[…]

48. МККК предоставил Комиссии и сторонам копии всех соответствующих документов, не имеющих конфиденциального характера, но заявил, что не может предоставить доступа к другой информации. Это решение отражало твердую уверенность МККК в том, что он может выполнять свою миссию только при строгом соблюдении принципа конфиденциальности. Комиссия с большим уважением относится к МККК и понимает причины, лежащие в основе его общей политики конфиденциальности и неразглашения информации. Тем не менее Комиссия считает, что в сложившейся уникальной ситуации, когда обе стороны в вооруженном конфликте пришли к соглашению относительно того, что эти документы следовало представить Комиссии, МККК не должен был запрещать им сделать это. Как Комиссия, так и МККК заинтересованы в том, чтобы международное гуманитарное право применялось должным образом и сознательно. Комиссия в связи с этим выражает свое разочарование тем, что МККК был не готов предоставить им возможность ознакомиться с этими материалами.

C. Правовые нарушения

1. Комментарий организационного характера

49. Эфиопия заявила о многочисленных нарушениях соответствующих правовых обязательств в лагерях для военнопленных в Эритрее. Ее иски о нарушениях права были классифицированы в одиннадцать отдельных категорий. Эфиопия заявила о нарушениях в каждом из пяти лагерей Эритреи, и нарушения касались всех или почти всех из этих одиннадцати категорий:

— захват военнопленных и их эвакуация в лагеря;

— правонарушения в отношении физического и психического состояния военнопленных в лагерях;

— отсутствие должной медицинской помощи;

— нездоровые условия содержания в лагерях;

— отсутствие обеспечения приемлемых условий содержания;

— недопустимый принудительный труд;

— неправильное обращение с умершими;

— отсутствие процедуры подачи жалоб;

— запрет на связи с внешним миром;

— отсутствие вывешенных правил поведения в лагере;

— бесчеловечные условия во время перевода военнопленных из лагерей.

50. В своих устных и письменных представлениях Эфиопия четко разъяснила факторы, в силу которых она структурировала свои иски именно таким образом. Однако в результате получилась модель, состоящая более чем из 50 проблем, многие с несколькими дополнительными элементами, которые следовало оценить и по которым надо было принять решения. Особую озабоченность Комиссии вызвал тот факт, что эта сложная и раздробленная структура способствовала смешению очень серьезных проблем с другими, гораздо менее значимыми. Более того, принимая во внимание уровень представленных свидетельств и ограниченное время, в течение которого Комиссия должна была завершить работу по всем искам, становится совершенно очевидно, что Комиссия должна сосредоточить свое внимание на самых существенных вопросах, содержащихся в исках.

51. Соответственно, Комиссия объединила несколько исков Эфиопии в одну группу или иным образом организовала их элементы так, чтобы более четко выделить те вопросы, которые по ее мнению вызывают особую озабоченность, и сосредоточить на них внимание.

52. Как неоднократно отмечалось, III Женевская конвенция, в которой ее 143 статьи и пять приложений являются очень подробным и всеобъемлющим сводом правил обращения с военнопленными. Из-за своего объема и сложности Конвенция объединяет иногда в пределах одного абзаца обязанности очень разного характера и значения. Некоторые обязанности, такие как требование гуманного обращения, содержащееся в статье 13, являются абсолютно фундаментальными для защиты жизни и здоровья военнопленных. Другие положения касаются вопросов процедуры или каких-либо мелких подробностей, которые могут облегчить положение военнопленных, но не являются необходимыми для сохранения их жизни и здоровья.

53. В соответствии с обычным международным правом, как оно отражено в III Женевской конвенции, требование гуманно обращаться с военнопленными является той основой, на которой зиждутся все другие обязательства удерживающей державы. Самым главным в режиме Конвенции являются обязанности сохранить жизнь военнопленных и их здоровье. Выводы, сделанные в настоящем разделе, организованы таким образом, чтобы подчеркнуть эти основные правовые обязательства.

54. Следует также с самого начала заявить о том, что Комиссия не считает, что в ее задачи входит определение ответственности стороны за каждый случай нарушения права, о котором говорится в показаниях. Она, скорее, должна определить ответственность за серьезные нарушения права сторонами, являющиеся обычно незаконными действиями или упущениями, которые имели место часто или были повсеместно распространены и вследствие этого касались значительного числа жертв. Эти параметры продиктованы достаточно ограниченными практическими возможностями обеих сторон представлять объяснения по иску и приводить доводы, а также возможностями Комиссии выносить определения в пределах имеющегося времени и ресурсов, предоставленных сторонами.

2. Отказ Эритреи разрешить МККК проводить посещения военнопленных

55. С самого начала вооруженного конфликта в 1998 г. МККК получил разрешение Эфиопии на посещение эритрейских военнопленных и лагерей, где они содержались. Ему также было разрешено предоставлять им гуманитарную помощь и помогать им в переписке с семьями, находящимися в Эритрее, хотя есть свидетельства того, что Эритрея не разрешила передавать сообщения от этих военнопленных их семьям. В Эритрее МККК сыграл ограниченную роль в репатриации 70 больных и раненых военнопленных в 1998 г., но все усилия МККК посетить эфиопских военнопленных, удерживаемых Эритреей, встречали отказ Эритреи до августа 2000 г., то есть до того времени, когда Эритрея присоединилась к Женевским конвенциям 1949 г. Комиссия должна решить, был ли такой отказ, как это утверждала Эфиопия, нарушением ее правового обязательства в соответствии с применимым правом.

56. Эритрея утверждает, что право доступа МККК к военнопленным является правом, основанным на договоре, и что положение III Женевской конвенции, предоставляющее такой доступ МККК, не должно считаться положением, отражающим обычное международное право. Признавая, что большинство положений Конвенций стали обыч-

ным правом, Эритрея утверждает, что положения, имеющие отношение к доступу МККК, относятся к подробным и процедурным положениям, которые не получили такого статуса.

57. То, что МККК не согласен с Эритреей, становится очевидным из заявления прессе, которое он сделал 7 мая 1999 г. и в котором он перечисляет свои посещения военнопленных и интернированных гражданских лиц, удерживаемых Эфиопией, и говорит: «В то же время в Эритрее МККК продолжает свои попытки получить, как того требует III Женевская конвенция, доступ к эфиопским военнопленным, захваченным в начала конфликта, который начался в прошлом году».

58. В целом ряде статей Конвенций МККК поручаются серьезные обязанности. В этих положениях указывается, что МККК может действовать, по крайней мере, в двух различных качествах — как гуманитарная организация, предоставляющая помощь, и как организация, обеспечивающая необходимый и жизненно важный внешний контроль за обращением с военнопленными, дополняя тем самым деятельность державы-покровительницы или выступая ее субститутом, если державы-покровительницы нет. Комиссия не располагает свидетельствами того, что державы-покровительницы предлагались либо Эфиопией, либо Эритреей, и представляется очевидным, что таковые не назначались. Тем не менее Конвенция четким образом требует, чтобы был обеспечен внешний контроль за обращением с военнопленными, и в статье 10 говорится, что если нет державы-покровительницы или другого функционирующего органа контроля, удерживающая держава должна «обратиться с просьбой к какой-либо гуманитарной организации, такой как, например, Международный Комитет Красного Креста, или, с учетом положений настоящей статьи, принять предложение такой организации взять на себя выполнение гуманитарных функций, выполняемых в соответствии с настоящей Конвенцией державами-покровительницами». В этом случае статья 10 также предусматривает, что каждый раз, когда в настоящей Конвенции упоминается держава-покровительница, это наименование означает также организации, заменяющие ее.

59. Право МККК на посещения военнопленных не ограничивается ситуацией, предусматриваемой статьей 10, в которой он является субститутом державы-покровительницы. Статья 126 уточняет четкие и важные права державы-покровительницы в том, что касается доступа в лагеря и к военнопленным, включая право проводить беседы с военнопленными без свидетелей; в ней также говорится, что делегаты МККК «пользуются такими же правами». Эфиопия ссылается в основном на статью 126, заявляя, что Эритрея не выполняла свои правовые обязательства, отказываясь предоставить МККК доступ к военнопленным.

60. Профессор Леви указывает в своем фундаментальном исследовании вопроса об обращении с военнопленными во время международных вооруженных конфликтов, что МККК «играл совершенно необходимую гуманитарную роль в каждом вооруженном конфликте на протяжении более ста лет». […]

61. Комиссия не может согласиться с доводом Эритреи о том, что положения Конвенции, требующие внешнего контроля за обращением с военнопленными и предоставления МККК доступа к ним, являются простыми деталями или просто положениями, имплементирующими процедуры, которые не стали в течение этих 50 лет частью обычного международного права. Эти положения составляют по сути часть режима защиты военнопленных, который установился в международной практике, нашедшей отражение в III Женевской конвенции. Эти требования являются действительно «договорными» в том смысле, что они сформулированы в Конвенции; но в качестве таковых они включают практику прошлого, которая занимает свое определенное место в обычном праве, и считаются крайне важными для соблюдения права, поэтому Комиссия поступила бы безответственно, сочтя их неприменимыми в качестве обычного международного права, как заявил об этом Международный суд в своем Консультативном заключении о законности угрозы ядерным оружием или его применения. […] [См. **Прецедент № 46**, Международный суд, Консультативное заключение по вопросу о ядерном оружии, ч. 79.]

62. В силу вышеуказанных причин Комиссия считает, что Эритрея нарушала обычное международное право с мая 1998 г. по август 2000 г., отказываясь дать разрешение МККК направить своих делегатов для посещения всех мест, где содержались эфиопские военнопленные, регистрации этих военнопленных, проведения с ними бесед без свидетелей и предоставления им обычных услуг и гуманитарной помощи. Следовательно, Эритрея несет ответственность за страдания, причиненные таким отказом.

3. Дурное обращение с военнопленными при их захвате и сразу же после захвата

63. Из 30 эфиопских военнопленных, которые сделали заявления, по крайней мере, 20 были уже ранены при захвате в плен и почти все давали показания об обращении эритрейских военнослужащих с больными или ранеными при пленении на линии фронта и в ходе эвакуации. Поэтому кроме норм обычного международного права, нашедших отражение в III Женевской конвенции, Комиссия также применяет стандарты, зафиксированные в Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12 августа 1949 г.

(Женевская конвенция I). По отношению к раненым и больным военнопленным положения I Женевской конвенции применяются наряду с III Женевской конвенцией. Как и другие положения, статья 12 Женевской конвенции I требует уважения к раненым и больным лицам из состава вооруженных сил и их защиты «при всех обстоятельствах».

64. Выполнение обязательства государства обеспечить гуманное обращение с солдатами противника подвергается суровой проверке сразу же после захвата противника в плен или его сдачи в плен и во время эвакуации с поля боя в тыл, то есть тогда, когда страсти накалены и царит беспорядок. Тем не менее обычное международное право, как оно отражено в Женевских конвенциях I и III, абсолютно запрещает убийство военнопленных, требует подбирать раненых и больных и оказывать им помощь, подбирать погибших, а также незамедлительно эвакуировать военнопленных в гуманных условиях.

a. Жестокое обращение

65. Эфиопия утверждала, что эритрейские военные регулярно избивали и часто убивали эфиопов во время захвата их в плен и сразу же после этого. Эфиопия представила достаточные доказательства для возбуждения судебного дела, предоставив четкие и убедительные свидетельства в поддержку своих заявлений.

66. Треть заявлений, сделанных эфиопскими военнопленными, содержат информацию о том, что эритрейские солдаты намеренно убивали эфиопских военнопленных, большинство из которых были ранены, при их захвате в плен или во время эвакуации. Особенную тревогу вызывают сведения, имеющиеся в трех заявлениях, о том, что эритрейские офицеры приказывали своим солдатам убивать эфиопских военнопленных или избивали их, если они не делали этого. Более половины заявлений эфиопских военнопленных описывают повторяющиеся и жестокие избиения как на линии фронта, так и во время эвакуации, когда удары намеренно наносились на ранения. К счастью, наряду с такими заявлениями были и некоторые другие, частично улучшающие картину, когда эфиопские военнопленные описывали, как эритрейские офицеры и солдаты предпринимали действия, чтобы пресечь жестокое обращение и предотвратить убийства.

67. В ответ Эритрея предоставила подробные и убедительные свидетельства того, что эритрейские солдаты и офицеры прошли серьезную подготовку в том, что касается основных требований Женевских конвенций относительно захвата военнопленных и политики и практики Народно-освободительного фронта Эритреи в войне против бывшего правительства Эфиопии (Дерг) за независимость. В ходе подготовки

особое внимание уделялось важности гуманного обращения с пленными. Что отсутствует в материалах дела, так это меры, принятые Эритреей для обеспечения того, чтобы ее вооруженные силы действительно действовали так, как их учили в ходе серьезной подготовки. Нет никаких свидетельств того, что Эритрея проводила расследования случаев физического насилия или принимала дисциплинарные меры в соответствии со статьей 121 Женевской конвенции III.

68. Комиссия приходит к выводу, что Эритрея не смогла опровергнуть доказательства, достаточные для возбуждения судебного дела, представленные Эфиопией, и, следовательно, считает, что Эритрея не выполнила основного обязательства по обычному международному праву, в соответствии с которым военнопленным, даже когда они ранены, должна предоставляться защита, и которое запрещает убивать их при любых обстоятельствах. Следовательно, Эритрея несет ответственность за то, что она не предоставила защиты эфиопским военнопленным, которых убивали при захвате в плен или вскоре после захвата, и допускала избиения эфиопских военнопленных и другие виды физического насилия над ними при захвате в плен или сразу после этого.

b. Медицинская помощь сразу после захвата в плен

69. Эфиопия утверждает, что Эритрея не предоставляла необходимой медицинской помощи эфиопским военнопленным после их захвата и во время эвакуации, как это требуется в соответствии с обычным международным правом, нашедшим отражение в Женевских конвенциях I (статья 12) и III (статьи 20 и 15). Многие эфиопские военнопленные, сделавшие заявления, свидетельствовали о том, что их раны не промывались и не перебинтовывались при захвате в плен или сразу же после этого, что приводило к инфицированию и другим осложнениям. Эритрея представила ответное свидетельство того, что ее войска оказывали элементарную первую помощь, как только это становилось возможным, в том числе в транзитных лагерях.

70. Комиссия считает, что требование предоставить военнопленным медицинскую помощь в первоначальный после захвата в плен период должно оцениваться с учетом трудных условий на поле боя и недостаточной медицинской подготовки войск на линии фронта и отсутствия у них необходимого оборудования. В конечном счете, принимая во внимание ограничения в плане материально-технического снабжения и ресурсов, с которыми столкнулись обе стороны в конфликте, Комиссия считает, что Эритрея не несет ответственности за непредоставление медицинской помощи эфиопским военнопленным на линии фронта и во время эвакуации.

c. Условия проведения эвакуации

71. Эфиопия также утверждала, что кроме плохой медицинской помощи Эритрея не обеспечила гуманных условий эвакуации. Как установлено в статьях 19 и 20 Женевской конвенции III, удерживающая держава обязана эвакуировать пленных из зоны боев в гуманных и безопасных условиях и как можно скорее; только если существует повышенная опасность при эвакуации, раненые и больные могут быть временно оставаться в зоне боев, но не подвергаться опасности без необходимости. Критерием гуманных условий эвакуации, как это предусматривается в статье 20, может служить то, что военнопленные должны эвакуироваться «в условиях, подобных тем, которые держащая в плену держава предоставляет своим войскам».

72. Отвечая прежде всего на вопрос о времени эвакуации, Эритрея представила четкие и убедительные свидетельства того, что, с учетом боевых условий, значительное большинство эфиопских военнопленных были эвакуированы с различных фронтов своевременно. Несмотря на один вызывающий обеспокоенность инцидент, когда раненого эфиопского военнопленного, как заявлялось, заставили провести ночь не в окопе, а рядом с ним, в то время как шла артиллерийская перестрелка и захватившие его эритрейцы укрылись в окопе, Комиссия пришла к выводу, что Эритрея в целом принимала необходимые меры к тому, чтобы незамедлительно эвакуировать своих пленных.

73. Эфиопские военнопленные, сделавшие заявления, описывали крайне тяжелые условия эвакуации. Военнопленные вынуждены были в течение многих часов или даже дней пешком идти с линии фронта по пересеченной местности, часто страдая от боли из-за своих ранений, часто перенося своих раненых товарищей и припасы эритрейцев, часто в плохих погодных условиях и без достаточного количества еды и воды или вообще без них. В ответ Эритрея предоставила свидетельства того, что ее собственные солдаты сталкивались почти с такими же трудностями, которых невозможно было избежать, особенно принимая во внимание отсутствие в Эритрее мощеных дорог.

74. С учетом вышеупомянутого решения относительно незаконности физического насилия во время эвакуации, за одним исключением, Комиссия делает вывод, что эритрейские войска выполняли правовые требования к эвакуации с поля боя в трудных географических, военных и логистических условиях. Исключением является практика Эритреи присвоения обуви эфиопских военнопленных, о чем свидетельствовали многие из сделавших заявления. Хотя труднопроходимость местности и плохая погода во время передвижения в лагеря, возможно, и не зависели от Эритреи, заставлять военнопленных ид-

ти без обуви в таких условиях значило без надобности ухудшать их положение. Комиссия считает, что Эритрея несет ответственность за негуманное обращение с военнопленными во время эвакуации с поля боя из-за того, что эфиопских военнопленных заставляли идти без обуви во время таких эвакуационных маршей.

d. Допросы с принуждением

75. Эфиопия заявляет о частых правонарушениях во время допросов военнопленных, которые начинались со времени захвата в плен и эвакуации. Международное право не запрещает допрашивать военнопленных, но оно ограничивает информацию, которую те должны предоставлять, и запрещает пытки или применение других мер принуждения, включая угрозы и «оскорбления или какие-либо преследования или ограничения».

76. Эфиопия представила четкие и убедительные доказательства, которые Эритрея не опровергла, что лица, допрашивающие военнопленных, часто угрожали им или избивали их во время допросов, особенно если их не удовлетворяли ответы пленных. Комиссия должна сделать вывод, что Эритрея либо не провела должной подготовки лиц, которые проводили допросы, в том, что касается существующих правовых ограничений, либо не довела до их сознания императивный характер этих ограничений. Следовательно, Эритрея несет ответственность за допущение таких допросов с применением мер принуждения.

e. Конфискация личной собственности

77. Эфиопия утверждает, что существовала широко распространенная и систематическая практика конфискации эритрейскими солдатами личной собственности эфиопских военнопленных. Заявления эфиопских военнопленных, представленные в качестве доказательств, явным образом и убедительно поддерживают это утверждение. У эфиопских солдат не только отнимали обувь (якобы для того, чтобы затруднить побег), но почти все военнопленные, сделавшие заявления, говорят о том, что их обыскивали после взятия в плен и все их личные вещи отнимались захватившими их лицами. К предметам, которые, как утверждалось, изымались, относятся наличные деньги, часы, семейные фотографии, радиоприемники, кольца, сигареты, а также удостоверения личности военнопленных и иногда предметы одежды. Военнопленные, сделавшие заявление, утверждают также, что им не выдавалось никаких квитанций и ничего из конфискованной собственности не было возвращено.

78. Статья 18 Женевской конвенции III требует, чтобы военнопленным разрешалось оставлять их личные вещи. Деньги и ценные вещи могут сдаваться на хранение по приказу офицера при условии их тщательной регистрации и принятия других мер, необходимых для их сохранности. Если у военнопленных изымается собственность, им следует выдать квитанцию и хранить эту собственность до последующего возвращения. В соответствии со статьей 17 удерживающая держава может ознакомиться с удостоверениями личности, но они должны быть возвращены военнопленному. Комиссия считает, что эти обязанности отражают обычное международное право.

79. Эритрея не представила никаких свидетельств, опровергающих это заявление, и Комиссия отмечает, что в правилах распорядка в эритрейских лагерях для военнопленных указывается, что «каждый военнопленный обязан сдать имеющуюся у него собственность при захвате в плен соответствующему органу власти». Комиссия приходит к выводу, что Эритрея не приняла мер, необходимых для того, чтобы предотвратить изъятие личных вещей военнопленных. Поэтому в отсутствии опровержения заявления о широко распространенной практике изъятия собственности и принимая во внимание правила распорядка в эритрейских лагерях, делается вывод, что Эритрея не выполнила обязательств в соответствии со статьями 17 и 18 Женевской конвенции III и несет ответственность перед Эфиопией за понесенные эфиопскими военнопленными в результате этого потери.

80. Изъятие ценностей и других вещей военнопленных является хотя и достойным сожаления, но часто имеющим место показателем уязвимости их положения. Утрата фотографий и других подобных личных вещей представляется унижением достоинства и отрицательно действует на их моральное состояние, но утрата собственности, как кажется, редко каким-либо иным образом затрагивала основные требования, касающиеся выживания и условий быта военнопленных. Поэтому, не имея желания умалять серьезность этих нарушений, Комиссия все же считает их менее значительными, нежели другие проблемы, рассматриваемые в данном Решении.

4. Правонарушения, связанные с физическим насилием и затрагивающие моральное состояние военнопленных в лагерях [...]

82. Свидетельские показания одного из бывших военнопленных во время слушаний и заявления других военнопленных являются последовательными и убедительными и говорят о том, что эритрейские охранники в различных лагерях для военнопленных применяли физическое насилие в качестве меры наказания и принуждения к соблю-

дению правил. Во всех 30 заявлениях описывались частые избиения военнопленных охранниками лагеря. Несколько охранников, обвиняемых в регулярных правонарушениях в отношении военнопленных, были названы по имени в многочисленных заявлениях. Показания свидетельствуют о том, что часто одни и те же охранники оставались на службе по мере того, как увеличивалось число военнопленных и они перемещались из одного лагеря в другой, что приводит к неизбежному выводу о том, что охранники, которые часто избивали военнопленных, не заменялись в результате их действий. Частыми случаями были избиения деревянными палками, в результате военнопленные иногда теряли сознание и страдали от переломов костей. Имеются многочисленные свидетельства о том, что в лагере Дигдигта несколько военнопленных, которые пытались устроить побег, были избиты до потери сознания, у одного был выбит глаз, а потом они исчезли. Среди прочих примеров жестокого обращения были такие случаи, когда военнопленных заставляли держать тяжелые предметы над головой в течение долгого времени, когда их били кулаками и пинали ногами, когда заставляли кататься по каменистой или колючей поверхности, смотреть на солнце и запирали в металлических контейнерах, где было очень жарко. Все это является нарушением обычного международного права, как оно зафиксировано в статьях 13, 42, 87 и 89 Женевской конвенции III. К сожалению, свидетельства говорят и о том, что начальники лагерей практически ничего не делали, чтобы пресечь такие правонарушения, а в некоторых случаях даже угрожали военнопленным, заявляя, что, поскольку не существовало (до первого посещения MKKK в августе 2000 г.) списка пленных, они могли делать все, что им угодно, с военнопленными и не нести за это никакой ответственности.

83. Кроме того, что военнопленные испытывали страх и моральные страдания, которыми сопровождалось это физическое насилие, имеются свидетельства того, что с некоторыми военнопленными, особенно с тиграйцами, обращались хуже, чем с другими, а отдельные военнопленные считались дезертирами и получали определенные привилегии. (Те, с кем обращались лучше, не входили в число подписавших 30 заявлений, на которые Эфиопия ссылалась при рассмотрении этого дела.) Такая дискриминация, конечно, запрещается статьей 16 Женевской конвенции III.

84. Существуют убедительные свидетельства того, что избиения были обычным делом во всех лагерях: Баренту, Эмбакала, Дигдигта, Афабет и Накфа. Заключение в одиночную камеру на три месяца или более имело место, по крайней мере, в Дигдигте и Афабете. В лагере Накфа большинство свидетельств об избиениях и других формах жестокого обращения касаются военнопленных, занятых на работах вне лагеря, когда они начинали работать медленнее из-за усталости.

После того как МККК начал свои посещения, были получены некоторые свидетельства того, что военнопленным угрожали физической расправой, если они расскажут представителям МККК о правонарушениях. [...]

5. Нездоровые условия содержания в лагерях

a. Проблема

87. Основополагающий принцип III Женевской конвенции заключается в том, что условия содержания военнопленных не должны представлять собой серьезную опасность для их здоровья. Этот принцип, который является и принципом обычного международного права, имплементируется нормами, которые требуют, чтобы лагеря располагались в климатических условиях, которые не являются вредными для здоровья; чтобы помещения были соответствующими и не отличались от помещений, где расквартированы силы удерживающей державы, находящиеся в этом регионе. Они не должны быть сырыми, температура и освещение должны быть достаточными, должны предоставляться одеяла и постельные принадлежности; для поддержания достаточного уровня гигиены должны иметься соответствующие условия. Пища должна предоставляться в достаточном количестве и иметь адекватное качество для того, чтобы поддерживать хорошее состояние здоровья военнопленных, должна предоставляться питьевая вода хорошего качества. Мыло и вода для личного туалета и стирки военнопленных должны также обеспечиваться в достаточных объемах. [...]

b. Анализ условий содержания в каждом из эритрейских лагерей для военнопленных

92. Хотя, конечно, есть свидетельства того, что в лагере Баренту нарушались нормы, предписываемые III Женевской конвенцией, они недостаточны для того, чтобы доказать, что здоровье пленных находилось под серьезной угрозой. Этот лагерь функционировал не более шести недель, и время содержания в нем большинства сравнительно небольшого числа пленных было еще короче.

93. [...] Из имеющихся показаний вытекает, что все пленные в лагере Эмбакала содержались в одном маленьком сооружении, сделанном из листов гофрированного металла, которое было разделено на два помещения и стало опасно перенаселенным вскоре после того, как лагерь открылся. Земляной пол через какое-то время превратился в грязную пыль в результате скученности и проблем с гигиеной. Крыша

была настолько низкой, что содержащиеся там люди не могли стоять выпрямившись. Пленные часто содержались в этих помещениях в течение целого дня, у них почти не было возможности выходить на улицу, за исключением того времени, когда их выпускали на ближайшее поле оправиться (один раз в день) и помыться (не чаще одного раза в неделю). Находясь в этих очень тесных помещениях, страдая от удушающей жары, часто раздетые до нижнего белья, военнопленные нередко получали приказ молчать в течение долгого времени. На протяжении всего времени, проведенного там, они получали очень скудную пищу, состоящую из хлеба и вареной чечевицы. В поле, которое использовалось для совершения туалета (один раз в день), не было уборных. Пленные, которые страдали от поноса, вынуждены были оправляться прямо в переполненных помещениях. Комиссия считает, что эти подробные свидетельства являются понятными и убедительными и достаточными для возбуждения судебного дела, касающегося серьезных нарушений в лагере Эмбакала, то есть нарушения положения о необходимости предоставлять здоровые условия содержания, не угрожающие здоровью пленных.

94. Существует больше свидетельств, которые оправдывают вывод относительно условий, существовавших в лагерях Дигдигта (заявления 19 военнопленных), Афабет (заявления 20 военнопленных) и Накфа (заявления 30 военнопленных). […]

96. Действительно, обеспечение достаточного количества воды как для питья, так и для мытья было серьезной проблемой во всех трех лагерях. В каждый из них воду привозили в цистернах. В Дигдигте питьевая вода, предоставляемая в течение дня (когда становилось удушающе жарко), часто оказывалась слишком горячей, чтобы ее можно было пить в достаточном количестве, чтобы утолить жажду, кроме того, ее не хватало. В лагере Афабет питьевой воды не хватало, иногда она была соленой. В Накфе часто ощущалась серьезная нехватка воды, потому что цистерны с водой не прибывали по расписанию или не привозили достаточного объема воды для удовлетворения потребностей лагеря. Есть также свидетельства того, что вода, поступающая из других источников (бочки с дождевой водой или находящиеся поблизости ручьи) была грязной и кишела насекомыми. Воды для мытья тоже не хватало; военнопленным разрешалось мыться и стирать в лучшем случае только один раз в неделю.

97. Практически во всех заявлениях говорится о том, что во всех этих лагерях предоставлялась пища, которая была несъедобной (например, «грязной», «червивой») и состояла из хлеба и вареной чечевицы. Показания, касающиеся пищи в лагере Накфа, указывают на то, что еды часто не хватало, она была плохого качества и люди часто голодали.

98. […] Накфа была выбрана в мае 2000 г. в качестве площадки для нового лагеря, куда предстояло перевести всех военнопленных. Как представляется, для принятия военнопленных не было проведено должной подготовки. Имеется много свидетельств того, что первую группу пленных, прибывших в лагерь, разместили в подземных, темных, не имеющих окон, сырых и грязных помещениях, пол в которых был покрыт отходами, навозом ослов и коз, да и позже эти помещения не были должным образом очищены. Эти свидетельства вместе с описанием проблем со снабжением военнопленных достаточным количеством воды говорят о серьезных нарушениях при выполнении основного обязательства в соответствии с III Женевской конвенцией, которая предписывает с самого начала размещать военнопленных в помещениях, «предоставляющих полную гарантию в отношении гигиены и сохранения здоровья». […]

100. Эритрея не смогла опровергнуть доказательства, достаточные для возбуждения судебного дела Эфиопией. Аргументы Эритреи основывались главным образом на заявлениях двух старших офицеров, которые принадлежали к администрации лагеря для военнопленных и не давали показаний на слушаниях. […]

6. Неадекватная медицинская помощь в лагерях

104. Удерживающая держава обязана предоставлять в своих лагерях медицинскую помощь военнопленным для лечения полученных ими в бою ранений и для предотвращения дальнейшего ущерба их здоровью. Эта обязанность приобретает особую значимость в лагерях, где содержатся большие контингенты и существует серьезная опасность распространения инфекционных заболеваний.

105. Защита, предоставляемая статьями 15, 20, 29, 30, 31, 109 и 110 Женевской конвенции III, является безусловной. Эти нормы, которые основываются на аналогичных нормах, изложенных в статьях 4, 13, 14, 15 и 68 Женевской конвенции об обращении с военнопленными от 27 июля 1929 г., являются частью обычного международного права.

106. Многие из этих правил составлены в очень общих формулировках и не дают четких характеристик качества и объема медицинской помощи, необходимой военнопленным. Статья 15 говорит о «врачебной помощи, которую *потребует* состояние их здоровья»; статья 30 требует наличия лазаретов для обеспечения получения помощи, в которой могут «*нуждаться*» военнопленные (курсив наш. — авт.). Отсутствие определения, касающегося качества и объема помощи, которая «потребуется», вызвало трудности при отстаивании

этого требования. Действительно, стандарты медицинской практики различны в разных частях мира, и возможна различная оценка того, что требуется в конкретной ситуации. Более того, Комиссия помнит о том, что она имеет здесь дело с двумя странами, имеющими очень ограниченные ресурсы.

107. Тем не менее Комиссия считает, что некоторые принципы могут применяться при оценке медицинской помощи, предоставляемой военнопленным. Комиссия начала с рассмотрения концепции, изложенной в статье 15, относительно содержания военнопленных, которую она понимает в том смысле, что удерживающая держава должна принимать меры, требуемые для того, чтобы не допустить значительного ухудшения состояния здоровья пленных. Далее, Комиссия уделила особое внимание мерам, которые конкретно предусмотрены III Женевской конвенцией, таким как требование об изолировании пленных с инфекционными заболеваниями и о регулярных медицинских осмотрах.

a. Заявления и свидетельства Эфиопии […]

110. На Комиссию, однако, произвело печальное впечатление большое число эфиопских военнопленных, которые умерли в эритрейских лагерях. Значительный уровень смертности среди группы в основном молодых людей объективно является причиной для обеспокоенности. Свидетельские показания, хотя и не всегда последовательные, явным образом указывают на ненормально высокий показатель смертности среди военнопленных в эритрейских лагерях. В ответ на вопросы Комиссии эфиопский военнопленный, дающий показания на слушаниях дела, сказал, что в его группе из 55 человек (с которой он перемещался из одного лагеря в другой) умерли четыре человека. В некоторых заявлениях говорится, что из 1100 эфиопских военнопленных 48 человек умерли. Эфиопия представила список — 51 человек — тех, кто не пережил плен в лагерях. (По оценкам Эритреи умерли в плену 39 военнопленных.) Важно отметить, что имеются серьезные свидетельства того, что многие из этих смертей были вызваны диареей, туберкулезом и другими болезнями, которых можно было избежать, состояние больных можно было облегчить и вылечить их, если бы была предоставлена должная медицинская помощь.

111. По мнению Комиссии, высокая смертность в сочетании с другими конкретными серьезными недостатками, о которых будет говориться ниже, убедительно свидетельствует о том, что Эритрея не предоставляла всем военнопленным основную медицинскую помощь, которая требовалась для того, чтобы сохранить их здоровье,

как это предписывается III Женевской конвенцией, и, следовательно, имеются достаточные доказательства для возбуждения судебного дела. […]

b. Возражения Эритреи по иску […]

115. Показания Эритреи все-таки продемонстрировали, что многие эфиопские военнопленные получали медицинскую помощь, в основном в лагерных амбулаториях, где услуги оказывались парамедицинским персоналом. Некоторых военнопленных, имеющих серьезные заболевания, или тех, кому требовалось специальное лечение, иногда направляли в более специализированные больницы (например, в Керен, Афабет, Гинду, Накфу). Были предъявлены свидетельства того, что Эритрея предоставляла зубоврачебную помощь либо в больницах, либо в лагерной амбулатории, куда вызывались дантисты. Аналогичным образом были предъявлены свидетельства того, что Эритреей в нескольких случаях предоставлялось длительное медицинское лечение, включая неоднократные хирургические операции. Иногда распределялись лекарства и витамины, которые не входили в число тех немногих лекарств и анальгетиков, что имелись в амбулаториях.

c. Выводы Комиссии

116. В целом, хотя Комиссия и поняла из свидетельств, предъявленных Эритреей, что она предпринимала усилия с тем, чтобы оказывать медицинскую помощь, и что некоторая помощь предоставлялась в каждом постоянном лагере, доказательства, предъявленные Эритреей, являются недостаточными для того, чтобы Комиссия могла сделать выводы относительно объема и качества медицинской помощи, позволяющие предотвратить возбуждение судебного дела Эфиопией на основании наличия серьезных доказательств.

117. Журналы записей лагерных амбулаторий (там, где их можно было прочитать) указывают на то, что многочисленные военнопленные посещали амбулатории, но не позволяют сделать вывод о том, что оказывалась нужная помощь или что все военнопленные, нуждавшиеся в медицинском обслуживании, лечились своевременно в течение всего срока пребывания в лагере. Например, из записей становится ясно, что в амбулаториях не велась ежедневная регистрация пациентов. В соответствии с международным гуманитарным правом военнопленный имеет право обращаться за медицинской помощью по своей собственной инициативе и получать постоянную медицинскую помощь, требуемую его состоянием здоровья, для чего необходим ежедневный доступ к амбулатории.

118. Международное гуманитарное право также требует, чтобы военнопленные получали лечение в специализированных больницах или других медицинских учреждениях, если нужную медицинскую помощь нельзя получить в лагерной амбулатории. Однако регистрационных записей больниц, представленных Эритреей, недостаточно для того, чтобы установить, что военнопленные, нуждавшиеся в специализированном лечении, направлялись в больницы. Более того, количественный анализ этих записей показывает, что, хотя некоторые из них касаются лечения, проведенного в первой половине 1999 г. в Дигдигте, почти половина записей относится к периоду с августа по декабрь 2000 г. и четверть к 2001 г. и 2002 г., то есть к периоду, последовавшему за присоединением Эритреи к Женевской конвенции и началом посещения лагерей делегатами МККК. Только несколько записей касаются лечения, проведенного в период с июля 1999 г. по май 2000 г., когда военнопленные содержались в Афабете, и нет никаких записей, относящихся ко времени, когда были открыты лагеря Баренту и Эмбакала.

119. Аналогичным образом отчеты о поставках медицинских материалов, представленные Эритреей, указывают на то, что Эритрея распределяла некоторые лекарства и витамины среди военнопленных, но они не доказывают, что Эритрея предоставляла отвечающие требованиям лекарства всем военнопленным в лагерях. Интересно, что в соответствии с имеющимися показаниями Эритрея, несомненно, распределяла среди военнопленных значительно больше витаминов A, B, C и поливитаминов после августа 2000 г., чем до этого времени.

120. Профилактические меры являются предметом особой озабоченности Комиссии. Как вытекает из того значения, которое придается регулярным медицинским осмотрам в III Женевской конвенции, они являются жизненно важными для поддержания здоровья в замкнутом пространстве, где болезни распространяются очень легко. Комиссия считает ежемесячные осмотры узников лагерей той профилактической мерой, которая составляет часть обязанностей удерживающей державы в соответствии с международным обычным правом. […]

[…]

123. Имеющиеся показания свидетельствуют также о том, что Эритрея не обеспечила отдельного размещения военнопленных, имеющих определенные инфекционные заболевания. Военнопленные особенно подвержены заражению инфекционными болезнями, такими как туберкулез, и обычное международное право (говоря о должном необходимом минимуме мер для поддержания здоровья) тре-

бует, чтобы инфицированные военнопленные были изолированы от остальных военнопленных. Несколько эфиопских военнопленных, сделавших заявления, рассказывают о том, что больные туберкулезом размещались вместе с другими военнопленными, и эти свидетельства не были убедительно опровергнуты Эритреей. Администрация лагеря должна была выявить инфекционные заболевания как можно раньше и организовать специальные палаты для больных.

124. Поэтому Комиссия приходит к выводу, что Эритрея, не обеспечив эфиопским военнопленным требуемых минимальных стандартов медицинского обслуживания, нарушала международное право с мая 1998 г. и до того времени, когда последние эфиопские военнопленные были освобождены и репатриированы в августе 2002 г. Следовательно, Эритрея несет ответственность за это нарушение обычного международного права.

125. В заключение Комиссия признает, что от Эритреи и Эфиопии невозможно, во всяком случае в настоящее время, требовать таких же стандартов медицинского обслуживания, какие существуют в развитых странах. Однако недостаточность финансирования и отсутствие инфраструктуры не могут оправдать непринятие необходимого минимума мер для поддержания здоровья, требуемого международным гуманитарным правом. В любом случае, стоимость таких мер не может считаться значительной по сравнению с другими расходами, обусловленными ведением вооруженного конфликта.

7. Условия труда, противоречащие праву

126. Эфиопия заявляет, что Эритрея заставляла военнопленных работать в условиях, нарушающих требования статей 13, 14, 26, 27, 49–55, 62, 65 и 66 Женевской конвенции III.

127. Статья 49 Женевской конвенции III не запрещает удерживающей державе использовать физически годных для этого военнопленных на работах, но она запрещает заставлять работать офицеров. Из заявлений, сделанных бывшими эфиопскими военнопленными, становится очевидно, что, освобождая, как правило, от работы наиболее тяжело больных, администрация лагерей заставляла работать других больных и раненых военнопленных, которые физически не годились для этого, а также офицеров. […]

[…]

133. И наконец, Эфиопия утверждала, что Эритрея заставляла военнопленных выполнять работу военного характера в нарушение статьи 50 Женевской конвенции III. Однако это утверждение не было подтверждено достаточными доказательствами. Строительство жилых зданий и других сооружений для лагеря и охранников не является работой военного характера, но касается устройства лагеря и разрешается статьей 50. Аналогичным образом, в соответствии со статьей 50, строительство дорог считается общественными работами и поэтому такая работа допускается, если не будет доказано, что она носит военный характер или имеет военные цели. Эфиопия не представила таких доказательств. Следовательно, Комиссия не считает, что Эритрея нарушила статью 50 Женевской конвенции III.

134. В заключение Комиссия выносит решение, что Эритрея заставляла эфиопских военнопленных работать в условиях, которые нарушают требования статей 13, 27, 49, 51, 53, 54 и 62 Женевской конвенции III. Следовательно, Эритрея несет ответственность за эти правонарушения в отношении условий труда.

8. Условия перевода военнопленных из одного лагеря в другой

135. Теперь Комиссия переходит к рассмотрению заявлений Эфиопии о том, что Эритрея жестоко обращалась с военнопленными во время их перемещения из одного лагеря в другой. Эфиопия напоминает, что статьи 46 и 47 Женевской конвенции III требуют, чтобы удерживающая держава осуществляла такие перемещения в гуманных условиях. По меньшей мере, как и в случае с эвакуацией с линии фронта, удерживающая держава должна перемещать военнопленных в условиях, которые не хуже тех, что предоставляются держащей в плену державой своим войскам при перемещениях. При всех обстоятельствах удерживающая держава должна учитывать интересы самих военнопленных, с тем чтобы не увеличивать трудностей в их репатриации, и она должна обеспечивать пропитание, воду, кров и медицинскую помощь. В случае, когда переезд может поставить под угрозу выздоровление больных и раненых военнопленных, их не будут перемещать, если только этого настоятельно не требует их безопасность.

136. В заявлениях эфиопских военнопленных постоянно говорится о многих часах и днях их перемещений в переполненных военных грузовиках или автобусах по плохим дорогам, когда им очень редко разрешали останавливаться для туалета и почти не давали еды и воды, а иногда и вовсе не давали. Опровергая эти заявления, Эритрея представила свидетельства того, что ее собственные войска, по крайней мере до некоторой степени, испытывали те же са-

мые трудности, связанные с условиями транспортировки, особенно если учитывать, что в Эритрее очень мало дорог с покрытием. Комиссия признает, что крайне ограниченные ресурсы Эритреи и отсутствие инфраструктуры были неизбежно причиной ужасных условий перевозки военнопленных во время этого конфликта, но, конечно, до определенной степени.

137. Однако свидетельские показания отражают и то, что Эритрея не сделала всего, что можно было сделать для того, чтобы перемещать военнопленных в гуманных по возможности условиях, и это является решающим фактором. Свидетельства указывают, что перемещения часто сопровождались намеренным физическим насилием со стороны охранников и что Эритрея не принимала никаких эффективных мер с целью предупредить такие незаконные действия. У Комиссии вызывают обеспокоенность некоторые заявления (их, к счастью, немного) о намеренно жестоком обращении: в одном заявлении рассказывается о том, как эритрейские солдаты полили бензином платформу грузовика перед 12-часовой поездкой под палящими лучами солнца. Еще большую обеспокоенность вызывают четкие и убедительные показания, представленные Эфиопией, о том, что эритрейские солдаты часто избивали военнопленных во время перемещений. Особенно серьезными являются повторяющиеся свидетельские показания о том, что эритрейские солдаты избивали раненых и больных. В двух заявлениях говорилось о смерти одного больного эфиопского военнопленного, которого сбросили с грузовика при перевозке из Афабета в Накфу и оставили там умирать.

138. В отсутствие эффективного опровержения со стороны Эритреи Комиссия делает вывод, что Эритрея несет ответственность за то, что были допущены ненужные страдания военнопленных в ходе их перемещения из одного лагеря в другой.

9. Обращение с умершими

139. Эфиопия в отличие от Эритреи предъявила отдельные иски, касающиеся нарушений требований обычного международного права, имеющих отношение к смерти военнопленных. Ссылаясь на статьи 120 и 121 Женевской конвенции III, Эфиопия утверждала, что Эритрея не обеспечивала проведения медицинского осмотра и выдачи удостоверений о смерти военнопленных в плену, не проводила расследования возможных причин насильственной смерти и не обеспечивала достойного погребения в обозначенных могилах и с проведением религиозных обрядов. […]

[…]

10. Невыполнение требования о вывешивании правил распорядка лагеря и о разрешении подавать жалобы

142. Как отмечалось выше, III Женевская конвенция устанавливает очень подробно регламентированный режим. В предшествующих разделах настоящего Решения рассматриваются иски Эфиопии, в которых делаются заявления о нарушениях основных элементов этого режима, в том числе об убийствах, применении физического насилия и посягательствах на психическое состояние военнопленных, или вопросы, касающиеся выживания военнопленных, такие как предоставление пропитания, крова и медицинских услуг.

143. В настоящем, заключительном, разделе рассматриваются иски Эфиопии, касающиеся двух категорий обязательств, имеющих несколько разный характер. Эфиопия заявляет о невыполнении требования: a) вывесить правила лагерного распорядка и b) установить процедуру подачи жалоб. Эти положения устанавливают административные или процедурные требования, частично направленные на защиту прав военнопленных или на исправление имеющихся недостатков. Комиссия не имеет намерения умалить их роль в общей системе защиты в соответствии с Конвенцией. Тем не менее эти иски представляются менее важными, чем многие другие, рассмотренные ранее.

a. Правила лагерного распорядка

144. Статья 41 Женевской конвенции III требует, чтобы в каждом лагере для военнопленных вывешивались как текст Конвенции, так и «[в]сякого рода правила, приказы, объявления и извещения», которые военнопленные могут прочитать на понятном для них языке. До 14 августа 2000 г. Женевская конвенция не действовала в отношениях между сторонами; Комиссия не видит основания утверждать, что обычное право требует вывешивания текста Конвенции до этой даты. Однако Комиссия считает, что существует обычное обязательство вывешивать правила лагерного распорядка на видном месте и иным образом обеспечивать знание военнопленными их прав и обязанностей. […]

b. Процедура подачи жалоб

147. Эфиопия также заявила, что Эритрея не обеспечила наличия эффективной процедуры подачи жалоб. Статья 78 Женевской конвенции III предоставляет военнопленным право «представлять военным властям, под властью которых они находятся, просьбы по поводу установленного для них режима пребывания в плену». Для

просьб и жалоб не должно быть никаких ограничений, за них нельзя наказывать, они должны незамедлительно передаваться.

148. Принимая во внимание, например, установившуюся во время Первой мировой войны практику, о которой говорила Эфиопия, и включение этого понятия в Конвенцию 1929 г., Комиссия приходит к выводу, что как обычное право, так и Конвенция гарантируют военнопленным право подавать жалобы, касающиеся условий их содержания, и им не должно грозить за это наказание. Свидетельства, представленные Эфиопией, хотя они и не так многочисленны, как по некоторым другим, более основополагающим, вопросам, доказывают, что этому праву часто не позволяли осуществляться, а подававшие жалобы военнопленные подвергались жестоким наказаниям. […]

[…]

150. На основании четких и убедительных свидетельств Комиссия приходит к выводу, что Эритрея, в нарушение своих обязательств по международному праву, не разрешала эфиопским военнопленным в своих лагерях подавать жалобы, касающиеся условий их содержания, и добиваться исправления ситуации. Более того, свидетельства указывают на то, что во всех лагерях, и особенно в Накфе, пленные, которые пытались подать жалобу, часто подвергались строгим и незаконным санкциям, в том числе отделению от других военнопленных и избиениям охранниками. Поэтому Эритрея несет ответственность за эти нарушения.

V. РЕШЕНИЕ

Ввиду вышесказанного Комиссия принимает следующее решение: […]

B. Применимое право

1. В отношении проблем, имевших место до присоединения Эритреи к Женевским конвенциям 1949 г., которое вступило в силу 14 августа 2000 г., международным правом, применяемым к настоящему иску, является обычное международное право, включая обычное международное гуманитарное право, как оно представлено в соответствующих частях четырех Женевских конвенций 1949 г.

2. Если какая-либо из сторон утверждает, что конкретное соответствующее положение этих Конвенций не является частью обычного международного права в конкретный период времени, бремя доказывания будет возложено на сторону, утверждающую это.

3. В отношении проблем, имевших место после 14 августа 2000 г., международным правом, применимым к настоящему иску, будут соответствующие части четырех Женевских конвенций 1949 г., а также обычное международное право. […]

D. Выводы относительно ответственности за нарушение международного права

Ответчик несет ответственность перед истцом за следующие нарушения международного права, совершенные лицами из состава вооруженных сил и другими официальными лицами Государства Эритрея:

1. отказ с мая 1998 г. по август 2000 г. выдать разрешение МККК направить своих делегатов для посещения всех мест, где содержались эфиопские военнопленные, зарегистрировать этих военнопленных, провести с ними беседы без свидетелей и предоставить им обычную в таких случаях гуманитарную и медицинскую помощь;

2. эфиопским военнопленным не была обеспечена защита от убийств при захвате в плен и сразу же после этого;

3. разрешались избиения и другие виды физического насилия в отношении эфиопских военнопленных, что часто имело место при захвате в плен и сразу же после этого;

4. изъятие у всех эфиопских военнопленных обуви во время длительных пеших переходов с места захвата в плен до первого места содержания под стражей;

5. разрешение своему персоналу угрожать эфиопским военнопленным и избивать их во время допросов, что часто имело место при захвате в плен и сразу же после этого;

6. общая конфискация личных вещей эфиопских военнопленных;

7. допущение широкомасштабных и систематических правонарушений, касающихся воздействия на физическое и психическое состояние эфиопских военнопленных в лагерях в период с мая 1998 г. по август 2002 г.;

8. здоровье эфиопских военнопленных подвергалось серьезной опасности в лагерях Эмбакала, Дигдигта, Афабет и Накфа в результате того, что им не предоставлялись надлежащие помещения, санитарно-гигиенические условия, питьевая вода, пропитание и возможности для мытья;

9. непредоставление эфиопским военнопленным в период с мая 1998 г. по август 2002 г. требуемых стандартных медицинских услуг и непринятие требуемых профилактических мер, таких как отдельное размещение пленных, страдающих инфекционными заболеваниями, и проведение регулярных осмотров;

10. принуждение эфиопских военнопленных выполнять работы в условиях, противоречащих праву;

11. допускались неоправданные страдания военнопленных во время их перевода из одного лагеря в другой;

12. эфиопским военнопленным в лагерях ответчика не разрешалось подавать жалобы, касающиеся условий содержания, и требовать исправления ситуации, а военнопленные, которые пытались подать жалобы, часто наказывались.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Применимо ли было МГП международных вооруженных конфликтов к конфликту между Эритреей и Эфиопией? Даже несмотря на то, что Эритрея не была участником Женевских конвенций? (См. статью 2, общую, Конвенций.)

   b. Применима ли была Конвенция III к этому конфликту даже до 14 августа 2000 г., то есть до даты присоединения Эритреи к Женевским конвенциям? Может быть, хотя бы Эфиопия, будучи участником Конвенции, должна была соблюдать ее? (См. статью 2, общую, Конвенций.)

   c. Почему Эритрея не стала правопреемницей Эфиопии в отношении Женевских конвенций?

   d. Существуют ли конкретные критерии оценки того, соответствует ли Конвенция III обычному международному праву? Почему? Согласны ли вы с тем, что примеры, приведенные Эритреей и упоминаемые в пункте 29 Решения, не соответствуют обычному международному праву? Какие требования Конвенции III не являются по мнению Комиссии требованиями обычного международного права?

2. a. Каковы правовые основания для посещения военнопленных делегатами МККК и цель этих посещений? Существует ли у МККК такое право даже в тех конфликтах, где стороны представлены державами-покровительницами? (См. статьи 10 (3) и 126 Конвенции III.)

b. Действительно ли маловероятно, что правила процедуры, механизмы и установления для имплементации, предписываемые договорами, могут стать частью обычного международного права? Является ли право МККК на посещения военнопленных таким правилом процедуры или механизмом имплементации? Почему оно тем не менее соответствует обычному международному праву? Основан ли вывод Комиссии по этому вопросу на анализе практики государств? (См. статью 126 Конвенции III.)

c. Как, в соответствии с выводами Комиссии, влияют посещения МККК на соблюдение МГП?

3. Могут ли лица находиться под защитой как Конвенции I, так и Конвенции III? При каких обстоятельствах? (См. статью 14 Конвенции I.)

4. Применима ли статья 121 Конвенции III к убийствам солдат противника во время взятия их в плен? Непосредственно перед этим? (См. статьи 4 и 13 Конвенции III и статью 41 Протокола I.)

5. Должна ли медицинская помощь, требующаяся военнопленным, предоставляться в соответствии с одним-единственным стандартом или эти стандарты могут быть разными в зависимости от общего уровня здравоохранения и ресурсов участвующих в конфликте сторон? Ваши представления об условиях размещения, одежде, питании, условиях эвакуации, условиях работы или уголовном судопроизводстве аналогичны ли представлениям об оказании медицинской помощи? (См. статьи 15, 20, 25, 26, 27, 30, 51, 82, 87, 102 и 105 Конвенции III.)

6. В каких основных областях, по мнению Комиссии, Эритрея нарушила МГП? Какие из исков Эфиопии были отклонены? По причинам, связанным с толкованием Конвенции III? По причинам, связанным с недостаточной серьезностью нарушений? В результате того, что нельзя было установить фактическую основу этих исков?

7. Законно ли и правильно ли со стороны Комиссии устанавливать не все нарушения, совершенные сторонами, а только серьезные нарушения? Каковы причины такого ограничения? На что указывают эти причины в том, что касается Конвенции III?

8. По каким причинам МККК отказывается дать согласие на то, чтобы стороны предоставили Комиссии возможность ознакомиться с его докладами? Могли ли стороны предоставить эти доклады Комиссии, несмотря на отказ МККК? На чем основана обязанность сторон вооруженного конфликта уважать принцип конфиденциальности МККК?

B. Военнопленные, иск № 17 Эритреи

[**Источник**: Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award Prisoners of War, Eritrea's Claim 17 between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia. The Hague, July 1, 2003. The Permanent Court of Arbitration, The Hague. Примечания не приводятся. Полный текст Решения см. http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/]

КОМИССИЯ ПО РАССМОТРЕНИЮ ИСКОВ ЭРИТРЕИ И ЭФИОПИИ
ЧАСТИЧНОЕ РЕШЕНИЕ
Военнопленные
Иск Эритреи № 17
Спор между Государством Эритрея
и
Федеративной Демократической Республикой Эфиопия
Гаага, 1 июля 2003 г.

I. ВВЕДЕНИЕ

A. Краткое изложение позиций сторон

1. Настоящий иск (Иск Эритреи № 17; ERI 17) был предъявлен Комиссии Истцом, Государством Эритрея (Эритрея), в соответствии со статьей 5 Соглашения между правительством Федеративной Демократической Республики Эфиопия и правительством Государства Эритрея от 12 декабря 2000 г. (Соглашение). В Иске требуется установление ответственности Ответчика, Федеративной Демократической Республики Эфиопия (Эфиопия), за убытки, повреждения и вред, причиненные Истцу в результате незаконного, как утверждается, обращения Ответчика с военнопленными, которые являлись гражданами Истца. В своем исковом заявлении Истец требовал денежной компенсации, оплаты судебных издержек и иных выплат, которые являются должными и справедливыми. В своем Меморандуме Истец требует следующих дополнительных мер удовлетворения в форме приказов о том, что: a) Ответчик должен сотрудничать с Международным Комитетом Красного Креста (MKKK) при осуществлении немедленного освобождения всех оставшихся военнопленных, которых он удерживает; b) Ответчик должен вернуть личные вещи военнопленных, конфискованные стороной Ответчика; c) Ответчик прекращает опубликовывать информацию о военнопленных и показывать их фотографии для всеобщего обозрения.

2. Ответчик утверждает, что он в полной мере соблюдал международное право в том, что касается обращения с военнопленными. Ответчик не

считает, что Комиссия обладает юрисдикцией для рассмотрения исков, касающихся репатриации военнопленных, и некоторых других исков, которые, как он утверждает, не были поданы до 12 декабря 2001 г. и, следовательно, были аннулированы в силу статьи 5, часть 8, Соглашения. Ответчик также не согласен с требованиями Истца о принятии дополнительных мер удовлетворения в форме приказов, которые он считает нецелесообразными и ненужными, а в том, что касается репатриации — не входящими в сферу компетенции Комиссии.

B. Эфиопские лагеря для военнопленных

3. Эфиопия интернировала приблизительно 2 600 эритрейских военнопленных в период между началом конфликта в мае 1998 г. и 29 ноября 2002 г., когда все оставшиеся эритрейские военнопленные, зарегистрированные МККК, были освобождены.

4. Эфиопия использовала шесть постоянных лагерей, некоторые из них лишь в течение короткого времени: Фише, Билате, Ферес Май, Май Чу, Май Кенетал и Дедесса. Эфиопия закрывала каждый лагерь после перевода военнопленных в следующий лагерь.

[…]

C. Общие замечания Комиссии

11. Как становится очевидным из настоящего Решения и из связанного с ним Решения по Иску № 4 Эфиопии, имелись значительные трудности в выполнении обеими Сторонами важных правовых обязательства по защите военнопленных. Тем не менее Комиссия должна сделать важное предварительное замечание, которое создает контекст, необходимый для понимания последующих выводов. На основе многочисленных свидетельских показаний, представленных в ходе рассмотрения настоящего дела, Комиссия приходит к выводу, что обе Стороны стремились соблюдать наиболее основополагающие принципы, касающиеся военнопленных. Обе Стороны ввели в действие официальные программы подготовки своих войск по процедурам, которым необходимо следовать при захвате военнопленных. В отличие от поведения других сторон во время многих современных вооруженных конфликтов как Эритрея, так и Эфиопия, действуя последовательно, регулярно брали военнослужащих противника в плен. Лица из состава вооруженных сил противника, которые выходили из строя, перемещались с поля боя в более безопасные места. Более того, хотя эти дела касаются двух из числа беднейших стран мира, они обе прилагали значительные усилия к тому, чтобы обеспечить пропитание военнопленных, находящихся в их власти, и уход за ними.

12. В действиях обеих сторон наблюдались недостатки, иногда значительные, а в более редких случаях — серьезные. Тем не менее свидетельства, представленные в ходе разбирательства этих дел, указывают на то, что и Эритрея, и Эфиопия старались выполнять свои основные обязательства в области гуманитарного права и подбирать солдат противника, которые не могли оказывать сопротивление на поле боя, и предоставлять им защиту. Решения по этим делам и те трудности, на которые они указывают, должны восприниматься именно в таком контексте. [...]

III. ЮРИСДИКЦИЯ

A. Юрисдикция в отношении исков, возникших после 12 декабря 2000 г. [...]

20. Не вызывает никакого сомнения, что все лица, упоминающиеся в настоящих исках, были военнопленными во время вооруженного конфликта, который закончился заключением Соглашения 12 декабря 2000 г. Комиссия считает, что своевременное освобождение и репатриация военнопленных, очевидно, относятся к такому типу мер, которые тесно связаны с разведением противостоящих сил и окончанием военной конфронтации между двумя Сторонами, что попадает в сферу действия ее Решения № 1. В связи с этим международное право и практика признают важность своевременного освобождения и возвращения военнопленных, как это показано в статье 118 Женевской конвенции III, которая требует, чтобы такие военнопленные освобождались и репатриировались «тотчас же по прекращении военных действий». [...]

22. Комиссия находит неубедительными дальнейшие аргументы Эфиопии о том, что статья 2 Соглашения эффективно заменяет статью 118 Женевской конвенции III в качестве применимого права и что Комиссия не может осуществлять свою юрисдикцию в отношении иска Эритреи, основанного на статье 118, не вынося тем самым решения о том, нарушила ли Эфиопия свои обязательства по статье 2 Соглашения. В международном праве часто случается так, что сторона должна выполнять обязательства, вытекающие независимо друг от друга из многих источников. Сама статья 2 признает, что соответствующие обязательства, касающиеся репатриации, являются обязательствами «в соответствии с международным гуманитарным правом, включая Женевские конвенции 1949 г. ...». Статья 5 Соглашения наделяет Комиссию юрисдикцией в отношении всех исков, связанных с конфликтом, которые возникают вследствие нарушений Женевских конвенций 1949 г. или других нарушений международного права. Комиссия не находит в тексте статьи 2 или статьи 5 никаких

оснований для вывода о том, что ее юрисдикция в отношении исков, связанных с положениями статьи 5, отменяется или умаляется положениями статьи 2. Поэтому Комиссия пришла к выводу, что она обладает юрисдикцией в отношении исков Эритреи, касающихся репатриации военнопленных. Тем не менее при рассмотрении этих исков Комиссия проявит осторожность, чтобы не присваивать себе и не осуществлять юрисдикцию в отношении исков, касающихся соблюдения статьи 2 Соглашения.

IV. КОНКРЕТНЫЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

A. **Применимое право** […]

41. Следовательно, Комиссия считает, что правом, применимым в отношении настоящего Иска, является обычное международное право, включая обычное международное гуманитарное право, как оно представлено в соответствующих частях четырех Женевских конвенций 1949 г. Частые ссылки на положения Женевской конвенции III, которые делают обе стороны в поддержку своих исков и аргументации, полностью согласуются с этим выводом. Если какая-либо из сторон утверждает, что конкретное относящееся к делу положение этих Конвенций не должно рассматриваться в качестве обычного международного права в соответствующий период времени, Комиссия будет решать этот вопрос, а бремя доказывания будет лежать на утверждающей это стороне. […]

C. **Нарушения права** […]

2. **Дурное обращение с военнопленными при захвате в плен и сразу же после этого** […]

a. Жестокое обращение

59. В 48 заявлениях эритрейских военнопленных рассказывается о нескольких вызывающих тревогу случаях, когда эфиопские солдаты намеренно убивали военнопленных после захвата их в плен. Трое из сделавших заявления военнопленных рассказали о том, что сами были очевидцами того, как их раненые товарищи были застрелены и брошены, с тем чтобы ускорить эвакуацию.

60. Комиссия не получила никаких свидетельств того, что эфиопские власти провели расследование таких эпизодов, происшедших на поле боя, или наказали виновных в дисциплинарном порядке, как того

требует статья 121 Женевской конвенции III. Однако некоторые эритрейские военнопленные, сделавшие заявление, описывали случаи, когда эфиопские солдаты угрожали эритрейским военнопленным расстрелом на фронте или во время эвакуации, но сдержались или были остановлены товарищами. Эфиопия представила внушительные доказательства того, что в ее войсках проводилась подготовка по международному гуманитарному праву. Рассказы о захвате в плен и о том, что следовало сразу же после этого, представленные Комиссии в этом Иске, свидетельствуют о том, что такая подготовка, как правило, была эффективной и незаконные убийства предотвращались даже в те моменты, когда страсти были накалены, после захвата или сдачи в плен.

61. Взвесив все и никоим образом не оправдывая отдельные инциденты, связанные с незаконным убийством эритрейских военнопленных эфиопскими солдатами, Комиссия пришла к выводу, что нет достаточных подтверждающих доказательств для того, чтобы считать, что Эфиопия несет ответственность за частые и повторяющиеся убийства эритрейских военнопленных в момент взятия их в плен или после того.

62. В отличие от этого Эритрея представила — в виде заявлений эритрейских военнопленных, которые подтверждают друг друга — четкие и убедительные доказательства того, что те, кто захватывал их в плен, часто применяли физическое насилие в отношении эритрейских военнопленных как на линии фронта, так и во время эвакуации. Значительное число лиц, сделавших заявления, рассказывали о том, что эфиопские солдаты угрожали эритрейским военнопленным и избивали их, иногда очень жестоко и иногда нанося удары прямо по ранам. В некоторых случаях эфиопские солдаты намеренно оскорбляли эритрейских военнопленных и подвергали их физическому насилию, в том числе избиениям, и поощряли толпу гражданских лиц забрасывать их камнями во время перемещений.

63. Эти свидетельства о частых избиениях и других формах неправомерного физического насилия в отношении эритрейских военнопленных при захвате в плен и вскоре после этого являются четкими, убедительными и в основном не опровергнутыми. Хотя Комиссия не располагает доказательствами того, что Эфиопия поощряла своих солдат к совершению противоправных действий во время захвата военнопленных, неизбежным выводом является то, что Эфиопия как минимум не приняла эффективных мер, как того требует международное право, для предотвращения подобных правонарушений. Следовательно, Эфиопия несет за это ответственность.

b. Оказание медицинской помощи сразу же после захвата в плен

64. Комиссия далее обращается к заявлениям Эритреи о том, что Эфиопия не предоставляла необходимой медицинской помощи эритрейским военнопленным после захвата их в плен и во время эвакуации, как того требует обычное право, которое зафиксировано в Женевских конвенциях I (статья 12) и III (статьи 20 и 15). Четырнадцать эритрейских военнопленных из тех, кто сделал заявление, показывают, что их раны и раны их товарищей не были перебинтованы на фронте и не были промыты в первые дни и недели после захвата в плен, по крайней мере в одном случае это привело к смерти военнопленного после его перевозки в лагерь. В опровержение Эфиопия представила свидетельства того, что ее солдаты имели перевязочный материал и получили подготовку по перевязыванию ран для остановки кровотечения, но не промывали раны непосредственно на линии фронта, потому что там для этого явно не хватало воды и времени.

65. Комиссия считает, что требование предоставлять военнопленным медицинскую помощь непосредственно после захвата в плен должно оцениваться с учетом суровых боевых условий, недостаточной медицинской подготовкой войск и нехваткой соответствующего оснащения на линии фронта. Взвесив все и признавая ограничения в области материально-технического снабжения и наличия ресурсов для оказания медицинской помощи, которую Эфиопия могла предоставить на линии фронта, Комиссия пришла к выводу о наличии доказательств того, что в целом эфиопские силы оказывали раненым эритрейским солдатам первую помощь после захвата их в плен. Поэтому Эфиопия не несет ответственности за это нарушение.

c. Условия эвакуации [...]

68. Взвесив все и обнаружив лишь одно исключение, Комиссия пришла к выводу, что эфиопские солдаты выполняли правовые требования, касающиеся эвакуации с поля боя в трудных обстоятельствах с военной точки зрения, с учетом географического положения и возможностей материально-технического снабжения. Исключением является частая, но не постоянная эфиопская практика, когда у военнопленных отнимали обувь, о чем свидетельствовали несколько пленных, сделавших заявления. Хотя труднопроходимая местность и суровые погодные условия во время переходов в лагеря, возможно, и не зависели от Эфиопии, но заставлять военнопленных идти в этих условиях без обуви означало ненужным образом усугублять их страдания. Хотя Эфиопия высказала мнение, что в условиях транзитных лагерей допустимо было ограничить наличие обуви у военнопленных для того, чтобы предотвратить попытки побега, МККК утверждает обратное, и Эфиопия сама подавала иск против Эритреи за те же са-

мые правонарушения. Комиссия пришла к выводу, что Эфиопия несет ответственность за бесчеловечное обращение с военнопленными во время эвакуации с поля боя, поскольку она заставляла эритрейских военнопленных идти без обуви во время пеших маршей при эвакуации. […]

d. Допросы с применением мер принуждения

70. Эритрея утверждает, что при допросах военнопленных, которые начинались во время захвата в плен и эвакуации, Эфиопия часто допускала правонарушения. Международное право не запрещает допрашивать военнопленных, но оно строго ограничивает информацию, которую они должны предоставить, и запрещает пытки и другие меры принуждения, включая угрозы и какое-либо оскорбительное и жестокое обращение.

71. Однако только очень небольшое число эритрейских военнопленных, которые сделали заявления, дали показания о том, что их избивали или им серьезно угрожали во время допросов. Не оправдывая любые отдельные инциденты, связанные с противоправным поведением, Комиссия приходит к выводу, что не имеется достаточных свидетельств, указывающих на систематическое применение мер принуждения во время допросов военнопленных при захвате в плен или после этого.

3. Изъятие личных вещей военнопленных

72. Эритрея заявляет о широко распространенной практике конфискации эфиопскими солдатами денег и других ценных вещей, а также фотографий и удостоверений личности у военнопленных либо во время взятия в плен, либо после этого. Поэтому Эритрея просит Комиссию «отдать распоряжение о возвращении всех дорогих для эритрейских военнопленных личных вещей, которые были конфискованы Эфиопией… и, в частности, Эфиопия должна возвратить удостоверения личности и личные фотографии, которые были размещены в Интернете».

[…]

76. Сравнив свидетельские показания, которые противоречат друг другу, Комиссия пришла к выводу, что они указывают на то, что личные вещи часто изымались у эритрейских военнопленных лицами из состава вооруженных сил Эфиопии без выдачи каких-либо квитанций и без надежды на возвращение, что противоречит статьям 17 и 18 Женевской конвенции III. Иногда это случалось на фронте, вскоре после взятия в плен, когда такой грабеж является обычным делом во время

войны и представляет собой поведение отдельных грабителей. Однако у Комиссии вызывают тревогу свидетельства об изъятии личных вещей военнопленных в транзитных лагерях и по прибытии их в постоянные лагеря, а также свидетельства о том, что собственность, изъятие которой подтверждалась квитанциями, не была возвращена или была частично или полностью «утеряна». Эти противоречивые показания очень трудно оценить однозначно.

77. Комиссия делает вывод, что Эфиопия предпринимала усилия для защиты прав военнопленных на их личную собственность, но эти попытки были на практике недостаточными для того, чтобы обеспечить соблюдение соответствующих требований III Женевской конвенции. Следовательно, Эфиопия несет ответственность перед Эритреей за имеющие в результате этого место потери, понесенные эритрейскими военнопленными. […]

4. Правонарушения в связи с причинением ущерба физическому и психическому состоянию военнопленных в лагерях […]

81. Если даже с полным доверием отнестись к показаниям, представленным Эритреей, то становится ясно: в целом эти показания говорят о том, что лагеря для военнопленных в Эфиопии не характеризовались высоким уровнем физического насилия со стороны охранников. Показания свидетельствуют о том, что действительно были отдельные случаи избиения и что дисциплинарные наказания иногда накладывались в нарушение статьи 96 Женевской конвенции III, поскольку решение о них принималось эфиопскими охранниками, а не начальниками лагерей или офицерами, которым были предоставлены соответствующие полномочия, и обвиняемые не могли пользоваться правами, предоставляемыми этой статьей. Сами дисциплинарные наказания представляются неким сочетанием явно законных наказаний, таких как заключение в одиночной камере на срок менее одного месяца или хозяйственные работы в виде земляных работ, разгрузки материалов в лагере или доставки воды в лагерь, с наказаниями сомнительной законности, такими как бег, ползание или катание по земле. Более того, существуют заявления о том, что некоторые наказания, такие как бег, ползание или катание по земле под палящими лучами солнца, даже если их можно было бы считать хозяйственными работами, что кажется сомнительным, были болезненными и превышали ограничения, разрешенные в статье 89 Женевской конвенции III. Эта статья разрешает внеочередные наряды не свыше двух часов в день в качестве дисциплинарных наказаний военнопленных, которые не являются офицерами, но такие наряды, так же, как и другие разрешенные наказания, становятся незаконными, если они «бесчеловечные, жестокие или опасные для здоровья военноплен-

ных». Комиссия не располагает достаточными свидетельствами для определения того, были ли наказания, действительно налагаемые на эритрейских военнопленных, нарушением этих норм. […]

82. […] Рассмотрев все имеющие к этому отношение свидетельства, Комиссия пришла к выводу, что Истец не сумел доказать, предъявив явные и убедительные свидетельства, того, что лагеря для военнопленных в Эфиопии, несмотря на отдельные вышеупомянутые несоответствия требованиям статьей 89 и 96 Конвенции, функционировали таким образом, чтобы возникла ответственность Эфиопии за частые и широко распространенные случаи физического насилия в отношении военнопленных.

[…]

84. Достоин сожаления тот факт, что выводы Комиссии относительно физического насилия не касаются правонарушений, совершенных в отношении психического состояния военнопленных. Эфиопия признает, что ее лагеря были организованы таким образом, что различные группы военнопленных были отделены друг от друга. Установлено, что военнопленные, которые служили в вооруженных силах гораздо раньше, во время борьбы с Дерг, были изолированы от военнопленных, которые начали свою военную службу позже; кроме того, существуют свидетельства того, что другие группы также отделялись в зависимости от того времени, когда военнопленные начали свою военную службу. Такая сегрегация противоречит статье 22 Женевской конвенции III, которая устанавливает, что «военнопленных не будут отделять от военнопленных тех вооруженных сил, в которых они служили в момент захвата их в плен, за исключением тех случаев, когда они сами выразят на это согласие». Аргумент Эфиопии заключается в том, что такое разделение имело целью снизить уровень враждебности между группами, но Комиссия считает этот аргумент неубедительным. Представляется более вероятным, что такие действия предпринимались с целью поощрить переход военнопленных на сторону противника и уничтожить чувство внутренней дисциплины и сплоченности среди военнопленных.

85. В связи с этим Комиссия отмечает, что Эфиопия проводила расширенные программы идеологической обработки (индоктринации) различных групп военнопленных в лагерях Билате, Май Чу, Май Кенетал и Дедесса и поощряла обсуждение в группах военнопленных вопросов, поднимаемых в этих программах, в том числе вопроса об ответственности за начало войны и о характере правительства Эритреи. И хотя Эфиопия утверждает, что присутствие на таких занятиях и участие в дискуссиях не было обязательным, существуют серьезные свидетельства того, что Эфиопия эффективно обеспечивала обяза-

тельное присутствие на занятиях всех военнопленных, за исключением больных и раненых, что является нарушением статьи 38 Женевской конвенции III. Более того, есть и серьезные свидетельства, указывающие на то, что оказывалось значительное давление на военнопленных с целью заставить их заниматься самокритикой в ходе дискуссий. Хотя были сделаны отдельные заявления о том, что военнопленные, которые выступали так, как того хотели эфиопские власти, пользовались потом более благоприятным обращением, чем те, кто отказывался от таких выступлений, Комиссия не обнаружила достаточных доказательств такого нарушения основополагающего требования статьи 16 Женевской конвенции III о том, что со всеми военнопленными следует «обращаться одинаково, без какой-либо дискриминации по причинам расы, национальности, вероисповедания, политических убеждений и всем другим причинам, основанным на аналогичных критериях». Тем не менее Комиссия с обеспокоенностью отмечает свидетельства, говорящие о психическом и эмоциональном угнетении, испытываемом многими эритрейскими военнопленными, и приходит к выводу о том, что такое состояние было вызвано в значительной степени этими действиями Эфиопии в нарушение статей 22 и 38 Конвенции.

86. Следовательно, Эфиопия несет ответственность за психическое и эмоциональное угнетение эритрейских военнопленных, вызванное тем, что их заставляли участвовать в программах насильственной индоктринации, первое занятие по которой проводилось в Билате в июле 1998 г. и которые продолжались вплоть до освобождения и репатриации последных военнопленных в ноябре 2002 г. Свидетельства говорят о том, что эта группа включает в основном всех военнопленных, удерживавшихся Эфиопией в четырех названных лагерях, за исключением тех, кто не мог посещать эти занятия по состоянию здоровья.

5. Нездоровые условия содержания в лагерях [...]

c. Анализ условий содержания, связанных с сохранением здоровья, в каждом из эфиопских лагерей для военнопленных

92. Хотя имеются некоторые действительно тревожные свидетельства, поддерживающие заявление Эритреи о том, что в северных лагерях Эфиопии в Ферес Мае и Май-Чу, предназначенных для кратковременного содержания, серьезно нарушалась одна или несколько норм, касающихся сохранения здоровья, Комиссия считает, что нет достаточных оснований для вывода о том, что условия содержания там подвергали серьезной опасности здоровье военнопленных.

93. Совершенно другую картину представляет собой лагерь Май Кенетал. Его начальник в письменном виде показал, что место для расположения лагеря было выбрано из-за его близости к главной дороге, соединяющей лагерь с Микеле и Аддис-Абебой, расположенных к югу, и из-за того, что там имелось несколько административных зданий, которые были освобождены правительственными органами ворэды Май Кенетал. Несмотря на эти преимущества, сочетание двух обстоятельств создало серьезные трудности для администрации лагеря: во-первых, Май Кенетал начал функционировать в начале зимнего сезона в Северной Эфиопии — трехмесячного периода, характеризующегося проливными дождями, сильными ветрами и низкими температурами; во-вторых, в мае 2000 г. Эфиопия начала массированное наступление, в результате которого очень быстро число военнопленных в лагере увеличилось до 2 тысяч человек, а это истощило ресурсы лагеря в период трудных климатических условий. […]

[…]

95. Почти все военнопленные, которые не имели ранений, были размещены в палатках разной вместимости, сделанных из пластиковых покрытий, держащихся на деревянных столбах. Конечно же, в палатках не было пола, пленные спали на сырой земле, на всех было одно или два одеяла, пластиковые покрытия не защищали от дождя, некоторые палатки сносило ветром, по большей части эти помещения не защищали от холода и сырости и даже грязи, и они были сильно переполнены. […]

[…]

97. По крайней мере, 20 военнопленных дали показания об антисанитарных условиях в уборных. Эти установки состояли из ямы, вырытой в земле и покрытой фанерой с пропиленными дырками, а от дождя они укрывались пластиковыми полотнищами. Ямы постоянно наполнялись дождевой водой и грязью, кроме того, есть многочисленные свидетельства того, что земля под многими из этих покрытий становилась грязью, кишащей насекомыми, и эти обстоятельства усугубляли трудности, которые приходилось выносить тем военнопленным, у которых не было обуви. По крайней мере десять военнопленных дали показания о том, что эти переполненные туалеты сильно ухудшали условия их содержания. […]

[…]

99. Практически единодушным было мнение о питании в Май Кенетале. Оно состояло из хлеба и чая утром и хлеба и чечевицы на обед и ужин. Практически все из 38 военнопленных, которые давали показания об условиях содержания в Май Кенетале, жаловались на неадек-

ватность такого рациона. Многие говорят о том, что постоянно голодали. Многие утверждают, что такое питание вызвало серьезное истощение, которое вместе с другими условиями способствовало распространению инфекционных болезней, в частности туберкулеза. Почти все 38 военнопленных заявляли и о том, что медицинское обслуживание было плохим — не хватало квалифицированного персонала, медицинских материалов и других ресурсов, необходимых для лечения многих больных и раненых военнопленных в Май Кенетале. Хотя жалобы относительно питания и медицинской помощи были приблизительно одинаковыми у военнопленных с обеих сторон, все же из общего числа свидетельств складывается картина, что именно в Май Кенетале люди серьезно страдали от голода и болезней. Например, по крайней мере 20 военнопленных заявляли, что они страдали от диареи. Многие другие жаловались, что туберкулез получил широкое распространение и что военнопленные, страдающие этим заболеванием, размещались в переполненных палатках, а не изолировались в специально предназначенных для лечения этого заболевания помещениях.

100. Эфиопия прилагала серьезные усилия для того, чтобы дискредитировать и опровергнуть эти свидетельства [...]. [...] Они [представители Эфиопии] говорили о том, что одежда в виде комбинезонов, а также обувь и матрац и два одеяла предоставлялись каждому военнопленному. Они утверждали, что питьевая вода сначала подавалась в лагерь из колодцев деревни Май Кенетал, но затем были вырыты новые колодцы в лагере, и вода из этих колодцев, несмотря на отдельные жалобы военнопленных, хлорировалась, была пригодной для питья и предоставлялась без ограничений. Они также утверждали, что для мытья имелись душевые установки. Каждый из этих офицеров затем заявил, что представители МККК регулярно посещали лагеря и у них не было никаких серьезных жалоб касательно условий содержания в лагерях. Комиссия отмечает, что это как раз тот случай, когда доступ к соответствующим докладам МККК был бы очень полезным.

101. Очевидно, что эти офицеры знали о своих обязанностях, и Комиссия может предположить, что они делали все возможное для того, чтобы обеспечить защиту здоровья военнопленных в трудных условиях. Большая часть их свидетельств заслуживает доверия, если предположить, а именно об этом говорят показания, что меры по улучшению условий содержания военнопленных принимались в конце относительно короткого периода, в течение которого лагерь функционировал. Но многочисленные, подтверждающие друг друга и подробные показания большого числа военнопленных убеждают Комиссию в том, что, несмотря на усилия персонала лагеря, серьезные и не соответствующие принятым стандартам условия

все же существовали в Май Кенетале в течение какого-то времени, и эти условия серьезно и отрицательно повлияли на состояние здоровья некоторых военнопленных и поставили под угрозу здоровье других, и такое положение является нарушением обычного международного права. […]

[…]

105. Почти все эритрейские пленные были в конце концов интернированы в Дедессе. Первоначально этот лагерь был сооружен во время правления Дерга для военного центра подготовки. В качестве лагеря для военнопленных он был открыт в июне 1999 г. и оставался таковым до того времени, когда все военнопленные были окончательно репатриированы в ноябре 2002 г. Имеется 38 заявлений, в которых описываются условия содержания в лагере, имеющие отношение к сохранению здоровья. Хотя некоторые говорят о серьезных недостатках в том, что касается санитарно-гигиенических условий, помещений и отсутствия обуви, другие военнопленные утверждают обратное или описывают гораздо менее серьезные недостатки. Взвесив все показания, Комиссия приходит к выводу, что нет достаточных свидетельств, поддерживающих утверждение, что в лагере серьезно нарушались стандарты, касающиеся сохранения здоровья. Свидетельства, касающиеся питания в Дедессе, рассматриваются в контексте Общего иска Эритреи относительно недостаточного рациона, предоставляемого военнопленным в течение всего плена.

d. Общий иск Эритреи относительно недостаточного рациона, предоставляемого военнопленным в течение всего плена

106. В своем Исковом заявлении и Меморандуме Эритрея, как представляется, утверждает, что в течение всего плена эритрейским военнопленным не предоставлялся рацион питания достаточный «по количеству, качеству и разнообразию для того, чтобы поддерживать хорошее состояние здоровья у военнопленных и не допускать потери веса». Этот иск не требует вывода о том, что питание, предоставляемое в каждом лагере, было настолько неадекватным по количеству или качеству и разнообразию, что здоровье военнопленных в каждом лагере находилось под угрозой. Скорее, Комиссии надлежит определить, существуют ли четкие и убедительные свидетельства того, что пища, предоставляемая во всех лагерях, была в течение длительного времени такой, что здоровье некоторых военнопленных оказалось под очень серьезной угрозой из-за неадекватности питания по количеству, качеству и разнообразию. […]

[…]

114. В заключение Комиссия пришла к выводу, что, во-первых, условия содержания в лагере для военнопленных в Май Кенетале серьезно и отрицательно сказались на здоровье целого ряда военнопленных и поставили под угрозу здоровье других в нарушение применимого международного права, и во-вторых, в рационе питания, предоставляемого Эфиопией военнопленным во всех лагерях до декабря 2000 г., в течение длительного периода времени ощущалась большая нехватка необходимых питательных веществ, что подвергало существенной опасности здоровье эритрейских военнопленных в нарушение применимого международного гуманитарного права. Следовательно, Эфиопия несет ответственность за необеспечение требуемых правом стандартов в отношении сохранности здоровья в Май Кенетале и за предоставление до декабря 2000 г. такого неадекватного рациона питания, что с течением времени это стало серьезно угрожать здоровью эритрейских военнопленных.

6. Неадекватная медицинская помощь в лагерях [...]

c. Выводы Комиссии

128. Несмотря на существенный объем свидетельских показаний и длительного времени, отведенного на заслушивание вопросов, касающихся медицинской помощи и поднятых в иске Эритреи, Комиссия встретилась с трудностями, определяя степень доступности и качество медицинского обслуживания в эфиопских лагерях для военнопленных. Сосредоточение внимания на конкретных деталях не всегда оказывалось полезным. Например, свидетельства о наличии психологических (психических) проблем не доказывает, что Эфиопия не предоставляла должной помощи; длительное нахождение в плену может быть очень дестабилизирующим психически, и психологическая помощь бывает показана после репатриации довольно часто. Обсуждение вопроса о симпатической офтальмии было, очевидно, очень узким. Больничные регистрационные журналы, предоставленные Эфиопией, не дают возможности установить, что всех военнопленных, нуждавшихся в специализированном лечении, направляли в больницу, но говорят лишь о том, что некоторых из них действительно туда направляли. Хотя несколько эритрейских военнопленных, сделавших заявления, жаловались на нехватку медицинского персонала, другие свидетельские показания говорят о том, что лагерные лазареты имели в своем штате одного врача или более и средний медицинский персонал; задержанный эритрейский врач был привлечен к оказанию медицинской помощи эритрейским военнопленным. [...]

130. Во-первых, в ответ на поставленные вопросы Эфиопия заявила, что, насколько ей известно, 20 эритрейских военнопленных умерли в плену в Эфиопии. Эритрейские военнопленные, сделавшие заявление, часто утверждают, особенно в отношении Май Кенетала (где условия содержания характеризовались серьезными недостатками, которые были рассмотрены Комиссией выше), что смертные случаи были вызваны отсутствием медицинской помощи. Как ни печален каждый случай смерти, Комиссия считает, что уровень смертности менее одного процента, при том, что всего было около 2600 военнопленных и многие из них имели серьезные ранения, не указывает сам по себе на плохое медицинское обслуживание.

131. Во-вторых, на Комиссию произвели большое впечатление подробные показания эритрейских врачей, которые осматривали эритрейских военнопленных, репатриированных после военных действий, закончившихся в декабре 2000 г. Они были убеждены в том, что эти раненые и больные военнопленные не получили требуемой медицинской помощи. Врачи показали, что из 359 военнопленных, которых они обследовали, 22 человека были больны туберкулезом, что является очень высоким показателем. Они также говорили о том, что у военнопленных наблюдались признаки недоедания, что отрицательно сказалось на их здоровье и способствовало развитию туберкулеза и цинги; многие из них были не в состоянии перенести необходимые для них хирургические операции, не набрав достаточного веса. Врачи также обнаружили, что почти половина военнопленных, которых они обследовали, имели переломы, лечение которых не велось должным образом, о чем говорили случаи несрастания или неправильного срастания костей. Хотя Эфиопия заявила в ответ, что переломы иногда не могли правильно излечиваться по причинам от нее не зависящим, например, из-за задержек в эвакуации, которых невозможно было избежать, эритрейские врачи отвечали, что многие ортопедические операции, проведенные после репатриации, были успешными; если бы такие операции были проведены раньше, пока пациенты еще удерживались Эфиопией, они были бы еще более успешными.

132. И наконец, вопрос о профилактических мерах вызывает особую озабоченность Комиссии. Как явствует из положений III Женевской конвенции, регулярные медицинские осмотры военнопленных крайне важны для сохранения здоровья в замкнутом пространстве, где болезни легко распространяются. Комиссия считает, что ежемесячные осмотры военнопленных являются профилактической мерой, которая составляет часть обязанностей удерживающей державы в соответствии с международным обычным правом.

133. Комиссия вынуждена сделать вывод, что Эфиопия не принимала целого ряда важных профилактических мер, конкретно предусматриваемых в международном праве. При рассмотрении этого вопроса Комиссия опиралась не только на показания Эритреи, но и на показания Эфиопии, которая управляла лагерями и лучше других знала о своих собственных действиях. [...]

[...]

136. В заключение, на основе четких и убедительных свидетельств, в том числе неопровергнутых, в основном свидетельств о распространенности недоедания, туберкулеза и плохого лечения переломов, а также об отсутствии требуемых профилактических мер, Комиссия приходит к выводу, что Эфиопия не обеспечивала для эритрейских военнопленных требуемого минимального стандарта медицинского обслуживания до декабря 2000 г. Поэтому Эфиопия несет ответственность за это нарушение обычного международного права.

137. В отличие от этого Эритрея не доказала, что медицинская помощь, предоставлявшаяся эритрейским военнопленным после декабря 2000 г., не соответствовала требованиям применимого права. В ответ на заявления Эритреи Эфиопия предоставила серьезные свидетельства, опровергающие эти заявления и говорящие об улучшенном медицинском обслуживании, которое предоставлялось в Май Кенетале и Дедессе с декабря 2000 г. и до репатриации остальных военнопленных в ноябре 2002 г. Свидетельские показания говорили о том, что приблизительно 40 сотрудников составляли штат амбулатории в Май Кенетале и что некоторых военнопленных направляли в местную больницу. В показаниях говорилось также о том, что военнопленные, заболевшие туберкулезом или другими инфекционными болезнями, изолировались в Май Кенетале и Дедессе, и о том, что, несмотря на заявления Эритреи, медицинское оборудование стерилизовалось перед каждым употреблением. Что касается медицинского обслуживания в Дедессе, Эфиопия представила журналы медицинских записей, опровергающих конкретные жалобы, изложенные в целом ряде заявлений эритрейских военнопленных.

138. В заключение Комиссия должна признать, что от Эритреи и Эфиопии нельзя, по крайней мере в настоящее время, требовать тех же стандартов медицинского обслуживания, которые существуют в развитых странах. Однако нехватка финансирования и отсутствие инфраструктуры не могут оправдать несоблюдение обеспечения минимальных стандартов медицинской помощи, требуемых международным гуманитарным правом. Стоимость такой помощи в любом случае не является существенной по сравнению с другими затратами, которых требует вооруженный конфликт.

7. Незаконные посягательства в отношении женщин-военнопленных

139. Эритрея подает отдельный иск за незаконные посягательства в отношении женщин-военнопленных, утверждая в своем исковом заявлении, что эфиопские солдаты насиловали женщин-военнопленных, а в одном случае изнасиловали и убили пленную женщину в Шешебите, на западном фронте. Стороны согласны с тем, что статья 14 Женевской конвенции III, которая предусматривает, что «[п]ри любых обстоятельствах военнопленные имеют право на уважение к их личности и чести» и что к «женщинам следует относиться со всем полагающимся их полу уважением», запрещает сексуальное насилие в отношении женщин-военнопленных. […]

[…]

141. Комиссия считает, что Эритрея не представила четких и убедительных свидетельств случаев изнасилования, убийства или других посягательств, направленных против женщин-военнопленных. Учитывая небольшое число женщин среди эритрейских военнопленных, Комиссия не пыталась установить наличие систематических и широко распространенных правонарушений в отношении женщин. Однако факт остается фактом: ни одна из женщин Эритреи, сделавших заявления, не заявила открыто и (что более важно, учитывая деликатность проблемы) не дала косвенным образом понять, что в отношении нее имели место посягательства сексуального характера или что какая-либо другая женщина из числа пленных, которых она знала, подверглась такому посягательству. Некоторые мужчины из числа эритрейских военнопленных, которые сделали заявление, говорили о том, что время от времени или часто слышали крики, доносящиеся из помещений, где содержались женщины, но не видели (а может быть, не могли видеть), что эфиопские охранники входили в помещение или покидали его. Несколько человек, сделавших заявления, описывали правонарушения в отношении женщин, которые, хотя и серьезные сами по себе, не были обусловлены полом жертв. Эритрея не представила свидетельств, документально подтверждающих один случай изнасилования и убийство, о которых говорилось в Исковом заявлении. Оспаривая этот иск, Эфиопия представила детальные доказательства того, что для женщин в лагерях существовали отдельные помещения, которые инспектировались старшими представителями администрации лагеря, которые могли входить туда только вдвоем.

142. Поэтому, никоим образом не пытаясь подвергнуть сомнению факт особой уязвимости женщин-военнопленных, Комиссия не считает, что Эфиопия несет ответственность за нарушение обязательств по

обычному международному праву обеспечивать защиту личности и чести женщин из числа эритрейских военнопленных.

8. Задержка в репатриации военнопленных

143. Комиссия определила в данном Решении, что иски Эритреи относительно своевременного освобождения и репатриации военнопленных находятся в сфере ее юрисдикции в соответствии с Соглашением и Решением Комиссии № 1.

144. В своем Исковом заявлении Эритрея утверждала, что Эфиопия не освободила и не репатриировала военнопленных незамедлительно после 12 декабря 2000 г. В своем Меморандуме Эритрея просила Комиссию «приказать Эфиопии сотрудничать с Международным Комитетом Красного Креста в деле немедленного освобождения и репатриации всех военнопленных...». Однако 29 ноября 2002 г., незадолго до слушаний по этому иску, Эфиопия освободила всех военнопленных, зарегистрированных МККК и все еще удерживавшихся ею. Некоторые предпочли остаться в Эфиопии, по семейным или иным обстоятельствам, а 1278 человек вернулись в Эритрею. Во время слушаний адвокат Эритреи выразил глубокое удовлетворение Эритреи в связи с этим. Комиссия также приветствует этот важный и позитивный шаг Эфиопии, который делает ненужным требование Эритреи дать указание относительно репатриации. Тем не менее остается иск Эритреи, в котором заявляется, что Эфиопия не репатриировала военнопленных, которых она удерживала, в соответствии с требованиями права.

145. Как отмечалось выше, Эритрея присоединилась к четырем Женевским конвенциям 1949 г., которые вступили для нее в силу 14 августа 2000 г., поэтому они действовали в отношениях между сторонами после этой даты. Статья 118 Женевской конвенции III устанавливает, что «[в]оеннопленные освобождаются и репатриируются тотчас же по прекращении военных действий». Соглашение об окончании военных действий стороны подписали 18 июня 2000 г. Однако Комиссия не получила никаких свидетельств относительно выполнения этого соглашения и не могла установить, означало ли это бесповоротно окончание активных военных действий для целей статьи 118.

146. В отличие от этого, статья 1 Соглашения от 12 декабря 2000 г. устанавливает, что «стороны окончательно прекращают военные действия между собой». Принимая во внимание условия этого Соглашения и последующее развитие отношений между сторонами, включая учреждение и работу настоящей Комиссии, Комиссия

пришла к выводу, что с 12 декабря 2000 г. военные действия прекратились и обязательство в соответствии со статьей 118 репатриировать «тотчас же» вступило в силу.

147. Выполнение этого обязательства поднимает отдельные вопросы, которые не были тщательно рассмотрены в ходе судопроизводства — частично потому, что Эритрея сосредоточила внимание на возвращении военнопленных, все еще удерживавшихся, что было поставлено на обсуждение накануне слушаний, а Эфиопия последовательно ссылалась на то, что Комиссия не обладала юрисдикцией для рассмотрения таких исков, — этот аргумент Комиссия теперь опровергла. Тем не менее с учетом их повседневного значения и гуманитарной цели III Женевской конвенции эти слова указывают на то, что репатриация должна осуществляться как можно раньше и без необоснованных или неоправданных ограничений или задержек. В то же самое время репатриация не может быть немедленной. Подготовка и обеспечение скоординированности соответствующих мер, которые должны гарантировать безопасное и упорядоченное передвижение и прием пленных, особенно больных или раненых, могут потребовать много времени. Кроме того, должны быть разработаны адекватные процедуры для обеспечения того, что отдельные лица не будут репатриированы против их воли.

148. Существует и основной вопрос — зависит ли и в какой степени обязательство каждой стороны по репатриации от выполнения такого обязательства другой стороной? Формулировка статьи 118 является безусловной. Тем не менее фактически и как указывает практика государств любое государство, которое не потерпело полного поражения, вряд ли станет освобождать всех удерживаемых им военнопленных, не будучи уверено в том, что его собственный персонал, удерживаемый противником, будет также освобожден; вряд ли разумно ожидать иного. Во время слушаний уважаемый адвокат Эритреи высказал мысль о том, что обязательство репатриировать должно пониматься как безусловное, но признал сложность этого вопроса и существование противоположных аргументов в общем праве.

149. Комиссия считает, что, с учетом характера обязательства по репатриации и практики государств, следует рассмотреть действия обеих сторон при оценке того, выполнила ли и когда выполнила Эфиопия свои обязательства в соответствии со статьей 118. По мнению Комиссии, статья 118 не требует абсолютно аналогичного поведения всех сторон. Однако логично ожидать, что действия каждой стороны по отношению к репатриации военнопленных будут разумными и в широком смысле будут соответствовать поведению другой. Более того, обе стороны должны стремиться обес-

печить выполнение основной цели статьи 118 — освобождения и репатриации военнопленных как можно скорее после окончания активных военных действий. Ни одна из сторон не может в одностороннем порядке остановить процесс освобождения и репатриации или отказаться добросовестно сотрудничать с МККК для разрешения любых возникающих трудностей.

150. Стороны предоставили ограниченный объем свидетельств в отношении этого иска, что осложнило принятие некоторых основных решений для Комиссии. Как уже отмечалось, вплоть до дня накануне слушаний Эритрея уделяла особое внимание освобождению все еще удерживаемых военнопленных, а Эфиопия доказывала, что вся эта проблема не попадала в сферу юрисдикции Комиссии. […] [С]тороны, действуя с помощью МККК, начали серьезный, и взаимный, процесс репатриации сразу же после 12 декабря 2000 г. Между декабрем 2000 г. и мартом 2001 г. Эфиопия репатриировала 855 эритрейских военнопленных, что составило 38 процентов от общего числа военнопленных, которые были в конце концов репатриированы. Эритрея репатриировала меньше эфиопских военнопленных (628), но эта группа составляла 65 процентов всех репатриированных Эритреей лиц.

151. После марта 2001 г. процесс остановился на довольно длительный период времени. Возобновился он в октябре 2001 г., когда обеими сторонами были репатриированы две небольшие группы пленных. Эритрея репатриировала всех оставшихся эфиопских военнопленных в августе 2002 г. После этого в ноябре 2002 г. Эфиопия провела репатриацию, о которой говорилось выше. (Единственным случаем репатриации до декабря 2000 г. была репатриация Эритреей 70 больных и раненых военнопленных в Эфиопию в августе 1998 г.) […]

[…]

153. Не вполне понятны обстоятельства временного прекращения и последующего возобновления процесса репатриации. К свидетельствам можно отнести сообщение в прессе от 3 августа 2001 г. о том, что Министерство иностранных дел Эфиопии сделало заявление, что Эфиопия приостанавливает обмен военнопленными с Эритреей до тех пор, пока Эритрея не прояснит ситуацию с эфиопским пилотом и 36 ополченцами и полицейскими, которых, как считает Эфиопия, Эритрея захватила в 1998 г., но чьи имена не были включены в списки военнопленных, удерживаемых Эритреей, которые Эфиопия получила от МККК. В ответ на этот шаг Эритрея заявила, что она также прекращает дальнейшую репатриацию эфиопских военнопленных, но что она готова возобновить этот про-

цесс, когда это сделает Эфиопия. [...] В октябре и ноябре 2001 г. и в феврале 2002 г. были репатриированы несколько небольших групп военнопленных, но представляется, что репатриация основного числа военнопленных была задержана на 12 месяцев или более из-за спора по поводу этих пропавших без вести лиц или других вопросов, которые не нашли отражения в документах, имеющихся в распоряжении Комиссии.

154. В отношении подробностей, связанных с взятием в плен пилота, существовали противоречивые показания, но обе стороны сходятся во мнении, что он был захвачен и стал военнопленным. Комиссия не располагает прямыми свидетельствами относительно его судьбы. В Меморандуме Эритреи говорится, что «Эфиопию неоднократно уведомляли о смерти данного лица через посредников в мирном процессе». В Меморандуме не указывается, когда, по мнению Эритреи, это произошло, и не предоставляется свидетельств того, что это действительно имело место. Контрмеморандум Эфиопии не содержит ответа на это заявление и не касается напрямую судьбы пилота и других лиц. Ни одна из сторон не предоставила документов или свидетельских показаний, затрагивающих этот вопрос.

155. Переписка между сторонами, касающаяся задержки репатриации, шла, предположительно, через посредничество МККК, но, к сожалению, эта корреспонденция не была предоставлена Комиссии. Однако сообщения в прессе, относящиеся к этому времени, позволяют предположить, что в какой-то момент предметом спора, вероятно, остался только пропавший без вести пилот. В частности, документы, представленные Эритреей, указывают, что 8 мая 2002 г. профессор Жак Форстер, вице-президент МККК, сказал на пресс-конференции в конце своего визита в Эфиопию, что МККК был обеспокоен «замедлением со стороны обеих стран» процесса репатриации военнопленных. Однако с этого времени, по мнению МККК, «Эфиопия не нарушала положений четырех Женевских конвенций в том, что касается репатриации военнопленных».

156. 16 июля 2002 г. премьер-министр Эфиопии подтвердил на пресс-конференции, что «камнем преткновения» на пути к завершению обмена военнопленными является отсутствие ответа Эритреи на вопрос о судьбе пилота. В следующем месяце вопрос, очевидно, был разрешен. В пресс-релизе МККК от 23 августа 2002 г. говорится следующее:

> «Женева (МККК) — Президент Международного Комитета Красного Креста (МККК), г-н Якоб Келленбергер, завершил сегодня свой первый визит в регион после окончания международного вооруженного конфликта между двумя странами в 2000 г. В ходе

своего официального визита в Эритрею и Эфиопию г-н Келленбергер встретился 20 августа в Асмаре с Президентом Эритреи Исайясом Афеверки и 22 августа в Аддис-Абебе с Президентом Эфиопии Гирмой Волде-Георгисом и премьер-министром Мелесом Зенауи. Основной целью Президента МККК в обеих столицах было добиться освобождения и репатриации всех оставшихся военнопленных в соответствии с III Женевской конвенцией и Мирным соглашением, подписанным 12 декабря 2000 г. в Алжире.

Во время своей встречи с президентом Эритреи Исайясом Афеверки г-н Келленбергер отметил обещание г-на Афеверки освободить и репатриировать эфиопских военнопленных, удерживаемых Эритреей. Освобождение и репатриация военнопленных, которых зарегистрировал и посетил МККК, состоится на следующей неделе.

Во время своей встречи с г-ном Келленбергером премьер-министр Эфиопии Мелес Зенауи выразил решимость своего правительства освободить и репатриировать эритрейских военнопленных, удерживаемых Эфиопией, и других лиц, интернированных в связи с конфликтом. Освобождение и репатриация состоятся по завершении разработки внутренних процедур совместно с МККК.

В обеих столицах г-н Келленбергер подтвердил твердую решимость МККК оказывать помощь в разрешении всех оставшихся проблем, связанных с лицами, захваченными во время конфликта.

МККК приветствует решительные шаги, предпринимаемые с целью скорейшего возвращения военнопленных на родину и в семьи, и с готовностью будет содействовать освобождению и репатриации, которых они с таким нетерпением ждали почти полтора года».

157. В то время как Эритрея незамедлительно освободила и репатриировала оставшихся у нее военнопленных в конце августа 2002 г., Эфиопии потребовалось три месяца, до 29 ноября 2002 г., для того, чтобы освободить остававшихся у нее военнопленных и репатриировать тех из них, которые этого хотели. Никакого объяснения по поводу этой трехмесячной задержки дано не было.

158. В таких обстоятельствах Комиссия делает вывод, что Эфиопия не выполнила своего обязательства незамедлительно репатриировать удерживаемых ею военнопленных, как того требуют нормы права. Однако еще предстоит определить, когда именно Эфиопия

стала выполнять свои обязательства, по этому вопросу бремя доказывания лежит на Эритрее. Эритрея не объяснила четко, в какой момент, по ее мнению, Эфиопия впервые нарушила свое обязательство по репатриации, а Эфиопия не вступала в спор по этому вопросу, причины такого поведения обеих стран рассматривались выше. Тот факт, что стороны не обсуждали этот вопрос, осложнил работу Комиссии.

159. Эритрея, видимо, считает, что Эфиопия нарушила право, приняв в августе 2001 г. решение приостановить дальнейшую репатриацию военнопленных до тех пор, пока Эритрея не прояснит судьбу нескольких человек, которых, как считала Эфиопия, Эритрея захватила в плен в 1998 г., но чьи имена не значились среди военнопленных, удерживаемых Эритреей. Аргументация Эритреи заключалась в том, что обеспокоенность судьбой сравнительно небольшого числа лиц, пропавших без вести, не может оправдать задержку на год и более освобождения и репатриации почти 1300 военнопленных. Она также утверждала, что приостановление Эфиопией обмена военнопленными не может быть оправдано в качестве несиловой контрмеры в соответствии с правом об ответственности государств, поскольку в статье 50 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятых Комиссией международного права, подчеркивается, что такие меры не могут касаться «обязательств о защите основных прав человека» или «обязательств гуманитарного характера, запрещающих репрессалии». Аналогичным образом Эритрея указывает, что такое поведение не может считаться разрешенной репрессалией в соответствии с правом вооруженных конфликтов; статья 13 Женевской конвенции III подчеркивает, что «[п]рименение к ним [военнопленным] репрессалий воспрещается». Как уже отмечалось, Эфиопия доказывала отсутствие юрисдикции касательно такого иска, поэтому она не ответила на эти правовые аргументы.

160. Аргументация Эритреи имела прочное юридическое обоснование. Тем не менее ее было недостаточно для того, чтобы установить, что Эфиопия нарушила свое обязательство по репатриации в августе 2001 г. В частности Комиссия не готова сделать вывод, что Эфиопия нарушила свое обязательство в соответствии со статьей 118 Женевской конвенции III, приостановив временно дальнейшую репатриацию до получения ответа на очевидно обоснованный запрос о судьбе целого ряда комбатантов, пропавших без вести, которых, как она предполагала, захватила Эритрея и которые не значились в списках военнопленных. Эритрея не представила каких-либо свидетельств, указывающих на то, что она хочет ответить на эти запросы или установить, что они были необоснованными или неуместными.

161. В связи с этим Комиссия должна обратить особое внимание на позицию МККК и должным образом учесть ее. Как отмечалось ранее, вице-президент МККК Форстер заявил в мае 2002 г., что на тот момент МККК не считал, что Эфиопия нарушает свое обязательство по репатриации. Эритрея никак не отреагировала на это заявление. Вывод МККК заслуживает особого доверия, поскольку организация имела контакты с обеими сторонами и, очевидно, была посредником в их корреспонденции по вопросам, связанным с военнопленными. Поэтому МККК, предположительно, мог гораздо лучше оценить причины задержки репатриации, чем Комиссия, в распоряжении которой имелся ограниченный объем сведений и документов.

162. Хотя вызывает определенную обеспокоенность тот факт, что на разрешение этой проблемы, видимо, потребовалось очень длительное время, на основании имеющихся у нее документов Комиссия не может не согласиться с выводами МККК или решить, что только Эфиопия несет ответственность за длительную задержку в репатриации, продолжавшуюся до того времени, когда Эритрея репатриировала остававшихся у нее эфиопских военнопленных в августе 2002 г. Поэтому иск, в котором Эфиопия обвиняется в нарушении ее обязательства по репатриации в соответствии со статьей 118 Женевской конвенции III, приостановив процесс репатриации военнопленных в августе 2001 г., должен быть отвергнут из-за отсутствия доказательств.

163. Однако в свете информации, которая дается в пресс-релизе МККК от 23 августа 2002 г., и репатриации всех оставшихся эфиопских военнопленных в том же самом месяце Комиссия не видит правового основания для продолжающегося длительного задержания Эфиопией остальных эритрейских военнопленных. Эфиопия освободила и репатриировала оставшихся эритрейских военнопленных только 29 ноября 2002 г. Эфиопия никак не объяснила дальнейшую задержку, и Комиссия не видит никакого оправдания ее продолжительности. Хотя можно было бы понять, что для принятия всех необходимых подготовительных мер и согласования с МККК могло понадобиться несколько недель, особенно для того, чтобы удостовериться в добровольности решения тех, кто отказался репатриироваться, Комиссия считает, что этот процесс должен был занять самое большее три недели. Поэтому Комиссия считает, что Эфиопия нарушила свои обязательства в соответствии со статьей 118 Женевской конвенции III, не репатриировав 1287 военнопленных к 13 сентября 2002 г., и что она несет ответственность перед Эритреей за задержку в репатриации на 77 дней.

V. РЕШЕНИЕ

Ввиду вышесказанного Комиссия выносит следующее решение:

[…]

B. Применимое право

1. В отношении проблем, имевших место до присоединения Эритреи 14 августа 2000 г. к Женевским конвенциям 1949 г., международным правом, применимым к настоящему иску, является обычное международное право, включая обычное международное гуманитарное право, как оно отражено в соответствующих частях четырех Женевских конвенций 1949 г.

2. Когда одна из сторон утверждает, что конкретное соответствующее положение этих Конвенций не являлось частью обычного международного права в конкретный момент времени, бремя доказывания лежит на утверждающей это стороне.

3. В отношении проблем, имевших место после 14 августа 2000 г. международным гуманитарным правом, применимым к настоящему иску, являются соответствующие части четырех Женевских конвенций 1949 г., а также обычное международное право.

[…]

D. Определение ответственности за нарушение международного права

Ответчик несет ответственность перед Истцом за следующие нарушения международного права, совершенные лицами из состава его вооруженных сил или другими официальными лицами Государства Эфиопия:

1. непринятие эффективных мер для предотвращения случаев избиения и других противоправных деяний в отношении эритрейских военнопленных при их захвате в плен и сразу же после этого;

2. часто у эритрейских военнопленных отнимали обувь во время длительных маршей с места взятия в плен до первого места содержания под стражей;

3. необеспечение защиты личной собственности эритрейских военнопленных;

4. эритрейские военнопленные подвергались насильственной индоктринации в период с июля 1998 г. по ноябрь 2002 г. в лагерях Билате, Май Чу, Май Кенетал и Дедесса;

5. условия содержания в Май Кенетале серьезным образом отрицательно сказались на состоянии здоровья эритрейских военнопленных, содержавшихся там, или поставили его под угрозу;

6. всем эритрейским военнопленным до декабря 2000 г. предоставлялся такой рацион питания, в котором остро ощущалась нехватка питательных веществ;

7. необеспечение стандартов медицинской помощи, требовавшейся эритрейским военнопленным, особенно в Май Кенетале, и непринятие необходимых профилактических мер, заключавшихся в отдельном размещении с самого начала пленных с инфекционными заболеваниями и регулярных медицинских осмотрах, в период с мая 1998 г. до декабря 2000 г.;

8. необоснованную задержку в репатриации 1287 эритрейских военнопленных в 2002 г. на 77 дней. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Было ли МГП международных вооруженных конфликтов применимо к конфликту между Эритреей и Эфиопией?

   b. Была ли Женевская конвенция III применима к этому конфликту до 14 августа 2000 г., когда Эритрея присоединилась к Женевским конвенциям? Обязана ли была по крайней мере Эфиопия, будучи участником Конвенции, соблюдать ее? (См. статью 2, общую, Конвенций.)

2. В каких основных областях по заключению Комиссии Эфиопия нарушила МГП? Какие из исков Эритреи были отклонены? По причинам, связанным с толкованием Конвенции III? По причинам, связанным с незначительностью нарушений? Поскольку невозможно было установить факты, послужившие основанием для этих исков?

3. a. Должна ли медицинская помощь, требующаяся военнопленным, предоставляться в соответствии с единым стандартом или этот стандарт может изменяться в зависимости от общих стандартов в области здравоохранения и от ресурсов соответствующих сторон?

Являются ли ваши представления о помещениях, одежде, питании, условиях эвакуации, условиях работы и об уголовном судопроизводстве аналогичны вашим представлениям о медицинском обслуживании? (См. статьи 15, 20, 25, 26, 27, 30, 51, 82, 87, 102 и 105 Конвенции III.)

b. Что вы думаете о заявлении Комиссии в пункте 138 о том, что «нехватка финансирования и отсутствие инфраструктуры не могут оправдать несоблюдение минимальных стандартов медицинской помощи, требуемых международным гуманитарным правом. Стоимость такой помощи в любом случае не является существенной по сравнению с другими затратами, которых требует вооруженный конфликт».

4. a. Когда Эфиопия должна была репатриировать всех эритрейских военнопленных? По мнению Комиссии? В соответствии со статьей 118 Конвенции III?

b. Когда заканчиваются активные военные действия, делая репатриацию военнопленных обязательной в соответствии со статьей 118? Достаточно ли иметь соглашение о прекращении огня? Должно ли оно фактически выполняться? Что, если военные действия прекращаются без заключения соглашения?

c. Согласны ли вы с выводами Комиссии в пунктах 145 и 160? Соответствуют ли они формулировкам статьи 118 Конвенции III? Изменила ли практика государств (на которую ссылается Комиссия в пункте 148) смысл статьи 118? Считает ли Комиссия, что репатриации могут быть законным образом приостановлены, если противник не выполняет свои обязательства по репатриации? Соответствует ли это статье 13 Конвенции III? Оправданно ли это в соответствии с правом договоров? (См. статью 60 Венской конвенции о праве договоров, цитируется выше, Глава 13. IX, 2 c) dd).) Может ли это быть оправдано в соответствии с правом об ответственности государств? (См. **Прецедент № 38**, КМП, Проект Статей об ответственности государств [См. статью 50].)

d. Вправе ли государство, предположив, как это сделала Комиссия, что обязательство репатриировать военнопленных может обусловливаться определенными соображениями взаимности, временно приостановить репатриацию военнопленных, которые были зарегистрированы МККК, до прояснения противником судьбы пропавших без

вести военнослужащих, которые не были зарегистрированы МККК, если государство считает, что эти лица оказались захвачены противником? В соответствии с пунктом 160 Решения? По вашему мнению? Какая существует опасность для военнопленных, если их репатриация будет увязываться с прояснением судьбы лиц, пропавших без вести? Сколько обычно требуется времени для того, чтобы выяснить судьбу лиц, пропавших без вести во время вооруженного конфликта? Является ли обязательство по репатриации военнопленных обязательством результата? Является ли обязательство предоставлять информацию о лицах, пропавших без вести, обязательством результата? (См. статьи 13, 118 и 122 (7) Конвенции III и статью 33 Протокола I.)

Прецедент № 137, Судан, Эритрейцы сражаются в районе Голубого Нила

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Reuter News Service, February 19, 1997.]

СУДАН ЗАЯВЛЯЕТ, ЧТО ЭРИТРЕЙЦЫ СРАЖАЮТСЯ В РАЙОНЕ ГОЛУБОГО НИЛА

Каир, 19 февраля (Рейтер) — Судан заявил в среду, что им арестован эритрейский шпион в провинции Голубой Нил и у него выяснили, что эритрейские силы сражаются с армией в зоне, расположенной около 350 км (215 миль) к югу от эритрейской границы. Ранее Судан заявлял о том, что только эфиопские силы сражались в провинции Голубой Нил, а эритрейцы — в районе Кассалы дальше на север. Суданская оппозиционная группировка, Национальный демократический альянс, заявляет, что только ее силы проводят все военные операции, и обе соседние с Суданом страны отрицают, что оказывают помощь повстанцам.

Правительственное информационное агентство СУНА приводит слова губернатора провинции Голубой Нил, полковника Бабикера Джабера Кабало, который сказал, что шпион предоставил информацию о силах, которые атаковали правительственные войска в Восточном Судане в январе.

Представляется, что бои зашли в тупик, и повстанцы продолжают удерживать по крайней мере два суданских города вблизи от суданоэфиопской границы.

Кабало сказал, что, по словам шпиона, моральный дух сил, нападающих на суданскую армию, находится на низком уровне. Агентство не приводит его имени и не говорит о том, когда и каким образом он был арестован.

Эритрея не скрывает, что разрешает суданской оппозиции осуществлять подготовку своих вооруженных сил на территории Эритреи.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Если факты, приведенные в прецеденте, соответствуют истине, то существует ли вооруженный конфликт между Эфиопией и Суданом? Между Эритреей и Суданом? (См. статью 2, общую, Конвенций.)

2. Принимая во внимание тот факт, что Эритрея в это время не была участником Конвенции III, должен ли был Судан, участник Конвенции III, обращаться с захваченными лицами из эритрейских вооруженных сил в соответствии с Конвенцией III? Если нет, то имели ли они право на какую-нибудь защиту в соответствии с МГП? (См. статью 2 Конвенции III.)

   Примечание: Эритрея присоединилась к Женевским конвенциям в августе 2000 г.

3. Если захваченный эритреец был лицом из состава вооруженных сил Эритреи, при каких условиях его можно квалифицировать в качестве шпиона? Имеет ли он право на статус военнопленного, если он шпион? (См. статью 46 Протокола I.)

Прецедент № 138, Судан, Доклад Следственной комиссии ООН по Дарфуру

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Доклад Международной следственной комиссии по Дарфуру Генеральному секретарю ООН

[**Источник**: Доклад Международной следственной комиссии по Дарфуру Генеральному секретарю ООН, Женева, 25 января 2005 г., примечания приводятся частично; полный текст см. http://documents.un.org/welcome.asp?language=R.]

На основании резолюции 1564 (2004) Совета Безопасности от 18 сентября 2004 г., Женева, 25 января 2005 г.

ВВЕДЕНИЕ

[…]

II. ИСТОРИЧЕСКАЯ И СОЦИАЛЬНАЯ СПРАВКА

[…]

3. Нынешний конфликт в Дарфуре

61. Причины нынешнего конфликта в Дарфуре сложные. Помимо межплеменной розни, являющейся результатом опустынивания, доступа к современному оружию и […], есть другие глубокие причины, связанные с самобытностью, формами управления и появлением вооруженных повстанческих движений, которые пользуются поддержкой некоторых племен.

62. Создается впечатление, что две основные повстанческие группы в Дарфуре — Освободительное движение Судана/Армия (ОДС/А) и Движение за справедливость и равенство (ДСР) — сложились в течение 2001–2002 гг. в качестве сил, оппозиционных правительству в Хартуме, которое воспринималось как главный источник проблем в Дарфуре. Эти две повстанческие группы, едва связанные между собой, имеют одинаковые мотивы для восстания, которые включают социально-экономическое и политическое отчуждение Дарфура и его народа. Кроме того, участники этих повстанческих движений были в основном членами местных групп обороны деревень, образованных конкретными племенами, которые сформировали эти группы в ответ на участившиеся нападения других племен. У обеих повстан-

ческих групп была ясно сформулированная политическая программа, которая предусматривала единство Судана и более равноправное участие всех групп и регионов Судана в управлении страной. Сначала ОДС/А, которое тогда называлось Фронтом освобождения Дарфура, выдвигало программу, ориентированную в первую очередь на улучшение положения населения Дарфура, и лишь впоследствии эта программа была расширена и стала касаться уже всего Судана. Движение за справедливость и равенство положило в основу своей программы нечто вроде манифеста — «черную книгу», опубликованную в 2001 г., которая направлена главным образом на то, чтобы доказать несправедливость нынешнего распределения власти и богатства путем демонстрации того, что Дарфур и его население, а также население некоторых других регионов систематически подвергались дискриминации и их представители не допускались к занятию влиятельных должностей в центральном правительстве в Хартуме. Следует отметить, что оба этих движения не пытались отстаивать свои позиции с племенной точки зрения, а вместо этого они выступали от имени всех жителей Дарфура, причем свои удары наносили главным образом по правительственным объектам. Что касается разработки политики, то, видимо, можно сделать вывод, что политика НОДС/А (Народно-освободительного движения Судана/Армии) на юге, проводимая под лозунгом «Новый Судан», оказала влияние на ОДС/А, тогда как на ДСР, видимо, более значительное влияние оказал политический ислам. Кроме того, вполне возможно, что быстрое продвижение мирных переговоров между правительством и НОДС/А действительно послужило своего рода примером для других групп, поскольку создавалось впечатление, что вооруженная борьба прокладывает путь к плодотворным переговорам с правительством. Следует также помнить о том, что, несмотря на наличие широкой политической базы, подавляющее большинство членов двух повстанческих движений — это выходцы из трех племен: фур, масалит и загхава.

63. В целом считается общепризнанным, что повстанческие движения начали свои боевые действия в конце 2002 г. — начале 2003 г. Они заключались в основном в нападениях на местные полицейские участки, откуда повстанцы похищали государственное имущество и оружие. […]

[…]

66. Большинство материалов говорит о том, что правительство было удивлено интенсивностью нападений и плохо подготовлено к оказанию сопротивления такому быстрому военному наступлению. Кроме того, разграбление государственных оружейных складов повстанцами усилило их позиции. Еще одна проблема была связана с тем фактом, что правительство, видимо, не обладало достаточными военными ресурсами, поскольку многие его силы все еще находились на юге, а те силы, которые были в Дарфуре, дислоцировались в основном в крупных

городских центрах. После первых нападений повстанцев на сельские полицейские посты правительство решило сосредоточить большинство полицейских сил в городах. Это означало, что правительство фактически утратило контроль над сельскими районами, а именно там и базировались силы повстанцев. Еще одна проблема, с которой столкнулось правительство, заключалась в том, что большинство рядовых в вооруженных силах Судана было выходцами из Дарфура, которые, вероятно, не были склонны воевать со «своим» народом.

67. Имеющиеся материалы и самые различные источники, включая само правительство, показывают, что, столкнувшись с военной угрозой со стороны двух повстанческих движений, а также с серьезной нехваткой вооруженных сил в Дарфуре, правительство обратилось к местным племенам за помощью в борьбе с повстанцами. Тем самым оно стало эксплуатировать в своих интересах напряженность, которая существовала между различными племенами.

68. Большинство арабских кочевых племен, у которых не было традиционных общинных земель и которые хотели стать оседлыми племенами, особенно в условиях надвигающегося опустынивания, откликнулось на этот призыв. Возможно, они увидели в этом свой шанс получить землю. Один из старших государственных чиновников, участвовавших в вербовке, сообщил Комиссии, что племенные вожди получали деньги и подарки в зависимости от результатов вербовки. Кроме того, правительство выплачивало членам Народных сил обороны их денежное содержание через племенных вождей, и для этих целей использовались бюджеты провинций. Правительство не принимало рекрутов из всех племен. Один из вождей племени масалит сообщил Комиссии, что его племя было готово предоставить около тысячи человек для Народных сил обороны, но, как утверждал этот человек, правительство не дало своего согласия, может быть, полагая, что такие рекруты будут использовать эту возможность для того, чтобы заполучить оружие и затем повернуть его против правительства. Некоторые материалы говорят также о том, что иностранцы из Чада, Ливийской Арабской Джамахирии и других государств откликнулись на этот призыв, а правительство очень охотно вербовало их.

69. Эти новые «рекруты» и стали формированием, которое впоследствии мирные жители и другие люди стали называть «джанджавид», — это старое дарфурское слово, означающее вооруженного бандита или преступника, восседающего на лошади или верблюде. [...]

70. [...] 8 апреля 2004 г. правительство, ОДС/А и ДСР подписали соглашение о прекращении огня в гуманитарных целях, а 28 мая они подписали в Нджамене соглашение о способах осуществления прекращения огня. Затем мирные переговоры происходили [...] при посредничестве Африканского союза. 9 ноября правительство,

ОДС/А и ДСР подписали в Абудже два протокола: один протокол об улучшении гуманитарного положения и второй — об укреплении безопасности в Дарфуре. В ходе дальнейших переговоров стороны не смогли преодолеть своих разногласий и найти способы всеобъемлющего урегулирования конфликта.

[…]

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ: ВЫВОДЫ КОМИССИИ ПО ПОВОДУ НАРУШЕНИЙ СТОРОНАМИ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И НОРМ ГУМАНИТАРНОГО ПРАВА

[…]

II. ХАРАКТЕР КОНФЛИКТА В ДАРФУРЕ

74. Первый […] вопрос касается определения характера вооруженного конфликта, разразившегося в Дарфуре. Это особенно важно с точки зрения применения соответствующих норм международного гуманитарного права. Различие проводится между международным вооруженным конфликтом, немеждународным или внутренним вооруженным конфликтом и внутренними напряженными ситуациями или беспорядками. Женевские конвенции содержат свод тщательно разработанных норм, которые применяются к международным вооруженным конфликтам или «в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами». В общей для Женевских конвенций статье 3 и в Дополнительном протоколе II излагаются предпосылки вооруженного конфликта немеждународного характера. Из вышеприведенного определения международного конфликта следует, что немеждународным является конфликт, в который не вовлечены два государства. Современное международное гуманитарное право не содержит юридического определения понятия «вооруженный конфликт». В Дополнительном протоколе II дается лишь негативное определение, которое к тому же, как представляется, сужает сферу применения общей для Женевских конвенций статьи 3. Практика международных уголовных трибуналов выработала следующее четкое определение: «Вооруженный конфликт существует, когда имеет место применение вооруженной силы в отношениях между государствами или затянувшееся вооруженное насилие в отношениях между правительственными властями и организованными вооруженными группами или между самими такими группами на территории государства». Из понятия вооруженный конфликт, как правило, исключаются случаи нарушения внутреннего порядка и возникновения обстановки внутренней напряженности, такие как «беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия или иные акты аналогичного характера».

75. В конфликте в Дарфуре правительству Судана противостоят по меньшей мере две организованные вооруженные группы повстанцев: Освободительное движение Судана/Освободительная армия Судана и Движение за справедливость и равенство. […] Повстанцы фактически контролируют некоторые районы Дарфура. Таким образом, конфликт в Судане не просто породил ситуацию, характеризующуюся нарушениями внутреннего порядка и возникновением обстановки внутренней напряженности, беспорядками или отдельными и спорадическими актами насилия. Сложившаяся ситуация скорее отвечает требованиям, предусматривающим: a) существование организованных вооруженных групп, ведущих борьбу с центральными властями, b) контроль со стороны повстанцев над частью территории и c) затянувшиеся боевые действия, и поэтому должна рассматриваться как внутренний вооруженный конфликт в свете положений общей для Женевских конвенций статьи 3.

76. Все стороны в конфликте (правительство Судана, ОАС и ДСР) признают, что речь идет о внутреннем вооруженном конфликте. В частности, в 2004 г. две повстанческие группы и правительство Судана заключили между собой ряд международных соглашений, в которых они ссылаются или полагаются на положения Женевских конвенций.

III. КАТЕГОРИИ ЛИЦ ИЛИ ГРУПП, УЧАСТВУЮЩИХ В ВООРУЖЕННОМ КОНФЛИКТЕ

[…]

1. Вооруженные силы правительства

[…]

(iv). Народные силы обороны

81. Для решения оперативных задач вооруженные силы Судана могут быть дополнительно укомплектованы посредством мобилизации граждан или резервистов в Народные силы обороны (НСО). […]

82. Согласно информации, полученной Комиссией, армейское руководство рекомендует местной администрации проводить мобилизацию и набор бойцов НСО с привлечением вождей племен и шейхов. […] Как рассказал Комиссии вождь одного племени, «в июле 2003 г. администрация штата обратилась к вождям племен за помощью. Мы посоветовали своим соплеменникам вступить в НСО. Они послушались нас и, поступив туда, стали исполнять приказы правительства по линии государственного военного ведомства».

83. НСО обеспечивают оружием и обмундированием и организуют подготовку мобилизованных, которые затем включаются в состав регулярных войск для участия в операциях. На этом этапе они несут обычную воинскую службу и, как правило, носят ту же форму, что и военнослужащие срочной службы. […]

2. Поддерживаемые и/или контролируемые правительством ополченческие формирования «джанджавид»

[…]

(ii). Использование термина в контексте нынешних событий в Дарфуре

105. […] [Н]а практике термин «джанджавид» наравне с другими терминами используется для характеристики проправительственных ополченческих сил. Когда пострадавшие называют напавших на них боевиков «джанджавид», последние могут быть арабскими ополченцами, бойцами НСО или членами других образований, о которых говорится ниже.

[…]

(vi). Вопрос о правовой ответственности за акты, совершенные формированиями «джанджавид»

[…]

123. Когда ополченцы совершают совместные с вооруженными силами набеги, есть основания считать, что они действуют под эффективным контролем правительства в соответствии с определением контроля, содержащимся в пунктах 98–145 апелляции 1999 г. по делу Тадича. [См. **Прецедент № 180**, МТБЮ, «Обвинитель против Тадича».] Таким образом, они действуют как де-факто государственные должностные лица правительства Судана. Из этого следует, что, если будет доказано, что в каждом отдельном случае были соблюдены все требуемые элементы эффективного контроля, ответственность за совершенные преступления несут не только отдельные исполнители, но и соответствующие должностные лица в армии, отдавшие приказ совершить эти преступления, или запланировавшие их, или не принявшие мер для их предупреждения или пресечения, согласно понятию ответственности начальника.

124. Когда ополченцы включаются в состав НСО и надевают военную форму, их формирования приобретают с точки зрения международного права статус органов Судана. С правовой точки зрения правительство отвечает за их действия и преступления. […]

125. Основываясь на результатах своего расследования, Комиссия с уверенностью заявляет, что в подавляющем большинстве случаев ополченцы совершали нападения на деревни с молчаливого согласия государственных официальных лиц. Комиссия полагает, что в ограниченном числе случаев ополченцы иногда проводили операции в отсутствие прямого контроля за ними со стороны должностных лиц государства и не получали приказа от государственных официальных лиц на их проведение. В этих обстоятельствах ответственность за такие преступления несут лишь отдельные исполнители. Однако когда можно доказать, что именно правительство подстрекало ополченцев к нападениям на некоторые племена или снабжало их оружием и оказывало им финансовую и материально-техническую поддержку, есть основания считать, что: a) правительство несет международную ответственность (перед всеми остальными государствами — членами международного сообщества) за любое нарушение ополченцами международных стандартов прав человека и b) соответствующие должностные лица в правительстве могут быть привлечены к уголовной ответственности, в зависимости от конкретных обстоятельств каждого дела, за подстрекательство или способствование и участие в совершении ополченцами нарушений норм гуманитарного права.

[…]

IV. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРАВОВЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА, КОТОРЫЕ НЕСУТ ПРАВИТЕЛЬСТВО СУДАНА И ПОВСТАНЦЫ

[…]

1. Соответствующие нормы международного права, имеющие обязательную силу для правительства Судана

143. В рамках конфликта в Дарфуре к Судану применены два основных массива международных правил: международные стандарты прав человека и нормы международного гуманитарного права. Оба эти массива взаимно дополняют друг друга. Например, и тот и другой направлены на защиту жизни и достоинства человека, запрещение дискриминации по разным признакам и защиту от пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения. И тот и другой призваны обеспечить гарантии для лиц, подвергающихся уголовному преследованию, и основные права, в том числе право на здоровье, право на питание и право на жилье. И тот и другой предусматривают меры, направленные на защиту женщин и таких уязвимых групп, как дети и перемещенные лица. Различие состоит в том, что если стандарты прав человека защищают права индивидуума в любой ситуации, то нормы международного гуманитарного права распространяются только на особую ситуацию, а именно на ситуацию вооруженного конфликта.

[…]

149. Что касается чрезвычайного положения, то в международном праве по правам человека содержатся конкретные положения, которые предписывают государствам определенные действия. В частности, в статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах определяются условия, при которых государство-участник может временно приостановить выполнение части своих обязательств по Пакту. Для применения положений этой статьи необходимо наличие двух условий: во-первых, необходимо наличие ситуации, равнозначной существованию в стране чрезвычайного положения, которое создает угрозу жизни нации, и во-вторых, чрезвычайное положение должно объявляться официально в соответствии с положениями конституции и закона, которые регулируют введение такого положения и использование чрезвычайных полномочий. Государство должно также незамедлительно проинформировать другие государства-участники, через посредство Генерального секретаря, о положениях, от которых оно временно отступило, а также о причинах принятия таких мер. Даже в случаях вооруженного конфликта принятие мер в отступление от положений Пакта «допускается только в том случае и в той степени, в какой сложившаяся ситуация представляет угрозу для жизни нации». В любом случае они должны соответствовать требованиям, установленным в самом Пакте, включая требование о том, чтобы эти меры строго соответствовали требованиям ситуации. Кроме того, они должны быть совместимыми с другими обязательствами, вытекающими из международного права, в частности с нормами международного гуманитарного права и императивными нормами международного права.

150. В статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах четко определены положения, которые не подлежат ограничению и которые, таким образом, должны соблюдаться постоянно. Они включают право на жизнь; запрещение пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания; запрещение рабства, работорговли и каторжных работ; а также свободу мысли, совести и религии. Кроме того, меры, связанные с отступлением от положений Пакта, не должны приводить к дискриминации по признакам расы, цвета кожи, пола, языка, религии или социального происхождения.

151. Другие, не допускающие никаких отступлений «элементы» Пакта, как они определены Комитетом по правам человека, включают право всех лишенных свободы лиц на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности, запрет в отношении взятия заложников, похищений или тайных задержаний; некоторые элементы прав меньшинств на защиту, запрещение депортации или насильственного перемещения населения и запрет

пропаганды войны и пропаганды национальной, расовой или религиозной ненависти, что представляет собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию. Предусмотренное в Пакте обязательство по обеспечению эффективных средств правовой защиты в случаях любых нарушений положений пункта 3 статьи 2 должно выполняться при любых обстоятельствах.

152. Кроме того, защита этих прав, признанных как не допускающих каких-либо отступлений, должна обеспечиваться определенными процессуальными гарантиями, включая судебные гарантии. Так, право на разбирательство в суде, для того чтобы суд мог принять решение о законности задержания, и такие средства правовой защиты, как habeas corpus или amparo, не должны ограничиваться на основании отступлений, которые допускает статья 4. Иными словами, «положения Пакта, касающиеся процессуальных гарантий, не могут ни при каких обстоятельствах быть объектом мер в обход защиты не допускающих отступлений прав».

153. Судан непрерывно находился в состоянии чрезвычайного положения с 1999 г., и в декабре 2004 г. правительство объявило, что оно продлевает чрезвычайное положение еще на один год. По имеющейся у Комиссии информации, правительство не приняло в соответствии с законом меры для отступления от своих обязательств по Международному пакту о гражданских и политических правах. В любом случае, независимо от того, выполнил Судан необходимые условия для того, чтобы применить положения статьи 4, или нет, он обязан как минимум неизменно уважать не допускающие отступлений положения и «элементы» Пакта.

(ii). Международное гуманитарное право

154. Что касается международного гуманитарного права, то Судан имеет обязательства по четырем Женевским конвенциям 1949 г., а также Оттавской конвенции о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении от 18 сентября 1997 г., хотя и не имеет обязательств по двум Дополнительным протоколам 1977 г., по крайней мере qua договорам. Как уже отмечалось выше, Судан подписал, но пока не ратифицировал Статут Международного уголовного суда и Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в военных конфликтах, и поэтому обязан воздерживаться от действий, которые означали бы отказ от целей и задач этого Статута и Факультативного протокола.

[…]

156. Помимо международных договоров, Судан связан обязательствами, вытекающими из основанных на обычае норм международного гуманитарного права. К ним относятся нормы, касающиеся внутренних вооруженных конфликтов, многие из которых были выработаны в результате практики, применяемой государствами, а также судебной практики международных, региональных и национальных судов, равно как и на основе мнений государств, международных организаций и вооруженных групп.

157. Суть этих основанных на обычае норм изложена в статье 3, общей для Женевских конвенций. […]

158. Другие обычные нормы выкристаллизовались в ходе дипломатических переговоров о принятии двух Дополнительных протоколов 1977 г., ибо участвовавшие в переговорах стороны осознали необходимость обеспечить уважение некоторых основополагающих норм, независимо от того, ратифицируют они впоследствии Протокол II или нет. И тем не менее на Дипломатической конференции 1974–1977 гг. были приняты также другие нормы в качестве положений, раскрывающих общие принципы, принятые всеми государствами. Государства признали, что такие положения были частично кодифицированы и частично разработаны на основе общих принципов и что таким образом они являются юридически обязательными для всех государств или повстанцев независимо от того, ратифицировали ли последние эти Протоколы. Последующая практика или позиция подавляющего большинства государств показали, что с течением времени и другие положения Дополнительного протокола II стали рассматриваться как пользующиеся общей поддержкой и применяемые повсеместно. Таким образом, и они могут считаться обязательными для государств, не являющихся участниками, и повстанцев.

159. То обстоятельство, что в рамках международного сообщества возник таким образом свод норм обычного права, регулирующих внутренние вооруженные конфликты, подтверждается различными элементами. Так, некоторые государства в военных руководствах для своих вооруженных сил ясно указывают, что основная часть международного гуманитарного права применима также к внутренним конфликтам. Другие государства приняли аналогичный подход в отношении многих норм международного гуманитарного права.

[…]

161. Более того, в 1995 г. в своем решении по делу Тадича (Промежуточная апелляция) Апелляционная камера Международного трибунала по бывшей Югославии постановила, что основной свод междуна-

родного гуманитарного права также применим к внутренним конфликтам, как вопрос обычного права, и что помимо этого серьезные нарушения таких норм представляют собой военные преступления.

[...]

163. Принятие Статута Международного уголовного суда и вслед за ним устава Специального суда по Сьерра-Леоне можно рассматривать как кульминацию законодательного процесса, в результате которого всего лишь за несколько лет выкристаллизовался целый ряд норм обычного права, регулирующих внутренний вооруженный конфликт, и была установлена уголовная ответственность за серьезные нарушения таких норм (в том смысле, что серьезные нарушения этих норм могут породить индивидуальную уголовную ответственность).

164. Этот законодательный процесс, касающийся вопроса внутреннего вооруженного конфликта, вполне понятен. В результате как все более широкого распространения доктрин в области прав человека, так и стремительного увеличения числа гражданских войн, государства осознали, что бессмысленно обеспечивать защиту мирным гражданам и другим лицам, не принимающим участия в военных действиях, только в случае международных войн: мирные граждане и другие лица страдают от вооруженного насилия в период внутренних конфликтов не меньше, чем во время *международных* войн. Поэтому было бы нелогичным лишать мирных граждан защиты в период гражданских войн и обеспечивать им защиту во время международных вооруженных конфликтов. Аналогичным образом было признано необходимым установить процедуру правового регулирования ведения военных действий, в частности использования средств и методов ведения войны в случаях, когда военные столкновения происходят не между двумя государствами, а между государством и повстанцами.

165. Таким образом, нормы обычного международного права, касающиеся вооруженных конфликтов, призваны как обеспечить защиту мирных граждан, раненых и больных от ужасов вооруженного насилия, так и регулировать ведение военных действий между сторонами в конфликте. [...]

166. Для целей настоящего доклада здесь достаточно упомянуть лишь о тех нормах обычного права, касающихся внутренних международных конфликтов, которые имеют отношение и применимы к нынешнему вооруженному конфликту в Дарфуре. Эти нормы включают:

(i) проведение различий между комбатантами и мирными гражданами, а также защиту мирных граждан, главным образом от посягательств на жизнь и людей, в частности убийства [Примечание 77: Эта норма права содержится в статье 3, общей для Женевских конвенций 1949 г., она была подтверждена во многих случаях и зафиксирована в *British Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004 (в пункте 15.6). Следует отметить, что в своем докладе, подготовленном во исполнение пункта 5 резолюции 837 (1993) Совета Безопасности о расследовании нападения, совершенного 5 июня 1993 г. на Силы Организации Объединенных Наций в Сомали, Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций отметил, что действие «[Женевских] конвенций распространялось на войны между государствами и широкомасштабные гражданские войны. Однако закрепленные в них принципы имеют более широкую сферу охвата. [...] [О]ни применяются всегда, когда достижение политических целей стремятся обеспечить с помощью военных средств. Нет более важного принципа в гуманитарном праве войн, чем обязательство соблюдать различие между комбатантами и некомбатантами. Этот принцип нарушается, и, следовательно, уголовная ответственность возникает всякий раз, когда организации умышленно делают своей мишенью гражданское население или когда они используют гражданских лиц в качестве щита или иным образом демонстрируют необъяснимое безразличие к защите некомбатантов» (см. S/26351 24 августа 1993 г., Приложение, п. 12). Согласно опубликованному в 1999 г. Межамериканской комиссией по правам человека докладу о положении в области прав человека в Колумбии, международное гуманитарное право запрещает «осуществлять нападения на мирное население и требует от сторон в вооруженном конфликте всегда проводить различие между мирным населением и сторонами, принимающими активное участие в военных действиях, и осуществлять нападения только на последних и, следовательно, на другие действительно военные цели» (Third Report on the Human Rights Situation in Colombia, OAS/Ser.L/V/II.102, Doc. 9, rev. I, 26 February 1999, § 40). См. также Tadic (International Criminal Tribunal for the Appeals Chamber), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (1995), §§ 98, 117, 132 [См. **Прецедент № 180**, МТБЮ, «Обвинитель против Тадича»] ; Kordic and Cerkez, Case No. IT-95-14/2 (Trial Chamber III), Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction based on the limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3, 2 March 1999, §§ 25–34 (в которых признается, что статьи 51(2) и 52(1) Дополнительного протокола I и статья 13(2) Дополнительного протокола II представляют собой положения обычного международного права).] (эта норма права была подтверждена в некоторых соглашениях, заключенных правительством Судана с повстанцами);

(ii) запрещение преднамеренных нападений на мирных граждан;

(iii) запрещение нападений неизбирательного характера на гражданских лиц [Примечание 80: В пресс-релизе в связи с конфликтом в Ливане в 1983 г. Международный Комитет Красного Креста заявил, что «присутствие вооруженных элементов среди гражданского населения не может служить оправданием неизбирательных бомбардировок женщин, детей и пожилых» (ICRC, Press release No. 1474, Geneva, 4 November 1983). В 1997 г. в решении по делу Тадича и в постановлении Судебной камеры отмечалось, что «ясно, что население, являющееся

объектом [преступления против человечности], должно быть главным образом гражданским по своему характеру. Наличие среди него некоторых негражданских элементов не меняет характера этого населения» (судебное решение от 7 мая 1997 г., пункт 638; см. также пункт 643).], даже если среди гражданских лиц могут находиться некоторые вооруженные элементы;

(iv) запрещение нападений с целью терроризировать граждан [Примечание 82: См. 2004 *British Manual of the Law of Armed Conflict*, пункт 15.8.];

(v) запрещение совершения преднамеренных нападений на персонал, объекты, материал, подразделения или транспортные средства, участвующие в операциях по оказанию помощи или миссиях по поддержанию мира в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, поскольку они имеют право на защиту, предоставляемую гражданским лицам или гражданским объектам в соответствии с международным правом, касающимся вооруженных конфликтов;

(vi) запрещение совершать нападения на гражданские объекты [Примечание 84: Согласно пункту 5 резолюции 2675 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1970 г., которая была принята единогласно, и согласно *2004 British Manual of the Law of Armed Conflict*, в котором говорится, что это «может быть расценено как свидетельство практики, осуществляемой государством» (пункты 15–16.2), «жилые здания и другие сооружения, используемые лишь гражданским населением, не должны быть объектом военных операций». См. также *2004 British Manual of the Law of Armed Conflict*, пункты 15.9 и 15.9.1, 15.16 и 15.16.1–3.];

(vii) обязанность принимать меры предосторожности для сведения до минимума случайных потерь и ущерба в результате нападений [Примечание 85: см. *2004 British Manual of the Law of Armed Conflict*, пункты 15.22–15.22.1.] таким образом, чтобы каждая сторона делала все возможное для обеспечения того, чтобы в качестве целей выбирались лишь военные объекты [Примечание 86: См. Zoran Kupreskic and others, Судебная камера Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, судебное решение от 14 января 2000 г., пункт 260 [См. **Прецедент № 184**, МТБЮ, «Обвинитель против Купрешкича и других»] и чтобы использовались такие средства и методы ведения боевых действий, которые сводили бы к минимуму потери среди гражданского населения [Примечание 87: См., например, Военное руководство Бенина (*Military Manual*, 1995, Fascicule III, pp. 11 and 14 […], Германии (*Military Manual*, 1992, at § 457), Кении (*Law of Armed Conflict Manual*, 1997, Precis, No. 4, pp. 1 and 8), Того (*Military Manual*, 1996, Fascicule III, pp. 11 and 14), а также the *Joint Circular on Adherence to International humanitarian Law* and *Human Rights of the Phillipines* (1992, at § 2(c)). См. также Zoran Kupreskic and others. [См. **Прецедент № 184**, МТБЮ, «Обвинитель

против Купрешкича и других»] Судебная камера Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, судебное решение от 14 января 2000 г., пункт 260.];

(viii) обязанность обеспечить такое положение, при котором потери среди гражданского населения в результате нападения на военные объекты не были бы несоразмерно большими по сравнению с ожидаемыми военными успехами [Примечание 88: В деле Zoran Kupreskic and others, Судебная камера отметила в своем решении в 2000 г., что «даже если удастся доказать, что мусульманское население Ахмичи [деревня в Боснии и Герцеговине] не было исключительно гражданским и что среди него были отдельные вооруженные элементы, тем не менее это не может служить оправданием для повсеместных нападений неизбирательного характера на гражданское население. МТБЮ, «Обвинитель против Тадича»] […]» (судебное решение от 14 января 2000 г., пункт 513). См. также некоторые заявления государств. Например, в 2002 г. представитель британского правительства в палате лордов заявил по поводу гражданской войны в Чечне, что правительство России «должно проводить соразмерные военные операции и неукоснительно соблюдать нормы права» (*British Yearbook of International Law 2002*, p. 955). Эта позиция была подтверждена британским министром торговли в его ответе на письменный вопрос, заданный в палате лордов (ibid., p. 957). См. также (*2004 British Manual of the Law of Armed Conflict*, пункт 15.22.1. В 1992 г. в совместном меморандуме, представленном Организации Объединенных Наций, Иордания и Соединенные Штаты заявили, что должна соблюдаться «норма обычного права, в соответствии с которой запрещается нападение, которое, как можно ожидать, попутно повлечет за собой потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам, или то и другое вместе, которые были бы чрезмерны по отношению к конкретному и непосредственному военному преимуществу, которое предполагается таким образом получить» (A/C.6/47/3, 28 сентября 1992 г., пункт I(h)). В своем решении от 9 декабря 1985 г. Апелляционный суд Аргентины при рассмотрении Military Junta case отметил, что принцип пропорциональности является нормой обычного международного права […]. Испания настаивала на соблюдении принципа пропорциональности в связи с внутренними вооруженными конфликтами в Чечне и в Боснии и Герцеговине (см. заявления испанского министра иностранных дел в испанском парламенте и в *Activitades, Textos y Documentos de la Politica Exterior Espanola*, Madrid, 1995, pp. 353, 473. См. также третий доклад Межамериканской комиссии по правам человека о Колумбии 1999 г. (OAS/Ser.L/V/II.102 Doc. 9, rev. I, 26 February 1999, at paras. 77, 79). См. также Bulletin Генерального секретаря, 1999, пункт 5.5 (по вопросу о Силах Организации Объединенных Наций).];

(ix) запрещение разрушения и уничтожения, которые не оправданы военной необходимостью [Примечание 89: Римский статут, статья 8(2)(e)(xii). См. также the *2004 British Manual of the Law of Armed Conflict*, пункты 15.17–15.17.2). Согласно статье 23(ж) Гаагского положения «воспрещается истреблять или захватывать неприятельскую собственность, кроме случаев, когда подобное истребление или захват настоятельно вызывается военною необходимостью». Положения Женевских конвенций, в которых идет речь о серьезных нарушениях, также запрещают масштабное разрушение и захват собственности, не оправ-

данные военной необходимостью и осуществляемые незаконно и произвольно (см. I Женевскую конвенцию, статья 50, в конце; II Женевскую конвенцию, статья 51, в конце; IV Женевскую конвенцию, статья 147, в конце; Дополнительный протокол I, статья 51(1), в конце).];

(x) запрещение уничтожение объектов, необходимых для выживания гражданского населения [Примечание 90: Статья 14 Дополнительного протокола II; как справедливо отмечается в пункте 15.19.1 *2004 British Manual of the Law of Armed Conflict*, «право на жизнь является неотъемлемым правом человека. Посягательство на жизнь и на гражданских лиц запрещается независимо от используемых с этой целью методов. Отсюда следует, что запрещается также уничтожение урожая, продовольствия и водных ресурсов в таких масштабах, которые могут породить голод».];

(xi) запрещение нападений на установки и сооружения, содержащие опасные силы;

(xii) защита культурных ценностей и мест отправления культа;

(xiii) запрещение принудительного перемещения гражданских лиц;

(xiv) запрещение пыток и любого бесчеловечного или жестокого обращения или наказания [Примечание 94: См. общую статью 3(1)(a).];

(xv) запрещение посягательства на человеческое достоинство, в частности оскорбительное и унижающее обращение, включая изнасилование и сексуальное насилие [Примечание 95: См. общую статью 3(1)(c).];

(xvi) запрещение заявления о том, что пощады не будет [Примечание 96: См. статью 8(2)(e)(x) Римского статута.];

(xvii) запрещение плохого обращения с комбатантами противника hors de combat и обязанность обращаться с захваченными комбатантами противника гуманно [Примечание 97: См. общую статью 3(1), а также *2004 British Manual of the Law of Armed Conflict*, пункт 15.6.4.];

(xviii) запрещение вынесения приговоров и применения наказаний без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом при наличии всех судебных гарантий, признанных необходимыми мировым сообществом [Примечание 98: См. общую статью 3(l)(d); см. также Замечание общего порядка № 29 Комитета по правам человека, пункт 16.];

(xix) запрещение коллективных наказаний [Примечание 99: См. статью 4(b) Устава Международного трибунала по Руанде и статью 3(b) устава Специального суда по Сьерра-Леоне; см. также Замечание общего порядка № 29 Комитета по правам человека, пункт 11, согласно которому любое такое наказание противоречит императивным нормам международного права.];

(xx) запрещение взятия заложников;

(xxi) запрещение актов терроризма;

(xxii) запрещение грабежа;

(xxiii) обязанность обеспечивать защиту раненым и больным [Примечание 103: Общая статья 3(2) Женевских конвенций.];

(xxiv) запрещение использования в военных действиях детей, не достигших 15-летнего возраста [Примечание 104: Существуют две договорные нормы, которые запрещают призыв или вербовку детей, не достигших *15-летнего* возраста, в ряды вооруженных сил или групп или использование их для активного участия в военных действиях (см. статью 8(2)(e)(vii) Римского статута и статью 4(c) устава Специального суда по Сьерра-Леоне. Конвенция о правах ребенка в статье 38 и Протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах [См. **Документ № 16**, Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах, 25 мая 2000 г.], повышают минимальный возраст детей, принимающих непосредственное участие в вооруженных конфликтах, до *18 лет*, хотя и не определяют его как обязательное условие. [...] Можно, вероятно, утверждать, что в международном сообществе сформировался консенсус относительно минимального общего условия: дети, *не достигшие 15-летнего возраста*, не могут принимать активного участия в военных действиях.]

167. Следует отметить, что международное прецедентное право и вышеуказанная практика показывают, что серьезные нарушения каких-либо из этих норм наказывались в уголовном порядке, поскольку согласно международному праву такие нарушения влекут за собой индивидуальную уголовную ответственность.

168. После обзора соответствующих норм, применимых к конфликту в Дарфуре, следует подчеркнуть, что в целом правительство Судана готово признать юридически обязательными некоторые общие принципы и нормы, зафиксированные в двух Дополнительных протоколах 1977 г., и выполнять их, хотя с формальной точки зрения Судан не является участником этих Протоколов. Это ясно, например, из Протокола об оказании гуманитарной помощи в Дарфуре, подписанного 8 апреля 2004 г. правительством Судана с Освободительной армией Судана (ОАС) и Движением за справедливость и равенство (ДСР), в статье 10(2) которого зафиксировано, что три стороны обязуются уважать свод принципов, которые изложены ниже:

«Концепция и реализация гуманитарной помощи в Дарфуре будет соответствовать [так в оригинале] международным принципам, с тем чтобы гарантировать, что она будет реальной, транспарентной и будет включать, прежде всего: Женевские конвенции 1949 г. и *два Дополнительных протокола 1977 г.* к ним; Всеобщую декларацию прав человека 1948 г., Международную конвенцию [так в оригинале] о гражданских и публичных [так в оригинале] правах 1966 г., Женевскую конвенцию о беженцах 1952 г. [так в оригинале]; Руководящие принципы по вопросу о перемещении лиц внутри страны (Принципы Денга) и положения резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи» (курсив наш. — авт.).

[…]

170. Примечательно, что в статье 8(a) Соглашения о статусе миссии по учреждению Комиссии по прекращению огня в районе Дарфура в Судане и руководству ею от 4 июня 2004 г., которое было заключено между Суданом и Африканским союзом, предусматривается, что «Африканский союз обеспечивает осуществление Комиссией по прекращению огня ее операции в Судане на основе полного уважения принципов и норм международных конвенций, *применимых к поведению военного* и дипломатического персонала. Эти международные конвенции включают четыре Женевские конвенции от 12 августа 1949 г. и *Дополнительные протоколы к ним от 8 июня 1977 г.*, Конвенцию ЮНЕСКО от 14 мая 1954 г. о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта […]», (курсив наш. — авт.). Далее в статье 9 предусмотрено, что «Комиссия по прекращению огня и Судан, таким образом, обеспечивают, чтобы все члены их соответствующего военного и гражданского персонала были *в полном объеме ознакомлены с принципами и нормами вышеупомянутых международных документов»* (курсив наш. — авт.).

[…]

2. Нормы права, являющиеся юридически обязательными для повстанцев

172. Освободительное движение Судана/Освободительная армия Судана (ОДС/А) и Движение за справедливость и равенство (ДСР), так же как и все повстанцы, достигли определенного уровня организации и стабильности и установили эффективный контроль над территорией, имеют международный статус юридического лица, и таким образом на них распространяются вышеупомянутые соответствующие нормы обычного международного права, касающиеся внутренних вооруженных конфликтов. То же, вероятно, относится и к Национальному движению за реформацию и развитие (НДРР).

173. Кроме того, как и в случае с подразумеваемым признанием правительством Судана общих международных принципов и норм гуманитарного права, аналогичный вывод о подразумеваемом их признании группами повстанцев можно сделать на основании положений некоторых из вышеупомянутых соглашений.

174. Кроме того, согласно обычному международному праву, Освободительное движение Судана/Освободительная армия Судана и Движение за справедливость и равенство обладают полномочиями заключать юридически обязательные международные соглашения (jus contrahendum), и они заключили с правительством несколько международных юридически обязательных соглашений. В рамках этих соглашений повстанцы взяли на себя обязательство, среди прочего, выполнять положения гуманитарного права. НДРР заключило 17 декабря 2004 г. два соглашения с правительством Судана: одно — о гуманитарном доступе и другое — по проблемам безопасности в военной зоне. В соответствии с этими соглашениями стороны обязались освободить военнопленных и организовать добровольную репатриацию лиц, перемещенных внутри страны, и беженцев.

[…]

VI. НАРУШЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И НОРМ ГУМАНИТАРНОГО ПРАВА: ФАКТИЧЕСКИЕ И ЮРИДИЧЕСКИЕ ВЫВОДЫ КОМИССИИ

1. Обзор нарушений международных стандартов в области прав человека и норм гуманитарного права, информация о которых была представлена другими органами

[…]

182. […] В соответствии со своим мандатом, определенным Советом Безопасности, который предложил Комиссии расследовать сообщения о нарушениях международных стандартов в области прав человека и норм гуманитарного права, Комиссия тщательно изучила сообщения из различных источников, включая правительства, межправительственные организации, различные механизмы или органы Организации Объединенных Наций, а также неправительственные организации. […] Комиссия получила значительное количество документов и других материалов от широкого круга источников, включая правительство Судана. […] Ниже приводится краткое изложение этих сведений, предназначенное для уточнения контекста, в котором проводились мероприятия по установлению фактов и следственные действия Комиссии. В разделах, следую-

щих за этим обзором, описываются конкретные инциденты, классифицированные по типу установленного нарушения или международно-противоправного деяния.

[…]

184. В большинстве сообщений отмечается закономерность, заключающаяся в неизбирательных нападениях на гражданских лиц в деревнях и общинах во всех трех провинциях Дарфура с начала 2003 г. […]

185. Общий вывод состоит в том, что в ответ на действия повстанческих сил правительство, действуя напрямую или через военизированные вооруженные формирования, совершило против гражданского населения деяния, которые представляют собой грубые нарушения прав человека и норм гуманитарного права. Хотя относительно меньше информации имеется о нарушениях, совершенных повстанческими группировками, некоторые источники сообщили о случаях таких нарушений. Кроме того, имеется информация, свидетельствующая о действиях вооруженных элементов, которые воспользовались полным распадом системы охраны правопорядка для сведения счетов в контексте традиционных межплеменных междоусобиц или для обычного мародерства и угона скота.

186. Имеются согласующиеся друг с другом сообщения о систематических нападениях на деревни и поселки, иногда сопровождавшиеся воздушными ударами с боевых вертолетов или самолетов («Антонов» и «МиГ»), в том числе бомбовыми ударами и обстрелами из автоматического оружия с бреющего полета. Тем не менее большинство из нападений, о которых имеются сообщения, — это наземные нападения со стороны военных и формирований «джанджавид», действовавших либо порознь, либо во взаимодействии друг с другом. Имеются сообщения о сотнях случаев, сопряженных с убийством гражданских лиц, массовыми убийствами, суммарными казнями, изнасилованиями и другими формами сексуального насилия, пытками, похищениями людей, разграблением имущества и угоном скота, а также преднамеренным разрушением и поджогом деревень. Эти инциденты привели к массовому перемещению значительных по количеству групп гражданского населения в пределах Дарфура, а также в соседний Чад. В сообщениях указывается, что ожесточенность нападений и жестокости, совершенные в одной деревне, до такой степени устрашают население, что жители окрестных деревень, не подвергшихся таким нападениям, также бегут в относительно более безопасные места.

187. За исключением некоторых случаев, эти инциденты, как сообщается, не были связаны с какой-либо военной необходимостью, обусловленной какими-либо конкретными действиями повстанческих сил. […]

[…]

191. Хотя большинство сообщений согласуются друг с другом в описании событий и совершенных нарушений, преступления, приписываемые правительственным силам и формированиям «джанджавид», варьируются в зависимости от различной интерпретации событий и условий, в которых они происходили. Тем не менее анализ фактов, проведенный большинством наблюдателей, указывает на то, что самые серьезные нарушения прав человека и норм гуманитарного права были совершены вооруженными формированиями, известными под названием «джанджавид», по приказу и с согласия правительства, которое мобилизовало такие элементы в рамках своей кампании по борьбе с повстанцами.

192. В различных сообщениях, в том числе в средствах массовой информации, содержатся утверждения о наличии убедительных доказательств того, что определенные районы специально выбирались в качестве мишени для нападений по причине их близости к зонам или очагам активности повстанцев, а также, что более важно, из-за этнического состава населения этих районов. […]

[…]

5. Два неопровержимых факта: массовое перемещение населения и крупномасштабное разрушение деревень

225. Результаты установления фактов и расследований представлены в следующих разделах доклада и анализируются в свете применимых правовых норм, изложенных в предыдущем разделе. Однако прежде чем продолжить повествование, необходимо подчеркнуть два неопровержимых факта.

226. […] Во-первых, в Дарфуре насчитывалось более 1 млн. внутренних перемещенных лиц (1,65 млн., согласно данным Организации Объединенных Наций), а в соседнем Чаде к востоку от Судана — более 200 тысяч беженцев из Дарфура. Во-вторых, было уничтожено и сожжено несколько сотен деревень и селений в трех провинциях Дарфура. […]

[…]

6. Нарушения, совершенные сторонами

[…]

(i). Неизбирательные нападения на гражданское население

a). Фактологические выводы

240. Комиссия находит, исходя из всех материалов, что подавляющее большинство нападений на мирных жителей в деревнях совершается вооруженными силами правительства Судана и «джанджавид», которые действуют либо самостоятельно, либо сообща. Хотя нападения повстанческих сил также имели место, Комиссия не нашла доказательств того, что они являются широкими по своим масштабам или что их объектом систематически становилось гражданское население. Целью нападений повстанцев главным образом являются военные объекты, полиция или силы безопасности. Тем не менее в ряде случаев нападению повстанцев подвергались гражданское население и гражданские объекты, а также автоколонны с гуманитарным грузом.

1) Нападения правительственных вооруженных сил и «джанджавид»

241. […] Комиссия установила, что нападения на деревни в Дарфуре, совершенные вооруженными силами правительства Судана и «джанджавид», происходили в течение всего конфликта, резко активизируясь в отдельные периоды. Чаще всего нападения начинались ранним утром до восхода солнца между 04 час. 30 мин. и 08 час. 00 мин., когда жители деревень спали или молились. Во многих случаях нападения продолжались несколько часов. […]

242. Во многих случаях сухопутные нападения начинались с появления солдат на вездеходах «Лэнд крузер» и других автомашинах, после чего появлялась на лошадях и верблюдах большая группа бойцов «джанджавид», вооруженных автоматами АК-47, винтовками Г-3 и гранатометами. Многие из нападений приводили к убийству гражданских лиц, включая женщин и детей, сожжению домов, школ и других гражданских объектов, а также разрушению колодцев, больниц и магазинов. Грабежи и хищения собственности граждан, в частности скота, были неизменными спутниками нападений, и во многих случаях все движимое имущество было либо расхищено, либо уничтожено нападавшими. Часто в результате нападения гражданское население принудительно перемещалось.

[…]

249. В этом контексте Комиссия также отметила замечания государственных должностных лиц на встречах с членами Комиссии. Министр обороны прямо заявил, что он рассматривает присутствие даже одного повстанца как достаточное основание для того, чтобы считать всю деревню допустимой с военной точки зрения целью. Министр заявил, что, как только правительство получает информацию о нахождении повстанцев в какой-либо деревне, «она уже не считается гражданским населенным пунктом и становится военным объектом». По его мнению, «деревня — это небольшой по площади населенный пункт, который нелегко подразделить на секции, и поэтому вся деревня становится объектом для военного нападения». […]

Конкретный пример: деревня Анка, Северный Дарфур

251. […] Около 9 часов утра 17 или 18 февраля 2004 г. деревня Барей, расположенная в 5 км от деревни Анка, была атакована совместными силами правительственных войск и «джанджавид». […]

Около 17 час. 00 мин. в тот же день очевидцы из Анки констатировали, что 300 или 400 бойцов «джанджавид» пешком и еще 100 — на верблюдах и лошадях направились к деревне Анка со стороны деревни Барей. Нападавшие были одеты в такую же форму цвета хаки, как и правительственные солдаты и были вооружены автоматами Калашникова, винтовками Г-3 и гранатометами (РПГ).

Очевидцы заметили около 18 машин, приближавшихся с тыла сил «джанджавид», в том числе 4 тяжелых грузовика и 18 пикапов «Тойота». Некоторые из автомашин были зеленого цвета, а некоторые — голубого. На пикапах сзади были установлены крупнокалиберные пулеметы ДШК (устанавливаемые на треноге 12,7-миллиметровые пулеметы), а на одном — реактивный гранатомет «Хаунд», который использовался для обстрела ракетами деревни и окрестностей. На грузовиках перевозились правительственные войска, и они же затем использовались для перевозки награбленного имущества из деревни. По словам очевидцев, жители деревни бежали в северном направлении к лесному массиву в 5 км от деревни.

Перед тем, как бойцы «джанджавид» вошли в деревню, правительственные вооруженные силы подвергли бомбардировке территорию вокруг деревни с самолетов «Антонов». Один самолет барражировал над деревней, а другой сбрасывал бомбы. […] Бомбардировка продолжалась почти два часа, в течение которых было сброшено от 20 до 35 бомб на окраины деревни. От бомбардировки в результате прямого попадания пострадало здание больницы.

После бомбардировки бойцы «джанджавид» и солдаты правительственных войск вошли в деревню и подвергли ее разграблению, унося постельное белье, одежду и уводя скот. Оставшиеся неповрежденные здания были затем сожжены. Бойцы «джанджавид» обстреляли также из гранатометов деревню с вершины горы, возвышающейся над деревней. Бомбардировка окрестности деревни, очевидно, проводилась, чтобы облегчить разграбление и уничтожение деревни сухопутными силами «джанджавид» и правительственных войск.

По словам очевидцев, во время нападения в деревне находились приблизительно 30 бойцов ОДС/А, по-видимому, чтобы защитить деревню после поступления информации о неминуемом нападении.

От осколков в деревне Анка во время и после нападения погибли 15 гражданских лиц. Еще восемь были ранены. Некоторые из них вылечились, другие же в результате причиненных увечий стали инвалидами. В настоящее время в деревне никто не живет.

[…]

b). Правовая оценка

[…]

259. Для того чтобы обеспечить, чтобы нападения на места или районы, где могут находиться как гражданские лица, так и комбатанты, неправомерно не создавали угрозу жизни гражданских лиц, международное право вводит два основополагающих обязательства, применимых как в международных, так и внутренних вооруженных конфликтах. Первое обязательство заключается в необходимости принятия мер предосторожности, чтобы в максимально возможной степени защитить гражданских лиц и гражданские объекты. Такие меры предосторожности, оговариваемые в нормах обычного международного права, состоят в следующем: воюющая сторона должна: i) сделать все практически возможное, чтобы удостовериться в том, что объекты нападения не являются гражданскими по своему характеру; ii) принять все практически возможные меры предосторожности при выборе средств и методов ведения боя, с тем чтобы избежать случайного ранения гражданских лиц и случайного ущерба гражданским объектам или, во всяком случае, свести их к минимуму; iii) воздерживаться от осуществления нападений, которые, как можно ожидать, вызовут случайные потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и нанесут случайный ущерб гражданским объектам, которые были

бы чрезмерными по отношению к конкретному и прямому военному преимуществу, которое предполагается получить; iv) эффективно заблаговременно предупреждать о нападениях, которые могут затронуть гражданское население, за исключением случаев штурма (как это предусматривается в статье 26 Гаагского положения 1907 г.) или (как это предусматривается в статье 57(2)(c)), когда обстоятельства этого не позволяют, а именно когда внезапная атака считается необходимой воюющей стороной. Такие предупреждения могут быть в форме разбрасывания листовок с самолета или объявления по радио, что отдан приказ о нападении. Согласно комментарию к Дополнительным протоколам к Женевским конвенциям (ICRC, Y. Sandoz and others, eds., 1987, at § 2224), предупреждение может быть сделано также с помощью пролета на самолете на малой высоте над районом, который будет атакован, с тем чтобы дать гражданскому населению время на эвакуацию из этого района.

260. Вторым основополагающим обязательством для воюющих сторон […] в международном или внутреннем вооруженном конфликте […] является соблюдение принципа пропорциональности при нападениях на военные объекты, которые могут повлечь потери жизни среди гражданского населения. Согласно этому принципу воюющая сторона при нападении на военный объект не должна причинять случайного вреда гражданским лицам, который был бы непропорциональным по отношению к конкретному и непосредственному военному преимуществу, которое предполагается таким образом получить. В районе военных действий принцип пропорциональности остается главным образом субъективной нормой, основанной на балансе военного преимущества, которое можно получить, и фактических потерь жизни среди гражданского населения или ущерба гражданским объектам, которые они могут вызвать. Он тем не менее играет важную роль, во-первых, потому, что он должен добросовестно применяться, и, во-вторых, потому, что его применение может предполагать запрет по крайней мере на причинение непропорционально высокого вреда гражданскому населению. […]

[…]

263. Как отмечалось выше, одним из аргументов в оправдание нападений вооруженных сил правительства Судана и формирований «джанджавид» на деревни было указание на то, что во время нападений повстанцы находились в деревнях и использовали их как базу для организации нападений или, по меньшей мере, что жители деревень оказывали поддержку повстанцам в их борьбе. Правительственные чиновники поэтому высказали мнение, что жители деревень утратили свой законный статус защищенных лиц.

264. […] [С]тановится ясно, что даже присутствие одного члена или членов повстанческих сил в деревне не лишает остальное ее население гражданского характера.

265. […] [В]опреки заявлениям различных правительственных чиновников Комиссии, сходные показания заслуживающих доверия очевидцев подтверждают, что военные власти при вооруженных нападениях на деревни не принимали никаких мер предосторожности, чтобы спасти жизнь гражданских лиц. […]

266. Вопрос о пропорциональности, естественно, не возникал, когда вооруженные группы не находились в деревне, поскольку объектом нападения было исключительно гражданское население. Однако в случае, когда в деревне могли находиться вооруженные элементы, нападение на нее нельзя считать пропорциональным, поскольку в большинстве случаев деревня полностью уничтожалась или сжигалась, а гражданские лица, если они не были убиты или ранены, были вынуждены бежать из деревни, чтобы и дальше не подвергать свою жизнь опасности. Таким образом, жертвы среди гражданского населения в результате военных действий будут, бесспорно, чрезмерными в сравнении с военным преимуществом, которое предполагается получить от убийства повстанцев или их нейтрализации.

267. *Заключительные замечания*. Из фактических выводов Комиссии явствует, что во многих случаях правительственные силы и нерегулярные формирования под их контролем нападали на гражданское население и уничтожали и сжигали деревни в Дарфуре в нарушение соответствующих принципов и норм международного гуманитарного права. Даже если предположить, что во всех подвергшихся нападениям деревнях находились повстанцы, или что, по меньшей мере, там скрывались некоторые из них, или что там находились лица, поддерживающие повстанцев, — аргумент, который не находит достаточного подтверждения в материалах и информации, полученных Комиссией, — нападавшие не принимали необходимых мер предосторожности, с тем чтобы предоставить гражданским лицам возможность покинуть деревни или иным образом защитить себя от нападения. Последствия этих нападений свидетельствуют о том, что применявшаяся военная сила была явно несоразмерна любой угрозе, исходившей от повстанцев. В действительности же объектами нападений чаще всего сознательно выбирались гражданское население и гражданские объекты. Более того, способ осуществления нападений (на рассвете с предшествовавшим им внезапным барражированием боевых вертолетов и часто бомбардировками) показывает, что такие нападения имели также целью терроризировать гражданское население и вынудить его бежать из деревень. В большинстве случаев жертвы нападений

были выходцами из африканских племен, в частности фур, масалит и загхава. С точки зрения международного уголовного права эти нарушения международного гуманитарного права, несомненно, являются, учитывая их масштабность, военными преступлениями.

268. Из выводов Комиссии следует, что повстанцы несут ответственность за нападения на гражданское население, что является военным преступлением. В целом, Комиссия не нашла доказательств того, что нападения повстанцев на гражданское население были широкомасштабными или что объектами нападений повстанцев регулярно становилось гражданское население.

(ii). Убийства гражданских лиц

a). Фактологические выводы

1. Убийства, совершенные правительственными силами и/или нерегулярными формированиями

269. […] [П]одавляющее большинство убийств совершалось лицами, которые, по свидетельствам очевидцев, являются бойцами «джанджавид», которые чаще всего были в форменной одежде и передвигались на лошадях или верблюдах. […] Показания очевидцев, включенные в эти материалы, свидетельствуют о том, что нападавшие были вооружены автоматами Калашникова и другим автоматическим оружием, из которого они вели либо беспорядочный огонь, либо выбирали себе в жертву конкретных лиц, годных по возрасту к военной службе. […] Имеется также информация о случаях заключения гражданских лиц под стражу, сопровождавшихся бессудными казнями, а также о гибели гражданских лиц в результате неизбирательных нападений правительственных сил с воздуха. В сообщениях отмечается, что убийства продолжались и в ходе перемещения населения в лагеря, к чему причастны нерегулярные формирования, окружающие лагеря, и что некоторые из внутренних перемещенных лиц стали также жертвами беспорядочной стрельбы в лагерях, открываемой полицейскими при поступлении информации о предполагаемом присутствии там повстанцев.

[…]

271. […] [Б]ольшинство гражданских лиц, погибших от рук правительства или нерегулярных формирований, являются, что особенно поразительно, выходцами из одних и тех же племен, а именно фур, масалит, загхава, и, несколько реже, из других африканских племен, особенно джебель и аранга в Западном Дарфуре.

a. Убийства в результате совместных нападений правительственных сил и «джанджавид»

272. Наглядным примером случая массового убийства гражданских лиц, который был документально подтвержден Комиссией, является нападение на Сурру, деревню с населением более 1700 человек, к востоку от Залингуэй, Южный Дарфур, в январе 2004 г. Свидетели, опрошенные раздельно по группам, дали весьма правдивую, детальную и схожую информацию о нападении, в ходе которого было убито более 250 человек, включая женщин и большое число детей. Еще 30 человек пропали без вести, «джанджавид» и правительственные силы атаковали деревню совместно рано утром. Военные обстреляли из минометов безоружных жителей. Бойцы «джанджавид» были одеты в камуфляжную военную форму и вели огонь из винтовок и пулеметов. Они заходили в дома и убивали мужчин, а женщин собрали в мечети. Среди женщин прятались около 10 мужчин. Они нашли их и убили в мечети. Они заставили женщин снять макси (длинную накидку, покрывающую все тело), и, если они находили под ней их молодых сыновей, они их убивали. Оставшиеся в живых бежали из деревни и не похоронили погибших.

[…]

274. Второе нападение произошло в марте 2004 г. Правительственные силы «джанджавид» атаковали деревню приблизительно в 15 час. 00 мин. при поддержке авиации и военных машин. И на этот раз жители деревни бежали на запад в горы. Бойцы «джанджавид» на лошадях и верблюдах устроили охоту на жителей деревни, в то время как вооруженные силы оставались у подножия горы. Они обстреливали некоторые участки гор из минометов и открывали огонь по людям из пулеметов. Люди попадали под обстрел, когда они, страдая от жажды, вынуждены были покидать свои укрытия, чтобы сходить за водой. Есть достоверные сведения, что некоторые из попавших в плен лиц или добровольно сдавшихся бойцам «джанджавид» были расстреляны на месте. […] Людей, которые сдавались или возвращались в Кайлек, брали под арест и содержали против их воли на небольшой территории на открытом воздухе в течение длительного периода времени (возможно, более 50 дней). Многие люди подвергались самому жестокому обращению, и многих расстреливали на месте. Людей, которые находились в Кайлеке в заключении, вызывали и расстреливали перед всеми или уводили и расстреливали. Такая судьба, в частности, постигла местных общинных лидеров. Есть сообщения о том, что людей бросали в костры и сжигали. Есть сообщения, что у людей частично сдирали кожу или наносили им другие увечья и оставляли умирать.

[…]

276. Комиссия считает, что почти все из сотен нападений, совершенных в Дарфуре формированиями «джанджавид» и правительственными силами, сопровождались убийством гражданских лиц.

b. Убийства при нападениях, совершенных формированиями «джанджавид»

[…]

c. Убийства в результате бомбардировок с воздуха

279. Несколько инцидентов такого рода были проверены Комиссией. Короче говоря, Комиссия собрала весьма обширный материал и показания, которые дают основания утверждать, что в ходе нападений на деревни были убиты тысячи гражданских лиц.

[…]

2. Убийства, совершенные повстанческими группами

a. Убийства гражданских лиц

285. Комиссия также установила, что повстанцы совершали убийства гражданских лиц, хотя такие случаи были редки, а число убитых невелико.

[…]

(b). Правовая оценка

291. Как указывалось выше, убийство противоречит положениям Международного пакта о гражданских и политических правах и Африканской хартии прав человека и народов, которые защищают право на жизнь и право не быть произвольно лишенным своей жизни. Что касается международного гуманитарного права, то убийство гражданских лиц, не принимающих активного участия в боевых действиях во время внутреннего вооруженного конфликта, запрещается как положениями статьи 3, общей, Женевских конвенций 1949 г., так и соответствующей нормой международного обычного права, кодифицированной в статье 4(2)(a) Дополнительного протокола II. […] Здесь очень важно вновь подчеркнуть, что при рассмотрении вопроса о том, составляет ли убийство гражданских лиц военное преступление или преступление против человечности, присутствие негражданских лиц не лишает население его гражданского характера. В связи с этим, даже если было бы доказано, что повстанцы и присутствовали в подвергающейся нападению дерев-

не или что они в целом использовали гражданское население в качестве щита, ничто не служило бы оправданием убийства гражданских лиц, не принимающих участие в боевых действиях.

292. Следует подчеркнуть одну из особенностей конфликта в Дарфуре. Хотя в некоторых случаях жертвы нападений с готовностью признают, что они были вооружены, важно напомнить, что большинство племен в Дарфуре имеет должным образом зарегистрированное оружие для защиты своей земли и скота. Даже если подвергшиеся нападению гражданские лица имели оружие, это необязательно служит указанием на то, что они являлись повстанцами, а поэтому — законными объектами нападения, или на то, что они иным образом принимали активное участие в боевых действиях. Кроме того, следует отметить, что правительство Судана не утверждает, что в подвергшихся нападению деревнях было найдено оружие. Помимо этого, многие нападения совершались в то время, когда гражданские лица спали или молились и не были в состоянии принимать прямое участие в боевых действиях. Само наличие в деревнях оружия не является достаточным основанием для лишения гражданских лиц их статуса как таковых.

[…]

(iii). Убийство задержанных военнослужащих противника

[…]

(b) Правовая оценка

298. Международное гуманитарное право запрещает жестокое обращение с задержанными комбатантами противника, в частности посягательство на жизнь и физическую неприкосновенность, включая всякие виды убийства (см. общую статью 3(1)(a) Женевских конвенций). Оно также конкретно запрещает осуждение и совершение казней без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом, при наличии судебных гарантий, признанных необходимыми цивилизованными нациями (см. статью 3(1)(d) Женевских конвенций). Умышленное убийство задержанного комбатанта составляет военное преступление.

[…]

315. В заключение Комиссия устанавливает, что имеет место широкомасштабное разрушение деревень во всех трех провинциях Дарфура. Это уничтожение велось умышленно, в основном ополченцами «джанджавид», в ходе нападений, совершенных самостоятельно или совместно с правительственными войсками. Даже

хотя в большинстве инцидентов правительственные силы, возможно, не принимали прямого участия в уничтожении, их соучастие в нападениях, в ходе которых производилось уничтожение, и их присутствие на местах достаточны для вменения им совместной ответственности. Объектом действий по уничтожению являлись районы проживания африканских племен, в частности племен фур, загава и масалит. Не было никакой военной необходимости в уничтожении и разорении, к которым привели совместные действия «джанджавид» и правительственных сил. В ходе рассматриваемых нападений разрушались исключительно гражданские объекты, умышленно и бессмысленно уничтожались объекты, необходимые для выживания гражданского населения.

[…]

(vi). Насильственное перемещение гражданского населения

[…]

328. Что касается характерных особенностей перемещения, то Комиссия отмечает, что, как представляется, одна из целей перемещения была связана с политикой борьбы с повстанцами, проводившейся правительством, а именно политикой устранения действительной или возможной базы поддержки повстанцев. Перемещенные лица принадлежат главным образом к трем племенам, известным тем, что они составляют большинство в повстанческих движениях, а именно племенам масалит, загхава и фур, которые, как представляется, систематически подвергаются гонениям и насильственно изгоняются со своих земель. Места происхождения перемещенных лиц совпадают с традиционными местами проживания этих трех племен, в то время как является также очевидным тот факт, что прочие племена практически не пострадали совсем.

[…]

(vii). Изнасилование и другие формы сексуального насилия

a) Установленные факты

333. Из различных источников сообщалось о широко распространенном изнасиловании и насилии в других серьезных формах, чинимом в отношении женщин и девочек во всех трех провинциях Дарфура. Согласно этим источникам, изнасилование отдельных жертв зачастую было многократным, совершалось более чем одним человеком и сопровождалось насилием в других тяжелых формах, включая избиение и удары кнутом. В некоторых случаях женщины, как сообщалось, подвергались изнасилованию публич-

но, а в некоторых случаях женщины подвергались дальнейшим оскорблениям и именовались «рабыни» или «торабора».

[…]

336. В целом установленные Комиссией факты подтвердили вышеописанные характерные ситуации. Вместе с тем Комиссия считает, что, по всей вероятности, о многих случаях не было сообщено из-за деликатности этого вопроса и боязни позора, связанного с изнасилованием. Власти, со своей стороны, не отреагировали адекватно или эффективно на утверждения, касавшиеся изнасилования.

[…]

Пример: нападение на школу в Тавиле в Северном Дарфуре

339. Одна из жертв изнасилования в ходе нападения на интернат в феврале 2004 г., молодая девушка, рассказала Комиссии о том, что:

> Около 6 часов утра школа подверглась нападению большого числа ополченцев «джанджавид». Она знала, что эти люди были из «джанджавид», поскольку у них была «красная кожа», термин, который она использует для описания арабов. Они были одеты в камуфляжную форму правительственных военнослужащих. Они прибыли на небольшом грузовике, окрашенном в тот же самый цвет, что и их форма. За день до этого она заметила, что правительственные военнослужащие заняли позицию вокруг школы. Когда они напали на интернат, они направили оружие на девушек и заставили их обнажиться, забрали их деньги, ценности и все постельные принадлежности. В интернате насчитывалось около 110 девочек. […]
>
> Потерпевшую отделили от группы, завязали ей глаза, бросили на спину на землю и изнасиловали. Ее держали за руки и ноги. Ей раздвинули ноги и держали их раздвинутыми. Она дважды подверглась изнасилованию. Она подтвердила, что во влагалище был введен половой член. Изнасилование продолжалось около одного часа. Изнасилование совершалось молча. Она слышала, как кричали другие девочки, и думала, что их тоже насилуют. После изнасилования ополченцы «джанджавид» приступили к поджогам и грабежу. […] Потерпевшая забеременела в результате этого изнасилования и впоследствии родила ребенка.

[…]

342. […] Комиссия установила, что женщины, отправившиеся на рынок или на поиск воды в Тарне в Северном Дарфуре, были похищены, удерживались в течение двух–трех дней и подвергались изнасилованиям военнослужащими в марте 2003 г. […] Комиссия далее установила, что во время совместного нападения в январе 2004 г. вооруженных сил правительства и ополченцев «джанджавид» на Канджю в Западном Дарфуре была похищена 21 женщина. Женщин в течение трех месяцев удерживали ополченцы «джанджавид», а некоторые из них забеременели в результате изнасилований, совершенных во время их заключения […].

Пример: бегство из Калокиттинга в Южном Дарфуре

349. […] Деревня подверглась нападению около 4 часов утра. […] Одна из потерпевших рассказала следующее: «Около 4 часов утра я услышала выстрелы. Мы втроем побежали. Мы были соседями. Потом мы вспомнили, что мы не забрали свое золото. Когда мы вернулись, мы увидели солдат. Они сказали, чтобы мы остановились. Их было несколько человек. Один из них отдал свое оружие своему другу и сказал мне, чтобы я легла. Он схватил меня и бросил на пол. Он снял свои брюки. Он разорвал мое платье, и там был один человек, который держал мои руки. Потом он «влез» [слово, означающее половое сношение]. Потом «влез» второй, а потом третий. После этого я не могла стоять. Была и еще одна девушка. Когда он приказал ей лечь, она отказалась. Хоть убей. Она была молодой. Она была девственницей. Она была обручена. Он убил ее». Третья женщина, которая также была там, заявила, что ее изнасиловали точно таким же образом.

[…]

(b). Правовая оценка

[…]

357. Общая для Женевских конвенций статья 3 налагает на все стороны в конфликте определенные обязательства и, в частности, запрещает посягательство на жизнь и физическую неприкосновенность, в частности… жестокое обращение и пытки и посягательство на человеческое достоинство, в частности оскорбительное и унижающее обращение. Судан не является участником Дополнительного протокола II к Женевским конвенциям, однако ряд его положений представляют собой нормы обычного международного права, которые обязаны соблюдать все стороны в конфликте. К числу этих

норм относится запрет на изнасилование, принуждение к проституции и непристойное посягательство в любой форме и запрет на рабство.

358. Изнасилование может быть либо военным преступлением, когда оно совершается во время международного или внутреннего вооруженного конфликта, либо преступлением против человечности (независимо от того, когда оно совершается — во время войны или мира), если оно является частью широкомасштабных или систематических нападений на гражданское население; оно может также представлять собой геноцид. Определение изнасилования сформулировано в международном прецедентном праве. Таким образом, изнасилованием является любое физическое посягательство сексуального характера, совершенное без согласия потерпевшего с применением силы или посредством принуждения, вызванного, например, страхом перед насилием, грубым принуждением, задержанием или путем использования обстановки, характеризующейся принуждением.

(viii). Пытки, надругательства над человеческим достоинством и жестокое, бесчеловечное и унижающее достоинство обращение

[…]

(ix). Грабежи

(b). Правовая оценка

390. Как указывается выше, в соответствии с обычным международным правом уничтожение или присвоение имущества является военным преступлением. Оно представляет собой лишение владельца без его или ее согласия его или ее имущества в ходе внутреннего или международного вооруженного конфликта и присвоение таких товаров или имущества для их использования в личных целях с преступным намерением лишения владельца его или ее собственности.

[…]

394. Комиссия также считает вполне вероятным, что повстанческие движения виновны в совершении такого военного преступления, как грабеж, хотя и в ограниченных масштабах.

(x). Незаконное заключение под стражу, содержание под стражей без права переписки и сообщения и насильственные исчезновения

[…]

(b) Правовая оценка

403. Право на свободу и личную неприкосновенность закреплено в статье 9 Международного пакта о гражданских и политических правах. Положения этой статьи следует читать обязательно с учетом других прав, признаваемых в этом Пакте, в частности с учетом запрета на пытки в статье 7 и положений статьи 10, в которой изложены основные стандарты гуманного обращения и уважения достоинства всех лиц, лишенных свободы. Любое лишение свободы должно осуществляться в соответствии с положениями статьи 9: оно не должно быть произвольным; оно должно осуществляться на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом; каждому арестованному при аресте сообщаются причины его ареста; содержание под стражей должно осуществляться по решению суда, а в случае незаконного ареста или содержания под стражей пострадавший имеет право на компенсацию. Эти положения применяются даже в тех случаях, когда содержание под стражей используется в целях обеспечения государственной безопасности.

404. Важной гарантией, закрепленной в пункте 4 статьи 9, является право задержанного на разбирательство его дела в суде, чтобы суд мог вынести постановление относительно законности его задержания. В своих общих замечаниях Комитет по правам человека указал на то, что гарантиями, которые могут предотвращать нарушения норм международного права, являются положения, запрещающие содержание кого-либо в заключении без связи с внешним миром и предоставляющие задержанным право на удобный доступ к таким лицам, как врачи, адвокаты и члены семьи. В связи с этим Комитет подчеркнул важность положений, требующих того, чтобы задержанные содержались в местах, официально признанных местами содержания задержанных, а также требующих надлежащей регистрации имен и фамилий задержанных и мест их содержания под стражей. […] [Д]ля осуществления этих гарантий сведения о задержанных должны предоставляться соответствующим лицам, таким как родственники или независимые наблюдатели.

405. Даже в тех случаях, когда какое-либо государство ограничивает действие определенных положений Пакта на законных основаниях, запрет на непризнаваемое задержание, захват заложников или на

похищения людей является полным и безусловным. [...] [Э]ти нормы международного права не допускают никаких отступлений.

406. Главную ответственность за выполнение обязательств, налагаемых нормами международного права, несут сами государства. В обязанности государств входит обеспечение защиты этих прав, даже когда они нарушаются лицами без какого-либо официального статуса или полномочий или когда такие лица ставят эти права под угрозу. Государства несут ответственность за все нарушения международных норм в области прав человека, которые происходят в силу неспособности государства создать условия или принять меры, препятствующие совершению таких нарушений, а также в результате каких-либо действий, включая побуждение, приказание, попустительство или совершение запрещенных действий.

407. Необходимость определения индивидуальной уголовной ответственности за международные преступления, совершенные как с разрешения государства, так и без такого разрешения, дополняет ответственность государств и является одним из важнейших аспектов обеспечения возможности соблюдения прав и их защиты от нарушений. Нормы международного права в области прав человека и гуманитарное право обеспечивают необходимые связи для этого процесса определения.

408. [...] [О]бщая для Женевских конвенций статья 3 запрещает посягательство на жизнь и здоровье лиц, в том числе жестокое обращение и пытки, захват заложников и надругательство над человеческим достоинством, в частности унизительное и оскорбительное обращение.

409. В соответствии со Статутом Международного уголовного суда насильственное исчезновение означает арест, задержание или похищение людей государством или политической организацией или с их разрешения, при их поддержке или с их согласия при последующем отказе признать такое лишение свободы или сообщить о судьбе или местонахождении этих людей с целью лишения их защиты со стороны закона в течение длительного периода времени. Когда такие действия совершаются в контексте широкомасштабных или систематических нападений на любое гражданское население при условии осведомленности о таком нападении, эти действия могут составлять преступление против человечности.

410. Похищения женщин формированиями «джанджавид» могут быть равносильны насильственному исчезновению [...]. Расследование таких инцидентов позволило установить, что эти похищения носили систематический характер и осуществлялись с согласия государства, поскольку эти похищения следовали за совместными нападения-

ми формирований «джанджавид» и правительственных войск, в их присутствии и с их ведома. Женщины содержались в заключении в течение достаточно продолжительного периода времени, и в течение всего этого периода их семьям ничего не было известно об их местонахождении. Комиссия также считает, что ограничения свободы, которые применялись в отношении населения лагерей для перемещенных лиц, особенно женщин, посредством их запугивания изнасилованиями или убийствами либо угрозами посягательства на их жизнь и неприкосновенность личности со стороны формирований «джанджавид», были равносильны полному лишению физической свободы в нарушение норм международного права.

411. Комиссия также установила, что арест и содержание лиц под стражей сотрудниками аппарата государственной безопасности и военной разведки, в том числе во время нападений на деревни […] могут также быть равносильны преступлению насильственного исчезновения, которое является преступлением против человечности. Эти акты носили как систематический, так и широкомасштабный характер.

412. Похищения лиц во время нападений формирований «джанджавид» и их содержание в лагерях, находящихся в ведении этих формирований, при поддержке и соучастии правительственных войск представляют собой грубое нарушение прав человека и равносильны насильственным исчезновениям. Однако Комиссия не нашла свидетельств того, что эти действия носили достаточно распространенный или систематический характер, что позволяло бы считать их преступлением против человечности. Тем не менее задержанные подвергались грубым посягательствам на их жизнь и неприкосновенность их личности. Они подвергались пыткам и жестокому, бесчеловечному и унижающему достоинство обращению. Эти действия совершались во время вооруженного конфликта и были непосредственно связаны с ним. Поскольку эти действия являются серьезным нарушением общей статьи 3 Женевских конвенций, […] Комиссия считает, что эти действия представляют собой военные преступления.

413. Похищение лиц повстанцами также представляет собой серьезное и грубое нарушение прав человека и равносильно насильственному исчезновению, однако Комиссии не удалось найти каких-либо свидетельств того, что эти действия носили достаточно широкомасштабный или систематический характер, что позволяло бы считать их преступлением против человечности. Вместе с тем Комиссия получила достаточный объем информации, которая позволила ей установить, что в ходе расследовавшихся ею инцидентов совершались акты посягательства на жизнь и неприкосновенность личности задержанных. Эти задержанные также подвергались пыткам

и жестокому, бесчеловечному и унижающему достоинство обращению. Все эти действия совершались во время вооруженного конфликта и были непосредственно связаны с ним, поэтому в качестве серьезных нарушений общей статьи 3 Женевских конвенций они представляют собой военные преступления.

(xi). Вербовка и использование детей в возрасте до 15 лет в военных действиях

[…]

(b) Правовая оценка

[…]

418. […] [E]сли удастся убедительно доказать, что правительство или повстанцы занимались вербовкой детей в возрасте до 15 лет и использовали их в активных боевых действиях, их можно будет привлечь к ответственности за такое преступление.

VII. ДЕЙСТВИЯ СУДАНСКИХ ОРГАНОВ, НАПРАВЛЕННЫЕ НА ПРЕСЕЧЕНИЕ И УСТРАНЕНИЕ НАРУШЕНИЙ

[…]

1. Действия полиции

[…]

422. Во время международных вооруженных конфликтов гражданская полиция, как правило, официально не принимает участия в военных действиях и, по крайней мере теоретически, ее можно рассматривать в качестве некомбатанта, пользующегося гарантиями безопасности и защитой от нападений. Однако в данном случае — в условиях внутреннего конфликта в Дарфуре — различия между полицией и вооруженными силами часто стираются. Имеются веские основания полагать, что в ряде случаев полицейские подразделения действовали совместно с правительственными войсками во время их нападений на деревни, а также воздерживались от предотвращения нападений формирований «джанджавид» на гражданское население или от расследования таких случаев. Имеются также широко распространенные и подтвержденные утверждения относительно того, что ряд членов формирований «джанджавид» были введены в состав подразделений полиции. Президент Аль-Башир подтвердил в своем интервью представителям междуна-

родных средств массовой информации, что для обуздания формирований «джанджавид» они были включены в состав «других структур», таких как вооруженные силы и полиция. В связи с этим Комиссия считает, что гражданский статус полиции в условиях конфликта в Дарфуре вызывает сомнения.

[…]

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ: ВЫЯВЛЕНИЕ ВОЗМОЖНЫХ СОВЕРШИТЕЛЕЙ МЕЖДУНАРОДНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

[…]

525. Комиссия […] решила не предавать имена этих лиц огласке. […]

531. Вначале Комиссия отмечает, что ею выявлено 10 высокопоставленных должностных лиц центрального правительства, 17 должностных лиц местных органов власти в Дарфуре, 14 «джанджавидов», а также 7 участников различных повстанческих групп и 3 офицера иностранной армии (участвовавших в конфликте в индивидуальном качестве), которых можно подозревать в индивидуальной уголовной ответственности за совершенные в Дарфуре преступления.

532. Упоминание Комиссией ряда выявленных ею лиц не следует, однако, воспринимать как признак того, что их список является исчерпывающим. […]

II. ФОРМЫ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

1. Совершение или соучастие в совершении международных преступлений

[…]

2. Преступный сговор с целью совершения международных преступлений

538. […] Международное право считает уголовно наказуемыми поступки всех лиц, которые в разной степени участвуют в совершении преступлений, необязательно выполняя при этом одни и те же действия. […]

[…]

540. Основных форм участия в преступном сговоре с целью совершения международных преступлений может быть две. Во-первых, речь может идти о коллективе участвующих в совершении преступления лиц, которые с самого начала разделяют общий преступный замысел (неизбирательное убийство гражданских лиц, устройство взрывов в больницах и т. д.). В этом случае все они в равной степени ответственны по уголовному праву, хотя их роль и функция в совершении преступления могут различаться (одно лицо планировало нападение, второе отдало подчиненным приказ о принятии всех подготовительных мер, необходимых для совершения нападения, третьи физически осуществили нападение и т. д.). Решающий фактор состоит в том, что участники добровольно приняли участие в общем замысле и намеревались получить искомый результат. В зависимости от значимости роли, сыгранной каждым участником, их положение с точки зрения выносимого приговора может, разумеется, варьироваться, и международные судьи могут вынести разные приговоры […].

541. Есть и другая основная форма совместной уголовной ответственности. Может случиться так, что при наличии круга лиц, с самого начала вынашивающих один и тот же преступный замысел, один или несколько участников этого сговора совершат преступление, о котором вначале ни прямо, ни косвенно не договаривались и не уславливались и которое тем самым не является неотъемлемой частью преступного сговора. Например, воинское подразделение […] собирается в нарушение международного права осуществить задержание ряда гражданских лиц неприятеля, а один из служащих этого подразделения в пылу военных действий убивает одного из этих гражданских лиц или подвергает его пыткам. В таком случае возникает проблема: подлежат ли уголовной ответственности за это преступление, которое заранее не планировалось и не предусматривалось, не только тот, кто его совершил, но и другие участники группы? Как устанавливается в соответствующем прецедентном праве, ответственность за преступление, о котором не договаривались при составлении общего плана, возникает только в том случае, если по обстоятельствам дела можно было (i) предвидеть, что подобное преступление может быть совершено одним или несколькими участниками группы и (ii) обвиняемые *добровольно пошли на этот риск*. В приведенном выше примере суду […] необходимо будет определять, можно ли было предвидеть, что задержание гражданских лиц неприятеля под дулом пистолета способно обернуться их гибелью или истязанием.

[…]

3. Пособничество и подстрекательство при совершении международных преступлений

547. Как устанавливается в международном прецедентном праве, пособничество преступлению и подстрекательство к нему выражаются в том, что лицо (пособник) оказывает совершителю основного преступления (исполнителю) практическое содействие (включая снабжение оружием), поощряет его или оказывает ему моральную поддержку, причем такое содействие оказывает существенное влияние на совершение преступления. Субъективный элемент, или виновная воля, заключается в осведомленности пособника о том, что его действия помогают исполнителю в совершении преступления.

[…]

4. Планирование международных преступлений

551. Планирование состоит в замышлении преступления, его согласовании с другими, подготовке к его совершению и организации его совершения. Как устанавливается в международном прецедентном праве, планирование предполагает, что одно или несколько лиц занимаются замыслом совершения преступления как на этапе подготовки, так и исполнения.

[…]

5. Отдача приказов о совершении международных преступлений

[…]

6. Непринятие мер для предотвращения или пресечения совершения международных преступлений (ответственность начальников)

[…]

561. Что касается положения повстанцев, то было бы безосновательно утверждать (как это делали некоторые лидеры повстанцев, опрошенные Комиссией), что две группы инсургентов (ОАС и ДСР) не были жестко организованы в военном отношении и что поэтому непосредственные боевые действия нередко не планировались, не направлялись или не одобрялись военным руководством. Даже если принять это за истину, командиры все равно должны отвечать за действия своих подчиненных. В международном гуманитарном праве широко признается постулат о том, что каждая армия, опол-

чение или воинское подразделение, воюющие либо в международном, либо во внутреннем вооруженном конфликте, должны иметь командира, обязанного поддерживать дисциплину и обеспечивать соблюдение закона. Этот постулат имеет важнейшее значение для самого существования (равно как и исполнения) всего корпуса международного гуманитарного права, поскольку без отношений подчиненности и без лица, контролирующего воинские подразделения, наступили бы анархия и хаос и никто не смог бы следить за соблюдением законности и порядка.

562. Есть еще одна, более конкретная причина, по которой политическое и военное руководство ОАС и ДСР не может отказываться от признания своей ответственности за любое преступление, совершенное их войсками на местах, если это руководство воздерживалось от того, чтобы предотвратить или пресечь эти преступления. Данная причина состоит в том, что это руководство подписало различные соглашения с правительством Судана. Заключив эти соглашения от имени своих «движений», руководители каждого движения приняли на себя полную ответственность за поступки или проступки своих комбатантов. […]

ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ: ВОЗМОЖНЫЕ МЕХАНИЗМЫ ПРИВЛЕЧЕНИЯ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ, СОВЕРШЕННЫЕ В ДАРФУРЕ

I. НЕДОСТАТКИ СИСТЕМЫ УГОЛОВНОЙ ЮСТИЦИИ СУДАНА И ОБУСЛОВЛЕННАЯ ЭТИМ НЕОБХОДИМОСТЬ ПОИСКА ДРУГИХ МЕХАНИЗМОВ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

[…]

II. МЕРЫ, КОТОРЫЕ ДОЛЖЕН ПРИНЯТЬ СОВЕТ БЕЗОПАСНОСТИ

1. Передача ситуации в Международный уголовный суд

(i). Обоснование предложения о задействовании Суда

[…] [См. ниже, п. 648.]

2. Учреждение компенсационной комиссии

[…]

(i). Обоснование предложения об учреждении компенсационной комиссии

[…]

593. Серьезные нарушения международного гуманитарного права и стандартов в области прав человека могут повлечь за собой не только индивидуальную уголовную ответственность исполнителя, но и международную ответственность государства (или квазигосударственного субъекта), от имени которого исполнитель действовал. Международная ответственность предполагает, что государство (или квазигосударственный субъект) обязано выплатить жертвам компенсацию.

594. В тот момент, когда это международное обязательство было впервые закреплено, а может быть даже и в 1949 г., когда разрабатывались и принимались Женевские конвенции, явно предполагалось, что оно является обязательством каждого договаривающегося государства по отношению к любому другому соответствующему договаривающемуся государству. Иными словами, оно рассматривалось как обязательство между государствами, вследствие чего i) каждое соответствующее государство имело право потребовать возмещение или компенсацию от другого соответствующего государства и ii) граждане этого государства могли конкретно получить компенсацию за причиненный ущерб только путем заявления требований в национальных судах или других органах государства. В национальном прецедентном праве некоторых стран было установлено, что указанное обязательство не преследует цели непосредственно наделить правами отдельных жертв военных преступлений или серьезных нарушений. […]

595. Появление в международном сообществе доктрин прав человека […] имело значительное воздействие в этой области. В частности, во многие международные договоры было включено право на эффективное средство защиты за любое серьезное нарушение прав человека. Кроме того, в Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, принятой Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в 1985 г., предусматривается, что государствам следует развивать и широко обеспечивать соответствующие права и средства правовой защиты для жертв.

596. Право на эффективное средство защиты также охватывает право на возмещение (включая компенсацию), если соответствующий судебный орган убедится в том, что было совершено нарушение прав человека; по сути, практически во всех вышеприведенных положе-

ниях в качестве логического дополнения права на эффективное средство защиты упоминается право на возмещение.

597. Будучи в то время председателем Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии судья Клод Жорда справедливо подчеркнул в своем письме на имя Генерального секретаря Организации Объединенных Наций от 12 октября 2000 г., что универсальное признание и принятие права на эффективное средство защиты не может не оказать воздействия на толкование международно-правовых положений об ответственности государств за военные преступления и другие международные преступления. Эти положения в настоящее время могут толковаться в том смысле, что обязательства, которые в них закреплены, государства берут на себя не только по отношению к другим договаривающимся государствам, но и по отношению к жертвам, то есть отдельным лицам, пострадавшим от этих преступлений. Иными словами, в международном праве в настоящее время появилось право жертв серьезных злоупотреблений прав человека (в частности, военных преступлений, преступлений против человечности и геноцида) на возмещение (в том числе компенсацию) за ущерб, причиненный в результате этих злоупотреблений.

598. В свете вышеизложенного [...] вполне обоснованным является то, что в случае грубого нарушения прав человека, которое также равносильно международному преступлению, международное обычное право не только предусматривает уголовную ответственность отдельных лиц, совершивших это нарушение, но и возлагает обязательство на государства, граждане которых являются исполнителями или для которых они действовали в качестве юридических или фактических органов, произвести возмещение (в том числе компенсацию) за причиненный ущерб.

599. В зависимости от конкретных обстоятельств каждого дела возмещение может осуществляться в форме полной реституции (реституция разграбленных или похищенных активов), денежной компенсации, реабилитации, включая медицинский и психологический уход, а также правовые социальные услуги, сатисфакции, включая публичное извинение с признанием фактов и принятием на себя ответственности, или гарантий неповторения. Как справедливо подчеркнул Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций в 2004 г., важно также будет обеспечить сочетание различных механизмов или форм возмещения.

600. [...] Аналогичное обязательство лежит на повстанцах в отношении всех преступлений, которые они могли совершить, независимо от того, будут ли выявлены и наказаны их исполнители.

[...]

III. МЕРЫ, КОТОРЫЕ МОГЛИ БЫ ПРИНЯТЬ ДРУГИЕ ОРГАНЫ

604. Передача ситуации Международному уголовному суду является главной непосредственной мерой, которую необходимо принять для обеспечения правосудия, однако Комиссия хотела бы остановиться на некоторых других имеющихся мерах, которые не предлагаются в качестве возможной *замены* передачи ситуации в Дарфуре Суду.

1. Возможная роль национальных судов государств, за исключением Судана

[…]

(i). Передача ситуации Советом Безопасности и принцип комплементарности

[…]

608. […] [П]ередача ситуации Советом Безопасности, как правило, происходит тогда, когда государство территории не осуществляет правосудия в силу того, что оно не хочет или не может это сделать. Таким образом, принцип комплементарности, как правило, не будет применяться in casu в отношении этого государства.

609. В основе рекомендации Комиссии относительно передачи ситуации Советом Безопасности Международному Суду лежит правильная посылка о том, что суданские суды не хотят и не могут осуществить преследование в отношении многочисленных международных преступлений, совершенных в Дарфуре с 2003 г. Вместе с тем Комиссия признает, что окончательное решение в этом отношении должен принимать Прокурор Суда.

(ii). Понятие универсальной юрисдикции

[…]

613. По-видимому, никто не станет спорить с тем, что существует общая норма международного права, разрешающая государствам осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении военных преступлений, а также преступлений против человечности и геноцида. О существовании такой нормы свидетельствует совпадение заявлений государств и национальных нормативных актов, а также прецедентное право.

614. Однако, если толковать соответствующие обычные нормы в свете общих принципов, которые в настоящее время превалируют в международном сообществе, то осуществление универсальной юрисдикции должно быть, бесспорно, подчинено двум главным условиям. Во-первых, подозреваемый или обвиняемый в совершении международного преступления должен находиться на территории осуществляющего преследование государства. Во-вторых, до начала уголовного процесса это государство должно определить, намеревается ли государство территории (то есть государство, где преступление было предположительно совершено) или государство активного гражданства (то есть государство, гражданином которого является подозреваемый или обвиняемый) возбуждать уголовный процесс в отношении этого лица и, следовательно, готово ли оно просить о его выдаче. И только когда указанное государство или государства откажутся требовать выдачи, или окажутся явно не способны, или не готовы привлекать это лицо к ответственности, тогда государство, на территории которого находится лицо, может возбуждать против него разбирательство.

615. В случае Дарфура применять второе условие нет необходимости, поскольку, как указывалось выше, суды Судана и другие судебные органы явно продемонстрировали, что они не могут или не хотят осуществлять юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных в Дарфуре.

(iii). Осуществление универсальной юрисдикции и принцип комплементарности Международного уголовного суда

616. [...] Комиссия исходит из того, что принцип комплементарности будет также применяться в отношениях между Международным уголовным судом и национальными судами стран, за исключением Судана. Иными словами, Международный уголовный суд должен передавать производство национальным судам государств, за исключением Судана, которые действительно будут осуществлять разбирательство на основе универсальной юрисдикции. [...] [Н]ет причин заведомо сомневаться в способности или желании вершить правосудие любого другого государства, осуществляющего либо универсальную юрисдикцию, либо экстерриториальную юрисдикцию по любому из вышеуказанных оснований. Таким образом, принцип комплементарности, являющийся одной из основ системы Международного уголовного суда, должен в полной мере действовать в случаях осуществления универсальной юрисдикции в отношении преступления, которое было передано Советом Безопасности Международному уголовному суду.

[...]

ЧАСТЬ ПЯТАЯ: ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

[…]

I. ФАКТИЧЕСКИЕ И ПРАВОВЫЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ

[…]

632. Комиссия считает, что крупномасштабные разрушения деревень в Дарфуре совершались умышленно в общем и целом формированиями «джанджавид» в ходе нападений, отдельно или совместно с правительственными силами. Даже хотя в большинстве случаев силы правительства могли и не участвовать в разрушениях, их совместное участие в нападениях, в ходе которых производились разрушения, и их присутствия на месте разрушений достаточно для того, чтобы возложить на них совместную ответственность за эти разрушения. […]

633. Комиссия учитывает, что имеются логичные и надежные материалы, которые свидетельствуют о том, что многочисленные убийства мирных жителей, не принимавших участия в военных действиях, совершались как правительством Судана, так и формированиями «джанджавид». Невозможно отрицать то, что в Дарфуре имела место массовая резня и что эта резня была совершена правительственными силами и формированиями «джанджавид» в обстановке полной безнаказанности и даже с подстрекательством к совершению серьезных преступлений против определенной части гражданского населения. Большое число убитых, методы убийства и участие должностных лиц или властей — вот те факторы, которые привели Комиссию к выводу о том, что эти убийства были совершены в рамках как широкомасштабных, так и систематических нападений. Таким образом, массовая резня мирных жителей в Дарфуре может быть равносильна преступлению против человечности.

634. Собранная и проверенная Комиссией информация свидетельствует о том, что изнасилования и другие формы сексуального насилия, к которому прибегали формирования «джанджавид» и солдаты правительства в Дарфуре, носили широкомасштабный и систематический характер и тем самым вполне могут быть равносильны *преступлению против человечности*. Исполнители были осведомлены о том, что их деяния являются частью систематического нападения на гражданское население, — это вполне можно заключить, среди прочего, из того обстоятельства, что они осознавали, что фактически будут пользоваться безнаказанностью. Комиссия считает, что преступления сексуального насилия, совершенные в Дарфуре, могут быть равносильны изнасилованию как преступлению

против человечности или сексуальному рабству как преступлению против человечности.

635. Комиссия отмечает, что пытки были неотъемлемой и неизменной частью нападений на мирных жителей со стороны формирований «джанджавид» и правительственных сил. Можно считать, что пытки и негуманное или унижающее достоинство обращение совершались широкомасштабно и систематически, что равносильно преступлению против человечности. Кроме того, по мнению Комиссии, наблюдаемые условия в национальном центре военной разведки для задержанных в Хартуме явно равносильны пыткам и, таким образом, представляют собой серьезное нарушение международных стандартов в области прав человека и международного гуманитарного права.

636. Согласно оценкам, свыше 1,8 млн. человек были насильственно перемещено из своих домов и в настоящее время находятся в местах для перемещенных внутри страны лиц на всей территории Дарфура, а также в лагерях беженцев в Чаде. Комиссия полагает, что насильственное перемещение гражданского населения имело систематический и широкомасштабный характер и что такие действия равносильны преступлению против человечности.

637. Комиссия отмечает, что формирования «джанджавид» похищали женщин, что может быть равносильно насильственным исчезновениям, являющимся преступлением против человечности. [...]

638. В подавляющем большинстве случаев жертвы нападений принадлежали к африканским племенам, в частности фур, масалит и загхава, которые подвергались систематическим нападениям по политическим соображениям в контексте правительственной политики борьбы с повстанцами. Разграбление и разрушение деревень, осуществлявшиеся на систематической и широкомасштабной основе при дискриминационном подходе, судя по всему, были направлены на уничтожение источников средств к существованию и способов выживания этих людей. Комиссия также считает, что убийства, перемещения, пытки, изнасилования и другие виды сексуального насилия в отношении гражданского населения носили настолько дискриминационный характер, что могут считаться преследованием, являющимся преступлением против человечности.

639. Хотя Комиссия не обнаружила систематический или широкомасштабный характер нарушений, совершенных повстанцами, тем не менее она получила достоверные доказательства того, что служащие Освободительной армии Судана (ОАР) и члены Движения

за справедливость и равенство несут ответственность за серьезные нарушения международных стандартов в области прав человека и международного гуманитарного права, которые могут быть равносильны военным преступлениям. В частности к этим нарушениям относятся случаи убийства гражданских лиц и разграбления.

II. СОСТАВЛЯЮТ ЛИ СОВЕРШЕННЫЕ В ДАРФУРЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ АКТЫ ГЕНОЦИДА?

640. Комиссия пришла к выводу, что правительство Судана не проводило политику геноцида. В принципе в грубых нарушениях прав человека, совершенных правительственными силами и находящимися под их контролем ополченцами, можно бы было усмотреть два элемента геноцида. Этими элементами являются, во-первых, actus reus, заключающиеся в убийстве или причинении серьезных телесных повреждений или умственного расстройства, или в предумышленном создании таких жизненных условий, которые рассчитаны на физическое уничтожение, и, во-вторых, с субъективной стороны — наличие охраняемой группы, на которую нападают исполнители преступных деяний. В результате событий последнего времени члены африканских и арабских племен стали ощущать себя и других как две разные этнические группы. Конфликт между племенами и политическая поляризация в связи с повстанческой оппозицией в отношении центральных властей дошли до проблем самобытности. Поддерживающие повстанцев в Дарфуре племена все чаще стали называть африканскими, а те, которые поддерживают правительство, — арабскими. Однако, как представляется, принципиально важный элемент умысла совершить геноцид отсутствует, по крайней мере в том, что касается властей центрального правительства. В общем и целом политика нападений, убийств и насильственных перемещений членов определенных племен не свидетельствует о конкретном намерении уничтожить полностью или частично какую-либо группу, отличающуюся по расовым, этническим, национальным или религиозным признакам. Скорее похоже на то, что те, кто планировал и организовывал нападения на деревни, хотели заставить жертв покинуть свои дома, главным образом в целях ведения военных действий против повстанцев.

641. Комиссия считает, что в некоторых случаях отдельные лица, включая должностных лиц правительства, могут совершать деяния с намерением совершить геноцид. Однако вопрос о том, имело ли это место в Дарфуре, может решаться только компетентным судом в каждом отдельном случае.

642. Вывод о том, что государственные власти в Дарфуре не проводили и не осуществляли политику геноцида, непосредственно или с помощью находящихся под их контролем ополченцев, никоим образом не должен отвлекать внимания от тяжести преступлений, совершенных в этом регионе. В зависимости от обстоятельств такие международные преступления, как преступления против человечности или крупномасштабные военные преступления, могут носить не менее серьезный и ужасный характер, чем геноцид. Именно это и случилось в Дарфуре […].

III. КТО ЯВЛЯЕТСЯ ИСПОЛНИТЕЛЯМИ?

[…]

645. Комиссия решила не предавать гласности фамилии этих лиц. Данное решение было принято по трем основным соображениям: 1) важность принципов соблюдения законности и уважения прав подозреваемых; 2) тот факт, что Комиссия не имела следственных или прокурорских полномочий и 3) насущная необходимость обеспечения защиты свидетелей от возможных притеснений или запугиваний. Вместо этого Комиссия представит списки фамилий в опечатанном файле, который будет передан под ответственность Генерального секретаря. Комиссия рекомендует передать этот файл компетентному прокурору (Прокурору Международного уголовного суда), который будет использовать эти материалы по своему усмотрению для проведения расследований. Отдельный и весьма обширный опечатанный файл, содержащий все собранные Комиссией доказательства, будет передан Верховному комиссару Организации Объединенных Наций по правам человека. Этот файл также следует вручить компетентному прокурору.

646. Упоминание Комиссией числа выявленных ею лиц не следует, однако, рассматривать как показатель того, что этот список является исчерпывающим. […] Комиссия собрала значительный объем материалов по различным влиятельным деятелям, учреждениям, группам лиц и комитетам, которые играли существенную роль в конфликте в Дарфуре, включая планирование, отдачу приказов, санкционирование или поощрение нападений. К их числу относятся, в частности, военнослужащие, национальная служба безопасности и разведки, военная разведка и комитеты безопасности в трех провинциях Дарфура. Деятельность этих учреждений необходимо тщательно расследовать, с тем чтобы определить возможную уголовную ответственность отдельных лиц, принимавших участие в их мероприятиях и обсуждениях.

IV. РЕКОМЕНДАЦИИ КОМИССИИ ОТНОСИТЕЛЬНО МЕР, ПРИЗВАННЫХ ОБЕСПЕЧИТЬ ПРИВЛЕЧЕНИЕ ВИНОВНЫХ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ

1. Меры, которые следует принять Совету Безопасности

647. В том, что касается механизма привлечения к судебной ответственности, Комиссия настоятельно рекомендует Совету Безопасности передать вопрос о положении в Дарфуре на рассмотрение Международного уголовного суда в соответствии со статьей 13(b) его Статута. Многие из предположительно совершенных преступлений, информация о которых собрана в Дарфуре, имели широкомасштабный и систематический характер. Они соответствуют всем пороговым уровням, установленным в Статуте. Суданская система правосудия продемонстрировала свою неспособность и нежелание расследовать эти преступления и привлекать к суду тех, кто несет ответственность за их совершение.

648. Комиссия считает, что обращение в Международный уголовный суд имело бы по меньшей мере шесть значительных преимуществ. Во-первых, Суд был создан для рассмотрения преступлений, которые могут создавать угрозу миру и безопасности. Это является главной причиной, по которой Совет Безопасности может задействовать юрисдикцию Суда в соответствии со статьей 13(b) Статута. Расследование преступлений, совершенных в Дарфуре, и уголовное преследование за них могли бы иметь определенные последствия для мира и безопасности. В более конкретном плане, это способствовало или содействовало бы обеспечению мира и стабильности в Дарфуре за счет устранения серьезных препятствий на пути к национальному примирению и восстановлению мирных отношений. Во-вторых, поскольку расследование действий и уголовное преследование в Судане лиц, обладающим авторитетом и властью в стране и контролирующих государственный аппарат, является сложной или даже невыполнимой задачей, обращение в Суд — единственно подлинный международный орган уголовного правосудия — позволило бы добиться того, чтобы восторжествовала справедливость. То, что судебные разбирательства проводились бы в Гааге (месте пребывания Суда), вдали от страны, которая по-прежнему находится под контролем этих лиц и в которой живут их сторонники, могло бы обеспечить нейтральную атмосферу и исключить возможность того, чтобы судебные процессы приобрели политическую, идеологическую или иную окраску. В-третьих, только авторитет Суда, подкрепляемый авторитетом Совета Безопасности, мог бы побудить ведущих деятелей в правительстве Судана и лидеров повстанческих групп дать согласие на проведение расследований и, возможно, уголовных разбирательств. В-четвертых,

Суд с его полностью международным членским составом и сводом четко определенных правил процедуры и доказывания является наиболее подходящим органом для обеспечения подлинно справедливого суда над теми, кому предъявит обвинения Прокурор Суда. В-пятых, Суд мог бы начать свою работу немедленно, без каких бы то ни было задержек (которые возникли бы в случае принятия решения о создании специальных трибуналов или так называемых смешанных или интернационализированных судов). В-шестых, возбуждение уголовных дел в Суде по просьбе Совета Безопасности необязательно было бы сопряжено с возникновением значительного финансового бремени для международного сообщества.

649. […] Комиссия предлагает создать международную компенсационную комиссию в составе 15 членов, из которых 10 назначались бы Генеральным секретарем Организации Объединенных Наций, а пять — независимым суданским органом.

2. Меры, которые следует принять суданским властям

650. […] Следственная комиссия рекомендует правительству Судана:
[…]

(iv). предоставить Международному Комитету Красного Креста и наблюдателям Организации Объединенных Наций за положением в области прав человека всесторонний и беспрепятственный доступ ко всем тем, кто содержится под стражей в связи с ситуацией в Дарфуре;

[…]

B. Резолюция Совета Безопасности ООН 1593 (2005)

[**Источник**: http://www.un.org/russian/documen/scresol/res2005/res1593.htm]

Принята Советом Безопасности на его 5158-м заседании 31 марта 2005 г.

Совет Безопасности,

принимая к сведению доклад Международной следственной комиссии для расследования нарушений норм международного гуманитарного права и стандартов в области прав человека в Дарфуре (S/2005/60),

ссылаясь на статью 16 Римского статута, в соответствии с которой никакое расследование или уголовное преследование не может начинаться либо проводиться Международным уголовным судом в течение периода в 12 месяцев после того, как Совет Безопасности обращается с просьбой на этот счет,

[...]

определяя, что положение в Судане продолжает представлять угрозу международному миру и безопасности,

действуя на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций,

1. *постановляет* передать ситуацию в Дарфуре за период с 1 июля 2002 г. Прокурору Международного уголовного суда;

2. *постановляет*, что правительство Судана и все другие стороны конфликта в Дарфуре должны на основании настоящей резолюции в полной мере сотрудничать с Судом и Прокурором и оказывать им любую необходимую помощь и, признавая, что государства, не являющиеся участниками Римского статута, не несут обязательств по Статуту, настоятельно призывает все государства и соответствующие региональные и прочие международные организации сотрудничать в полном объеме;

3. *предлагает* Суду и Африканскому союзу обсудить практические мероприятия, которые облегчат работу Прокурора и Суда, включая возможность проведения разбирательств в регионе, что способствовало бы региональным усилиям по борьбе с безнаказанностью;

4. *призывает также* Суд в надлежащих случаях поддерживать, сообразуясь с Римским статутом, международное содействие усилиям самой страны по укреплению законности, защите прав человека и борьбе с безнаказанностью в Дарфуре;

5. *подчеркивает также* необходимость содействовать залечиванию ран и примирению и рекомендует в этой связи создать с участием всех слоев суданского общества такие институты, как комиссии по установлению истины и/или примирению, которые дополняли бы судебные процессы и тем самым подкрепляли усилия по восстановлению долговременного мира, в необходимых случаях при поддержке Африканского союза и международной поддержке;

6. *постановляет*, что на граждан, нынешних или бывших должностных лиц или сотрудников, которые прибыли в Судан из-за рубежа из

государства, не являющегося участником Римского статута Международного уголовного суда, распространяется исключительная юрисдикция этого государства в отношении всех предполагаемых действий или бездействия, обусловленных или связанных с операциями в Судане, организованными или санкционированными Советом или Африканским союзом, если только это государство в ясно выраженной форме не отказалось от такой исключительной юрисдикции;

7. *признает*, что никакие расходы, понесенные в связи с передачей ситуации, в том числе расходы на расследования и уголовное преследование в связи с такой передачей, не будут покрываться Организацией Объединенных Наций и что такие расходы будут покрываться участниками Римского статута и теми государствами, которые пожелают внести добровольные взносы; [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Как вы классифицируете конфликт? Если бы Судан был участником Протокола II, был бы этот документ применим? Повлиял ли факт неприменимости Протокола II на выводы Комиссии?

2. Обязаны ли повстанцы применять в точности те же самые нормы, что и правительство? Нормы международного гуманитарного права (МГП)? Международного уголовного права? Международного права прав человека?

3. Какие нормы прав человека применимы? При каких обстоятельствах правительство может отступить от выполнения своих обязательств, предусматриваемых некоторыми нормами? Что это за нормы? Допускают ли некоторые нормы частичное отступление? Отступило ли суданское правительство на практике от выполнения некоторых своих обязательств?

4. a. Как Комиссия определяет обычное МГП? Рассматривает ли она имеющую место практику сторон в немеждународном вооруженном конфликте? Должна ли она была сделать это?

   b. На практике какого рода основываются нормы обычного права, перечисленные в пункте 166? Можете ли вы выделить другие категории таких норм в соответствии с подтверждающей их практикой, упоминаемой Комиссией в примечаниях?

c. Как может запрет на нападения на гражданские объекты быть обычным, если он не упоминается в Протоколе II? Уместна ли ссылка Комиссии на положения Женевских конвенций о серьезных нарушениях?

5. Важен ли вывод о наличии систематических нарушений для МГП? Для международного уголовного права? Для обнаружения военных преступлений? Для определения преступлений против человечности? Для определения геноцида?

6. Обязательно ли неопровержимые факты, касающиеся массового перемещения населения и крупномасштабных разрушений деревень, являются нарушениями МГП? В случае Дарфура, какие факты указывают на очевидные нарушения МГП?

7. Могли ли нападения на деревни, описанные в пунктах 240—251, быть оправданы, если несколько или даже много повстанцев находилось в этих деревнях? Право ли правительство, утверждая, что присутствие повстанцев в некоторых деревнях превращало эти деревни в военные объекты (пункт 249)?

8. Являются ли обязательства принимать меры предосторожности и соблюдать принцип соразмерности, как это предписывает статья 57 Протокола I, одинаковыми во время международных и немеждународных вооруженных конфликтов? Почему? Не потому ли, что они могут быть выведены из имеющей место практики воюющих сторон? Может быть, потому что они необходимы для соблюдения основных положений?

9. Права ли Комиссия, утверждая (пункты 291—292), что гражданских лиц, даже используемых повстанцами в качестве живого щита или имеющих оружие, нельзя убивать? При каких обстоятельствах гражданские лица утрачивают свое право на защиту?

10. Может ли насильственное перемещение населения быть оправдано желанием лишить повстанцев поддержки, которую они получают от этого населения?

11. Возникают ли в связи со случаями изнасилования и сексуального насилия, упоминаемыми в докладе, вопросы относительно толкования или адекватности применимого МГП?

12. Должен ли каждый случай содержания под стражей во время немеждународного вооруженного конфликта контролироваться судом? А во время международного вооруженного конфликта?

13. Являются ли силы полиции законным объектом нападения: во время немеждународных вооруженных конфликтов; во время международных вооруженных конфликтов? Что могло бы оправдать разный статус сил полиции в этих двух видах вооруженных конфликтов?

14. Какие элементы преступления геноцида имели место в Дарфуре? Каких элементов не было? Почему из общей картины нарушений нельзя было сделать заключения о существовании намерения осуществить геноцид?

15. Какие существуют формы уголовной ответственности за международные преступления? За какие преступления лицо, участвующее в международных преступлениях, может быть привлечено к ответственности? Только за те, которые совершаются для достижения общей цели, или также за те, которые совершаются какими-то другими лицами, не старающимися достичь этой цели?

16. Могут ли лидеры повстанческих группировок с большей легкостью избежать ответственности, возложенной на командование, нежели командиры правительственных вооруженных сил?

17. Почему лица, совершившие международные преступления в Дарфуре, должны предстать перед Международным уголовным судом (МУС)? Как удалось этого добиться?

18. a. В каких случаях третьи государства могут осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении международных преступлений? Даже в случае немеждународных вооруженных конфликтов? Есть ли у них обязанность осуществлять такую юрисдикцию?

    b. Если дело передается Советом Безопасности, имеет ли МУС приоритет в том, что касается обязательств третьих стран осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении международных преступлений?

19. a. Обязан ли Судан сотрудничать с МУС, хотя он не является участником Статута МУС (См. **Прецедент № 15**, Международный уголовный суд)?

    b. Может ли Судан применить принцип дополнительности (комплементарности) и заявить, что дело не может быть принято к производству МУС в соответствии со статьей 17 Статута МУС (См. **Прецедент № 15**, Международный уголовный суд), потому что Судан

сам проведет расследование и будет преследовать в судебном порядке предполагаемых преступников?

c. Обязаны ли государства — участники Статута МУС (См. **Прецедент № 15**, Международный уголовный суд) сотрудничать с МУС в отношении Судана? Какие для этого существуют правовые основания? Обязаны ли государства, не являющиеся участниками Статута МУС, сотрудничать с МУС в отношении Судана? Какие для этого существуют правовые основания?

d. Является ли пункт 6 Резолюции 1593 отсрочкой в соответствии со статьей 16 Статута МУС (См. **Прецедент № 15**, Международный уголовный суд)? Действует ли она только в течение 12 месяцев?

20. Кто должен платить компенсацию за нарушения МГП? Кто имеет право получать такую компенсацию? Как выходит, что обязательство существует и в отношении немеждународных вооруженных конфликтов, несмотря на то, что в договорах оно предусматривается только для международных вооруженных конфликтов?

XXI. Южно-Африканская Республика

Прецедент № 139, ЮАР, «Сагариус и другие»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: South African Law Reports, vol. 1, 1983, pp. 833–838; оригинал на африкаанс, неофициальный перевод.]

ГОСУДАРСТВО
против
САГАРИУСА И ДРУГИХ

(ОТДЕЛ ЮГО-ЗАПАДНОЙ АФРИКИ)
24–28 мая 1982 г.; 1–2 июня 1982 г.,
председательствует судья Бетуне

[…]
Уголовный процесс. Факты, изложенные в обосновании решения.

Дж. С. Химстра представляет государство.
Б. О'Линн, ВС (его ассистенты — *П. Тик* и А. *Т. Е. А. Лубовски*) представляет обвиняемого. […]

Судья Бетуне: 24 февраля сего года трое обвиняемых были сочтены виновными в участии в террористической деятельности по смыслу положений Закона 83 1967 г. [С]видетельства, указывающие на их виновность, были неоспоримыми.

Если изложить дело кратко, то доказательства говорят о том, что трое обвиняемых входили в состав группы, состоящей из 22 членов СВАПО, которые в апреле прошлого года проникли на территорию Юго-Западной Африки из Анголы, имея при себе огнестрельное оружие, боеприпасы и взрывчатые вещества. Позже группа разбилась на более мелкие группы, но после столкновений с Силами обороны они все, за исключением троих обвиняемых, были либо уничтожены, либо вынуждены отступить через границу. Общеизвестно, что члены группы были одеты в форму вооруженного крыла СВАПО и их столкновения с Силами обороны можно описать как ситуацию войны. Трое обвиняемых были захвачены в плен в тот момент, когда они уже отходили к северной границе Юго-Западной Африки. […]

[…]

Когда слушания возобновились […]. Свидетельства, связанные с вердиктом, касались исторических событий, имевших место до, в течение и после периода колониальной администрации Германии и, в частности, политических и конституционных осложнений, которые возникли после Второй мировой войны.

После того, как первый свидетель защиты дал свои показания, г-н *Химстра*, представляющий государство, высказал возражение, указывая, что они не имеют отношения к делу, если принять во внимание тот факт, что нет никаких свидетельств того, что события, о которых говорилось, каким-либо образом повлияли на кого-либо из обвиняемых, когда они совершали преступления. Тем не менее я разрешил стороне защиты продолжить эти свидетельские показания. […] Я буду считать, решая сомнения в пользу обвиняемых, что события, о которых свидетель защиты говорил в своих показаниях, сыграли определенную роль при формировании умонастроения обвиняемых, когда они совершали свои правонарушения. События, которые привели к вооруженному конфликту со СВАПО, продолжаются в течение многих лет, и влияние этих событий было довольно широким. […]

Более того, представляется, что Международный суд и авторитетные органы ООН считают присутствие Южной Африки в ЮЗА незаконным, и это мнение разделяют многие страны международного сообщества.

Даже если обвиняемые ранее не знали этого факта, вполне вероятно, что им рассказали об этом сторонники СВАПО в ходе их подготовки за пределами Южной Африки. Все трое были еще подростками, когда они покинули Южную Африку. Принимая во внимание все обстоятельства, они, возможно, рассматривали свои действия в рамках участия в законном конфликте, который пользуется поддержкой как у них в стране, так и за рубежом. В свидетельских показаниях ссылка делается на тот факт, что в международном праве существует тенденция предоставлять статус военнопленных тем лицам, которые открыто и будучи одетыми в определенную форму участвовали в вооруженном конфликте, направленном против колониального или расистского режима или иностранного господства. Однако профессор Дугард, который давал показания по этому вопросу, четко разъяснил, что такое признание основывается на договорных отношениях. Такие правительства, как правительства Южной Африки и Великобритании, которые не присоединились к соответствующему Протоколу, не связаны этим документом. Я считаю, что профессор Дугард был прав, говоря, что настоящий Суд не может просто заявить, что с обвиняемыми следует обращаться как с военнопленными, но что тенденцию, существующую в международном праве, следует принять во внимание при решении вопроса о том, выносить ли обвиняемым смертный приговор.

В связи с этим я хотел бы отослать вас к следующему параграфу его показаний:

Южная Африка не подписала текст Протокола I, она не ратифицировала Протоколы 1977 г. и не присоединилась к ним. Следовательно, совершенно очевидно, что Южная Африка не связана Протоколом I и поэтому, выражаясь языком договора, она не обязана предоставлять статус военнопленных членам СВАПО.

Хотя Южная Африка не связана положениями этого договора, как я уже говорил, та точка зрения, что это положение стало частью обычного международного права, частью общего международного права, пользуется широкой поддержкой. По моему мнению, этот аргумент преждевременен, поскольку Протокол I не получил пока еще такой поддержки, что его можно считать частью международного права, обязательного для государств, которые не ратифицировали этого соглашения.

И все же я уже высказал мнение, что Южно-Африканский суд не может не осуществлять уголовную юрисдикцию в отношении СВАПО; что Суд не может просто дать указание, что с членами СВАПО надо обращаться как с военнопленными. Тем не менее я думаю, что, учитывая новые тенденции в международном праве, как они отражены в Протоколе I к Женевским конвенциям, принятом в 1977 г., и учитывая особый статус намибийца, такие факторы должны быть приняты во внимание, когда речь идет о вынесении приговора. В частности, я считаю, что Суд мог бы принять во внимание эти тенденции, когда речь идет о смертном приговоре, потому что Конвенция об обращении с военнопленными 1949 г. четко устанавливает, что удерживающая держава не может казнить военнопленного за участие в военных действиях, осуществленных до его ареста, если только эти действия не были военными преступлениями.

Г-н *О'Линн* утверждал, что в свете масштаба конфликта суровый приговор не будет иметь какого-либо сдерживающего воздействия. Я не могу согласиться с этим утверждением. Возможно, что на людей, которые уже приняли решение участвовать в вооруженном конфликте, приговор, вынесенный настоящим Судом, не окажет сдерживающего воздействия, но положения права применяются и к другим гражданам этой страны, которые могут рассматривать возможность совершения террористического акта (как он определен в праве). Я думаю, что таких лиц, конечно, предостерегут наказания, которые налагает этот Суд. […]

Г-н *Химстра* утверждал, что очень суровый приговор будет в интересах сообщества. Однако, как видно из неоспоримых свидетельств, значительная часть населения этой страны, а также международного сообщества, будут рассматривать действия обвиняемых не так серьезно. Кроме того, вполне вероятно, что обвиняемых использовали другие лица в сво-

их политических целях. Достаточно часто люди, которые сами не готовы подвергать себя опасностям вооруженного конфликта, стараются оказать воздействие на молодых людей и заставить их совершать поступки, подобные этому.

Все три обвиняемых очень молоды, у них не было ранее судимостей. Я могу согласиться с тем, что после того, как они покинули Южную Африку, они оказались опутаны паутиной событий, ход которых почти или совсем не зависел от них. Из заявления, сделанного обвиняемым № 3 полиции, представляется, что он был разочарован, когда понял, какую подготовку ему придется пройти за пределами Южной Африки. После того, как началась их военная подготовка, было очень трудно и даже опасно для жизни пытаться убежать. Такая ситуация, которую до определенной степени они создали сами, не является оправданием их действий, но тем не менее служит серьезным фактором, который следует принять во внимание при решении вопроса об их наказании. С другой стороны, обвиняемые должны были предвидеть, что их действия (такие как установка наземных мин и повреждение железнодорожных путей), которые они и группа незаконно проникших на территорию противников определенно совершили, могли стать причиной ранения или смерти ни в чем не повинных людей. Хотя я придерживаюсь мнения, что это не то деяние, за которое надо выносить смертный приговор, я все-таки считаю, что длительный срок тюремного заключения оправдан. […]

В свете заявлений защиты о том, что суровый приговор не станет сдерживающим фактором для членов СВАПО, нет никакого смысла приостанавливать исполнение какой-либо части приговора.

В связи с вышеупомянутым выносятся следующие приговоры:

Обвиняемые № 1 и 2: тюремное заключение сроком на 9 лет.

Обвиняемый № 3: тюремное заключение сроком на 11 лет.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Международным или немеждународным вооруженным конфликтом является эта «ситуация войны» в соответствии с МГП? Имеет ли значение тот факт, что обвиняемые проникли на территорию из Анголы? Законным или незаконным было присутствие Южной Африки в Намибии? Могло ли правительство Южной Африки квалифицироваться как «расистский режим»? (См. статью 2, общую, для Конвенций, статьи 1 (4) и 96 Протокола I и статью 1 Протокола II.)

2. a. Является ли СВАПО национально-освободительным движением? Если да, то не из-за международного ли статуса Намибии? Из-за признания международного сообщества? Какое значение имеет тот факт, считается ли СВАПО национально-освободительным движением? Должно ли СВАПО представлять народ Южной Африки для того, чтобы быть национально-освободительным движением, сражающимся против Южной Африки? Может быть достаточно, что оно представляет народ Юго-Западной Африки? Является ли его национально-освободительная война против правительства Южной Африки, как в этом случае, войной против «колониального господства», «иностранной оккупации» или «расистского режима»? (См. статью 1 (4) Протокола I.)

   b. Если бы СВАПО официально заявило о своем намерении соблюдать и применять Женевские конвенции и Протоколы, были бы они тогда применимы по отношению к этому конфликту? (См. статью 96 Протокола I.)

3. a. Только 163 государства являются участниками Протокола I (по сравнению с 192 государствами — участниками четырех Конвенций на июль 2005 г.). Указывает ли этот факт на то, что статья 1 (4) Протокола практически имеет очень мало значения или вовсе его не имеет? Особенно потому, что Израиль и Южная Африка не были государствами-участниками? Почему?

   b. Не являются ли хотя бы какие-нибудь принципы, закрепленные в Протоколах, обычным правом и в качестве такового обязательными для Южной Африки? Применялось ли право международных вооруженных конфликтов в соответствии с обычным правом 1982 г. к национально-освободительным войнам? А в соответствии с сегодняшним обычным правом, если принять во внимание, что Южная Африка стала государством — участником Протокола I в 1995 г.? Как могла норма, подобная статье 1 (4) Протокола I, стать обычной?

   c. Хотя Суд не считает Протоколы отражением обычного права, почему важно, что Суд учитывает и применяет положения Протоколов? Что вы думаете об оценке статуса Протоколов, данной профессором Джоном Дугардом?

4. Если право международных вооруженных конфликтов применимо, имеют ли обвиняемые право на статус военнопленных? Мог ли выноситься в отношении них приговор, как это имело место в настоящем случае, если они были военнопленными?

5. Если бы обвиняемые не носили форменную одежду во время участия в боевых действиях, что бы это означало в соответствии с правом международных вооруженных конфликтов? В соответствии с подходом Суда? (См. статьи 43—44 Протокола I.)

6. Прав ли профессор Дугард, заявляя, что Конвенция III «четко устанавливает, что удерживающая держава не может казнить военнопленного за участие в военных действиях до его ареста, если только эти действия не были военными преступлениями»? (См. статьи 85 и 100 Конвенции III.)

7. Несут ли в соответствии с МГП обвиняемые уголовную ответственность, если они могли предвидеть, «что их действия (такие как установка наземных мин и повреждение железнодорожных путей), которые они и группа незаконно проникших на территорию противников определенно совершили, могли стать причиной ранения или смерти ни в чем не повинных людей»? (См. статьи 51, 57 и 85 (3) Протокола I.)

8. Если право международных вооруженных конфликтов не применялось, означает ли это, что обязательно применялось право немеждународных вооруженных конфликтов? Соответствует ли приговор этому праву?

Прецедент № 140, ЮАР, «С. против Петана»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: South African Law Reports, vol. 3, 1988, pp. 51–67.]

С. ПРОТИВ ПЕТАНА

ОТДЕЛ ПРОВИНЦИИ КЕЙП

[…]

Postea (3 ноября [1987 г.])

Конради Дж.: Обвиняемому предъявлено обвинение в терроризме по трем пунктам обвинительного акта, то есть нарушение статьи 54 (1) Закона № 74 о внутренней безопасности 1982 г. Ему также предъявлено обвинение в покушении на убийство по трем пунктам. […]

Когда [...] обвиняемому предложили ответить на обвинения, он отказался сделать это. Поэтому по всем пунктам было зарегистрировано заявление подсудимого о непризнании себя виновным [...].

Позиция обвиняемого заключалась в том, что настоящий Суд не обладает юрисдикцией для суда над ним.

Затем я выслушал изложение доводов по вопросу, который был представлен как вопрос о юрисдикции. В процессе изложения аргументов я начал сомневаться в том, что поднятый вопрос был действительно юрисдикционного характера. Первоначально вопрос был сформулирован следующим образом. По условиям Протокола I к Женевским конвенциям обвиняемый имел право на обращение с ним как с военнопленным. Военнопленный имеет право получить уведомление о предстоящем судебном преследовании за вменяемое ему правонарушение, которое передается так называемой державе-покровительнице, назначенной для наблюдения за положением военнопленных. Поскольку, если такое уведомление было необходимым, судебное рассмотрение не могло иметь место без этого, г-н *Доунен* высказал предположение, что необходимость или необязательность такого уведомления должна быть определена до выслушивания показаний. [...]

Статья 45, пункты 1 и 2, Протокола I содержат следующие положения:

«1. Лицо, принимающее участие в военных действиях и попадающее во власть противной стороны, считается военнопленным и вследствие этого пользуется защитой Третьей Конвенции, если оно претендует на статус военнопленного, если представляется, что оно имеет право на такой статус, или если сторона, от которой оно зависит, требует для него такого статуса путем уведомления задерживающей его державы или державы-покровительницы. В случае возникновения какого-либо сомнения в том, имеет ли любое такое лицо право на статус военнопленного, оно продолжает сохранять такой статус и, следовательно, пользоваться защитой Третьей Конвенции и настоящего Протокола до тех пор, пока его статус не будет определен компетентным судебным органом.

2. Если лицо, которое попало во власть противной стороны, не задерживается в качестве военнопленного и подлежит суду этой стороны за правонарушение, связанное с военными действиями, оно имеет право отстаивать свое право на статус военнопленного перед судебным органом и на вынесение решения по этому вопросу. В тех случаях, когда это возможно в соответствии с применимой процедурой, это решение выносится до суда за правонарушение».

Нет необходимости приводить оставшийся текст пункта 2 статьи 45.

Если будет сделан вывод, что условия Протокола применимы, я буду обязан выполнять эти положения, и невыполнение их может быть приравнено к несоблюдению закона. Я говорю «может» приравниваться к несоблюдению закона, потому что статья, по-моему, явным образом предусматривает ситуацию, когда применимость Протокола признается и единственный вопрос, стоящий перед Судом, заключается в том, чтобы определить, имеет ли право на защиту захваченное лицо.

Вопрос, поднимаемый таким заявлением, не относится, по моему мнению, к юрисдикции. Пленный, выдвигающий такие аргументы в свою защиту, утверждает, что, поскольку он участвовал в военных действиях в качестве солдата в соответствии с правом войны, он не виновен в совершении какого-либо преступления, несмотря на то, что он намеренно убивал или наносил ранения другим или уничтожал их собственность. В деле «Р. против Джузеппе и других» в 1942 г. (TPD 139) Дж. Малан отменил приговор итальянскому военнопленному на том основании, что осуждение без передачи уведомления державе-покровительнице было несоблюдением закона. Он не считал, что суд, а в том случае это был суд магистрата, не обладал юрисдикцией для суда над преступниками. Это дело не является прецедентом, указывающим на то, что действия обвиняемого не подлежат рассмотрению в муниципальном суде. Действительно, статья 45 (1) Протокола I предусматривает, что статус такого пленного должен быть определен компетентным судебным органом. [...]

12 августа 1949 г. в Женеве (Швейцария) были заключены четыре договора, известные как Женевские конвенции. Единственной из этих Конвенций, которая интересует меня сегодня, является Женевская конвенция об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г.

Южная Африка была среди тех стран, которые заключили эти договоры. Как сообщалось в Международном журнале Красного Креста (International Review of the Red Cross, January/February 1987, No. 256) на 31 декабря 1986 г. 165 государств были участниками Женевских конвенций. Это почти все государства мира. Справедливо сказать, что условия этих Конвенций пользуются всеобщим признанием. Одним из таких условий является, конечно, то положение, в котором определяется сфера их действия. За исключением статьи 3, общей, [...] они применяются к войнам между государствами.

После Второй мировой войны возникло множество конфликтов, которые не могли быть квалифицированы как международные. Поэтому некоторые государства сочли желательным расширить положения Женевских конвенций таким образом, чтобы предоставить защиту жертвам и комбатантам в конфликтах, которые оказались за пределами сферы действия

Конвенций. Результатом такого стремления стали Протокол I и Протокол II к Женевским конвенциям, которые вступили в силу 7 декабря 1978 г.

Протокол II касается защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов. Поскольку ситуация, имеющая место в Южной Африке, была охарактеризована Протоколом I как международный вооруженный конфликт, меня совсем не интересует Протокол II. […]

Статья 2, общая для всех Женевских конвенций, предусматривает среди прочего, что: «настоящая Конвенция будет применяться в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны».

Статья 1 (4) Протокола I распространяет действие общей статьи 2, предусматривая, что «ситуации, упомянутые в предшествующем пункте, включают вооруженные конфликты, в которых народы ведут борьбу против колониального господства и иностранной оккупации и против расистских режимов в осуществлении своего права на самоопределение, закрепленного в Уставе Организации Объединенных Наций и в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций».

Расширение сферы действия статьи 2 Женевских конвенций было во время принятия этой нормы противоречивым. Как указывается в работе *Новые нормы, касающиеся жертв вооруженных конфликтов (New Rules for Victims of Armed Conflicts)* Боте, Партша и Зольфа (1982 г.), спор об этой статье продолжался на протяжении почти всей первой сессии.

Статья продолжает вызывать разногласия в оценках. Относительно ее сферы действия велось больше споров, нежели относительно любой другой статьи Протокола I. Ее критиковали за то, что она привнесла политические цели в гуманитарное право, в результате чего государствам было очень трудно согласиться с ее применимостью; ее критиковали и за расплывчатость формулировок. (См. Andrew Borrowdale «The Law of War in Southern Africa»: The Growing Debate XV *Cilsa* 1982, p. 41.) Итак, хотя практически все государства мира согласны с тем, что принципы Женевских конвенций должны применяться в традиционных международных вооруженных конфликтах, гораздо меньше из них (как я покажу ниже) удовлетворены расширением действия этих положений на новые конфликты, которые характеризуются как «международные».

Южная Африка является одной из стран, которые не присоединились к Протоколу I. Тем не менее меня просят принять решение […] по предва-

рительному вопросу о том, стал ли Протокол I частью обычного международного права. Если да, то утверждается, что он был бы инкорпорирован в законодательство Южной Африки. Если он стал частью законодательства, то одна из сторон должна бы доказать, что беспорядки, происходившие в то время, когда обвиняемый совершал свои преступления, имели такой характер, что их можно было бы описать как «вооруженный конфликт», ведущийся «народом» против «расистского режима» в осуществление своего «права на самоопределение». Если все это будет доказано, то придется продемонстрировать Суду, что обвиняемый вел себя так-то и так-то, потому он имеет право на защиту, предоставляемую Протоколом I комбатантам, например, он, участвуя в нападении, отличал себя от гражданских лиц и не совершал нападений на гражданские объекты. [...]

Апелляционная палата считает, что обычное международное право непосредственно применимо действие в сфере национального права при условии, что оно не противоречит писаному праву или общему внутригосударственному праву. Апелляционная палата описала признаки нормы обычного международного права, которые сделали бы ее применимой в Южной Африке. Ей надо быть либо универсально признанной, либо получить признание в этой стране. Делая такой вывод, Суд ссылался на выдержку из работы Оппенгейма *Международное право* (International Law 8th ed. vol. 1, p. 39), в которой устанавливаются условия, касающиеся всеобщего признания либо согласия государства на признание нормы обычного международного права как части права Англии. Наше право и английское право в этом отношении одинаковы.

[...] Международное право не требует всеобщего признания практики государства, чтобы обыкновение стало обычаем.

[...] Я готов согласиться с тем, что если норма обычного международного права признана в качестве таковой международным правом, она будет признана и в рамках права нашего государства. [...]

Обычаем являются такие действия, которые считаются государствами юридически обязательными:

> «Все, что на этот счет может быть сказано теорией, сводится к следующему: всякий раз и как только линия международного поведения, часто принимаемая государствами, рассматривается как юридически обязательная или юридически правильная норма, которую можно вывести из такого поведения, становится нормой международного обычного права» (Оппегейм. *Международное право*. Под ред. Лаутерпахта, т. I (1-й полутом). — М., 1949, с. 46).

Такое поведение государств называется практикой государств. А та точка зрения, что такое поведение является правильным в правовом отношении или юридически обязательным называется opinio juris.

Г. Й. Х. Ван-Хуф (G. J. H van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (1983) является одним из многих авторов, пишущих о международном праве, которые поддерживают этот двухэлементный подход. Он говорит (p. 93), что такой подход

> «подкрепляет то мнение, что международный обычай ориентируется на практику, требуя, чтобы формулировка содержания нормы на первой стадии осуществлялась через обыкновение (usus): обычное право строится на повторяемости. Без повторения одинакового поведения в сходных ситуациях не может быть никакого обычая, а без обычая не может быть обычного права. Таким образом, это напоминает нам о том, о чем часто забывают, а именно: хотя opinio juris превращает норму в норму международного права, нормой обычного права ее делает обыкновение (usus)». […]

Есть авторы, которые придерживаются того мнения, что только практики государств достаточно, чтобы создать норму обычного международного права, а есть и те, кто считает, что достаточно и одного opinio juris. […]

Я могу согласиться с тем, что, как это может случиться в быстро развивающихся областях технических или научных исследований, например, исследовании космоса, если все соответствующие государства будут едины во мнении, что их поведение должна регулировать конкретная норма, такая норма может быть создана, даже если не существует соответствующей практики или она очень ограничена. В действительности возможности для превращения мнения в практику может и не возникнуть. Вероятно, как Ван-Хуф (op. cit.) предполагает (p. 86), что было бы лучше считать, что возникающее таким образом обычное международное право вытекает не из обычая, а из нового и совершенно другого источника.

Я также готов согласиться с тем, что обычное международное право может таким образом создаваться очень быстро, но прежде, чем оно будет считаться нашим внутригосударственным правом, включенным в законодательство Южной Африки, обычай — созданный и посредством обыкновения (usus), и посредством opinio juris, или только посредством последнего, должен быть, по крайней мере, широко принятым.

Г-н *Доунен* говорит, что благодаря почти универсальной практике государств положения Протокола I стали обычным международным правом, которое, будучи частью правовой системы Южной Африки, обязывает Суд применять его положения. Он доказывает, что практика государств,

которая превратила положения Протокола I в часть обычного международного права, является отношением государств, практически всех государств мира, выраженным в повторяющемся осуждении политики этой страны в Организации Объединенных Наций. По-моему, тут возникают несколько трудностей.

Прежде всего сомнительно, что резолюции, принятые Генеральной Ассамблеей ООН, можно квалифицировать как практику государств. Как говорит Ван-Хуф (op. cit., p. 108), нет единодушия по вопросу о том, что должно считаться практикой государств. [...] *Акехерст* в своем подробном исследовании обычая показывает, что далеко не просто in abstracto сделать вывод о том, можно ли определенный вид действий считать обыкновением или нет. Сам *Акехерст* очень широко понимает обыкновение (usus). Принимается во внимание почти вся деятельность государства. Показательным в этом отношении является его мнение о заявлениях государств in abstracto:

> «Невозможно изучать современное международное право, не принимая во внимание декларативные резолюции и другие заявления, которые государства делают in abstracto в отношении содержания международного права».

Как таковое это заявление, конечно, правильное. Однако из этого не следует, что такие резолюции или декларации могут быть классифицированы как обыкновение (usus), из которого вырастает обычай. Они могут составлять opinio juris, которое, если оно выражено в отношении нормы, достаточно определившейся посредством usus, может создать обычную норму международного права. В некоторой степени *Акехерст* прав, говоря, что

> «[к]огда государства провозглашают что-то обычным правом, то неестественно считать, что такое заявление обозначает что-то другое, нежели обычное право».

Но если предварительного обыкновения (usus) не существует, такое заявление не может породить обычную норму, если, конечно, само заявление не рассматривается одновременно как usus. Однако надо уж слишком расширить понятие usus, чтобы прийти к такому выводу. Как было справедливо замечено, «повторяющиеся заявления самое большее развивают обычай или обычную практику выступлений с такими заявлениями».

Как уже было подтверждено выше, опасно денатурировать характер обычного права, ориентированный на практику, заставляя его включать методы законотворчества, которые совсем не основаны на практике. Это лишает источники международного права определенности и ясности, которыми они должны характеризоваться. Всеобщая декларация прав че-

ловека может служить примером в этом отношении. Утверждалось, что с течением времени ее положения стали нормами обычного международного права. Это мнение часто подкрепляется цитированием абстрактных заявлений государств, поддерживающих Декларацию, или ссылками на Декларацию в последующих резолюциях и договорах. Иногда указывается, что ее положения стали частью национальных конституций. Но что, если государства, делающие подобные заявления или составляющие свои конституции в соответствии с Всеобщей декларацией, в то же самое время обращаются со своими гражданами, вопиющим образом нарушая ее положения, например, не пытаясь бороться с таким явлением, как исчезновения людей, принимающим огромные масштабы, применяя пытки или держа в заключении людей в течение длительного времени, не давая им возможности предстать перед справедливым судом? Даже если абстрактные заявления или формальные положения конституции считаются практикой государств, их следует в любом случае сравнивать с конкретными действиями, как те, о которых говорилось выше.

По мнению автора, правильнее всего будет считать, что только практические и конкретные действия государств имеют значение в качестве usus. Как было сказано, трудно выработать определение in abstracto, но следующее описание, как представляется, может помочь в этом деле:

> «Суть требуемой практики заключается в том, что государства предпринимают некоторые действия или воздерживаются от них на международной арене [...]. Практика государств в качестве материального элемента при формулировке обычая является, надо подчеркнуть, материальной: она состоит из действий государств в отношении конкретного лица, судна, определенной зоны или территории, действий, каждое из которых составляет подтверждение или отрицание заявления, касающегося конкретного яблока раздора».

Я думаю, правильно будет сказать, что практика осуждения Южной Африки является свидетельством только общего отрицательного отношения к ее внутренней политике. В осуждении нет ничего такого, из чего можно вывести содержание нормы обычного международного права. Мне совершенно непонятно, как осуждение Южной Африки или даже приравнивание апартеида к преступлению против человечности приводит нас к выводу, что Протокол I был принят в качестве части обычного международного права теми государствами, которые выступают с осуждением. Я думаю, что поскольку Протокол I открыт для ратификации любым государством, мало что кроме такой ратификации можно рассматривать как принятие его положений.

В частности, нельзя сказать, что резолюции Организации Объединенных Наций являются свидетельством практики государств, если они касают-

ся не того, что голосующее государство обязуется сделать, но того, что оно предписывает другим. Обычное международное право основано на практике, а не на словах.

Действительно, Амато [sic] в работе *Понятие обычного международного права* (*The Concept of Customary International Law*, Cornell University Press, 1971) высказывает ту точку зрения, что даже заявления, сделанные государствами, не могут считаться практикой государств. Государство должно действовать.

> «Что такое «действие» государства? В большинстве случаев оно очевидно. Государство запускает искусственный спутник, испытывает ядерное оружие, принимает послов, налагает таможенные пошлины, выдворяет иностранца, захватывает пиратское судно, устанавливает буровую вышку на континентальном шельфе, останавливает и обыскивает нейтральное судно и аналогичным образом предпринимает тысячи действий через своих граждан и представителей. С другой стороны, заявление не является действием. Повседневная практика международного права — рассмотрение противоречащих друг другу заявлений, сделанных на международном уровне. Но сами заявления, хотя в них может озвучиваться формулировка правовой нормы, не могут представлять собой материальный компонент обычая, поскольку государство ничего не сделало, если оно выступило с заявлением; пока оно не приняло мер принудительного характера, по его заявлению вряд ли можно предсказать, что оно действительно сделает».

Макгиббон в работе *Практика преподавания международного права* (Bin Cheng (ed.) *International Law Teaching Practice*) в главе «Средства выявления норм международного права», подраздел «Резолюции Генеральной Ассамблеи: практика обычая и ошибочное опознание», приходит к выводу, что резолюции Генеральной Ассамблеи не могут ни создавать новые нормы обычного международного права, ни быть свидетельством практики государств […].

Аналогичным образом, по мнению Макгиббона, и это неизбежный логический вывод, не может резолюция Генеральной Ассамблеи представлять собой требуемое opinio juris для становления обычая:

> «Если встает вопрос о существовании opinio juris, тогда нам нужно свидетельство того, что Суд в делах о континентальном шельфе Северного моря обозначил как общее признание того факта, что речь идет о норме права или юридическом обязательстве. Сконцентрировать поиски исключительно на резолюции Генеральной Ассамблеи значит обречь их на бесполезность, потому

> что подобный инструмент рекомендательного по сути своей характера не в состоянии продемонстрировать такой признак. И опять же все дело в ответе на поставленный ранее вопрос: за что голосуют государства, когда они отдают свой голос за принятие резолюции? Как и ранее, ответ может быть только один: они голосуют за то, что ими воспринимается просто как рекомендация. Аксиоматично, что такое голосование не может придать решению значение юридического обязательства, столь важного для выражения opinio juris. […]

(MacGibbon (op. cit. p. 23).)

О том же самом говорит Терлуэй в своей работе *Международное обычное право и кодификация* (*International Customary Law and Codification*, p. 58):

> «Само по себе утверждение in abstracto о существовании юридического права или правовой нормы не является примером практики государств; но на него можно сослаться как на свидетельство признания государством, против которого выдвигается иск, обычной нормы, которая, как утверждается, существует, если предположить, что государство заявляет, что оно не связано этой нормой. Такое утверждение — и это является более важным — может рассматриваться в качестве дополнительного доказательства как практики государств, так и существования opinio juris; но только в качестве дополнительного доказательства, а не как одного элемента, который должен быть принят во внимание при обобщении практики государств, с тем чтобы оценить ее универсальность».

[…] Единственным исключением из этого принципа (которое, в действительности, и не является исключением) будет действие государства по ратификации или присоединению к многостороннему договору, который прямо или косвенно утверждает существование, по крайней мере, для будущего и для государств — участников договора нормы права. Новая норма обычного международного права может возникнуть в результате как заключения в течение какого-то периода времени целого ряда двусторонних договоров различными государствами, которые последовательно принимают одинаковое решение одной и той же проблемы в своих взаимоотношениях, так и универсальной ратификации договора, устанавливающего общие нормы для регулирования будущих отношений государств в определенной области. Практика здесь является конкретной в том смысле, что каждое государство не просто заявляет о желательности или даже о существовании соответствующей нормы права, но посредством определенного и официального решения принимает эту норму для регулирования своих собственных интересов в случае будущих разногласий в той области, на которую распространяется сфера

действия договора. Поэтому вполне возможно, как заявил Международный суд в делах о континентальном шельфе Северного моря, что обычай возникнет в результате общей (но не универсальной) ратификации кодифицирующего договора.

Насколько я понимаю, проблема Протокола I касательно становления практики государств заключается в том, что его условия не стали соблюдаться значительным числом государств. В конце 1977 г., когда договор был открыт для ратификации, существовало лишь небольшое число государств, которые осуществляли колониальное господство или оккупировали другие государства, и было всего две страны, Южная Африка и Израиль, которые, как считалось, относились к третьей категории — расистским режимам. Поэтому ситуация, которую должен был регулировать Протокол I, касалась лишь небольшого числа государств; слишком, по-моему, небольшого числа государств, чтобы могла сформироваться общая практика в вооруженных конфликтах такого рода, которые предусматривались Протоколом. [...]

Г-н Доунен заявил, что положения многосторонних договоров могут стать обычным международным правом при определенных обстоятельствах. Я могу согласиться с этим. В принципе, представляется, что нет причин, которые бы помешали договорным нормам приобрести более широкую сферу применения, нежели только среди участников договора.

Браунли в своей работе *Принципы международного права* (*Principles of International Law*, 3rd ed. p. 13) говорит, что согласен с тем, что государства, не являющиеся участниками договора, могут своими действиями принять положения многосторонней конвенции как представляющие общее международное право. Ван-Хуф (op. cit.) пишет на (p. 109):

> «Большинство авторов согласны с тем, что договоры должны считаться практикой государств, которая может вызвать к жизни обычные нормы международного права. Их мнение поддерживается заявлением Международного суда в «деле о континентальном шельфе Северного моря»: «Нет никакого сомнения в том, что этот процесс является абсолютно возможным и время от времени имеет место. Он действительно представляет собой один из признанных способов формирования новых норм обычного международного права».

Договоры, действительно, могут считаться обыкновением (usus), но в этом отношении следует помнить о нескольких факторах. Прежде всего, соответствующий договор должен быть конкретным или достаточно специфическим, чтобы быть в состоянии определить содержание обычной нормы. Далее, и это еще важнее, любой договор, конечно, является обязательным для государств-участников. Следовательно, вопрос о том,

может ли он вызвать к жизни обычную норму, имеет смысл только в отношении государств, не являющихся его участниками. Для того чтобы обычная норма сформировалась для государств, не являющихся участниками договора, последние должны выразить свое opinio juris по отношению к ней. Однако следует с осторожностью подходить к выводу о том, что они действительно сделали это. […] Аналогичным образом представляется, что в случае, когда многосторонний договор открыт для ратификации для всех государств, opinio juris, представляющее собой «присоединение посредством обычая», должно быть однозначным. Тот факт, что государство не готово ратифицировать договор, не может не иметь определенного значения в такой ситуации.

Я склонен считать, что нератификация договора является серьезным свидетельством того, что он не принимается.

Старк (op. cit., p. 43) замечает:

> «Сам по себе факт, что многосторонний договор насчитывает большое число участников, не означает, что его положения имеют характер международного права, обязательного для государств, не являющихся его сторонами. Вообще говоря, государства, не являющиеся участниками договора, должны своим поведением четко свидетельствовать о намерении принять такие положения в качестве общих норм международного права. Это продемонстрировано в решении Международного суда в 1969 г. в «деле о континентальном шельфе Северного моря», в котором на основании фактов делается вывод, что статья 6 Женевской конвенции 1958 г. о континентальном шельфе, устанавливающая правило равного удаления при разделении общего континентального шельфа, не была впоследствии принята не являющейся участником Конвенции Федеративной Республикой Германией достаточно очевидным образом, что было необходимо».

Предположим на минуту, что Протокол I был с энтузиазмом принят мировым сообществом, и предположим, что с полным основанием, с точки зрения права, можно сказать, что его положения обязательны для Южной Африки, несмотря на ее несогласие, тогда мы получим ситуацию, в которой ни одна сторона, участвующая в том, что было названо «вооруженным конфликтом» в Южной Африке, не приняла Протокол I. Я поясню свою мысль.

Одной из сторон того, что адвокат обвиняемого охарактеризовал как «вооруженный конфликт», является государство Южная Африка. Говорят, что другая сторона — это АНК, представленный своим военным крылом Умхонто Ве Сисве, членом которого, как признается, является обвиняемый.

Адвокат защиты сказал, что АНК присоединился к Протоколу, на что он имел право в соответствии с условиями статьи 96. Однако это предположение вызывает серьезные сомнения. В своей статье, озаглавленной «Право войны в Южной Африке — разгорающийся спор», о которой говорилось выше, *Эндрю Борроудейл* пишет (p. 41):

> «20 октября 1980 г. Оливер Тамбо, Президент Африканского национального конгресса Южной Африки (АНК), вручил Президенту Красного Креста следующее заявление, подписанное им:
>
> «Африканский национальный конгресс Южной Африки объявляет настоящим, что он намерен соблюдать основные принципы международного гуманитарного права, применимого в период вооруженных конфликтов, и руководствоваться ими.
>
> Там, где это практически осуществимо, Африканский национальный конгресс Южной Африки будет стремиться соблюдать нормы четырех Женевских конвенций от 12 августа 1949 г. о защите жертв вооруженных конфликтов и Дополнительного протокола I, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов». […]

Однако *Борроудейл* приходит к выводу, что заявление АНК

> «кажется, не было сделано в контексте статьи 96 (3). Во-первых, представляется, что оно не было направлено или сдано на хранение депозитарию, упоминаемому в статье 96 (3), а именно Швейцарскому Федеральному Совету. Во-вторых, АНК не принял на себя обязательство безусловно применять нормы Женевских конвенций 1949 г. и Дополнительного протокола I от 1977 г., но заявил, что просто будет соблюдать их тогда, когда это практически осуществимо […]».

[…]

Тем не менее, несмотря на отказ каждой стороны в «конфликте» связывать себя положениями Протокола, г-н *Доунен* утверждает, что Протокол является обязательным для обеих сторон. Это заявление может иметь серьезные последствия. Мы имеем здесь две стороны, одна из них не является государством, которые пришли к согласию, по крайней мере, по одному пункту. Ни одна из них, имея на то собственные причины, кажется, не желает защиты для гражданских лиц или комбатантов, которую предоставляет Протокол I. Если бы какому-нибудь международному суду пришлось заслушивать дело о споре между сторонами относительно обязательного характера Протокола I, он бы услышал заявления каждой из сторон о том, что ни одна из них не желает его применения. Я не обнаружил ни одного

прецедента, в котором норма или предполагаемая норма обычного международного права применялась бы в таких обстоятельствах. Да и вряд ли возможен такой прецедент, поскольку обычное международное право зиждется на основе консенсуса. Здесь можно сослаться на работу Оппенгейма *Международное право* (International Law, 8th ed. vol. 1, pp. 15–18) и работу *Ван-Хуфа*, которую я уже цитировал (p. 97). […]

Меня не убедили аргументы, которые я выслушал от имени обвиняемого, что оценка профессора Дугарда, которую он дает в Ежегодном обзоре южно-африканского права (Annual Survey of South African Law, 1983, p. 66), является правильной. Он пишет: «…Все с большей убежденностью делаются заявления о том, что в соответствии с современным международным правом члены СВАПО и АНК являются участниками освободительных движений и имеют право на статус военнопленных по условиям новой обычной нормы, вызванной к жизни Протоколами 1977 г.». Что касается аргументации, которую я услышал, я не разделяю мнения, что Протоколы отражают новую норму обычного международного права и что эта точка зрения пользуется все большей поддержкой. Не было процитировано ни одной работы, в которой бы выражалась такая поддержка. Время от времени приходится слышать, что однажды это может произойти. Я не уверен, что положения, касающиеся сферы применения Протокола I, могут когда-нибудь стать нормой обычного международного права, но у меня нет необходимости решать этот вопрос сегодня.

По причинам, которые я изложил, я пришел к выводу, что положения Протокола I не были приняты в качестве обычного международного права. Поэтому они не являются частью законодательства Южной Африки. […]

В результате предварительный пункт отклонен. Судебный процесс должен продолжаться.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Какими ролями наделяет МГП державу-покровительницу?

   b. Какую цель преследуют уведомления, направляемые державе-покровительнице, о судах над военнопленными или приговорах, вынесенных им? (См. статьи 104 и 107 Конвенции III.)

   c. Если суд удерживающей державы не уведомит державу-покровительницу о суде над военнопленным, каковы могут быть результаты? Может быть, тогда суд не обладает юрисдикцией для суда над ним, как утверждает здесь обвиняемый? А может быть, судебный процесс не должен состояться без такого уведомления? Поэтому вопрос об

уведомлении является вопросом юрисдикционного или процедурного характера? (См. статью 104 Конвенции III и статью 45 Протокола I.)

2. a. Если бы Протокол I был обязательным для Южной Африки, почему Суд тем не менее заявил, что даже в этом случае неприменение его положений могло быть лишь «несоблюдением правил»?

   b. При каких условиях обвиняемый мог бы сослаться на Протокол I, хотя Южная Африка не была в то время государством — участником этого документа? Если бы Протокол I был применим, каковы были бы последствия для обвиняемого? Мог бы состояться суд? Получил бы обвиняемый статус комбатанта? Мог ли суд вынести решение по этому вопросу? Если бы у него был статус комбатанта, можно ли его было наказать за террористические акты? Можно ли его было наказать за убийство солдат Южной Африки? Необходимо ли было, как утверждал Суд, знать, что обвиняемый не нападал на гражданские объекты, для того чтобы он мог получить или сохранить статус комбатанта? (См. статьи 44 и 45 Протокола I.)

   c. Даже если Протокол I обязателен для Южной Африки в качестве обычного права, не должны ли обе стороны в конфликте быть связанными Протоколом I для того, чтобы он был применим? Является ли АНК участником Протокола I? Обязательно ли для него обычное международное право? Если статья 1 (4) Протокола I является обычным правом, должен ли АНК официально заявить о своем намерении соблюдать и применять Женевские конвенции и Протоколы в соответствии со статьей 96 Протокола I? Если статья 1 (4) Протокола I является обычным правом, применяется ли в конфликте между правительством Южной Африки и АНК обычное МГП международных вооруженных конфликтов, даже при том, что ни одна из сторон не желала его применения?

3. a. Для того чтобы сформировалась норма обычного права, должен ли сначала иметь место usus (обыкновение), а затем opinion juris? Не могут ли оба элемента появиться одновременно? Существуют ли определенные материальные источники, которые демонстрируют usus, и другие, которые свидетельствуют об opinion juris? Может быть, все одновременно говорят и о том, и о другом?

   b. Основывается ли обычное право на факте признания его государствами или на их мнении? Имеет ли значение ответ на этот вопрос? Могли бы вы представить себе норму, которая была бы обычной или не зависела от ответа на этот вопрос?

c. Может ли обычное МГП складываться на основе таких действий государства, как дипломатические заявления, обязательства и декларации? Являются ли последние usus? Могут ли только действия свидетельствовать о usus или также и слова? Если декларации также считаются практикой, должны ли они относиться к реальной ситуации или они могут быть абстрактными заявлениями относительно нормы права (например, поддерживающими ее)? Может ли норма стать обычной только на основе абстрактных заявлений? Что если реальное поведение воюющих противоречит этим абстрактным заявлениям?

d. Являются ли резолюции Генеральной Ассамблеи ООН практикой государств? Правильно ли сказать, что повторяющиеся заявления лишь «самое большее развивают обычай или обычную практику выступлений с такими заявлениями»? А как же быть, например, с запретом на пытки? Разве из-за того, что некоторые государства применяют пытки, не существует нормы обычного права, запрещающей применение пыток? И все же как можно объяснить тот факт, что большинство из этих государств отрицают, что они применяют пытки? Не составляют ли такие отрицания конкретного действия, о котором говорит Суд? Согласился бы с этим Д'Амато?

e. Является ли ратификация Протокола I (вместе с практикой других государств) примером практики государств, которая может сделать все его положения обычными? Является ли убедительным свидетельством непринятия договора его нератификация? Указывает ли нератификация договора на непринятие всех норм, содержащихся в нем, или, возможно, только некоторых из них? Таким образом, означает ли нератификация Протокола I, что, в частности, статья 1 (4) автоматически не является обычным правом?

f. После того, как норма включается в многосторонний договор, только ли для государств, не являющихся участниками договора, имеет значение вопрос о том, относится ли она к обычному праву? Только ли их практику следует принимать во внимание, решая вопрос о том, является ли она обычной? Что бы это значило для норм, установленных в договоре, принятом так широко, как Женевские конвенции?

g. Когда Протокол I принимался в 1977 г., категория «расистских режимов», о которых говорится в статье 1 (4), включала лишь очень небольшое число государств, одним из которых была Южная Африка. Не означает ли это, что невозможно установить наличие общепринятой практики, необходимой для того, чтобы отнести эту статью к обычному праву? Если это так, то не потому ли, что эти государства

не хотят быть связаны положениями Протокола? Даже если почти все другие государства считали Протокол I применимым к такой ситуации? Если какая-либо ситуация складывается редко или возникает только в небольшом числе государств, то, может быть, нормы, регулирующие такую ситуацию, вообще никогда не могут стать обычным правом? Связана ли позиция Суда по этому вопросу с его теорией относительно того, что считается usus?

h. Может ли норма МГП стать обычной, даже если Южная Африка возражает против этого? Должна ли норма обычного МГП применяться судами Южной Африки, несмотря на то, что они не принимали этой нормы? Даже если Южная Африка была против этой нормы в качестве договорной нормы Протокола I? Даже если Южная Африка настойчиво возражала против этой нормы?

i. Неужели ни один из принципов, нашедших отражение в Протоколе I, не относится к обычному праву и, таким образом, не является обязательным для Южной Африки? Применялось ли право международных вооруженных конфликтов по обычному праву 1987 г. к национально-освободительным войнам? А по сегодняшнему обычному праву, с учетом того факта, что Южная Африка стала государством — участником Протокола I в 1995 г.? Как бы могла норма, подобная статье 1 (4) Протокола I, стать обычной?

4. Согласны ли вы с тем, что статья 1 (4) Протокола I привнесла политические цели в гуманитарное право? Привнесла ли статья 1 (4) вообще что-либо новое, то есть является ли она новаторским развитием права войны или просто отражением существующего международного права? Порождает ли статья 1 (4) такую ситуацию, когда стороны в вооруженном конфликте не равны перед лицом МГП? Противоречит ли статья 1 (4) тому факту, что jus in bello и jus ad bellum являются отдельными отраслями права? (См. **Прецедент № 61**, США, Президент отвергает Протокол I.)

5. Каково место международного обычного права в системе вашего национального законодательства? В системе национального права Южной Африки? Должно ли обычное право получить всеобщее признание, прежде чем оно сможет или должно будет стать частью вашего национального законодательства?

Прецедент № 141, ЮАР, «Народная организация Азании против Южно-Африканской Республики»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Constitutional Court of South Africa, Case CCT 17/96, July 25, 1996.]

НАРОДНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ АЗАНИИ
(АЗАПО) […]
против

[…] **ПРЕЗИДЕНТА ЮЖНО-АФРИКАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ**
ПРИГОВОР

[…]

1) В течение десятилетий история Южной Африки характеризовалась наличием глубокого конфликта между меньшинством, которое захватило контроль над всеми политическими инструментами государства, и большинством, которое стремилось оказать сопротивление этому господству.

2) […] [в] начале 1990-х гг. […] в результате переговоров была принята временная Конституция, провозгласившая переход к более справедливому и демократическому порядку, основанному на соблюдении основных прав человека. […] Стало понятно, что многие последствия несправедливостей прошлого уже никогда нельзя будет исправить. Представлялось необходимым в жизненно важных областях закрыть книгу этого прошлого.

3) Суть этой философии хорошо отражена в эпилоге Конституции:

Национальное единство и установление истины.

Стремление к национальному единству, благополучию всех граждан Южной Африки и миру требует примирения между людьми Южной Африки и перестройки общества.

Принятие Конституции закладывает прочный фундамент для народа Южной Африки и на этой основе он преодолеет раскол и вражду прошлого, которые привели к серьезным нарушениям прав человека и гуманитарных принципов в ожесточенных конфликтах и к унаследованным чувствам ненависти, страха, вины и жажды мести.

К решению всех этих проблем можно теперь подходить, сознавая, что сейчас нужно понимание, а не отмщение, нужны исправления, но не возмездие, *ubuntu*, а не гонения.

В целях такого примирения и перестройки предоставляется амнистия за действия, упущения и правонарушения, совершенные при решении политических задач и в ходе конфликтов прошлого. Для этого Парламент в соответствии с настоящей Конституцией должен принять закон, определяющий точную дату, которая должна быть установлена в период между 8 октября 1990 г. и 6 декабря 1993 г., и предусматривающий механизмы, критерии и процедуры, включая судебные процессы, если таковые потребуются, посредством которых такая амнистия будет осуществляться в любое время после того, как закон будет принят. […]»

[…] В 1995 г. Парламент принял то, что обычно называется Актом об установлении истины и примирении. […] (Акт).

4) […] Комиссия по установлению истины и примирению […] должна способствовать «предоставлению амнистии лицам, которые дали полную информацию обо всех соответствующих фактах, касающихся действий, связанных с политическими целями…» […].

5) Учреждаются три комитета для того, чтобы выполнить задачи, поставленные перед Комиссией. […] Комитет по амнистии получил четко разработанные полномочия для рассмотрения заявлений об амнистии. Комитет обладает полномочиями для предоставления амнистии за любые деяния, упущения или преступления, о которых соответствующий заявитель рассказывает, при условии, что он дал полную информацию обо всех фактах, а также при условии, что соответствующее деяние, упущение или преступление связано с достижением политической цели и совершено в ходе конфликтов прошлого […].

6) […] Раздел 20 (7) (конституционность которого оспаривается в настоящем судопроизводстве) предусматривает следующее:

   a) «Ни одно лицо, которому была предоставлена амнистия за деяние, упущение или преступление, не будет нести уголовную или гражданскую ответственность за такое деяние, упущение или преступление, и никакой орган или организация государства не будет нести ответственность и ни одно лицо не будет нести субститутивную ответственность за такое деяние, упущение или преступление». […]

[…]

8) В настоящем суде заявители пытаются оспорить конституционность раздела 20 (7) на том основании, что его последствия не разрешены Конституцией. Они утверждают, что различные представители государства, действуя в тот период, когда они занимали определенные посты, незаконным образом убивали и калечили активистов в ходе их борьбы с расистским режимом при прежнем правительстве и что у заявителей есть полное право настаивать на том, чтобы совершение таких деяний стало предметом судебного преследования и надлежащего наказания. […]

[…]

16) Я очень хорошо понимаю, почему заявители хотят, чтобы эти преступники, которые злоупотребляли своей властью и незаконно убивали, калечили или пытали членов их семей, которых они так любят и которые, по их мнению, участвовали в благородном деле борьбы с бесчеловечностью апартеида, предстали перед судом и понесли действительное наказание за свое жестокое и бесчеловечное поведение в нарушение уголовного права. […]

17) Многие из тех постыдных событий, о которых можно догадываться, все еще окутаны завесой тайны, и их трудно объективно оценить и предъявить доказательства их истинности. […] Секретность и авторитаризм спрятали истину в темных щелях нашей истории. Записи не всегда легко получить, свидетели часто неизвестны, умерли, их трудно найти или они не хотят давать показания. Все, что остается, это часто верность израненной памяти близких, у которых есть подозрения, глубокие и травмирующие оставшихся в живых. Но подозрения не предъявишь в качестве объективных и убедительных доказательств, которые могли бы выдержать суровые требования закона. Цель Акта заключается в том, чтобы постараться найти решение этой огромной проблемы, поощряя тех, кто выжил, и членов тех семей, где есть жертвы пыток, раненые, искалеченные и погибшие, открыто излить свое горе, получить со стороны новой нации коллективное признание того факта, что с ними поступили противоправно, и главное — помочь им узнать, что действительно случилось с их близкими, где и при каких обстоятельствах это случилось и кто за это несет ответственность. Правда, которую жертвы репрессий так сильно хотят узнать, выяснится с гораздо большей вероятностью, если поощрить тех, кто несет ответственность за такие чудовищные преступления, рассказать все доподлинно, пообещав им, что они не будут наказаны, как они того, несомненно, заслуживают. […]

18) Альтернативой иммунитету от уголовного преследования преступников является неприкосновенность абстрактного права на судебное преследование конкретных лиц без свидетельских показаний, кото-

рые могли бы позволить успешно осуществить такое преследование, продолжающееся неведение родственников жертв относительно того, что действительно случилось с их близкими, невозможность узнать истину, неумирающее чувство обиды и горя. Соответственно, преступники, совершившие такие деяния, хотя и остаются физически свободными, но они не в состоянии стать активными полноправными и творческими членами нового общества из-за смешанного чувства страха, вины, неопределенности и иногда даже смятения. [...]

[...]

22) Южная Африка — не единственная страна, которая оказалась в исторической ситуации, требующей предоставления амнистии в отношении преступных деяний для того, чтобы содействовать переходу к новому демократическому порядку и консолидации общества. Чили, Аргентина и Сальвадор находятся среди тех стран, которые в наше время столкнулись с подобной необходимостью. Механизмы, разработанные для содействия процессу были разными в разных странах и в разное время, однако принцип, согласно которому амнистию в соответствующих обстоятельствах следует предоставить тем, кто нарушал права человека — и тем самым способствовать консолидации новых демократий, был принят во всех этих странах, и комиссии по установлению истины были учреждены и там.

23) Аргентинская комиссия по установлению истины была учреждена декретом 187 Президента от 15 декабря 1983 г. Она представила правительству собранные в процессе расследований имена более тысячи лиц, обвиняемых в преступлениях. Чилийская комиссия по установлению истины и примирению была учреждена 25 апреля 1990 г. Она известна под названием Комиссия Реттига, по имени ее председателя Рауля Реттига. Опубликованный в 1991 г. Доклад Комиссии состоял из 850 страниц. В соответствии с мандатом Комиссии на этих страницах прояснялась «правда о наиболее серьезных нарушениях прав человека... с тем чтобы сделать возможным примирение всех чилийцев». Комиссия по установлению истины в Сальвадоре была создана с подобными целями в 1992 г. для того, чтобы расследовать «серьезные случаи насильственных действий, которые имели место с 1980 г. и воздействие которых на общество требовало, чтобы истина была незамедлительно открыта для всех». Зачастую во многих странах за этим последовала амнистия.

24) Опыт этих и других стран, в которых закончился период авторитарного и противоправного правления, свидетельствует о том, что нет одной и единообразной международной практики в отношении амнистии. Решения государств, переживающих переходный период,

принимаемые с тем, чтобы содействовать этому переходу, сильно отличаются от действий государства, которое пытается скрыть собственные преступления, предоставляя себе иммунитет. В первом случае вопрос не стоит так, что представители правительства, несущие ответственность за нарушения, освобождают себя от наказания; скорее это конституционное соглашение, которое заключается между всеми сторонами, когда бывшие жертвы представлены там должным образом, и само соглашение является частью процесса развития конституционной демократии и предотвращения правонарушений в будущем.

25) Г-н Соггот утверждал от имени заявителя, что государство в соответствии с международным правом обязано преследовать в судебном порядке лиц, несущих ответственность за грубые нарушения прав человека, и что положения раздела 20 (7), которые разрешили амнистию для таких преступников, являются нарушением международного права. В связи с этим ссылка была сделана на положение статьи 49 Женевской конвенции I об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, статьи 50 Второй Женевской конвенции об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, статьи 129 Третьей Женевской конвенции об обращении с военнопленными и статьи 146 Четвертой Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны. Формулировка всех этих статей совершенно одинакова и предусматривает следующее: «Высокие Договаривающиеся Стороны берут на себя обязательство ввести в действие законодательство, необходимое для обеспечения эффективных уголовных наказаний для лиц, совершивших или приказавших совершить те или иные серьезные нарушения...» «Серьезные нарушения определяются в документах как включающие, среди прочего, умышленное убийство, пытки или бесчеловечное обращение и намеренное причинение сильных страданий или серьезных ранений и вреда здоровью». Добавляется, что каждая Высокая Договаривающаяся Сторона будет обязана разыскивать лиц, которые, как утверждается, совершили такие серьезные нарушения, и судить таких лиц, независимо от их гражданства, в своих судах.

26) Вопрос, по которому настоящий Суд должен вынести определение, заключается в том, соответствует ли Конституции раздел 20 (7) Акта. Если соответствует, тогда вопрос о том, предписывает ли международное право другую обязанность, не имеет значения для нашего определения. Международное право и содержание международных договоров, участником которых может быть, а может не быть Южная Африка в какое-то определенное время, по моему мнению, имеет значение только при толковании самой Конституции, на том основании, что законодатели, авторы Конституции, вряд ли бы допустили

принятие закона, который может составлять нарушение обязательств государства по международному праву. Международные конвенции и договоры не становятся частью нашего национального права, которое может быть принудительно осуществлено в судебном порядке в отношении отдельных лиц, если и до тех пор, пока они не включены в национальное законодательство законодательным актом.[…]

27) […] Раздел 35 (1) Конституции также абсолютно соответствует этим выводам. Он гласит: «При толковании положений настоящей Главы суд должен способствовать утверждению ценностей, которые лежат в основе открытого и демократического общества, фундамент которого составляют свобода и равенство, и должен, если это возможно, учитывать положения публичного международного права, применимого к защите прав, закрепленных в настоящей Конституции, и может учитывать соответствующее иностранное прецедентное право».

Суду дается указание лишь «учитывать» положения публичного международного права, если оно применимо к защите прав, закрепляемых в главе. […]

28) Точные формулировки соответствующих норм публичного международного права, содержащиеся в Женевских конвенциях, на которые были сделаны ссылки от имени заявителей, будут, таким образом, не актуальны, если при должном толковании Конституции раздел 20 (7) Акта действительно соответствует Конституции, но содержание этих Конвенций в любом случае не помогает в деле заявителей.

29) Во-первых, вызывает сомнение тот факт, что Женевские конвенции 1949 г. вместе с соответствующими Протоколами к ним вообще применимы к ситуации, в которой эта страна оказалась в годы конфликта, о котором я уже говорил.

30) Во-вторых, какова бы ни была сфера применения и техническое значение этих Конвенций и Протоколов, в любом случае, в работах авторов различных стран четко проводится различие между положением лиц, совершивших насильственные действия в ходе войны (или других конфликтов между государствами или вооруженных конфликтов между освободительными движениями, ведущими борьбу за самоопределение против колониального и иностранного господства в своих странах), с одной стороны, и их положением в отношении насильственных действий, совершенных во время других конфликтов, которые имеют место в пределах территории суверенного государства и возникают в результате борьбы между вооруженными силами этого государства и другими, антиправительственными вооруженными силами, действующими под ответственным командованием на

территории такого государства, с другой стороны. В отношении последней категории не существует обязательства со стороны договаривающегося государства обеспечить судебное преследование тех лиц, которые могли совершить насильственные действия или другие действия, которые в нормальных условиях характеризовались бы как серьезные посягательства на права человека. Напротив, статья 6 (5) Протокола II к Женевским конвенциям 1949 г. предусматривает:

> «По прекращении военных действий органы, находящиеся у власти, стремятся предоставить как можно более широкую амнистию лицам, участвовавшим в вооруженном конфликте, и лицам, лишенным свободы по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, независимо от того, были ли они интернированы или задержаны».

31) Необходимость такого различия очевидна. Одно дело разрешить офицерам державы противника, которая вторглась в иностранное государство, остаться безнаказанными за серьезные нарушения прав человека, совершенные в ходе этого конфликта, и другое дело — добиваться надлежащего наказания в обстоятельствах, когда такие нарушения в основном имели место в результате конфликта между различными формированиями в рамках одного государства, возникшего в связи с государственными структурами и параметрами политики государства, и когда общество, травмированное этим конфликтом, должно восстановиться после его завершения. Те, кто прежде был противником в конфликте, живут в одном суверенном государстве. Они вынуждены жить друг с другом и работать бок о бок, и соответствующее государство лучше кого-либо может определить, какие меры могут наиболее эффективно способствовать их примирению и восстановлению. […]

[…]

Вывод

50) В результате я с удовлетворением отмечаю, что эпилог Конституции разрешает и предполагает «амнистию» в ее самом широком и великодушном значении, с тем чтобы улучшить и оптимизировать перспективы для конституционного путешествия из позора прошлого к надеждам будущего. Поэтому Парламент имел право принять Акт таким, каким он его принял. Это потребовало принятия еще других решений, кроме тех, о которых я говорил. […]

Они могли принять решение провести различие между противоправными действиями, совершенными в защиту прежнего режима, и действиями, совершенными при сопротивлении ему, или они могли

выбрать общую форму амнистии, в которой не проводилось бы такого различия. И снова — они имели право сделать этот последний выбор. [...]

Предписание

51) В результате заявления о неконституционности раздела 20 (7) Акта 34 о содействии национальному единству и примирению 1995 г. должны быть отвергнуты. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Каково ваше мнение об этом сложном выборе между миром и справедливостью, между примирением и судебным преследованием преступников, между (практической) возможностью для жертв узнать истину и их (теоретическим) правом увидеть своих мучителей наказанными? В каком смысле решение Южной Африки является компромиссом между двумя позициями?

2. a. Действительно ли статья 6 (5) Протокола II направлена против нарушений права немеждународных вооруженных конфликтов или, может быть, она, по крайней мере, касается и этих случаев? Почему Протокол II говорит о преследованиях в судебном порядке за нарушение его положений только с точки зрения амнистии, не предписывая наказания? (См. также **Прецедент № 207**, Колумбия, Конституционность Протокола II, ч. 41—43.)

   b. Исключает ли обязательство преследовать в судебном порядке лиц, совершивших серьезные нарушения, упоминаемые в цитируемых положениях (касательно международных вооруженных конфликтов) Женевских конвенций, амнистию или помилование за подобные деяния? Имеют ли значение для ответа на этот вопрос статьи 51/52/131/148 четырех Женевских конвенций соответственно? Если предположить, что МГП не запрещает предоставление амнистии, в том числе для лиц, которые совершили серьезные нарушения, какие критерии можно предложить, чтобы обозначить пределы допустимой амнистии?

   c. Считаете ли вы убедительным объяснение Суда, почему безнаказанность за нарушения МГП более необходима и приемлема в случае немеждународных вооруженных конфликтов, чем в случае международных? Труднее ли сделать выбор между миром и справедливостью,

между примирением и наказанием в рамках государства, чем между государствами? Касается ли обязательство наказать нарушителей в международном вооруженном конфликте только «офицеров державы противника»?

d. Будет ли проведение различия при предоставлении амнистии между нарушениями МГП, «совершенными в защиту прежнего режима, и действиями, совершенными при сопротивлении ему», приемлемым с точки зрения МГП? Нарушает ли МГП проведение такого различия? По крайней мере, в международных вооруженных конфликтах? Каких принципов МГП это касается?

3. Обязана ли Южная Африка соблюдать МГП или только «учитывать его положения»? Признал ли бы Суд недействительным Акт, если бы он пришел к выводу, что Акт нарушает МГП?

4. Как в решении квалифицируется ситуация, имевшая место в Южной Африке перед окончанием режима апартеида? Ссылается ли Суд на статью 1 (4) Протокола I? Применимо ли это положение? Каким важным элементом определение национально-освободительной войны, данное Судом, отличается от определения, содержащегося в статье 1 (4) Протокола I? Объяснима ли эта разница в рамках философии Конституции Южной Африки и аргументации Суда? Что остается от статьи 1 (4), если южно-африканский Суд считает, что ситуация в Южной Африке при режиме апартеида не регулировалась ее положениями? Поддерживает ли такой результат критику США в отношении статьи 1 (4) или, напротив, смягчает ее? (См. **Прецедент № 61**, США, Президент отвергает Протокол I.)

XXII. Первая война в Персидском заливе (Иран/Ирак)

Прецедент № 142, МККК, Меморандум относительно Ирана и Ирака

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Меморандум от 7 мая 1983 г.

[**Источник**: Memorandum from the International Committee of the Red Cross to the State Parties to the Geneva Conventions of August 12, 1949 concerning the conflict between Islamic Republic of Iran and Republic of Iraq; Geneva, May 7, 1983.]

ОБРАЩЕНИЕ

С самого начала конфликта между Исламской Республикой Иран и Республикой Ирак верховные власти обоих этих государств — участников Женевских конвенций неоднократно подтверждали намерение выполнять свои международные обязательства, вытекающие из данных договоров.

Несмотря на эти заверения, Международный Комитет Красного Креста, чьи делегации в Исламской Республике Иран и в Республике Ирак функционируют с самого начала военных действий в 1980 г., столкнулся с разного рода препятствиями при осуществлении своего мандата, врученного ему в соответствии с Женевскими конвенциями, несмотря на его неоднократные представления и значительные ресурсы, которые он имеет на местах.

Перед лицом серьезных и повторяющихся нарушений международного гуманитарного права, свидетелем которых он стал или о которых он точно знает из надежных и поддающихся проверке источников, и придя к выводу, что невозможно убедить стороны положить конец таким нарушениям, МККК считает своим долгом открыто заявить об этих нарушениях в настоящем Обращении к государствам и прилагаемом к нему Меморандуме.

МККК хочет подчеркнуть, что в соответствии со своей неизменной и хорошо известной всем политикой он предпринимает такие публичные

шаги только в совершенно исключительных обстоятельствах, когда нарушения являются очень серьезными и повторяются неоднократно, когда его конфиденциальные представления не привели к прекращению таких нарушений, когда его делегаты были очевидцами таких нарушений (или когда о нарушениях и их масштабах стало достоверно известно из надежных и поддающихся проверке источников) и, наконец, когда подобный шаг обусловлен интересами жертв, которым необходимо в срочном порядке предоставить защиту в соответствии с Конвенциями.

МККК выступает с этим официальным Обращением ко всем государствам — участникам Женевских конвенций, чтобы попросить их в соответствии с их обязательством «заставлять соблюдать» Конвенции, которое они взяли на себя в статье 1 Конвенций, приложить все возможные усилия к тому, чтобы:

— соблюдалось международное гуманитарное право и прекратились эти нарушения, которые имеют пагубные последствия для жизни, состояния физического и психического здоровья и обращения с десятками тысяч военнопленных и гражданских лиц, пострадавших от конфликта;

— МККК мог в полном объеме выполнять порученные ему государствами гуманитарные задачи по предоставлению защиты и помощи;

— использовались все средства, предусмотренные в Конвенциях для обеспечения их соблюдения, особенно назначение держав-покровительниц для представления интересов воюющих государств на территории противника.

МККК очень надеется, что его голос будет услышан и что огромное значение его миссии и соблюдения норм международного гуманитарного права станет очевидным для всех и будет общепризнанным в интересах гуманности и в качестве первого шага к восстановлению мира.

МЕМОРАНДУМ

ПОЛОЖЕНИЕ ВОЕННОПЛЕННЫХ, УДЕРЖИВАЕМЫХ ИСЛАМСКОЙ РЕСПУБЛИКОЙ ИРАН

По информации иранских властей они в настоящее время удерживают от 45 до 50 тысяч военнопленных. Третья Женевская конвенция предоставляет этим пленным правовой статус, дающий им конкретные права и гарантии.

Регистрация и карточки о взятии в плен

Одно из важнейших положений Конвенций требует, чтобы каждому военнопленному была предоставлена возможность сразу же после взятия в плен или, по крайней мере, через неделю после прибытия в лагерь отправить своей семье и Центральному агентству по делам военнопленных почтовую карточку, извещающую их о его плене и состоянии здоровья.

Сначала эта процедура проходила нормально. Однако тот факт, что иранские власти постоянно препятствовали работе делегатов МККК, привел к постепенному прекращению их деятельности с мая 1982 г.

В настоящее время МККК зарегистрировал только 30 тысяч военнопленных, и это означает, что от 15 до 20 тысяч семей страдают от неизвестности, а именно этого следует избежать в соответствии с императивными положениями Конвенций.

Переписка между военнопленными и их семьями

Значительные задержки в отправлении почты усугубляют беспокойство семей и страдание пленных, хотя каждый аспект этой процедуры подробно регулируется Конвенцией.

Хотя тысячи писем каждый месяц иракские семьи направляют через МККК и, следовательно, они поступают иранским военным властям для цензуры и распределения, большое число военнопленных жалуются, что не получали писем в течение многих месяцев. МККК больше не может осуществлять контроль за распределением и сбором семейных посланий.

Посещения лагерей для военнопленных делегатами МККК

Третья Женевская конвенция предусматривает, что делегатам МККК должно быть разрешено посещать все места, где содержатся военнопленные, без каких-либо ограничений относительно времени проведения посещений и их частоты, и беседовать с пленными без свидетелей. В Исламской Республике Иран это важное положение нарушается.

МККК не может больше следить за судьбой интернированных лиц с мая 1982 г.: МККК мог регулярно посещать только 7 тысяч военнопленных.

После этого времени было открыто много мест содержания под стражей, но МККК никогда не имел туда доступа, его даже не уведомляли об их существовании.

Поэтому МККК больше не может следить за материальными условиями содержания иракских военнопленных, удерживаемых в Иране, и контролировать обращение с ними.

Хотя в конце 1982 г. осуществлено одно сокращенное посещение, во время которого делегатам не разрешили беседовать с пленными без свидетелей, а в конце марта 1983 г. были еще два однократных посещения, последнее полное посещение лагеря для военнопленных, соответствующее нормам договора, происходило лишь в мае 1982 г.

Тот факт, что у МККК не было доступа к подавляющему большинству военнопленных более чем в течение года, и систематическое сокрытие некоторых категорий военнопленных — старших офицеров, иностранцев, служащих в Иракской армии, — вызывает серьезную озабоченность МККК относительно судьбы этих военнопленных.

Обращение с военнопленными

Вообще говоря, иракские военнопленные с момента взятия в плен подвергаются различными формам идеологического и политического давления — запугиванию, унижению их достоинства, принуждению к участию в массовых демонстрациях, открыто осуждающих иракское правительство и власти, — что является серьезным посягательством на их психическую неприкосновенность и их достоинство. Такое обращение, которое противоречит духу и букве Конвенции, сильно ухудшилось с сентября 1981 г.

И последнее, что тем не менее является очень важным, — подтверждающие друг друга сведения, поступающие из различных источников и от различных свидетелей, подтверждают уверенность МККК в том, что в некоторых лагерях происходят трагические события, приводящие к смерти или увечьям военнопленных.

Тяжело раненные и больные военнопленные

Третья Женевская конвенция устанавливает, что «стороны, находящиеся в конфликте, будут обязаны […] отправлять на родину тяжело больных и тяжело раненных военнопленных, вне зависимости от их звания и количества, после того, как они будут приведены в состояние, допускающее их перевозку…» (статья 109). Хотя были проведены три операции по репатриации — 16 июня, 25 августа 1981 г. и 30 апреля 1983 г., — и несмотря на учреждение смешанных медицинских комиссий, большинство тяжело раненных и больных военнопленных не были репатриированы, как того требует Конвенция.

ПОЛОЖЕНИЕ ИРАНСКИХ ВОЕННОПЛЕННЫХ И ИРАНСКИХ ГРАЖДАНСКИХ ЛИЦ, НАХОДЯЩИХСЯ ВО ВЛАСТИ РЕСПУБЛИКИ ИРАК

1. Военнопленные

К настоящему времени МККК зарегистрировал и осуществил регулярные посещения приблизительно 6800 пленных.

Регистрация и карточки-извещения о взятии в плен

Как правило, эти военнопленные зарегистрированы МККК в тех временных рамках, которые предусматриваются Конвенцией.

Переписка между военнопленными и их семьями

После некоторых первоначальных трудностей обмен письмами между военнопленными и их семьями был удовлетворительным в течение нескольких последних месяцев.

Посещения лагерей для военнопленных делегатами МККК

Каждый месяц, начиная с октября 1980 г., делегаты МККК посещали военнопленных на условиях, предусматриваемых статьей 126 Третьей Женевской конвенции, которая, среди прочего, устанавливает, что делегаты должны иметь возможность свободно беседовать с пленными по своему выбору, без свидетелей.

Однако в ходе своей деятельности в Республике Ирак МККК понял, что иракские власти никогда не соблюдали Третью Женевскую конвенцию в полном объеме.

МККК достоверно установил, что многие иранские военнопленные были сокрыты от него с самого начала конфликта. МККК составил списки, содержащие несколько сот имен иранских военнопленных, находящихся в местах содержания под стражей, к которым у МККК никогда не было доступа. Хотя несколько десятков таких пленных были возвращены в лагеря и зарегистрированы МККК, приемлемого решения проблемы скрываемых военнопленных не было найдено.

Обращение с военнопленными

В лагерях для военнопленных МККК отметил некоторые заметные улучшения в плане материальных условий содержания. С другой стороны,

часто имели место случаи дурного обращения и по крайней мере в трех случаях беспорядки были жестоко подавлены, что привело к смерти двух военнопленных и ранениям многих других.

Тяжело раненные и больные военнопленные

Третья Женевская конвенция устанавливает, что «стороны, находящиеся в конфликте, будут обязаны, в соответствии с первым абзацем следующей статьи, отправлять на родину тяжело больных и тяжело раненных военнопленных, вне зависимости от их звания и количества, после того, как они будут приведены в состояние, допускающее их перевозку» (статья 109). Хотя были проведены четыре операции по репатриации — 16 июня, 25 августа и 15 декабря 1981 г. и 1 мая 1983 г. — и несмотря на учреждение смешанных медицинских комиссий, большинство тяжело раненных и больных военнопленных не были репатриированы, как того требует Конвенция.

2. Иранские гражданские лица

Десятки тысяч иранских гражданских лиц из Хузистана и пограничных районов Курдистана (на иранской территории), проживающих в местах, находящихся под контролем иракской армии, были депортированы в Республику Ирак, что составляет серьезное нарушение Четвертой Женевской конвенции.

У МККК был лишь ограниченный доступ к некоторым из этих людей.

В лагерях для военнопленных МККК зарегистрировал более тысячи гражданских лиц, включая женщин и стариков, арестованных на оккупированных территориях иракской армией, депортированных в Республику Ирак и неправомерно лишенных свободы с начала конфликта.

СЕРЬЕЗНЫЕ НАРУШЕНИЯ, СОВЕРШЕННЫЕ ОБЕИМИ СТОРОНАМИ В КОНФЛИКТЕ

Как в Иране, так и в Ираке захваченных в плен солдат казнили в порядке суммарного судопроизводства. Иногда эти казни совершались отдельными лицами в отношении нескольких солдат, попавших в руки противника; иногда это были систематические действия в отношении целых подразделений противника в исполнение приказа никому не давать пощады.

Раненых солдат противника убивали или просто оставляли на поле боя. В связи с этим МККК должен указать на то, что число раненых противников, к которым у него был доступ и которых он зарегистрировал в госпи-

талях на территории обоих воюющих, несоразмерно числу зарегистрированных здоровых пленных в лагерях и не соответствует даже наиболее заниженным оценкам потерь, понесенных обеими сторонами.

Иракские силы систематически осуществляли неизбирательные бомбардировки городов и деревень, что приводило к потерям среди гражданских лиц и масштабному уничтожению гражданского имущества. Такие действия недопустимы, тем более, что некоторые из них объявлялись репрессалиями до того, как они осуществлялись.

Иракские города также становились объектом неизбирательных обстрелов со стороны иранских вооруженных сил.

Подобные действия свидетельствуют о полном пренебрежении самой сутью международного гуманитарного права, применимого в вооруженных конфликтах, которое основано на проведении различия между гражданскими лицами и лицами из состава вооруженных сил.

Женева, 7 мая, 1983 г.

B. Меморандум от 10 февраля 1984 г.

[**Источник**: Second Memorandum from the International Committee of the Red Cross to the States Parties to the Geneva Conventions of August 12, 1949 concerning the conflict between Islamic Republic of Iran and Republic of Iraq, Geneva, February 10, 1984.]

Международный Комитет Красного Креста был вынужден обратиться 7 мая 1983 г. ко всем государствам — участникам Женевских конвенций. Ссылаясь на торжественное обязательство этих государств соблюдать и обеспечивать соблюдение Конвенций во всякое время, МККК просит их принять все возможные меры к тому, чтобы обеспечить строгое применение положений международного гуманитарного права двумя воюющими государствами, то есть Исламской Республикой Иран, с одной стороны, и Республикой Ирак — с другой, и дать возможность МККК эффективно выполнять его гуманитарные задачи по оказанию помощи большому числу жертв конфликта среди гражданских лиц и военнослужащих.

Через девять месяцев после своего первого Обращения МККК отмечает, что результаты, на которые он надеялся, были достигнуты лишь в очень небольшой степени, и он считает, что государства — участники Конвенций должны быть проинформированы о несоблюдении принципов гуманитарного права в Исламской Республике Иран и в Республике Ирак.

МККК хочет подчеркнуть, что его два Меморандума касаются серьезных нарушений международного гуманитарного права, о которых известно,

что они имели место и которые ставят под угрозу жизнь и свободу десятков тысяч лиц, пострадавших от конфликта, и которые попирают сам дух и принципы этого права. Такие нарушения, если их не пресечь, могут со временем дискредитировать эти нормы права и универсальные принципы, которые государства — участники Конвенций установили для того, чтобы предоставить людям более эффективную защиту от пагубного воздействия войны.

Из своего опыта МККК знает, что большое число нарушений международного гуманитарного права всегда неизбежно ставило непреодолимые препятствия на пути мирных переговоров, даже когда все воюющие стороны хотели положить конец конфликту. Например, недавние конфликты тянулись и тянулись без необходимости долго, потому что не было достигнуто соглашения, касающегося военнопленных. Поэтому МККК призывает государства, которые стремятся к восстановлению мира в регионе, очень внимательно рассмотреть проблемы, которые неизбежно возникнут из-за нарушений Женевских конвенций воюющими.

В частности, МККК попросил бы государства, у которых есть отношения с обеими сторонами в конфликте, поднять вопросы, связанные с соблюдением гуманитарного права, которые им представлены в данном меморандуме. Кроме того, МККК обращается к государствам с убедительной просьбой оказать активную поддержку усилиям МККК по оказанию помощи жертвам конфликта, что строго соответствует условиям гуманитарного мандата, врученного МККК посредством Женевских конвенций. Наконец, МККК надеется, что будут проведены переговоры относительно назначения держав-покровительниц, готовых взять на себя обязанности, возлагаемые на такие государства в силу положений Женевских конвенций. Естественно, что МККК хотел бы тесно сотрудничать с державами-покровительницами.

МККК убежден, что государства — участники Конвенций понимают истинную значимость предлагаемых мер, и что их желание и намерение заключаются в том, чтобы воплотить в реальные действия то обязательство, которое они взяли на себя, принимая статью 1, общую, четырех Женевских конвенций от 12 августа 1949 г.

ИСЛАМСКАЯ РЕСПУБЛИКА ИРАН

A. Иракские военнопленные, интернированные в Исламской Республике Иран

1. Деятельность Международного Комитета Красного Креста в интересах иракских пленных была снова приостановлена 27 июля 1983 г.

МККК считает, что в целом почти в течение двух лет он не мог выполнять свой мандат, как тот сформулирован в Третьей Женевской конвенции, касающейся обращения с военнопленными.

В настоящее время около 50 тысяч пленных лишены международной защиты, на которую они имеют право в силу своего статуса.

В связи с этим МККК более не может выполнять следующие задачи:

— установить точное число военнопленных и то, как они распределены между различными местами интернирования;

— получать информацию о личности и состоянии здоровья каждого военнопленного, чтобы уведомить его семью и иракское правительство;

— контролировать материальные и психологические условия интернирования и применение дисциплинарных мер в ходе регулярных посещений лагерей и бесед с пленными без свидетелей;

— составлять списки военнопленных, которые должны быть незамедлительно репатриированы из-за тяжелых ранений или болезни;

— осуществлять эффективный контроль за потоком посланий Красного Креста, которыми военнопленные обмениваются со своими семьями.

Все эти задачи по осуществлению контроля четко предусмотрены Конвенциями и служат обязательными условиями предоставления эффективной защиты пленным делегатами МККК.

2. Многочисленные факты и другие свидетельства при их совокупном рассмотрении вызывают серьезную озабоченность МККК относительно участи пленных и истинных причин, в силу которых власти не разрешают МККК осуществлять его деятельность. МККК отмечает следующие конкретные факты:

— МККК постоянно отказывали в доступе к определенным категориям пленных, например к старшим офицерам;

— суровые приговоры были вынесены в отношении целого ряда пленных; несмотря на неоднократные требования, МККК не получил уведомления или объяснения, которые должны были быть ему даны в соответствии с положениями права;

— в некоторых лагерях имели место серьезные инциденты; более того, среди свидетельств о смерти, выданных иранскими властями и касающихся лиц из состава вооруженных сил противника, «павших в бою», МККК получил целый ряд таких документов, которые были отправлены с большой задержкой и без каких-либо комментариев относительно лиц, о которых было известно, что они были интернированы в Исламской Республике Иран в течение многих лет с тех пор, как они были зарегистрированы МККК, делегаты которого посетили их несколько раз;

— идеологическое и политическое давление, запугивание, систематическое «перевоспитание» и посягательства на честь и достоинство пленных остаются постоянными чертами, характеризующими жизнь в лагерях, и даже, как представляется, усиливаются в результате деятельности определенных лиц, которые не имеют никакого отношения к администрации лагерей; представители «департамента политического и идеологического образования», члены иракских оппозиционных групп, которые бежали в Исламскую Республику Иран, и официальная пресса — все они стремятся настроить пленных против их правительства. Неоднократно МККК передавал верховным властям Исламской Республики Иран подробные и четко обоснованные требования положить конец таким действиям, которые государства согласились запретить при составлении Третьей Женевской конвенции. МККК обусловил возобновление своей деятельности прекращением подобных действий, поскольку выполнение его мандата несовместимо с попытками политической и идеологической обработки военнопленных. До сегодняшнего дня МККК не получил удовлетворительного ответа на письменные и устные представления, которые он сделал по этому вопросу правительству Исламской Республики Иран.

B. Беженцы из числа иракских гражданских лиц в Исламской Республике Иран

Не увенчались успехом попытки МККК предоставить помощь этим группам населения, состоящим в основном из иракских курдов, которые покинули места своего проживания и находятся сейчас в лагерях в Исламской Республике Иран. МККК располагает информацией о том, что эти группы населения остро нуждаются в продовольствии и лекарствах. В силу своего статуса беженцев из государства противника эти люди подпадают под действие Четвертой Женевской конвенции, касающейся защиты гражданских лиц во время войны. Поэтому им должно быть разрешено получать помощь, которую может предоставить такая организация, как МККК.

РЕСПУБЛИКА ИРАК

A. Иранские военнопленные, удерживаемые в Республике Ирак

1. Начиная с октября 1980 г. буквально каждый месяц делегаты МККК посещали иранских военнопленных; сейчас их 7300 человек и они содержатся в шести лагерях. Посещения осуществляются в соответствии с условиями, изложенными в статье 126 Третьей Женевской конвенции, и основным из них является то, что делегаты должны иметь возможность свободно беседовать с военнопленными по своему выбору без свидетелей.

   Как правило, военнопленные регистрируются МККК в разумные сроки после их захвата в плен.

   Система обмена посланиями Красного Креста между пленными и их семьями в целом функционирует хорошо, хотя бывают и довольно долгие задержки, возникающие в результате иракской процедуры цензуры.

2. В самих лагерях МККК отмечает целый ряд значительных улучшений в отношении материальных условий интернирования. Более того, власти приняли меры к тому, чтобы положить конец произвольным проявлениям жестокости, к которым МККК ранее неоднократно привлекал их внимание. Также с осени 1983 г. имеются очевидные улучшения в системе применения дисциплинарных мер.

3. 29 января 1984 г. 190 иранских военнопленных, 87 из которых были тяжело ранены или больны, иракские власти передали МККК в Анкаре для осуществления их репатриации.

4. МККК выражает обеспокоенность в связи с тем, что большое число лиц из состава вооруженных сил противника, как офицеров, так и лиц из рядового и сержантского состава, некоторые из них были захвачены в плен иракскими силами в начале конфликта, все еще содержатся в местах содержания под стражей, куда МККК не предоставляется доступа. МККК регулярно передавал правительству и военным властям Ирака списки имен, свидетельствующие о том, что существуют несколько сот таких военнопленных. МККК с удовлетворением отмечает, что в конце 1983 г. ему было разрешено зарегистрировать несколько десятков из этих военнопленных, которые были захвачены в начале конфликта и сейчас помещены в лагеря, которые посещают делегаты МККК.

   У МККК есть серьезные основания для обеспокоенности относительно судьбы пленных, удерживаемых в местах, куда у него нет

доступа. Эти пленные лишены самых основных прав и, как свидетельствует информация, полученная из самых различных источников, содержатся в условиях, которые не соответствуют требованиям гуманитарного права.

B. Иранские гражданские лица, которые были депортированы в Республику Ирак или нашли там убежище

1. Во время конфликта несколько десятков тысяч иранских гражданских лиц оказались перемещенными из приграничных районов Хузистана и Курдистана на иракскую территорию.

   Иракские власти были согласны с тем, что, в принципе, МККК должен с этого времени работать в интересах этих гражданских лиц, и в последнее время, когда это было необходимо, предпринимались значительные усилия для улучшения условий жизни этих гражданских лиц.

2. После начала конфликта МККК зарегистрировал в лагерях для военнопленных более тысячи гражданских лиц, включая женщин и стариков, арестованных на территориях, оккупированных иракскими вооруженными силами. Хотя удалось репатриировать несколько сот из этих лиц, до конца эта проблема еще не решена.

C. Бомбардировки иракскими вооруженными силами районов проживания гражданского населения

Иракские военно-воздушные силы продолжали наносить неизбирательные бомбовые удары по населенным пунктам, которые иногда находились на расстоянии более 200 км от линии фронта. Это приводило к жертвам, порой крупномасштабным, и уничтожению объектов абсолютно гражданского характера. Эти намеренные нападения на гражданских лиц и гражданское имущество называются иногда репрессалиями; они противоречат законам и обычаям войны, в частности основополагающему принципу, в соответствии с которым необходимо проводить различие между военными объектами и гражданскими лицами и имуществом.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Какие меры должны принимать государства-участники для того, чтобы обеспечивать соблюдение МГП, согласно обязательству, установленному в статье 1, общей для Женевских конвенций и Протокола I? Что им разрешено сделать? Чего делать не разрешается?

b. Должны ли государства-участники принимать меры для обеспечения соблюдения МГП, только если МККК просит их сделать это? Какое значение имеют обращения МККК, такие как два Меморандума, для обязательства государств-участников? Означает ли такое обращение, что обычные и конкретные механизмы, существующие для имплементации МГП, не функционируют в некоторых ситуациях?

c. Какие бы вы предложили критерии, которыми мог бы руководствоваться МККК при решении вопроса о том, выступить ли с обращением ко всем государствам-участникам относительно нарушений в конкретной ситуации?

d. Соблюдались ли принципы нейтральности и беспристрастности МККК в двух Меморандумах? Должен ли был МККК в соответствии с этими принципами критиковать как Иран, так и Ирак? За имевшиеся осуждаемые нарушения? Потому что в соответствии с этими двумя принципами МККК никогда не может критиковать только одну сторону в вооруженном конфликте?

e. Не нарушает ли обнародование фактов, установленных МККК в ходе его посещений военнопленных, принцип конфиденциальности, которого он должен придерживаться в своей работе?

2. a. Обязаны ли были Иран и Ирак назначить державы-покровительницы? Можете ли вы понять, почему державы-покровительницы не были назначены? (См. статьи 8/8/8/9 четырех Женевских конвенций соответственно.)

b. Если держава-покровительница назначена, может ли она заменить МККК при осуществлении посещений военнопленных? В чем заключается преимущество параллельной деятельности державы-покровительницы и МККК? Каковы сильные стороны державы-покровительницы? В чем заключаются сильные стороны МККК? (См. статьи 10 и 126 Конвенции III.)

3. a. Имеет ли МККК право посещать военнопленных? Даже тех, которые не хотят, чтобы их посетили делегаты МККК? Почему посещения МККК имеют такое значение? (См. статьи 7 и 126 Конвенции III.)

b. Можете ли вы предположить, почему Иран препятствовал посещениям военнопленных делегатами МККК? Почему Иран и Ирак

пытались скрыть от МККК некоторые категории военнопленных? Какие категории? Как мог МККК узнать о существовании этих скрываемых пленных?

c. Почему МККК настаивает на том, чтобы посещения пленных и беседы с ними проходили без свидетелей? Имеет ли МККК право настаивать на этом условии? (См. статью 126 Конвенции III.) Должен ли МККК отказаться от бесед без свидетелей, если это способствует нарастанию напряженности между различными группами пленных?

4. a. Нарушают ли МГП попытки удерживающей державы внушить военнопленным определенные идеи, то есть подвергнуть их идеологическому и политическому давлению с целью настроить военнопленных против их правительства? Даже если не применяются запрещенные методы (например, угрозы, запугивание или лишение прав, предоставляемых в соответствии с Конвенцией III)? Какие положения Конвенции III нарушаются?

b. Может ли военнопленный нарушить воинскую присягу державе, к которой он принадлежит? Каких опасностей следует избегать при ответе на этот вопрос, и какие интересы надо принять во внимание? Лишается ли своего статуса военнопленный, нарушивший воинскую присягу? Может ли он отказаться от своего статуса? (См. статью 7 Конвенции III.)

c. Может ли удерживающая держава освободить военнопленного, который нарушил воинскую присягу державе, к которой он принадлежит? (См. статьи 16 и 21 Конвенции III.)

d. Может ли военнопленный добровольно вступить в ряды вооруженных сил удерживающей державы? Сохраняется ли его статус военнопленного, если он поступает таким образом? (См. статьи 7, 23, 52 и 130 Конвенции III.)

e. Несет ли удерживающая держава ответственность за убийство военнопленных, сохранивших верность своему государству, пленными, которые нарушили воинскую присягу? За убийство последних первыми? Какие действия должна предпринять удерживающая держава, чтобы избежать подобных инцидентов? Может ли она или должна ли она содержать раздельно эти две категории пленных? Какие опасности связаны с таким разделением? (См. статьи 13, 16, 22, 121 и 122 Конвенции III.)

5. a. Какие средства предусматриваются в МГП для обеспечения того, чтобы семью проинформировали о захвате в плен и содержании под стражей военнопленного? Может ли военнопленный отказаться от использования некоторых или всех методов информирования его семьи? Какие причины могут у него быть для такого отказа? (См. статьи 69, 70, 122 и 123 Конвенции III.)

   b. Кто должен предоставить военнопленному возможность заполнить карточку о взятии в плен? Могут ли карточки-уведомления о взятии в плен заполняться, даже если МККК не разрешают посещать военнопленных? Имеет ли МККК право регистрировать военнопленных? Даже тех, кто желает быть зарегистрированным? Почему регистрация военнопленных важна для МККК? (См. статьи 70,122,123 и 126 Конвенции III.)

   c. Должна ли в свидетельствах о смерти указываться причина смерти военнопленного? Причина смерти солдат противника, найденных погибшими на поле боя? (См. статью 16 Конвенции I, статью 19 Конвенции II и статью 120 Конвенции III.)

6. Должен ли был Иран проинформировать МККК о приговорах, вынесенных военнопленным? (См. статью 107 Конвенции III.)

7. a. Должна ли удерживающая держава репатриировать во время военных действий тяжело раненных и серьезно больных пленных? Почему? Даже если противник не делает этого? (См. статьи 13 (3), 109 и 110 Конвенции III.)

   b. Кто решает, является ли военнопленный тяжело раненным или серьезно больным? Что, если члены этого органа не могут прийти к согласию относительного того, кто является тяжело раненным или тяжело больным? (См. статьи 110—113 и Приложение II к Конвенции III.)

8. a. Мог ли Ирак задержать иранских гражданских лиц, которые встретились ему во время его наступления на иранскую территорию? В каких случаях? Мог ли Ирак эвакуировать иранских гражданских лиц, проживающих в районах Ирана, находящихся под его контролем, после того, как Ирак вынужден был отступить с этой территории в результате иранского контрнаступления? По крайней мере, тех, кто был задержан на законных основаниях? (См. статьи 49 и 76—79 Конвенции IV.)

b. Может ли Ирак содержать гражданских лиц в лагерях для военнопленных? Если он соблюдает все положения Конвенции IV, применимой к ним? (См. статьи 76 и 84 Конвенции IV.)

c. Являются ли находящиеся в Иране иракские беженцы из числа гражданских лиц покровительствуемыми лицами в соответствии с Конвенцией IV? При каких обстоятельствах МККК имеет право оказать им помощь? (См. статьи 4, 23 и 44 Конвенции IV и статьи 70 и 73 Протокола I.)

9. a. Как может МККК узнать о суммарных казнях захваченных в плен солдат? В каких случаях сторона в конфликте несет ответственность за казни отдельных солдат противника, которые имели место сразу же после захвата этих солдат плен и совершались отдельными лицами из состава ее вооруженных сил, не получавшими приказа делать это? Являлись ли эти отдельные солдаты противника военнопленными? (См. статью 3 Гаагской конвенции IV, статьи 49/50/129/146 четырех Конвенций соответственно и статьи 5 и 12 Конвенции III.)

b. Как может МККК узнать, что раненые противники были казнены или брошены на поле боя?

10. a. Нарушают ли МГП неизбирательные бомбардировки городов и деревень, несмотря на то, что ни Иран, ни Ирак не были участниками Протокола I? Имеет ли значение для МГП тот факт, что такие города находились на расстоянии более 200 км от линии фронта? Является ли понятие «военный объект» разным для линии фронта и для территории, находящейся на удалении от нее на 200 км?

b. Были ли такие бомбардировки еще более неприемлемыми в соответствии с МГП, если они объявлялись репрессалиями? (См. статью 33 (3) Конвенции IV и статьи 51 (6) и 52 Протокола I.) При каких условиях репрессалии, допустимые в соответствии с обычным МГП, являются нарушением МГП?

11. Дискредитируют ли нарушения МГП, упоминаемые в двух Меморандумах, нормы МГП? Не оказали ли эти нормы какого-либо влияния на стороны в конфликте? Предоставили ли они какую-либо защиту жертвам конфликта?

Прецедент № 143, Иран/Ирак, Совет Безопасности ООН оценивает нарушения международного гуманитарного права

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Документ ООН S/15834

[**Источник**: UN Doc. S/15834 (June 20, 1983).]

МИССИЯ ДЛЯ ОБСЛЕДОВАНИЯ ГРАЖДАНСКИХ РАЙОНОВ ИРАНА И ИРАКА, ПОДВЕРГШИХСЯ ВООРУЖЕННОМУ НАПАДЕНИЮ

Доклад Генерального секретаря

1. Постоянный представитель Исламской Республики Иран 2 мая 1983 г. просил меня передать просьбу его правительства о том, чтобы я направил представителя для обследования гражданских районов Ирана, подвергшихся вооруженному нападению со стороны Ирака. Он указал, что если правительство Ирака пожелает пригласить этого представителя посетить Ирак, то правительство Ирана будет приветствовать это приглашение .

2. [...] 3 мая 1983 г. я обсудил этот вопрос с Постоянным представителем Ирака, который после консультаций со своим правительством 12 мая 1983 г. информировал меня о том, что Ирак также желает, чтобы представитель посетил гражданские районы Ирака, подвергшиеся вооруженному нападению со стороны Ирана. [...]

3. Я информировал 12 мая Совет Безопасности о своем намерении организовать небольшую миссию [...]. Как было договорено с правительствами обеих стран, перед миссией ставилась задача изучить и оценить — по мере возможности — ущерб, нанесенный в обеих странах гражданским районам, которые, как утверждалось, пострадали в ходе войны, и указать, если это возможно, тип боеприпасов, которые могли причинить ущерб. От миссии не требовалось устанавливать число жертв или масштабы материального ущерба в этих районах. Миссия должна была представить мне объективный доклад по итогам своих обследований и наблюдений. [...]

[...]

8. Миссия сообщила мне, что в ходе встреч, состоявшихся в министерствах иностранных дел того и другого государства, было упомянуто о

якобы имевших место нарушениях Четвертой Женевской конвенции 1949 г. […]

9. Миссия сообщила мне, что она встретилась с сотрудниками Международного Комитета Красного Креста (МККК) в Женеве и обсудила с ними свои выводы, а также соответствующие разделы меморандума МККК от 7 мая 1983 г., направленного государствам — участникам Женевских конвенций 1949 г. […]

[…]

11. Далее следует доклад, представленный мне миссией.

Приложение
ДОКЛАД МИССИИ
ВВЕДЕНИЕ

1. В период с 21 по 26 мая 1983 г. миссия побывала в зонах военных действий в Иране, а с 28 по 30 мая 1983 г. — в зонах военных действий в Ираке. […]

2. Миссии было поручено: a) определить, был ли нанесен гражданским районам ущерб или разрушения в результате применения оружия, например, в результате бомбардировки с воздуха, артиллерийского обстрела, нападений с применением управляемых и неуправляемых ракет или с применением других взрывных боеприпасов; b) оценить, насколько это возможно, масштабы такого ущерба и разрушения; c) указать, если это возможно, типы примененных боеприпасов. Хотя миссии и не поручалось устанавливать число жертв, она все же учитывала явную взаимосвязь между масштабами ущерба, причиненного гражданским районам, и вероятным числом погибших, принимая во внимание плотность населения в этих районах в период причинения им ущерба. Статистические данные о жертвах, представленные правительствами обеих стран, упоминаются в докладе миссии без каких бы то ни было комментариев. […]

[…]

4. Миссия хотела бы отметить, что, учитывая обстоятельства, в которых она работала, она была не в состоянии проверить предоставленную соответствующими властями информацию о расположении воинских подразделений или военных объектов, расстояниях от линии фронта, расположении коммуникаций или экономических объектов стратегического или военного значения и т. д. Таким образом, в этом вопросе миссии пришлось основываться главным образом на информации,

предоставленной соответствующими правительствами, а также на той информации, которую она могла получить в результате своих наблюдений.

5. Согласно полученным указаниям, члены миссии ни разу не обсуждали с какими бы то ни было должностными лицами соответствующих правительств или любыми другими лицами возможное содержание своего доклада. Кроме того, миссия придерживалась правила не обсуждать с одним правительством то, что она наблюдала или выяснила в ходе визита на территорию другого государства. Члены миссии не сделали никаких важных заявлений для прессы и не выступали ни с какими комментариями. [...]

[...]

I. ПОСЕЩЕНИЕ ЗОН ВОЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ В ИРАНЕ

7. Маршрут, составленный правительством Ирана, предполагал посещение гражданских районов, пострадавших в результате войны как относительно недавно, так и в более отдаленном прошлом. Даты посещения миссией тех или иных районов указаны в скобках. Время указывается местное. Данные о жертвах касаются гражданского населения.

A. Дизфуль

(21 мая 1983 г.)

Информация, предоставленная миссии иранскими властями

8. [...] Расстояние [от города] до границы примерно 80 км.

9. По заявлению властей город подвергался нападению 20 апреля, 22 апреля и 12 мая 1983 г., «во всех случаях с применением ракет «земля–земля» с западного направления. В черте города удары пришлись на следующие три района: район Холиан, район госпиталя Афшар и район Сиах-Пошан. [...]

   Несколько зданий пришлось снести бульдозерами, чтобы получить доступ к третьему месту поражения для выноса трупов и эвакуации раненых; однако миссии сообщили, что много тел еще находится под обломками.

10. О расстоянии до линии боевых действий не сообщалось. В 8 км к северо-западу от города в направлении города Эндимешк расположена крупная военно-воздушная база. В городе нет каких-либо вой-

сковых формирований; ближайший район сосредоточения войск находится на расстоянии около 80 км. В городе дислоцированы лишь отряды противовоздушной обороны. В городе нет также заводов, имеющих военное значение.

11. Миссии сообщили, что с сентября 1980 г. город 50 раз подвергался ракетным ударам. За тот же период в городе взорвалось более 6 тысяч бомб и снарядов. Общее число жертв составило 600 убитыми и более 2500 ранеными. В различной степени пострадали 1300 домов, 32 школы и 22 мечети.

Результаты наблюдений миссии

12. Дизфуль — крупный город, расположенный на южном берегу реки Диз, которая отделяет его от авиационной базы, находящейся к северу от города. К северо-востоку расположена дамба длиной около 20–25 км. В городе имеются два моста через реку Диз. Вблизи от города нет каких-либо важных путей сообщения. За имеющееся время миссия не смогла определить, находятся ли в городе другие объекты стратегического или экономического значения, кроме указанных иранскими властями. […]

[…]

16. Результаты наблюдений миссии и изучение представленных доказательств подтверждают заявление о том, что на первые три участка были нанесены удары ракетами класса «земля–земля», которые группа определила как ракеты типа «Скад-В». Хотя миссия не смогла осмотреть все поврежденные здания, объявленные масштабы причиненного собственности ущерба представляются вероятными. […]

[…]

D. Мусиан

(22 мая 1983 г.)

Информация, предоставленная миссии иранскими властями

32. Миссии сообщили, что население города составляло 5 тысяч человек, в основном говорящих на арабском языке. Он расположен в 6 км от границы. Район является в основном сельскохозяйственным и не входит в военную зону. Однако поблизости в Абу-Гареибе и Биаде находятся нефтяные объекты. Мусиан был оккупирован приблизительно 8 октября 1980 г. после 15 дней боев, в ходе которых было убито

60 человек. Количество раненых не было известно, поскольку большинство жителей покинули город, как только начались военные действия. Он был возвращен 22 марта 1982 г. после недели боев. Далее власти заявили, что город был в основном разрушен до того, как он был возвращен, и что многие здания были взорваны взрывными устройствами. Кроме того, были разрушены 33 дальние деревни. 580 семей были взяты в плен. После возвращения город еще за месяц до приезда миссии подвергался частым бомбардировкам. Расстояние до линии фронта не было указано.

[...]

Результаты наблюдений мисии [...]

34. У миссии сложилось мнение, что здания, которые все еще стояли, были повреждены в результате артиллерийского обстрела прямой наводкой и в некоторых случаях в результате установки взрывных устройств. Однако в тех районах, которые были разрушены до основания, степень разрушения указывала на то, что могли быть применены заряды большой взрывной силы и боевая техника.

E. Дехлоран

(22 мая 1983 г.)

Информация, предоставленная иранскими властями

35. Дехлоран находится в 25 км от границы. Миссии сообщили, что с начала военных действий в сентябре 1980 г. он подвергался нападению с воздуха более 50 раз и что около 60 процентов города было разрушено. 100 человек было убито и 500 ранено. Город был три раза оккупирован иракскими войсками, и в результате последней оккупации были разрушены электростанции и водоочистительные станции. Большинство жителей покинули город во время первого нападения, и население, составлявшее до этого 45 тысяч человек, уменьшилось до 5 тысяч человек. В городе или вблизи него нет никакого завода. В 1980 г. в этом районе не размещались никакие войска. Власти заявили, что с марта 1982 г., когда город был возвращен иранскими войсками, в районе не размещались никакие военные подразделения. Однако в настоящее время в городе находится небольшой отряд противовоздушной обороны, подразделения жандармерии и подразделения по восстановительным работам. Расстояние до линии фронта не было указано.

Результаты наблюдений миссии

36. […] Судя по тому, что миссия смогла увидеть, большая часть города получила серьезные повреждения и не может быть восстановлена. Почти всем зданиям в других районах была нанесена различная степень повреждений. Ущерб, по-видимому, был причинен как артиллерийским обстрелом, так и бомбардировками с воздуха.

37. Кроме подразделений противовоздушной обороны и жандармерии, расположенных в городе, миссия заметила ряд лиц в военной форме и военные автомобили. Ей сообщили, что они принадлежат группам по восстановительным работам. […]

[…]

39. Миссия считает, что описанное разрушение было вызвано в результате бомбардировки с воздуха и перестрелки, когда город переходил из рук в руки, и в результате последующего артиллерийского обстрела.

F. Абадан

(23 мая 1983 г.)

Информация, предоставленная миссии иранскими властями

40. Население города до начала военных действий составляло 400 тысяч человек, и еще 200 тысяч человек проживало в его пригородах. Власти заявили, что вскоре после нападения на город в сентябре 1980 г. большинство населения было эвакуировано. Город постоянно подвергался интенсивному артиллерийскому обстрелу и бомбардировкам с воздуха. Осталось всего лишь около 70 тысяч жителей, и в настоящее время они помогают восстанавливать город. 1 200 человек было убито и 7 тысяч ранено, из которых 79 искалечены. Число гражданских лиц, взятых в плен, составляет 2 228 человек. Масштабы ущерба, нанесенного 40 тысяч домов, составляют от 20 процентов до 100 процентов. Город все еще подвергается артиллерийскому обстрелу и обстрелу прямой наводкой; каждый день имеются жертвы, которые в среднем составляют 1 человек убитым и 6–7 раненых. Бомбардировок с воздуха производилось очень мало. До начала боевых действий в городе имелся один пограничный пост жандармерии и не было никаких военных подразделений. Ближайшее военное подразделение, один пехотный батальон, располагалось в Хоррем-шехре, приблизительно в 30 км от города. После того, как на город было совершено нападение и 20 октября оказалась отрезана дорога на Ахваз, доставку военных подразделений для защиты города пришлось организовать по воздуху и по реке Баманшир.

41. Миссии показали одну из старейших и самых крупных больниц в городе, местонахождение которой было хорошо известно, и сообщили, что в нее накануне попала 120-миллиметровая мина, которая не нанесла никакого ущерба. Позднее миссии показали также вторую больницу в пригороде, которая, как было сообщено, подверглась бомбардировке с воздуха в самом начале боевых действий.

42. Согласно утверждениям, был почти полностью разрушен находившийся вблизи города нефтеперерабатывающий комбинат, а уцелевшие установки подвергаются постоянному обстрелу. Миссию в тот район не возили, поскольку, как заявили иранские власти, этот район не является гражданской зоной и может считаться хозяйственным объектом военного значения, а следовательно, оправданной мишенью.

Наблюдения миссии […]

[…]

44. При осмотре первой больницы миссии были показаны различные поврежденные в прошлом места. Были видны шрапнель и осколки стекла в результате совсем недавнего попадания снаряда, который образовал пробоину в углу одной из палат. Миссия также заметила, что крыша одной из палат, на которой по обеим сторонам были четко нанесены знаки красного креста, повреждена несколькими прямыми попаданиями, причем в результате была пробита крыша и повреждены внутренние помещения. Миссии также показали часть кассеты бомбы, которая, как было сказано, одна из двух найденных на территории больницы и которая была точно определена как часть кассетной бомбы того же типа, что и бомбы, найденные в других городах, […].

45. Здание второй больницы имело следы значительного повреждения, которое было восстановлено. […]

46. […] Было также очевидно, что город продолжает подвергаться обстрелу.

47. Во время посещения первой больницы 23 мая 1983 г. около 9 час. 00 мин. миссия слышала выстрелы артиллерийского или минометного огня. Когда миссия находилась в Хорремшехре, ей сообщили о попадании трех снарядов в Абаданский нефтеперерабатывающий завод, а также о том, что один снаряд упал в городе в километре от первой больницы, которую посетила группа. Миссия не смогла это проверить.

48. На основании своих наблюдений миссия считает, что свидетельства подтверждают заявление о том, что город находился под продолжительной осадой. Было ясно, что увиденные разрушения были причинены воздушной бомбардировкой, артиллерийским обстрелом и непосредственно огнем.

G. Хорремшехр

(23 мая 1983 г.)

Информация, представленная миссии иранскими властями

49. До сентября 1980 г. численность населения города Хорремшехр составляла 200 тысяч человек. 22 сентября 1960 г. город оказался объектом сильной бомбардировки и нападения двух армейских дивизий. Расквартированный в городе пехотный батальон при поддержке гражданского населения оказывал сопротивление в течение 40 дней, после чего иракскими войсками была захвачена большая часть города к северу от реки Карун, которая оставалась в оккупации до конца марта 1982 г. В ходе первоначальных боев погибло 200 человек, в том числе целые семьи. Во время эвакуации населения погибли несколько тысяч человек гражданского населения и еще несколько тысяч были ранены, а также многие были взяты в плен (точные цифры не были представлены).

50. Иранские власти заявили, что их войска почти без боя взяли город обратно в марте 1982 г. Из около 23 тысячи жилых и других домов 8 тысяч зданий были полностью разрушены, в том числе 120 мечетей и религиозных заведений, 100 школ, 2 колледжа, 4 крупных больницы и несколько клиник. Из около 15 тысяч жилых домов 60 процентов были разрушены и не подлежат ремонту и восстановлению. Было разграблено и сожжено большое количество магазинов. Были потоплены или сильно повреждены 50–60 судов иностранной приписки. Были также повреждены или потоплены еще тысяча частных иранских судов всякого вида и водоизмещения. […]

Наблюдения миссии […]

[…]

55. Картина в северной части города подтверждает версию событий, которая выдвигается властями. Несмотря на то, что миссия не смогла произвести детальный осмотр, характер и степень разрушений создают впечатление, что помимо воздушной бомбардировки и артиллерийского обстрела применялись кумулятивные заряды и инженерная техника. […] Миссия была не в состоянии определить,

были ли заминированы открытые пространства и, если были, то насколько они очищены.

56. На основании того, что можно было увидеть в почти полностью опустошенном городе, миссия считает, что в тех районах, где здания еще стоят, разрушение было вызвано в результате интенсивного обстрела и бомбардировок в ходе военных действий. Однако в тех районах города, где здания полностью снесены, очевидно, что применялись, должно быть, специально другие средства, такие как кумулятивные заряды и инженерная техника. […]

[…]

L. Бане

(26 мая 1983 г.)

Информация, представленная миссии иранскими властями

73. В городе Бане проживает 13 тысяч жителей, он расположен примерно в 20 км от границы. Миссии было сообщено о том, что за день до ее посещения, то есть 25 мая, примерно в 10 час. 15 мин. город подвергся налету 2 или 4-х самолетов с западного направления. В северо-восточном секторе города было сброшено 22 бомбы, из которых несколько бомб упали за пределами города. 5 бомб не разорвались. Остальные упали в районе диаметром 300 м. Кроме того, самолет подверг город пулеметному обстрелу, 8 человек были убиты, в том числе 3 женщины и 5 детей. 73 человека получили ранения, в том числе 70 процентов детей, 20 процентов женщин и 10 процентов мужчин.

74. Власти сообщили, что с начала военных действий противоположная сторона в этой части страны военных операций не проводила, за исключением воздушного налета, имевшего место накануне. В этом районе нет важных военных объектов. Существует небольшой склад снабжения, персонал которого насчитывает примерно 150 человек и единственная задача которого заключается в поддержке операций по обеспечению внутренней безопасности. Он находится примерно в 1–1,5 км от района нападения к северо-востоку от города. Город расположен на очень небольшой проселочной дороге и не имеет промышленности военного значения.

Замечания миссии

75. Город Бане — небольшой город, расположенный в гористой местности. […] рядом с ним не проходит ни одной важной линии коммуни-

каций, в нем нет никакой промышленности, и в целом он является сельскохозяйственным городком. Единственный увиденный военный — упоминавшийся выше небольшой склад, в котором находятся большегрузные самосвалы.

76. Нападению подвергся жилой район, в котором можно видеть большое количество следов от осколков, однако в целом собственность не пострадала. Было разбито большое количество оконных рам.

77. Хотя в целом в задачу миссии не входило давать оценку количеству потерь, она пришла к выводу о том, что в данных обстоятельствах будет вполне уместным принять к сведению факты о событиях, происшедших всего лишь за один день до ее посещения.

78. Миссия побывала на кладбище, с тем чтобы увидеть тела погибших до их погребения. В открытых гробах находились тела двух женщин и пяти детей. Миссии сообщили о том, что еще одна женщина, которую доставили в больницу в близлежащий город, скончалась от ран.

79. Затем миссия посетила больницу, где, как было сказано, на излечении находились 56 раненых, другие же были доставлены в больницы близлежащих городов. Два врача показали миссии одного ребенка, восемь женщин и 14 детей в возрасте от 2 до 12 лет, которые накануне получили легкие и тяжелые ранения. Один ребенок был рожден преждевременно с помощью операции кесарево сечение, так как его мать была тяжело ранена. В связи с нехваткой времени миссия не смогла посетить других раненых.

[...]

81. С учетом своих наблюдений и изучения представленных ей фактов миссия полагает, что город подвергся воздушной бомбардировке с помощью кассетных бомб. Такие бомбы особенно эффективны в поражении живой силы, и этим можно объяснить большее число потерь в людях и сравнительно малый ущерб, причиненный собственности. В этой связи миссия считает, что описание этих событий вполне соответствует тому, о чем сообщалось ранее. Миссия не может судить о том, мог ли склад снабжения являться предполагаемой целью. [...]

[...]

II. ПОСЕЩЕНИЕ ЗОН, ОХВАЧЕННЫХ ВОЙНОЙ, В ИРАКЕ

83. Маршрут, намеченный правительством Ирака, включал посещение гражданских районов, которым был нанесен ущерб как сравнительно недавно, так и в прошлом. Сроки посещения различных районов ука-

заны в скобках. Приводимое время является местным временем. Данные о потерях касаются гражданского населения. […]

С. Ханакин

(28 мая 1983 г.)

Информация, предоставленная миссии иракскими властями

92. Город Ханакин расположен в 8 км от границы. До начала военных действий его население составляло 52 тысячи человек. Артиллерийские обстрелы и бомбардировки города и находящегося неподалеку нефтеперерабатывающего завода начались еще до 4 сентября 1980 г. Жители многих районов города были эвакуированы. По заявлению властей, 22 сентября 1980 г. иракские войска в ответ на враждебные действия противоположной стороны пересекли границу и углубились на территорию противника на 45–50 км. С сентября 1980 г. по июнь 1982 г. город находился вне пределов досягаемости артиллерии, однако трижды подвергался налетам с воздуха. 18 июня 1982 г. Ирак начал отвод своих войск с занятых позиций и к 28 июня отошел к границе. С тех пор город непрерывно подвергался ракетно-артиллерийскому обстрелу.

Пострадали, среди прочего, больницы и школы. Около 4 процентов зданий были разрушены в такой степени, что не подлежат восстановлению. Расстояние до линии фронта не сообщалось.

93. Во время обстрела одного из жилых районов 4 сентября 1982 г. погибли восемь женщин и детей, 19 человек были ранены; разрушению подверглись несколько домов. 18 декабря 1982 г. в результате попадания снаряда в школу погибли 20 детей и один учитель; 50 детей были ранены. За два месяца до прибытия миссии в результате попадания ракет в торговый центр погибли семь и были ранены 19 человек, включая женщин и детей. Общее число жертв составило 66 человек убитыми и 455 ранеными, включая 33 человека, оставшихся калеками. В результате последнего артобстрела 16 мая 1983 г. погиб один человек и восемь были ранены.

94. По заявлению властей, за все это время город ни разу не использовался в качестве исходного пункта для организации какой-либо крупной военной операции, В городе нет военных подразделений за исключением отрядов противовоздушной обороны, состоящих из ополченцев. Две основных транспортных артерии проходят в 6–10 км от города. Нефтеперерабатывающий завод расположен на расстоянии 2 км.

Результаты обследования, проведенного миссией

95. Миссия осмотрела упомянутые выше школу, торговый центр и жилые районы. На школьном дворе она обнаружила две воронки, образовавшиеся в результате взрывов снарядов, осколки которых через окна попали в две классные комнаты. Воронка была обнаружена также и у входа в торговый центр, фасад которого оказался изрешеченным осколками. В жилом районе в пригороде, подвергшемся обстрелу в сентябре 1980 г., было разрушено четыре и повреждено два дома. Серьезно пострадали расположенные неподалеку от города нефтеперерабатывающий завод и его рабочий поселок. Здесь же миссия видела ряд военных укреплений.

96. По мнению миссии, огонь велся в основном по нефтеперерабатывающему заводу, хотя пострадал также и ряд гражданских объектов, находящихся на некотором удалении от него. Оценка ущерба, причиненного городу, по-видимому, соответствует действительности.

97. Во время посещения Ханакина миссия четыре раза слышала звуки артиллерийских или минометных выстрелов, доносившихся со стороны границы. Ей сообщили, что огонь вели иранские орудия, однако это нельзя было проверить.

D. Киркук

(29 мая 1983 г.)

Информация, предоставленная миссии иракскими властями

98. Население города осталось таким же, каким оно было до сентября 1982 г. — 200 тысяч человек. Город расположен в 140 км от границы и поэтому находится вне досягаемости иранской артиллерии. Линия фронта проходит у границы в 70 км к северу от Ханакина. По заявлению властей, с 23 сентября 1980 г. по 26 февраля 1982 г. город подвергался частым воздушным налетам. Удары с воздуха, особенно интенсивные в первые дни военных действий, сосредоточивались в основном на жилых районах; пострадали, среди прочего, больница, школа, торговый центр и кладбище. Город имеет надежную систему гражданской обороны, поэтому число жертв не было большим. Всего было совершено около 50 налетов, не считая множества неудавшихся попыток. По словам властей, в ходе налетов на гражданские объекты использовались кассетные и осколочные бомбы, ракеты и пулеметы, а также напалм и мины-ловушки.

99. Серьезный ущерб был причинен жилым районам. Было разрушено 120 домов и 15 общественных зданий; почти все из них уже восстанов-

лены благодаря политике правительства, направленной на скорейшее восстановление поврежденных объектов. Восстановительные работы также становились объектом налетов. Общее число жертв с сентября 1980 г. составило 30 человек убитыми и 245 ранеными.

100. На расстоянии 25 км от города расположена военно-воздушная база, а на расстоянии 10 км — учебный центр по подготовке персонала для тыловых служб. Киркук находится в нефтедобывающем районе; расстояние до ближайшей скважины — 10 км. В самом городе расположены многочисленные заводы и мастерские, не имеющие военного значения; многие из них были разрушены в ходе налетов, но затем восстановлены.

Результаты обследования, проведенного миссией

101. Миссии была предоставлена возможность посетить пять мест. В первом из них ей был показан разрушенный дом в жилом районе, расположенном в 200 метрах от нефтехранилища, четыре из семи цистерн которого также были разрушены. Во втором — в жилом районе, прилегающем к железнодорожной станции и автовокзалу, — один дом был разрушен и два других здания повреждены и после восстановлены. В третьем месте поражения, в другом жилом районе, были повреждены несколько домов и разрушен местный медицинский центр. В четвертом жилом районе были разрушены, но затем восстановлены два дома. В пятом месте поражения, в старой части города, пострадал торговый центр […]. Миссии сообщили, что в результате ракетного удара здесь погибли 12 и были ранены 53 человека. Пострадал, хотя и не сильно, фасад расположенной поблизости мечети. Расстояние между указанными пятью объектами составляет в среднем 1 км. Причиненный ущерб был документально подтвержден; кроме того, в подкрепление своих утверждений местные власти предъявили миссии фотографии применявшихся боеприпасов, в том числе кассетных бомб, а также поврежденных зданий до их восстановления. Однако миссии не были показаны осколки этих боеприпасов, которые, по словам местных властей, отправлены в Багдад. […]

102. Поскольку все эти события имели место в начале конфликта и большая часть поврежденных объектов уже восстановлена, миссия не могла сама определить, какие виды боеприпасов использовались при налетах. Однако она считает, что утверждения властей, касающиеся нанесенного ущерба, подтверждаются фактами, а именно фотографиями и еще сохраняющимися следами разрушений. […]

[…]

F. Эль-Фао

(30 мая 1983 г.)

Информация, предоставленная миссии иракскими властями

106. До начала военных действий город насчитывал 42 тысячи жителей. В настоящее время его население составляет около 3 тысяч человек; большинство жителей покинуло город еще до середины 1981 г., поскольку с сентября 1980 г. он начал подвергаться почти ежедневным обстрелам. Город расположен на самой границе, в 500 м от устья реки Шатт-эль-Араб, ширина которого составляет около 800 м. В настоящее время это единственный нефтяной порт в Ираке, приспособленный для морской погрузки нефти в Заливе. В этом районе нет каких-либо нефтеперерабатывающих предприятий.

107. По заявлению властей, с сентября 1980 г. по декабрь 1981 г. на город было совершено 136 воздушных налетов; последний из них имел место в декабре 1981 г. С начала военных действий город каждый день подвергался артиллерийскому обстрелу; ежедневно по нему выпускалось в среднем 20–30 снарядов. Город находился также под прямым огнем танков и пулеметов с противоположного берега реки. Общее число жертв на дату приезда миссии составило 96 убитыми и 236 ранеными, многие из которых остались калеками. 80 процентов всех жертв были вызваны артиллерийскими обстрелами, 10 процентов — воздушными налетами и 10 процентов — прочими средствами. Пострадало 3 тысячи домов, из которых 50 процентов были полностью разрушены, а 30–40 процентов — повреждены в такой степени, что они не подлежат восстановлению. Ремонтно-восстановительные работы не проводились ввиду постоянных обстрелов. В районе города нет военных подразделений, однако иракская артиллерия, позиции которой находятся приблизительно в 10 км от него, использовалась для нанесения ответных ударов. Город ни разу не служил исходной точкой для каких-либо военных операций, и за весь период боевых действий ни с той, ни с другой стороны не было попыток форсировать реку. В городе нет военных подразделений за исключением пограничных частей, дислоцированных вдоль реки Шатт-эль-Араб.

Результаты обследования, проведенного миссией

108. Миссии были показаны шесть мест, подвергшихся обстрелам. В первом из них она видела покинутый дом, который, как ей сказали, пострадал от взрыва снаряда двумя днями раньше. Одна стена дома обвалилась, однако воронок или осколков найдено не было.

Во втором случае обстрелу подверглись 20 мая 1983 г. электростанция на окраине города, выходящей к реке, и ряд расположенных поблизости мастерских; в результате обстрела погибли три человека, однако электростанция продолжает функционировать. В третьем месте поражения в результате воздушного налета в начале 1981 г. было разрушено восемь домов, находившихся в 400 м от трансформатора. В четвертом месте поражения, неподалеку от нефтехранилища, были разрушены 8–10 сборных домиков; были уничтожены также все резервуары. В пятом месте поражения, в жилом районе, в результате артобстрела были полностью разрушены два дома и еще несколько домов в различной степени повреждены. В шестом месте поражения, в пяти километрах от города, в самом начале военных действий были уничтожены резервуары для хранения воды.

109. Во время осмотра города миссия видела около 40 больших нефтяных цистерн, сосредоточенных в различных частях города. Большая их часть была разрушена или повреждена.

110. Миссия пришла к выводу, что главными объектами ударов были нефтехранилища, а также, по-видимому, электростанция, однако в результате обстрелов пострадало также значительное число жилых и других зданий. […]

B. Резолюция Совета Безопасности 540 (1983)

[**Источник**: UN Doc. S/RES/540 (October 31, 1983)]

Совет Безопасности,

рассмотрев вновь вопрос, озаглавленный «Ситуация в отношениях между Ираном и Ираком», […]

ссылаясь на доклад Генерального секретаря от 20 июня 1983 г. (S/15834) о назначенной им миссии для обследования гражданских районов Ирана и Ирака, подвергшихся вооруженным нападениям, и выражая свою признательность Генеральному секретарю за предоставление фактического, сбалансированного и объективного отчета, […]

выражая сожаление вновь в связи с конфликтом между обеими странами, приведшим к большим человеческим жертвам и значительному ущербу, нанесенному городам, собственности и экономическим инфраструктурам,

подтверждая желательность объективного анализа причин войны, […]

2. *осуждает* все нарушения международного гуманитарного права, в частности положений Женевских конвенций 1949 г. во всех их аспектах, и призывает к немедленному прекращению всех военных операций против гражданских объектов, включая города и жилые районы [...]

C. Письмо от 28 июня 1984 г., направленное Ираком Генеральному секретарю

[**Источник**: UN Doc. S/16649 (June 28, 1984).]

Письмо заместителя постоянного представителя Ирака при Организации Объединенных Наций от 28 июня 1984 г. на имя генерального секретаря

Я хотел бы вновь сослаться на письмо президента Иракской Республики Его Превосходительства г-на Саддама Хусейна от 10 июня 1984 г., которое он направил Вам в ответ на Ваш призыв к Ираку и Ирану прекратить обстрел чисто гражданских объектов и в котором он подтверждает, что обеим сторонам необходимо воздерживаться от сосредоточения своих вооруженных сил в гражданских центрах или вблизи них, с тем чтобы избегать их вовлечения в военные действия. Я хотел бы также сослаться на свое письмо от 21 мая 1984 г. на Ваше имя, в котором я сообщал Вам, что иранская сторона использует города, расположенные недалеко от границы с Ираком, как центры для сосредоточения своих войск и превращает их в плацдарм для нападений, которые она замышляет против территории и городов Ирака.

Я хотел бы также сослаться на ноту, направленную Вам Постоянным представителем Ирака 23 июня 1984 г. Мы установили, что иранские власти в действительности сосредоточили большое число военных подразделений в следующих иранских городах: Абадан, Мохаммара, Хосровабад, Ахваз, Ховейзе, Биситин и Андимешк. Использование иранскими властями чисто гражданских объектов в военных целях для подготовки новой агрессии против Ирака является явным нарушением заключенного с Вашей помощью соглашения об отказе от обстрела гражданских объектов, а также нарушением статьи 28 Четвертой Женевской конвенции, подписанной 12 августа 1949 г. и касающейся защиты гражданского населения во время войны; эта Конвенция запрещает использование присутствия покровительствуемых лиц в каких-либо пунктах или районах для защиты этих мест от военных операций и превращения таких городов в военные центры. Этот запрет был также ясно подтвержден в Протоколе I, подписанном в Женеве в 1977 г. В пункте b статьи 58 этого Протокола говорится о необходимости избегать создания военных объектов в гу-

стонаселенных районах или вблизи них. Вновь подчеркивая необходимость принятия срочных и соответствующих мер для того, чтобы проверить это и заставить иранскую сторону выполнять свои обязательства, мы вновь подтверждаем то, о чем мы предупреждали с самого начала: иранский режим намерен использовать это соглашение для маскировки своих агрессивных экспансионистских планов с лицемерной целью поставить такие ситуации за рамки того, о чем говорилось в Вашем письме от 9 июня I984 г. в отношении отказа от обстрела чисто гражданских объектов.

Мы вновь заявляем о нашем искреннем стремлении к тому, чтобы это соглашение неукоснительно соблюдалось и чтобы органы Организации Объединенных Наций нормально выполняли свои функции. Мы прилагаем список с информацией об иранских вооруженных силах, размещенных в вышеупомянутых городах.

Тарик АЗИЗ
Заместитель премьер-министра и министр иностранных дел

D. Письмо от 29 июня 1984 г., направленное Генеральным секретарем Ирану и Ираку

[**Источник**: UN Doc. S/16663 (July 6, 1984).]

Текст письма генерального секретаря от 29 июня 1984 г. на имя президента Исламской Республики Иран и президента Иракской Республики

Испытываю чувство глубокого удовлетворения и радости в связи с тем, что правительства Ирана и Ирака добросовестно выполняют свои обязательства воздерживаться от военных нападений на чисто гражданские районы. Несмотря на сообщения о жертвах среди гражданского населения, я имею основания верить в то, что оба правительства исполнены решимости выполнить обязательства, взятые в ответ на мой призыв. Это достойно одобрения международного сообщества.

Считаю необходимым вновь подчеркнуть, что сейчас, когда уже приняты меры по обеспечению проверки, ответственность за выполнение обязательств несут главным образом оба правительства. В этой связи я должен подчеркнуть, что, поскольку мой призыв, а также ответы обоих правительств были вызваны желанием сохранить жизнь мирных гражданских жителей, я серьезно озабочен заявлениями о том, что гражданские населенные пункты используются для концентрации войск. Если это действительно так, то такие действия идут вразрез с духом моего призы-

ва и основных норм ведения войны, которые, как предполагает международное сообщество, должны соблюдаться.

Я уверен, что вы понимаете, что до тех пор, пока не будет прекращен этот разрушительный конфликт, я буду нести особую ответственность за то, чтобы предпринять все усилия в целях уменьшения приносимых им страданий.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Может ли сторона в конфликте совершать намеренные нападения на больницы, как это было, например, в Абадане или Хорремшехре (Иран) или в Ханакине (Ирак)? На мечеть? На школу? Является ли в современном обществе электростанция объектом, необходимым для выживания гражданского населения? (См. статью 25 Гаагского положения, статьи 48, 51 (2)—(3), 52 и 54 Протокола I и статьи 13 и 14 Протокола II.) Как ответы на эти вопросы зависят от того факта, что в каждом их этих населенных пунктов были расквартированы войска? (См. статью 19 Конвенции IV и статьи 51 (7) и 52 (2) Протокола I.)

   b. Не находятся ли гражданские лица также и под покровительством МГП? Например, под защитой от неизбирательных нападений? (См. статью 51 (4)—(5) Протокола I.) Что такое неизбирательное нападение? Являются ли неизбирательными нападениями бомбардировки с воздуха с применением кассетных бомб в Бане (Иран) (w. 81 Доклада миссии ООН)? Разве женщинам и детям не предоставляется особая защита в соответствии с МГП? (См., например, статью 12 (4) Конвенции I, статью 12 (4) Конвенции II, статью 14 Конвенции III, статьи 14 и 27 Конвенции IV и статьи 76 и 77 Протокола I.) Были ли описанные нападения нарушениями этих положений?

   c. Являются ли в соответствии с МГП нефтяные скважины и нефтеперегонные заводы военными объектами, на которые можно совершать нападения? (См. статьи 25 и 27 Гаагского положения и статьи 48, 52 и 85 (3) Протокола I.) Если при совершении нападения на военный объект сторона в конфликте знает, что при этом нападении может пострадать гражданский объект, то должна ли она предпринять какие-либо предварительные действия и если да, то какие? (См. статью 19 Конвенции IV и статью 57 (2) (c) Протокола I.) Если определено, что объект является военным, могут ли применяться любые сред-

ства для выведения его из строя или для подавления сил противника? Могут ли применяться кассетные и осколочные снаряды, ракеты, пулеметы, напалм и мины-ловушки в районах проживания гражданского населения, как они, по словам иракских властей, применялись в Киркуке? (См. статью 22 Гаагского положения.) Допускается ли в соответствии с МГП некоторое число потерь среди гражданского населения в ходе нападения на военные объекты? Если да, то какое число потерь является допустимым? (См. статью 57 (2) (a) (ii)—(iii) Протокола I.)

2. a. Говорится ли в резолюции 540, ч. 2, Совета Безопасности о нарушениях любого из вышеупомянутых положений МГП? Какие нападения и какие разрушения, описанные в докладе, находятся в сфере действия Женевских конвенций?

   b. Были ли нарушением Конвенции IV разрушения в Хорремшехре, где некоторые районы оказались стерты с лица земли в результате применения зарядов бризантного взрывчатого вещества и инженерной техники, когда город находился под контролем Ирака? Даже несмотря на то, что разрушения имели место непосредственно перед тем моментом, когда эти районы были вновь взяты иранскими силами? Даже если разрушения произошли во время боев в Хоррамшехре? В каких обстоятельствах могли бы такие разрушения не нарушать МГП? (См. статью 53 Конвенции IV.)

3. a. Является ли очевидным тот факт, что такие нарушения произошли именно в тех городах, которые посетила миссия ООН? Легко ли определить подобные нарушения МГП? Существуют ли нарушения МГП, например, пытки, которые легче оценить, чем другие? Легче ли установить нарушения права Женевы, нежели права Гааги? Сделала ли миссия ООН четкие выводы и могла ли она их сделать? Чем объясняются туманные формулировки в Докладе миссии ООН, например, такие события «представляются вероятными» или «...степень разрушений создает впечатление, что...»?

   b. Какие факторы делают миссию по установлению фактов столь трудной в подобных ситуациях? Не усугубляется ли трудность тем, что такие факты должны оцениваться после событий (иногда через годы после происшедшего)? И применяемыми критериями при оценке этих фактов? (См. статью 52 Протокола I.) Как на самом деле можно узнать или определить, находился ли военный объект действительно поблизости во время осуществления нападения? И было ли нападе-

ние соразмерным значимости этого военного объекта в то время? Или не было ли нападение ошибкой? Или то, что пострадавшие и убитые были действительно гражданскими лицами? На чем должна основываться миссия по установлению фактов при оценке соразмерности? При оценке важности военного объекта, подвергшегося нападению? Точного масштаба потерь среди гражданского населения? Военных планов нападающего? (См. статьи 51 (5) (b) и 57 (2) (a) (iii) Протокола I.)

c. Можно ли сделать общие выводы из работы этой миссии о возможностях и трудностях при установлении фактов в области МГП, касающегося ведения военных действий?

4. a. Если в Документе «C» точно установлены факты, нарушил ли Иран статью 58 (b) Протокола I? Статью 28 Конвенции IV? Являются ли жители упомянутых иранских городов покровительствуемыми лицами в соответствии с Конвенцией IV? (См. статью 4 Конвенции IV.)

b. Прав ли Генеральный секретарь ООН, говоря в Документе «D», что использование территории, где проживает гражданское население, для концентрации вооруженных сил составляет нарушение основных стандартов ведения войны? (См. статьи 51 (7) и 58 Протокола I.)

c. Если иранское правительство использовало населенные пункты с гражданским населением в качестве прикрытия для своих вооруженных сил, имеет ли правительство Ирака право наносить по ним бомбовые удары? Или, по крайней мере, по размещенным там вооруженным силам? Какие меры предосторожности должен тогда принять Ирак? (См. статьи 50 (3), 51 (7) и (8), 57 и 58 Протокола I.) Связаны ли Иран и Ирак данными положениями Протокола I, несмотря на тот факт, что они не являются участниками этого договора? Какие из этих положений могут считаться обычным международным правом и поэтому применимыми к обеим сторонам?

5. Если гражданские лица и гражданские объекты в Иране и Ираке подвергались нападениям, какие обязанности есть у государств — участников Конвенций в отношении таких нарушений МГП? Являются ли действия ООН выполнением обязательств государств-участников? (См. статью 1, общую, Конвенций, статьи 49/50/129/146 четырех Конвенций соответственно и статью 86 Протокола I.)

Прецедент № 144, Иран/Ирак, Репатриация 70 тысяч военнопленных

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Резолюция 598 (1987) Совета Безопасности ООН

[**Источник**: UN Doc. S/RES/598 (July 20, 1987).]

Совет Безопасности,

[…]

будучи глубоко обеспокоен тем, что, несмотря на его призывы к прекращению огня, конфликт между Исламской Республикой Иран и Ираком продолжается, не ослабевая, с большими человеческими жертвами и материальным ущербом, […]

определяя, что существует нарушение мира в отношении конфликта между Ираном и Ираком,

действуя в соответствии со статьями 39 и 40 Устава ООН,

1. *требует*, чтобы в качестве первого шага на пути к урегулированию путем переговоров Исламская Республика Иран и Ирак немедленно прекратили огонь, остановили все военные действия на суше, на море и в воздухе и незамедлительно отвели все войска к международно-признанным границам;

2. *просит* Генерального секретаря направить группу наблюдателей Организации Объединенных Наций для проверки, подтверждения и наблюдения за прекращением огня и отводом войск и просит далее Генерального секретаря осуществить необходимые мероприятия в консультации со сторонами и представить доклад на этот счет Совету Безопасности;

3. *настоятельно призывает* освободить и репатриировать военнопленных незамедлительно по прекращении активных военных действий в соответствии с Третьей Женевской конвенцией от 12 августа 1949 г.;

4. *призывает* Иран и Ирак сотрудничать с Генеральным секретарем в осуществлении настоящей резолюции и посреднических усилиях с целью достижения всеобъемлющего, справедливого и почетного уре-

гулирования, приемлемого для обеих сторон, всех нерешенных вопросов в соответствии с принципами, содержащимися в Уставе Организации Объединенных Наций;

5. […]

6. *просит* Генерального секретаря изучить, в консультации с Ираном и Ираком, возможность поручения беспристрастному органу расследовать вопрос об ответственности за конфликт и представить доклад Совету как можно скорее;

[…]

B. Письмо от 17 июля 1989 г. от Ирана

[**Источник**: UN Doc. S/20740 (July 19, 1989).]

ПРИЛОЖЕНИЕ

Заявление Министерства иностранных дел Исламской Республики Иран от 17 июля 1989 г.

Ровно год назад, 17 июля 1988 г., Исламская Республика Иран устранила единственный оставшийся предлог, надуманный Ираком для того, чтобы не допустить осуществления резолюции 598 (1987) Совета Безопасности. Верховная власть Исламской Республики Иран официально и безоговорочно признала резолюцию 598 (1987), и в ответ на приглашение Генерального секретаря Организации Объединенных Наций в Нью-Йорк была направлена делегация высокого уровня для проведения с Генеральным секретарем консультаций относительно процедур полного и скорейшего осуществления данной резолюции.

К сожалению, случилось то, о чем Исламская Республики Иран всегда предупреждала международное сообщество. Ирак, который в очередной раз заявил, что единственным препятствием на пути осуществления этой резолюции является отсутствие ее официального признания со стороны Исламской Республики Иран, отказался от осуществления резолюции, настаивая на предварительных условиях, которые нелогичны, неприемлемы и противоречат букве и духу резолюции 598 (1987) и планам Генерального секретаря. […]

Правовое и практическое значение и приоритетность отвода войск к международно-признанным границам также отражены в резолюции 598 (1987) Совета Безопасности. Действуя в соответствии со статьями 39 и 40 главы VII Устава Организации Объединенных Наций, Совет Бе-

зопасности в пункте 1 резолюции 598 (1987) потребовал, чтобы в качестве «первого шага на пути к урегулированию путем переговоров» немедленно был прекращен огонь, а затем осуществлен отвод войск к международно-признанным границам. Поэтому отвод, который является неотъемлемым элементом этого обязательного первого шага, должен быть осуществлен до проведения любых переговоров и независимо от них.

Однако с момента начала прямых переговоров 25 августа 1988 г. Ирак использует все возможные методы для того, чтобы уклониться от выполнения своего обязательства в соответствии с резолюцией, а также своих обязательств в соответствии с общими принципами международного права. Выдвижение предварительных условий осуществления данной резолюции было начато с требования о проведении прямых переговоров в качестве предварительного условия прекращения огня и вылилось затем в нескончаемый ряд требований, обусловливающих осуществление других положений, наиболее важным и безотлагательным из которых является отвод войск. […]

[…]

Однако уже на самой первой встрече в ходе прямых переговоров министр иностранных дел Ирака заявил о необходимости достижения общего понимания в отношении самого прекращения огня и использовал этот предлог в целях привнесения посторонних элементов, которые ни по какой логике нельзя рассматривать в качестве части положений о прекращении огня.

Интересно отметить, что как Генеральный секретарь […], так и Ирак […] исключили вопрос о прекращении огня из повестки дня прямых переговоров. Заявление президента Ирака в этой связи даже более откровенно, чем заявление Генерального секретаря. […]

Совершенно очевидно, что президент Ирака не только исключает из повестки дня прямых переговоров все вопросы, касающиеся прекращения огня, но и также признает, что отвод войск является первым вопросом в повестке дня этих переговоров. И тем не менее до сих пор Ирак отказывается даже комментировать то, что он сам рассматривал в качестве первого пункта повестки дня переговоров, и препятствует осуществлению резолюции, привнося в нее элементы, которые, как он заявляет, связаны с соблюдением соглашения о прекращении огня. […]

[…]

Хотя Ирак не выполнил наиболее важный элемент этой резолюции и не отвел свои войска к международно-признанным границам, а также не согласился ни с одним предложением Генерального секретаря, он в то

же время выбрал один из элементов резолюции, а именно вопрос о военнопленных, и, с тем чтобы подорвать саму резолюцию, призвал к его решению за ее рамками. Однако то, что произошло в прошлом году, свидетельствует об отсутствии доброй воли со стороны Ирака даже в этом вопросе. График, представленный Генеральным секретарем и одобренный Исламской Республикой Иран, предусматривает освобождение и репатриацию всех военнопленных в течение 90 дней. Если бы Ирак согласился с этим предложением, то все военнопленные были бы освобождены и репатриированы к 20 ноября 1988 г. Аналогичным образом, если бы Ирак последовал примеру Исламской Республики Иран и одобрил состоящий из четырех пунктов план от 1 октября 1988 г., все военнопленные были бы освобождены и репатриированы к концу 1988 г. С учетом этого совершенно очевидно, что Ирак не стремится к освобождению и репатриации военнопленных, а вместо этого пытается подорвать и расчленить резолюцию 598 (1987) и свести на нет усилия Генерального секретаря.

Еще одним свидетельством реальных намерений Ирака в отношении военнопленных является число зарегистрированных иранских военнопленных в Ираке. В последние дни войны иракские официальные должностные лица заявили, что общее число военнопленных с обеих сторон стало приблизительно равным. Недавно губернатор Басры заявил, что лишь за последний год войны Ирак взял в плен более 25 тысяч иранских военнослужащих. Ни один из этих военнопленных не был зарегистрирован. В то время как в Исламской Республике Иран Международный Комитет Красного Креста зарегистрировал около 50 тысяч иракских военнопленных, Ирак разрешил зарегистрировать лишь приблизительно 18 тысяч заключенных. Таким образом, если Ирак действительно хоть в какой-либо степени беспокоит судьба военнопленных, он должен довести до такого же уровня число зарегистрированных военнопленных, поскольку Ирак всегда выступал за принцип пропорциональности в отношении этих заключенных. На Международный Комитет Красного Креста возлагается особая ответственность за то, чтобы убедить и заставить Ирак зарегистрировать этих заключенных и уравновесить общее число зарегистрированных военнопленных с обеих сторон.

Спустя почти год после прекращения огня не удалось добиться никаких сдвигов в направлении установления мира между Ираном и Ираком. Данная краткая оценка причин возникновения тупиковой ситуации явно свидетельствует о том, что Ирак не выполнил подлежащую обязательному осуществлению резолюцию Совета Безопасности, принятую в соответствии со статьями 39 и 40 главы VII Устава. Согласно резолюции 598 (1987) Совет Безопасности обязан принять надлежащие меры в целях обеспечения соблюдения резолюции. Если такие меры не будут приняты, это не только будет являться нарушением резолюции ее авторами, но и также подорвет доверие Организации Объединенных Наций к Сове-

ту Безопасности как главному органу, отвечающему за поддержание международного мира и безопасности. Институциональные последствия политической целесообразности, которую исповедуют отдельные члены Совета Безопасности, которые смешивают двусторонние отношения со своими официальными функциями в качестве членов Совета Безопасности, исключительно серьезны, а прецедент, который это создает, крайне опасен. Если Совет Безопасности не примет решительных мер в целях обеспечения соблюдения резолюции, принятой им при всеобщем одобрении со стороны международного сообщества, то нельзя будет ожидать, что другие государства-члены доверят Совету и Организации Объединенных Наций разрешение конфликтов [...].

C. Письмо от 21 июля 1989 г. от Ирака

[**Источник**: UN Doc. S/20744 (July 21, 1989).]

ПРИЛОЖЕНИЕ

Комментируя коммюнике министерства иностранных дел Ирана от 17 июля 1989 г., представитель Постоянного представительства Ирака в Нью-Йорке заявил следующее:

«17 июля министерство иностранных дел Ирана опубликовало коммюнике, касающееся положения в отношениях между Ираном и Ираком и прогресса на переговорах, в котором содержался целый ряд ошибочных и ложных утверждений. В целях уточнения мы хотели бы привести следующие факты:

1. Из коммюнике министерства иностранных дел Ирана следует, что Иран 18 июля 1988 г. официально признал резолюцию 598 (1987) в качестве дипломатического шага, предпринятого иранским правительством для облегчения осуществления резолюции 598 (1987). В действительности же, как известно членам международного сообщества, Иран не принял резолюцию 598 (1987), которая после ее принятия приобретает обязательную силу, а прибег в этой связи к различного рода уловкам и маневрам в попытке продолжить войну и выиграть время, надеясь осуществить свои агрессивные экспансионистские планы. [...]

[...]

3. Договоренность, достигнутая между Ираком и Ираном 8 августа 1988 г. при посредничестве Генерального секретаря Организации Объединенных Наций, устраняет все сомнения относительно того, какие вопросы следует рассмотреть на прямых переговорах под эгидой Гене-

рального секретаря. Все эти вопросы являются положениями резолюции, которая еще не осуществлена. […]

«Одним вопросом, который действительно выходит за рамки переговоров, является вопрос об освобождении военнопленных. Пункт 3 резолюции 598 (1987) и статья 118 Женевской конвенции об обращении с военнопленными 1949 г. и прецеденты в рамках международного сообщества все до одного неопровержимо подтверждают обязательство освободить и осуществить обмен военнопленных незамедлительно по прекращении активных военных действий и поручить Международному Комитету Красного Креста осуществлять наблюдение за этим процессом. Упорное нежелание иранской стороны приступить к освобождению и обмену военнопленных спустя год после прекращения активных военных действий со всей убедительностью свидетельствует о несовместимости позиции этого режима с нормами международного права и международного гуманитарного права и его готовности поставить на карту жизни людей и причинить страдания десяткам тысяч иракцев и иранцев для достижения политических целей. Это показывает еще раз, что этот режим на протяжении всего конфликта использовал избирательный подход к резолюциям Совета Безопасности и положениям международного права, который заключался в произвольном обращении с текстом этих документов и отказе выполнять вытекающие из них обязательства.

Ошибочные утверждения в коммюнике иранского министерства иностранных дел, касающиеся вопроса регистрации военнопленных, являются еще одним доказательством неискренности иранского режима и его постоянного стремления к уловкам и игре словами ценою жизни людей. Вопрос регистрации военнопленных четко и недвусмысленно определен в международном праве: стороны в споре обязаны немедленно сообщить Красному Кресту о числе военнопленных и безотлагательно представить по ним необходимую информацию.

Мы официально уведомили Президента Международного Комитета Красного Креста и Генерального секретаря Организации Объединенных Наций о нашей готовности зарегистрировать всех иранских военнопленных, которые не были зарегистрированы, если иранская сторона проявит такую же готовность, и Совету Безопасности это известно. Разговор о процентах в этом вопросе противоречит нормам международного права и является уловкой. Это действительно безнравственная процедура, позволяющая заменять людей цифрами. Ирак, руководствуясь этическими и правовыми соображениями, отвергает эту процедуру и подтверждает обязательство обеих сторон сообщать Международному Комитету Красного Креста одновременно фамилии всех незарегистрированных военнопленных». […]

[…]

5. Ирак вновь заявляет о своем стремлении продолжить процесс переговоров под эгидой Генерального секретаря Организации Объединенных Наций. Если иранская сторона серьезно заинтересована в достижении всеобъемлющего и прочного мирного урегулирования, она должна только ответить на предложение Генерального секретаря и поддержать стремление Ирака сесть за стол переговоров под эгидой Генерального секретаря и приступить к подлинным прямым переговорам с целью достижения общего понимания плана мира и разработки необходимых механизмов для его осуществления. […]

D. Иран/Ирак: репатриировано более 70 тысяч военнопленных

[**Источник**: ICRC Bulletin, No. 177, October 1990, p. 1.]

К 14 сентября более 70 тысяч пленных вернулись домой в ходе начавшейся 17 августа операции по репатриации всех военнопленных, захваченных во время конфликта между Ираком и Ираном. Как сообщалось в последнем Бюллетене (№ 176, сентябрь 1990 г.), на 18 августа около 60 делегатов были направлены из Женевы для оказания поддержки делегациям МККК в Багдаде и Тегеране. К концу месяца в двух странах работали 77 делегатов.

В период с 17 по 31 августа более 2 тысяч пленных освобождали ежедневно и переправляли сухопутным путем через пограничный пост Каср-и-Ширин, а регулярная воздушная перевозка была организована с 22 августа. Всего 798 иранских военнопленных и 1193 иракских военнопленных были переправлены в их соответствующие страны тремя рейсами иранского аэробуса, а МККК зафрахтовал самолет для репатриации (четырьмя рейсами) приблизительно 500 раненых и больных пленных (221 иранца и 257 иракцев). Еще два рейса были организованы МККК 13 сентября для репатриации еще 210 раненых и больных из числа иранских военнопленных.

С конца августа продолжались сухопутные операции, в ходе которых ежедневно переправлялись 900 пленных в каждую сторону, а с 10 сентября это число увеличилось до 2 тысяч человек в обе стороны.

Делегаты МККК регистрируют данные о личности каждого пленного и убеждаются в том, что они возвращаются в свою страну по своей воле. Среди репатриированных пленных были и те, кого МККК не смог посетить в ходе их задержания ни в Ираке, ни в Иране. Делегаты воспользовались этой возможностью для того, чтобы их зарегистрировать.

В течение последних недель МККК постоянно поддерживал диалог с властями Ирака и Ирана для того, чтобы как можно эффективнее спланировать операции по репатриации остальных пленных и обеспечить скорое возвращение домой всех военнопленных с обеих сторон.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Каковы требования положений МГП относительно репатриации военнопленных по «прекращении военных действий» (См. статью 118 Конвенции III.)

   b. Когда считается, что прекращены активные военные действия? После прекращения огня? Только после отвода всех военных формирований к международно-признанным границам? Только после того, как Иран и Ирак подпишут окончательный мирный договор? Прекратились ли активные военные действия летом 1989 г. между Ираном и Ираком, чтобы стала необходимой репатриация военнопленных?

   c. Резолюция 598 (1987) предусматривает в своей резолютивной части (3) репатриацию военнопленных — означает ли этот факт, что военнопленные должны быть репатриированы только после выполнения резолютивных частей (1) и (2)? Если это так, то не противоречит ли это МГП? Если резолюция Совета Безопасности противоречит МГП, имеет ли она преимущественную силу в соответствии со статьей 103 Устава ООН? (См. статьи 1 и 118 Конвенции III.) [Статья 103 Устава ООН, см. http://www.un.org гласит: «В том случае, когда обязательства [...] по настоящему Уставу окажутся в противоречии с [...] обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу».]

   d. Можно ли назвать правильной позицию Ирака, который считает, что вопрос о репатриации военнопленных лежит «за рамками переговоров» между сторонами? (См. статьи 6 и 118 Конвенции III.)

   e. Прав ли Ирак, утверждая, что МГП предусматривает «обязательство освободить и осуществить обмен военнопленных незамедлительно по прекращении активных военных действий»? Есть ли у Ирака обязательство репатриировать их, даже хотя Иран не делает этого? Выполнил ли Ирак это обязательство? (См. статьи 1, 13 (3) и 118 Конвенции III и статью 60 (5) Венской конвенции о праве договоров, см. цитату на с. 360—361.)

2. a. Каковы обязанности сторон в конфликте в отношении регистрации военнопленных? (См. статьи 70 и 122 Конвенции III.)

   b. Должны ли обязанности сторон, касающиеся военнопленных, выполняться исключительно на основе принципа взаимности? Прав ли Иран, утверждая, что МККК обязан заставить Ирак регистрировать военнопленных? А также, что он должен «уравновесить общее число зарегистрированных военнопленных с обеих сторон»? (См. статьи 13 (3), 70, 122, 123 и 126 Конвенции III.)

   c. Прав ли Ирак, утверждая, что стороны обязаны незамедлительно информировать Красный Крест о числе военнопленных и предоставлять необходимую информацию? Является ли в соответствии с МГП приемлемой позиция Ирака, указывающая на его готовность регистрировать всех иранских пленных, если иранская сторона проявит такую же готовность? (См. статьи 12 (3), 70 и 122 Конвенции III.)

3. Кто должен определить, не возражает ли военнопленный против своей репатриации? МККК? Предусматривается ли это МГП? Почему МККК настаивает на посещении пленных и на беседах с ними без свидетелей? Имеет ли МККК право настаивать на этом условии? (См. статью 126 Конвенции III.)

4. Согласны ли вы с утверждением Ирана в последнем абзаце письма, касающемся доверия к Совету Безопасности? Нельзя ли этот вывод распространить на доверие к МГП? Не демонстрирует ли эта ситуация между Ираном и Ираком неэффективность МГП? (См. статью 1, общую, Конвенций.)

5. Резолюция 598 (1987) Совета Безопасности затрагивает как политические, так и гуманитарные вопросы; проблемы какого рода возникают в результате такого смешения элементов? Должен ли был Совет Безопасности опустить все ссылки на МГП и упоминания о военнопленных? Улучшило бы это ситуацию?

Прецедент № 145, ООН/МККК. Применение химического оружия

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Резолюция 620 (1988) Совета Безопасности

[**Источник**: UN Doc. S/RES/620 (August 26, 1988).]

Совет Безопасности,

напоминая о своей резолюции 612 (1988) от 9 мая 1988 г.,

рассмотрев доклады от 20 и 25 июля и 2 и 19 августа 1988 г. миссий, направленных Генеральным секретарем с целью расследования утверждений о применении химического оружия в ходе конфликта между Исламской Республикой Иран и Ираком,

будучи глубоко встревожен выводами миссий о том, что применение химического оружия продолжалось в ходе конфликта между Исламской Республикой Иран и Ираком и что такое применение против иранцев стало более интенсивным и частым,

будучи глубоко обеспокоен угрозой возможного применения химического оружия в будущем,

принимая во внимание ведущиеся ныне переговоры на Конференции по разоружению о полном и эффективном запрещении разработки, производства и накопления запасов химического оружия и его уничтожении,

преисполненный решимости интенсифицировать свои усилия, с тем чтобы положить конец любому применению химического оружия в нарушение международных обязательств в настоящем и будущем,

1. *решительно осуждает* применение химического оружия в конфликте между Исламской Республикой Иран и Ираком в нарушение обязательств по Протоколу о запрещении применения на войне удушливых, ядовитых или других подобных газов и бактериологических средств, подписанному в Женеве 17 июня 1925 г., а также его резолюции 612 (1988);

2. *призывает* Генерального секретаря безотлагательно проводить расследования в связи с доведенными до его сведения любым государством-членом утверждениями в отношении возможного применения химического, бактериологического (биологического) или токсинного оружия, которое может представлять собой нарушение Женевского протокола 1925 г. или других соответствующих норм международного

обычного права, — чтобы установить относящиеся к делу факты, — а также докладывать о результатах;

3. *призывает* все государства продолжать осуществлять, установить или усилить строгий контроль за экспортом химических веществ, используемых для производства химического оружия, в особенности в страны, являющиеся сторонами в конфликте, когда установлено или имеются серьезные основания полагать, что они применили химическое оружие в нарушение международных обязательств;

4. *постановляет* незамедлительно рассматривать, принимая во внимание расследования Генерального секретаря, соответствующие и эффективные меры в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций в случае, если когда-либо в будущем химическое оружие будет применено в нарушение международного права где бы то ни было и кем бы то ни было.

B. Пресс-релиз МККК от 23 марта 1988 г.

[**Источник**: ICRC Press Resease, No. 1567, March 23, 1988.]

ИРАНО-ИРАКСКИЙ КОНФЛИКТ: МККК ОСУЖДАЕТ ПРИМЕНЕНИЕ ХИМИЧЕСКОГО ОРУЖИЯ

Женева (МККК) — В ходе возобновившейся и трагической эскалации ирано-иракского конфликта было применено химическое оружие, что привело к гибели большого число гражданских лиц в провинции Сулеймания.

Применение химического оружия как против личного состава вооруженных сил, так и против гражданских лиц абсолютно запрещено международным правом и должно в любое время быть осуждено.

Поэтому МККК снова принял чрезвычайные меры для того, чтобы немедленно положить конец использованию химического оружия. Кроме того, он проинформировал Исламскую Республику Иран о своей готовности предоставить срочную помощь жертвам.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Проистекает ли абсолютный запрет международного права на применение химического оружия, упомянутый выше, из положений обычного международного права или только из договорного права? [Женевский протокол 1925 г. о запрещении применения на войне удушливых,

ядовитых или других подобных газов и бактериологических средств (см. **Документ № 2**) был принят Ираком и многими другими государствами на условии, что они не будут связаны его положениями по отношению к любому государству, не соблюдающему Протокол.]

b. Содержит ли МГП международных вооруженных конфликтов конкретный запрет на применение химического оружия? Запрещает ли его использование МГП немеждународных вооруженных конфликтов? (См. статью 23 (a) и (e) Гаагского положения и статьи 35 и 51 Протокола I и **Документ № 2**, Женевский протокол о химическом оружии 1925 г.)

c. Почему МГП немеждународных вооруженных конфликтов высказывается столь неопределенно о запрещенных видах оружия? Может быть, потому, что обычное МГП запрещает такое оружие? А может быть, потому, что этот запрет вытекает из оговорки Мартенса? Не предполагается ли в Протоколе II, что ссылка должна быть сделана на МГП международных вооруженных конфликтов? На все аспекты? Если только на некоторые аспекты, то на какие? (См. части 8—9 Гаагской конвенции IV, статью 23 (a) и (e) Гаагского положения, статьи 63 (4)/62 (4)/142 (4)/158 (4) четырех Конвенций соответственно, статьи 1 (2) и 35 (2) Протокола I и часть 4 Преамбулы Протокола II.)

2. Если обычное и (или) договорное МГП запрещает применение химического оружия, была ли необходимой Конвенция 1993 г. о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении? (См. **Документ № 13**, Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении, Париж, 13 января 1993 г.) Если была, свидетельствует ли это о том, что химическое оружие фактически не было запрещено обычным правом?

3. Правильным ли было утверждение в пресс-релизе, что применение химического оружия запрещено в любое время? Возможно, многие государства считают, что этот запрет применим только на условиях взаимности? Не объясняет ли это существование дополнительных договоров, распространяющих запреты за пределы исключительно применения химического оружия?

4. Кто применял в этом случае химическое оружие? Почему ни ООН, ни МККК не упоминают, кто же применял химическое оружие? Не проясняется ли косвенным образом в резолюции Совета Безопасности ООН и в пресс-релизе МККК, какая сторона — Ирак или Иран — применила химическое оружие? Не мешают ли МККК принципы нейтральности и беспристрастности прямо указывать на то, кто применял химическое оружие?

XXIII. Вторая война в Персидском заливе (1990–91 гг.)

Прецедент № 146, Совет Безопасности ООН, Санкции, наложенные на Ирак

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Резолюция 661 (1990) Совета Безопасности

[**Источник**: UN Doc. S/RES/661 (August 6, 1990).]

Совет Безопасности,

вновь подтверждая свою резолюцию 660 (1990) от 2 августа 1990 г.,

будучи глубоко обеспокоен тем, что эта резолюция не выполнена и что вторжение Ирака в Кувейт продолжается и приносит новые людские и материальные потери, […]

действуя в соответствии с главой VII Устава,

1. *определяет*, что Ирак до сих пор не выполнил пункт 2 резолюции 660 (1990) и узурпировал полномочия законного правительства Кувейта; […]

[…]

3. *постановляет*, что все государства должны предотвращать:

   a) импорт на свою территорию всех товаров и продукции, произведенных в Ираке или Кувейте и экспортированных из них после даты принятия настоящей резолюции;

   b) любую деятельность, осуществляемую их гражданами или на их территории, которая способствовала бы или была бы призвана способствовать экспорту или перевозкам любых товаров или продукции из Ирака или Кувейта, а также любые операции, совершаемые их гражданами или судами, плавающими под их флагом, или на их территории, которые связаны с любыми товарами или продукцией, произведенными в Ираке или Кувейте и экспортирован-

ными из них после даты принятия настоящей резолюции, включая, в частности, любые переводы средств Ираку или Кувейту, в целях осуществления таких видов деятельности или операций;

c) продажу или поставку их гражданами или с их территории, или с использованием плавающих под их флагами судов любых товаров или продукции, включая оружие или любое другое военное оборудование, независимо от того, произведено ли оно на их территории, но исключая поставки, предназначенные единственно для медицинских целей, и поставки продуктов питания в рамках гуманитарной помощи любому лицу или органу в Ираке или Кувейте или любому лицу или органу в интересах какого-либо дела, которое ведется в Ираке или Кувейте или направляется из них, а также любую деятельность, осуществляемую их гражданами или на их территории, которая способствует или признана способствовать такой продаже или поставке таких товаров или продукции;

4. *постановляет*, что ни одно государство не должно предоставлять правительству Ирака или любому торговому, промышленному или общественному предприятию в Ираке или Кувейте какие бы то ни было средства или какие-либо другие финансовые или экономические ресурсы и не должно допускать того, чтобы его граждане или любые лица, находящиеся на его территории, переводили с его территории или каким-либо другим образом предоставляли этому правительству или любому подобному предприятию какие бы то ни было средства или ресурсы и перечисляли любые другие средства лицам или органам в Ираке или Кувейте за исключением платежей, предназначенных исключительно для медицинских или гуманитарных целей, и продуктов питания, поставляемых в рамках гуманитарной помощи;

5. *призывает* все государства, включая государства, не являющиеся членами Организации Объединенных Наций, действовать в строгом соответствии с положениями настоящей резолюции, несмотря на какие бы то ни было контракты или лицензии, заключенные или предоставленные до принятия настоящей резолюции; […]

[…]

9. *постановляет*, что, невзирая на пункты 4–8 выше, ничто в настоящей резолюции не должно служить препятствием для оказания помощи законному правительству Кувейта, и призывает все государства:

a) принять соответствующие меры по защите активов законного правительства Кувейта и его учреждений;

b) не признавать никакого режима, установленного оккупирующей державой; […]

B. Резолюция 665 (1990) Совета Безопасности

[**Источник**: UN Doc. S/RES/665 (August 25, 1990). См. http://www.un.org/documents.]

Совет Безопасности,

[…]

приняв решение в резолюции 661 (1990) ввести экономические санкции в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций, […]

сожалея по поводу невинных жертв в результате иракского вторжения в Кувейт и будучи преисполнен решимости предотвратить дальнейшие подобные жертвы,

будучи серьезно встревожен тем, что Ирак продолжает отказываться выполнять резолюции 660 (1990), 661 (1990), 662 (1990) и 664 (1990), в частности, правительство Ирака использует суда под иракским флагом для экспорта нефти,

1. *призывает* те государства-члены, сотрудничающие с правительством Кувейта, которые направляют в этот район морские силы, использовать такие соразмерные конкретным обстоятельствам меры, которые могут оказаться необходимыми, под контролем Совета Безопасности, чтобы останавливать все морские суда, проходящие в обоих направлениях, для досмотра и проверки их грузов и мест назначения и обеспечения строгого осуществления по отношению к таким судам положений, изложенных в резолюции 661 (1990);

2. *предлагает* государствам-членам соответствующим образом сотрудничать, по мере необходимости, в целях обеспечения соблюдения положений резолюции 661 (1990), максимально используя политические и дипломатические методы, в соответствии с пунктом 1 выше; […]

C. Резолюция 666 (1990) Совета Безопасности

[**Источник**: UN Doc. S/RES/666 (September 13, 1990).
См. http://www.un.org/documents.]

Совет Безопасности,

ссылаясь на свою резолюцию 661 (1990) от 6 августа 1990 г., пункт 3 (c) и пункт 4 которой распространяются, за исключением гуманитарных обстоятельств, на продукты питания,

признавая, что могут возникнуть обстоятельства, при которых будут необходимы поставки продуктов питания гражданскому населению в Ираке или Кувейте для облегчения людских страданий.

отмечая, что в этой связи Комитет Совета Безопасности, учрежденный резолюцией 661 (1990) о ситуации в отношениях между Ираком и Кувейтом, получил сообщения от нескольких государств-членов,

подчеркивая, что только Совет Безопасности, самостоятельно или действуя через Комитет, определяет, возникли ли гуманитарные обстоятельства, [...]

действуя в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций,

1. *постановляет*, что для вынесения необходимого для целей пункта 3 (c) и пункта 4 резолюции 661 (1990) определения того, возникли ли гуманитарные обстоятельства, Комитет Совета Безопасности, учрежденный резолюцией 661 (1990) о ситуации в отношениях между Ираком и Кувейтом, будет постоянно держать в поле зрения положение с продуктами питания в Ираке и Кувейте, [...]

[...]

3. *просит* Генерального секретаря для целей пунктов 1 и 2 выше срочно запросить и впредь запрашивать на постоянной основе у соответствующих учреждений Организации Объединенных Наций и других надлежащих гуманитарных учреждений, а также из всех других источников информацию о наличии продовольствия в Ираке и Кувейте, которую Генеральному секретарю следует регулярно направлять Комитету;

4. *просит также*, чтобы при запросе и предоставлении такой информации особое внимание уделялось тем категориям лиц, которые могут страдать сильнее всего, например дети младше 15 лет, беременные, роженицы, больные и престарелые;

5. *постановляет*, что, если Комитет, получив доклады Генерального секретаря, определит, что возникли обстоятельства, при которых существует неотложная гуманитарная потребность поставить в Ирак или Кувейт продукты питания для облегчения людских страданий, он в оперативном порядке сообщит Совету свое решение о том, как следовало бы удовлетворять такую потребность;

6. *предписывает* Комитету при выработке своих решений иметь в виду, что продукты питания должны предоставляться через Организацию

Объединенных Наций в сотрудничестве с Международным Комитетом Красного Креста или другими гуманитарными учреждениями и распределяться ими или под их наблюдением, чтобы обеспечить их поступление тем, для кого они предназначаются;

7. *просит* Генерального секретаря использовать свои добрые услуги для содействия поставке и распределению продуктов питания в Кувейт и Ирак в соответствии с положениями настоящей резолюции и других соответствующих резолюций;

8. *напоминает*, что резолюция 661 (1990) не распространяется на поставки, предназначенные исключительно для медицинских целей, однако рекомендует в этой связи, чтобы предметы медицинского назначения экспортировались под строгим наблюдением со стороны правительства экспортирующего государства или надлежащими гуманитарными учреждениями.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Обязан ли Совет Безопасности ООН соблюдать МГП?

   b. Поскольку решения Совета Безопасности ООН выполняются отдельными государствами — членами ООН, не обязаны ли эти отдельные государства — участники Конвенций и Протоколов соблюдать МГП? Или в первую очередь должны соблюдаться решения Совета Безопасности ООН?

   [См. Устав ООН (см. http://www.un.org), статья 25: «Члены Организации соглашаются, в соответствии с настоящим Уставом, подчиняться решениям Совета Безопасности и выполнять их».]
   Не имеют ли обязательства в соответствии с Уставом ООН преимущественную силу?

   [См. Устав ООН, статья 103: «В том случае, когда обязательства Членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу».]

   Все же не должно ли предполагаться, что меры, принимаемые в соответствии с Уставом ООН, который является частью jus ad bellum, должны соответствовать jus in bello?

2. Существует ли вообще вооруженный конфликт, чтобы применялось МГП? Кто является сторонами в конфликте? Является ли ООН стороной в конфликте?

3. a. Регулируется ли международным правом наложение санкций? Если предположить, что применяется МГП, налагает ли оно ограничения на применение санкций? (См. статью 23 Конвенции IV и статью 70 Протокола I.)

   b. Соответствуют ли в данном случае санкции МГП? Будет ли ваш ответ таким же, если в результате долговременного применения санкций они ослабляют государство до такой степени, что оно не может удовлетворить потребности населения в пропитании и медицинском обслуживании?

   c. Не следует ли сделать попытку таким образом интерпретировать резолюции Совета Безопасности, чтобы они соответствовали МГП? Были ли формулировки резолюции 661 достаточно четкими и понятными, чтобы не нарушалось МГП? Было ли разъяснение в резолюции 666 необходимым?

4. a. Являются ли такие санкции эффективным способом достижения целей Совета Безопасности ООН? Окажет ли это воздействие на власти? Каковы преимущества и недостатки подобных санкций?

   b. Даже будучи эффективными, не являются ли санкции формой коллективного наказания невиновных людей? Запрещает ли МГП такие коллективные наказания? (См. статью 33 Конвенции IV.) Должны ли такие виды коллективных наказаний быть запрещены? В любом случае, не всегда ли отдельные лица оказываются пострадавшими, когда предпринимаются действия на международном уровне, например, в отношениях между государствами? Обязательно ли всегда выполняется jus ad bellum на межгосударственном уровне? Какие бы вы предложили альтернативы?

5. a. Разрешаются ли международным правом ограничения на судоходство, налагаемые резолюцией 665 Совета Безопасности ООН? Разрешаются ли они МГП? (См. статью 23 Конвенции IV, статью 70 Протокола I, статьи 93—104 Руководства Сан-Ремо по международному праву, применимому к вооруженным конфликтам на море, см. **Документ № 68**.)

   b. Создает ли резолюция 665 Совета Безопасности ООН условия блокады? Если да, то какие существуют ограничения для блокады? Нарушают ли указания Совета Безопасности ООН в вышеупомянутых

резолюциях эти ограничения? (См., например, статьи 103—104 Руководства Сан-Ремо по международному праву, применимому к вооруженным конфликтам на море, см. **Документ № 68**.)

c. Является ли соразмерность, упоминаемая в пункте 1 резолюции 665, такой же, как она понимается в jus in bello? В jus ad bellum? Может быть, она является сочетанием того и другого?

6. a. Должны ли гуманитарные организации, такие как МККК, предоставлять информацию, требуемую в пункте 3 резолюции 666?

b. Должны ли в соответствии с МГП «продукты питания... предоставляться через Организацию Объединенных Наций в сотрудничестве с Международным Комитетом Красного Креста или другими гуманитарными учреждениями и распределяться ими или под их наблюдением, чтобы обеспечить их поступление тем, для кого они предназначаются», как это требуется в пункте 6 резолюции 666? (См. статью 23 Конвенции IV и статью 70 Протокола I.)

Прецедент № 147, ООН, Содержание под стражей иностранных граждан

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: UN Doc. S/RES/664 (August 18, 1990). См. http://www.un.org/documents/]

Совет Безопасности,

ссылаясь на вторжение Ирака в Кувейт и подразумеваемую аннексию Кувейта, а также на свои резолюции 660, 661 и 662,

будучи глубоко озабочен безопасностью и благополучием граждан третьих государств в Ираке и Кувейте,

ссылаясь на соответствующие обязательства Ирака по международному праву,

приветствуя усилия Генерального секретаря по проведению срочных консультаций с правительством Ирака, предпринятые после того как члены Совета 17 августа 1990 г. выразили беспокойство и тревогу,

действуя в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций,

1. *требует*, чтобы Ирак разрешил и облегчил немедленное отбытие из Кувейта и Ирака граждан третьих стран и предоставил немедленный и постоянный доступ консульских сотрудников к таким гражданам;

2. *требует также*, чтобы Ирак не предпринимал никаких действий, ставящих под угрозу невредимость, безопасность или здоровье таких граждан;

3. *вновь подтверждает* свое содержащееся в резолюции 662 (1990) решение о том, что аннексия Кувейта Ираком недействительна, и поэтому требует, чтобы правительство Ирака отменило свои распоряжения закрыть дипломатические и консульские представительства в Кувейте и лишить их персонал иммунитета, а также воздерживалось от любых подобных действий в будущем;

[...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Какие лица и при каких условиях имеют в соответствии с МГП право покинуть Кувейт? Ирак? (См. статьи 35 и 48 Конвенции IV.) Имеют ли право граждане, упоминаемые в пункте 1 резолюции, покинуть страну?

   b. Кто является покровительствуемыми лицами в соответствии с МГП международных вооруженных конфликтов? Являются ли лица, упоминаемые в пункте 1 резолюции, покровительствуемыми лицами, как они определены МГП? Обязательно ли для вынесения решения знать, являются ли лица, упоминаемые в этой резолюции, гражданами нейтрального государства или союзного государства? Почему? Или почему нет? Влияет ли решение Ирака закрыть дипломатические и консульские представительства в Кувейте на статус этих граждан как покровительствуемых лиц в соответствии с Конвенцией IV? Какое значение имеет тот факт, продолжаются ли нормальные дипломатические отношения с Ираком у государств, гражданами которых являются эти лица? (См. статью 4 Конвенции IV.)

2. Должен ли Ирак разрешить уехать всем покровительствуемым лицам? Если нет, то по каким причинам их отъезд может быть запрещен? Кто оценивает законность запрета на отъезд? Что означает фраза «противоречит государственным интересам страны»? (См. статью 35 Конвенции IV.)

3. Какие нормы МГП восполняет пункт 2 резолюции?

Прецедент № 148, Саудовская Аравия, Использование эмблемы красного креста войсками США

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Tisdal, S. with the 44th US Medical Brigade, Saudi Arabia, The Guardian, September 8, 1990.]

В песках пустыни появляются госпитали

На востоке Саудовской Аравии войсками США быстро разворачивается разветвленная сеть полевых госпиталей, передовых медико-эвакуационных пунктов и мобильных медико-эвакуационных формирований, способных справиться с поступлением тысяч раненых американцев в случае войны с Ираком. [...]

Правительство Саудовской Аравии подготавливает отдельные медицинские пункты и учреждения для своих войск. Госпиталям США не разрешено использовать красный крест для того, чтобы противник узнал об их местоположении. В стране, где запрещены христианские эмблемы, их попросили использовать красный полумесяц.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Кто может использовать эмблему? В каких обстоятельствах и при каких условиях? Каково назначение эмблемы? Могут ли ее использовать военные формирования? (См. статьи 42 и 44 Конвенции I, статью 44 Конвенции II и статью 18 Протокола I.)

2. a. Находятся ли под защитой Женевских конвенций и Дополнительных протоколов иные эмблемы, кроме красного креста? Какие? Кто может использовать эти другие эмблемы? (См. статью 38 Конвенции I, статью 41 Конвенции II, статью 8 (1) Протокола I, статьи 4—5 Приложения I к Протоколу I и статью 12 Протокола II.)
   b. Могут ли военно-медицинские учреждения США на законных основаниях использовать эмблему красного полумесяца? Могут ли они использовать красный крест даже в стране, использующей красный полумесяц? Только с разрешения этой страны? Могут ли медицинские формирования и учреждения США, если они находятся на службе Саудовской Аравии, использовать эмблему красного полумесяца? (См., например, статьи 27, 38, 42 (4) и 43 Конвенции I и статью 12 Протокола II.)

c. Если военно-медицинским формированиям и учреждениям США запрещено использовать любую из этих двух эмблем, как же они могут обозначить свое присутствие противнику? Если медицинские формирования и учреждения не используют эмблему, сохраняют ли они тем не менее свой покровительствуемый статус в соответствии с МГП?

3. a. Почему Международное движение Красного Креста и Красного Полумесяца столкнулось с проблемами, связанными с множественностью защитных эмблем? Связано ли это с восприятием эмблемы красного креста в качестве христианского символа? Стало ли труднее настаивать на отсутствии религиозной коннотации у красного креста после принятия второй эмблемы — красного полумесяца? Каким образом это влияет на принцип универсальности? (См. **Прецедент № 31,** МККК, Вопрос эмблемы.)

b. Какие опасности для авторитета эмблемы возникают из-за использования многих эмблем? Могла бы множественность эмблем не подрывать защиту, которую они предоставляют? В частности, присущую эмблеме нейтральность?

Прецедент № 149, ООН, Резолюция 688 Совета Безопасности по Северному Ираку

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: UN Doc. S/RES/688 (April 5, 1991). См. http://www.un.org/documents.]

Совет Безопасности,

сознавая свои обязанности и ответственность в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций за поддержание международного мира и безопасности,
напоминая о положениях пункта 7 статьи 2 Устава ООН,

будучи серьезно озабочен репрессиями против иракского гражданского населения во многих частях Ирака, в том числе недавними, в районах проживания курдского населения, которые привели к массовому потоку беженцев к международным границам и через них и к нарушениям границы, что создает угрозу международному миру и безопасности в этом регионе,

будучи глубоко обеспокоен масштабами человеческих страданий, [...]

вновь подтверждая обязательство всех государств-членов уважать суверенитет, территориальную целостность и политическую независимость Ирака и всех государств этого региона,

учитывая доклад, переданный Генеральным секретарем 20 марта 1991 г. (S/22366),

1. *осуждает* репрессии против иракского гражданского населения во многих частях Ирака, в том числе недавние в районах проживания курдского населения, последствия которых создают угрозу международному миру и безопасности в этом регионе;

2. *требует*, чтобы Ирак, в качестве вклада в ликвидацию угрозы международному миру и безопасности в этом регионе, немедленно прекратил эти репрессии, и в том же контексте выражает надежду на то, что состоится открытый диалог, с тем чтобы обеспечить уважение прав человека и политических прав всех иракских граждан;

3. *настоятельно требует*, чтобы Ирак незамедлительно обеспечил международным гуманитарным организациям доступ ко всем нуждающимся в помощи во всех частях Ирака и предоставил все необходимые средства для их деятельности; [...]

[...]

6. *призывает* все государства-члены и все гуманитарные организации принять участие в этих усилиях по оказанию гуманитарной помощи;

7. *требует*, чтобы Ирак сотрудничал с Генеральным секретарем в осуществлении этих целей; [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Являлась ли ситуация, о которой говорится в прецеденте, вооруженным конфликтом? Немеждународным вооруженным конфликтом? Являются ли репрессии против иракского гражданского населения нарушением МГП?

   b. Считает ли Совет, что немеждународный вооруженный конфликт или нарушения МГП угрожают международному миру и безопасности?

2. Есть ли у Ирака обязательство разрешить доступ международных гуманитарных организаций ко всем нуждающимся в помощи? При каких условиях? (См. статью 23 Конвенции IV, статью 70 Протокола I и статью 18 Протокола II.)

3. Является ли резолюция обязательной для Ирака? Основана ли она на главе VII Устава ООН?

4. Предоставляла ли эта резолюция достаточную правовую основу для проведения операции «Утешение», в ходе которой американские, британские и французские вооруженные силы установили «зоны безопасности» в Северном Ираке, над которыми были запрещены полеты военных самолетов и где курды могли не опасаться нападений со стороны иракских сил? Jus ad bellum или МГП послужило основанием для этой операции? Были ли эти зоны безопасности зонами, находящимися под защитой, в соответствии с МГП?

Прецедент № 150, США/Великобритания, Доклад о ведении войны в Персидском заливе

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Доклад министерства обороны Конгрессу о ведении войны в Персидском заливе

[**Источник**: ILM, vol. 31 (3), 1992, pp. 612–644.
См. http://www.globalsecurity.org/military/library/report/1992 на английском языке.]

[…]

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ЦЕЛЕЙ ДЛЯ УДАРА, ПОБОЧНЫЕ УЩЕРБ И ПОТЕРИ СРЕДИ ГРАЖДАНСКОГО НАСЕЛЕНИЯ

В том, что касается определения целей для удара, побочного ущерба и потерь среди гражданского населения, право войны исходит из принципа проведения различия, то есть необходимости проводить различие между комбатантами, которые могут быть объектом нападения, и некомбатантами, намеренные нападения на которых не разрешаются, и между законными военными объектами и гражданскими объектами. Хотя такой принцип составляет значительную часть основания, на котором строится право войны, это наименее кодифицированная часть этого права.

В качестве общего принципа право войны запрещает намеренное уничтожение гражданских объектов, которое не оправдывается настоятель-

ной военной необходимостью, и прямые намеренные нападения на гражданских лиц, не участвующих в военных действиях. Соединенные Штаты принимают во внимание эти запреты при разработке и приобретении систем оружия и при использовании их в бою. Силы Центрального командования (CENTCOM) соблюдали эти основные запреты права войны при ведении военных действий в ходе операции «Буря в пустыне», избирательно определяя цели для ударов и внимательно подходя к выбору имеющихся сил и систем оружия, соответствующих целям, определенным для нанесения ударов, и оборонительным сооружениям Ирака, не принимая во внимание нарушений Ираком его обязательств в отношении гражданского населения и гражданских объектов в соответствии с правом войны.

Несколько договорных положений конкретно говорят об обязанности свести к минимуму побочный ущерб гражданским объектам и ранения гражданских лиц. Статья 23 (ж) Приложения к Гаагской конвенции IV запрещает уничтожение имущества, если оно не вызывается настоятельной военной необходимостью, в то время как статья 27 того же Приложения предоставляет защиту от преднамеренных нападений на «здания, служащие целям науки, искусств и благотворительности, исторические памятники и места, где собраны больные и раненые, под условием, чтобы таковые здания и места не служили одновременно военным целям». Аналогичные формулировки содержатся и в статье 5 Гаагской конвенции IX, в то время как в Гаагской конвенции 1954 г. о защите культурных ценностей культурным и гражданским объектам предоставляется защита от непосредственных и преднамеренных нападений, если они не используются для военных целей, таких как прикрытие военных объектов от нападений.

Хотя запрет, содержащийся в статье 23 (ж), касается в целом преднамеренных разрушений и ранений, он, кроме того, запрещает причинение побочного ущерба гражданским объектам или ранений гражданским лицам, которые явным образом несоразмерны военному преимуществу, которое предполагается получить в результате нападения на военные объекты, как об этом говорится далее. Как уже указывалось, Гаагская конвенция IV была сочтена частью обычного международного права в ходе судебных процессов над военными преступниками, состоявшихся после Второй мировой войны, и продолжает считаться таковой.

Некодифицированным, но аналогичным положением является принцип соразмерности. Он запрещает военные действия, в ходе которых негативные последствия (такие как побочные потери среди гражданского населения) явно перевешивают получаемое военное преимущество. Такое «уравновешивание» может производиться для каждого выбранного объекта нападения, как это часто делалось во время операции «Буря в пустыне», но может иметь место и с учетом общих целей кампании.

Центральное командование проводило кампанию, в которой главное внимание уделялось сведению к минимуму побочных потерь среди гражданского населения и ущерба гражданским объектам. По некоторым целям удары специально не наносились, потому что полезность уничтожения каждого объекта оценивалась в сравнении с потенциальной опасностью, которая грозила находящемуся поблизости гражданскому населению или гражданским объектам, как было в случае с некоторыми местами археологических раскопок или отправления культа.

Коалиционные силы приняли некоторые меры для того, чтобы свести к минимуму опасность нанесения ранений некомбатантам. В той степени, в которой это было возможно, и с допустимой степенью риска для воздушных судов и их экипажей, эти воздушные суда и боеприпасы выбирались таким образом, чтобы удары по целям в населенных пунктах наносились с наибольшей возможной точностью при наименьшем риске для гражданских объектов и гражданского населения. В тех случаях, когда это было необходимо, атакующие воздушные суда сопровождались самолетами поддержки, для того чтобы дать возможность экипажам наносящих удары самолетов не отвлекаться от выполнения их непосредственного задания. Экипажам, наносящим удары по целям в населенных пунктах, были даны указания не использовать боеприпасы, если они не могли точно установить характер обнаруженного объекта. Если это происходило, экипажи сбрасывали бомбы на запасные цели или возвращались на базу с боеприпасами.

Одной причиной принятия плана проведения сухопутной кампании было то, что он предусматривал обход населенных пунктов, где потери сил Коалиции и потери среди иракского гражданского населения и ущерб гражданским объектам были бы очень большими. Именно этот фактор заставил принять решение отказаться от высадки морского десанта в городе Кувейт.

Принцип соразмерности признает достойную сожаления неизбежность побочных потерь среди гражданского населения и побочного ущерба гражданским объектам в тех случаях, когда некомбатанты и гражданские объекты находятся там же, где комбатанты и военные объекты, даже если стороны в конфликте прилагают усилия к тому, чтобы по возможности свести к минимуму побочные повреждения и ущерб.

Так получилось в ходе ведения воздушной кампании. Несмотря на проведение самой избирательной в истории воздушной кампании, включая чрезвычайные меры, принимаемые воздушными экипажами Коалиции, по сведению к минимуму побочных потерь среди гражданского населения, Коалиция не смогла избежать причинения некоторых побочных разрушений и ранений.

Тому существуют несколько причин. Одна заключается в том, что в любом современном обществе многие объекты, предназначенные для гражданского использования, могут использоваться и в военных целях. Мост или автомагистраль, крайне важные для местного транспортного сообщения и хозяйственной деятельности, могут равным образом быть жизненно важными для военных перевозок или поддержки военного усилия государства. Железные дороги, аэропорты, морские порты и соединяющая различные штаты система автомагистралей в Соединенных Штатах финансировались Конгрессом, частично, например, в силу необходимости обеспечить национальную безопасность США; все они оказались бесценными при передвижении подразделений вооруженных сил США к различным портам для разворачивания в Юго-Западной Азии для проведения операций «Щит пустыни» и «Буря в пустыне». Уничтожение моста, аэропорта или портового оборудования или разрушение автомагистрали может равным образом быть важным для того, чтобы помешать военным усилиям противника.

То же самое можно сказать о крупных объектах и коммуникациях общего пользования: микроволновые антенные мачты, например, используемые для повседневной, мирной гражданской связи могут представлять собой важнейшую часть системы управления войсками (C2), а сети электропередач могут одновременно использоваться для военных и гражданских целей. У некоторых военных иракских установок имелись отдельные электрогенераторы, а у других — нет. Промышленные предприятия, связанные с производством химического, бактериологического и обычного оружия, зависели от национальной электроэнергетической системы.

Опыт, полученный во время войны с Ираном в 1980–1988 гг., заставил правительство Ирака создать значительные резервные мощности у объектов и коммуникаций общего пользования, чтобы они могли обеспечить поддержку силам национальной обороны. Большая часть этих мощностей в силу необходимости находилась в городах. Нападения на эти цели, конечно, подвергали опасности гражданское население, если его не эвакуировали из близлежащих районов. Иракские власти решили не перемещать гражданских лиц от объектов, которые, как они прекрасно знали, были законными военными целями, что подвергало этих гражданских лиц опасности получить ранения, которые были побочными последствиями нападений сил Коалиции на эти объекты, несмотря на усилия Коалиции свести к минимуму опасность для мирных жителей.

Если объекты используются одновременно для гражданских и военных целей, они могут становиться объектами нападений, если благодаря этому можно получить военное преимущество. («Военное преимущество» не ограничивается тактическим, но связано с общей военной стратегией, в данном случае с осуществлением военного плана Коалиции по освобождению Кувейта.)

Нападения на все сегменты Иракской системы коммуникаций были крайне важны для уничтожения иракской системы управления войсками (C2), которая необходима для функционирования иракской объединенной системы противовоздушной обороны; кроме того, она очень важна для иракских сухопутных сил. Иракская система управления войсками (C2) была крайне централизована. Поскольку Саддам Хусейн боялся, что его правлению могут угрожать какие-то силы внутри страны, он не поощрял никаких отдельных инициатив, подчеркивая важность централизованного управления. Командирам в иракских вооруженных силах разрешалось делать только то, что приказывала верховная власть. В результате уничтожения системы военного командования и управления иракские боевые соединения не могли бы быстро реагировать на инициативы Коалиции. По багдадским мостам через Евфрат были проложены многочисленные волоконнооптические линии связи, которые обеспечивали Саддаму Хусейну надежную связь с его южной группой войск. Удары по мостам прерывали эти надежные линии связи, ограничивая передвижения иракских сил и развертывание химического и бактериологического оружия. Гражданские лица, пользующиеся этими мостами или находящиеся поблизости от других целей во время нападения, подвергались опасности получить ранения, что было побочным последствием законного нападения на эти объекты.

Другой причиной побочного ущерба, наносимого гражданским объектам, и ранений гражданских лиц во время проведения операции «Буря в пустыне» была политика правительства Ирака, которое преднамеренно использовало как иракских, так и кувейтских гражданских лиц и гражданские объекты для прикрытия военных объектов. В нарушение запрета на такие действия, содержащегося в статье 19 Женевской конвенции I, статьях 18 и 28 Женевской конвенции IV, статье 4 (1) Гаагской конвенции 1954 г., и некоторых принципов обычного права, кодифицированных в Протоколе I (см. об этом ниже), правительство Ирака расположило военные объекты (личный состав, оружие и оборудование) в районах проживания гражданского населения и рядом с объектами, находящимися под защитой (мечетями, медицинскими учреждениями и культурными ценностями), в попытке защитить их от нападений. С этой целью иракские военные вертолеты были рассредоточены в жилых районах, а военные запасы хранились в мечетях, школах и больницах как в Ираке, так и в Кувейте. Например, место хранения иракских ракет «Шелкопряд» (Silkworm) класса «поверхность–поверхность» было обнаружено в школе в населенном районе города Кувейт. Инспекторы ООН обнаружили оборудование для производства химической бомбы при инспектировании сахарного завода в Ираке. Оборудование было перемещено туда с целью избежать ударов с воздуха сил Коалиции. Это преднамеренное размещение военных объектов рядом с гражданскими объектами, естественно, подвергало гражданское население, проживающее поблизости, работающее на них или использующее эти гражданские объекты, опасности в результате законных военных нападений на военные объекты.

Коалиция направляла удары по конкретным военным объектам в населенных районах, что разрешается правом войны; ни разу районы проживания гражданского населения не становились объектами нападений как таковые. Кроме того, силы Коалиции не производили нападения на многие военные объекты в густонаселенных районах или непосредственно в местах расположения культурных ценностей или вблизи них (места археологических раскопок, например), даже хотя нападения на них разрешены правом войны. Нападения на законные иракские военные объекты, несмотря на то, что они привели к побочным ранениям гражданских лиц и побочному ущербу для гражданских объектов, соответствовали обычной практике государств и праву войны.

Правительство Ирака пыталось представить совершенно неправильную картину неизбирательных бомбардировок силами Коалиции, организовав кампанию по распространению дезинформации. Ирак использовал в своей кампании все случаи побочного ущерба, которые имели место, включая ущерб или ранения, вызываемые иракскими зенитными ракетами или зенитными боеприпасами, которые падали на землю в населенных районах, чтобы создать неправильное впечатление, будто силы Коалиции осуществляли нападения на жилые районы и гражданские объекты. В ходе этой кампании по дезинформации сообщались неверные фактические данные и не нашли отражения усилия Коалиции как можно более точно наносить удары по иракским целям.

Например, 11 февраля иракские власти разобрали мечеть в аль-Басре в попытке имитировать бомбовый удар; купол был снят и здание разобрано. Власти США отметили, что у минарета, здания, находящегося во дворе, или основания купола не было повреждений, что обязательно имело бы место, если бы в здание попал снаряд, выпущенный силами Коалиции. Ближайшая воронка от попадания бомбы находилась за пределами мечети и была результатом воздушного удара по близлежащему военному объекту, нанесенного 30 января. К другим примерам относятся демонстрация фотографий разрушений, которые произошли во время войны Ирака с Ираном, а также разрушений, вызванных довоенным землетрясением. Эти фотографии были представлены иракскими официальными лицами в качестве доказательства повреждений, вызванных воздушными налетами Коалиции.

Сведение к минимуму побочных разрушений и ранений является обязанностью, которая вменяется как нападающей, так и обороняющейся стороне. Статья 48 Протокола I от 1977 г. предусматривает, что:

> «[д]ля обеспечения уважения и защиты гражданского населения и гражданских объектов стороны, находящиеся в конфликте, должны всегда проводить различие между гражданским населением и комбатантами, а также между гражданскими объектами

и военными объектами и соответственно направлять свои действия только против военных объектов».

Пункт 1 статьи 49 Протокола I постановляет, что ««нападения» означают акты насилия в отношении противника, независимо от того, совершаются ли они при наступлении или при обороне». Использование слова «нападение», таким образом, является этимологически несоответствующим его обычному применению в любом из шести официальных языков Протокола I. Наоборот, слово «нападение» или «нападения» исторически обозначало и обозначает сегодня только наступательные операции.

Статья 49 (1) говорит о применимости права войны к действиям как нападающего, так и обороняющегося, включая обязательство принимать соответствующие меры по сведению к минимуму ранений, наносимых гражданским лицам, не принимающим участия в военных действиях.

Как указывалось ранее, Соединенные Штаты отказались в 1987 г. стать участником Протокола I; Протокол I и не действовал во время войны в Персидском заливе, поскольку Ирак не является участником этого договора. Однако формулировки статьей 48 и 49 (1) (за исключением ошибочного употребления слова «нападение»), как правило, считаются кодификацией обычной практики государств и поэтому эти положения обязательны для всех.

Действия по минимизации случайных потерь среди гражданского населения являются серьезной обязанностью по защите гражданского населения, которая возлагается на сторону, под контролем которой находится это население. Исторически и с точки зрения здравого смысла сторона, под контролем которой находится гражданское население, имеет возможность и обязана свести к минимуму опасность для гражданского населения, вынося военные объекты за пределы районов проживания гражданского населения, эвакуируя гражданское население из мест, где расположены недвижимые военные объекты, и принимая меры предосторожности на случай воздушных налетов. На протяжении всей Второй мировой войны, например, как страны Оси, так и союзнические государства принимали эти меры по защите своего гражданского населения от последствий военных операций.

Правительство Ирака решило не проводить мероприятий по защите от воздушных налетов своего гражданского населения. Сколько-нибудь значительное число гражданских лиц не было эвакуировано из Багдада, не были гражданские лица и удалены из мест расположения законных военных объектов. Бомбоубежища были оборудованы лишь менее чем для одного процента гражданского населения Багдада. Правительство Ирака предпочло использовать гражданских лиц для прикрытия законных военных объектов от нападений, используя данные о побочных поте-

рях среди гражданского населения и разрушении гражданских объектов в своей кампании по дезинформации с целью ослабить поддержку, которой пользовались усилия Коалиции по освобождению Кувейта на международном уровне и в США.

Присутствие гражданских лиц не предоставляет объекту иммунитет от нападения; законные цели могут становиться объектом нападений, где бы они ни находились (за пределами нейтральных территории и вод). Нападающая сторона должна принять разумные меры предосторожности для того, чтобы свести к минимуму побочный или случайный ущерб гражданскому населению и гражданским объектам, соответствующий целям достижения поставленной задачи и допустимому риску для нападающих сил. Обороняющаяся сторона должна принять разумные меры предосторожности для того, чтобы отделить гражданское население и гражданские объекты от военных объектов и не располагать военные объекты в местах проживания гражданского населения. Как указывалось выше, обороняющейся стороне явным образом запрещается использовать гражданское население или гражданские объекты (включая культурные ценности) для прикрытия законных военных целей от нападений.

Правительство Ирака знало о своих обязательствах в соответствии с правом войны. За месяц до начала воздушной кампании Коалиции, например, были проведены учения гражданской обороны, в ходе которых более миллиона гражданских лиц было эвакуировано из Багдада. Никаких правительственных программ по эвакуации не было, однако, осуществлено во время самой воздушной кампании Коалиции. Как указывалось выше, правительство Ирака решило вместо этого разместить военные объекты в районах проживания гражданского населения. Заявления о том, что воздушные силы Коалиции не будут наносить удары по населенным пунктам, только подстегнули действия Ирака по размещению военных объектов в населенных районах Ирака и Кувейта для того, чтобы оградить их от нападений, что является грубым нарушением его обязательств по праву войны и пренебрежением безопасностью собственного гражданского населения и гражданского населения Кувейта.

Аналогичные действия предпринимались правительством Ирака по использованию культурных ценностей для защиты законных военных целей от нападений; классическим примером является расположение двух самолетов-истребителей рядом с древним храмом Ура, как это видно на фотографии в томе II, главе VI, раздел «Запретные цели»; правительство Ирака надеялось, что обязанность уважать культурные ценности не позволит силам Коалиции осуществить нападение на эти самолеты. И хотя право войны разрешает нападение на два самолета-истребителя и ответственность за любое разрушение храма лежала бы на Ираке, Главнокомандующий Центрального командования принял решение не наносить удар по самолетам, соблюдая положения об уважении культурных ценно-

стей и считая, что размещение самолетов рядом с Уром (без обслуживающего оборудования и при отсутствии взлетной полосы поблизости) эффективно выводит их из строя, и их уничтожение воздушными силами Коалиции будет не столь ценным, особенно если принять во внимание опасность нанести ущерб храму. Другие культурные ценности также остались в списке объектов, не подлежащих нападению, несмотря на то, что Ирак разместил ценное военное оборудование неподалеку от мест расположения этих ценностей.

Несомненно, самые трагические последствия такого преднамеренного размещения военных объектов в местах проживания гражданского населения были вызваны ударом, нанесенным 13 февраля по бункеру альФирдус (называемому иногда бункером аль-Амария) в Багдаде. Сооруженный изначально во время ирано-иракской войны в качестве бомбоубежища, он был затем превращен в бункер системы управления войсками (С2), расположенный в центре населенного района. Хотя входы в бомбоубежище должны обеспечивать быстрый и незатрудненный вход и выход из него, бункер аль-Фирдус был обнесен колючей проволокой, входить в него можно было только по особому разрешению и вокруг была выставлена вооруженная охрана. Кроме того, он был замаскирован. Зная о том, что воздушные налеты Коалиции на объекты в Багдаде происходили под покровом темноты, иракские власти разрешили некоторым гражданским лицам, вероятно членам семей офицеров, работающих в бункере, воспользоваться той частью бункера аль-Амария, которая раньше была бомбоубежищем и находилась над уровнем центра системы управления войсками. Командование силами Коалиции не знало о присутствии этих гражданских лиц в комплексе бункера. Удар, нанесенный 13 февраля по бункеру аль-Амария, законную военную цель, привел, к сожалению, к гибели тех иракских гражданских лиц, которые укрылись в помещении над центром управления войсками (С2).

Нападающая сторона, действующая в трудной военной обстановке, может принимать решения, которые приведут к гибели ни в чем неповинных мирных жителей. Смерть гражданских лиц всегда достойна сожаления, но становится неизбежной, когда обороняющаяся сторона не выполняет своих обязательств по праву войны или грубо пренебрегает ими, как это было в случае с Саддамом Хусейном. Рассматривая такой инцидент, как нападение на бункер аль-Амария, право войны признает трудность принятия решений в обстановке военной неразберихи. Руководителям и командирам приходится принимать решения на основе оценки имеющейся у них в тот момент информации, а не того, что было обнаружено потом.

Протокол I устанавливает аналогичные правовые требования. Статьи 51 (7) и 58 Протокола I от 1977 г. четким образом запрещает обороняющейся стороне использовать гражданское население или отдельных гражданских лиц для защиты определенных пунктов или районов от военных

действий, в частности в попытках защитить военные объекты от нападения или прикрыть военные действия, содействовать или препятствовать им; обязывает обороняющуюся сторону удалить все гражданское население, отдельных гражданских лиц и гражданские объекты, находящиеся под их контролем, из районов, расположенных вблизи военных объектов, избегать размещения военных объектов в густонаселенных районах или вблизи от них, принимать другие необходимые меры предосторожности для защиты гражданского населения, отдельных гражданских лиц и гражданских объектов, находящихся под их контролем, от опасностей, возникающих в результате военных операций.

Именно в этой области становятся очевидными недостатки Протокола I от 1977 г. Как совершенно правильно говорится в статье 51 (8) Протокола I, государство, столкнувшееся с бесчеловечными действиями своего противника (такими как использование «живого щита»), не освобождается от своих обязательств принимать разумные меры предосторожности для сведения к минимуму возможности нанесения побочных ранений гражданскому населению или ущерба гражданским объектам. Это обязательство признавалось силами Коалиции при ведении их операций. На практике такая концепция имеет тенденцию способствовать кампании по дезинформации, осуществляемой жестоким противником, который привлекает внимание международного общественного мнения к обязательству нападающих сил минимизировать побочные потери среди гражданского населения и ущерб, наносимый гражданским объектам, и стратегия Ирака в этом отношении была именно такой. Эта проблема усугубляется формулировкой статьи 52 (3) Протокола I, которая устанавливает:

> «В случае сомнения в том, не используется ли объект, который обычно предназначен для гражданских целей, например, место отправления культа, жилой дом или другие жилые постройки, или школа, для эффективной поддержки военных действий, предполагается, что такой объект используется в гражданских целях».

Эта формулировка, которая не является кодификацией обычной практики государств, служит причиной нескольких явлений, которые противоречат традиционному праву войны. Она перекладывает бремя определения точного использования объекта со стороны, контролирующей этот объект (и поэтому обладающей фактическими данными о его использовании), на сторону, которая не осуществляет такого контроля и не располагает фактическими данными, то есть с обороняющейся стороны на нападающую сторону. Это несоответствие игнорирует реальности войны, требуя, чтобы у нападающего была некоторая степень определенности, что редко случается при ведении боя. Кроме того, это поощряет обороняющуюся сторону игнорировать свои обязательства по отделению гражданского населения, отдельных гражданских лиц и гражданских

объектов от военных объектов, как это продемонстрировало правительство Ирака во время войны в Персидском заливе.

В случае с бункером аль-Фирдус, например, который неоднократно и ошибочно назывался правительством Ирака и некоторыми представителями средств массовой информации «гражданским бомбоубежищем», у сил Коалиции имелись доказательства того, что бункер используется как центр управления войсками (C2) Ирака, и им не было известно о том, что он одновременно использовался в качестве бомбоубежища для гражданских лиц. В соответствии с нормой международного права, известной как военная необходимость, которая разрешает нападения на сооружения, используемые противником для ведения войны, это была законная военная цель. У коалиционных сил не было обязательства воздерживаться от нападения на этот объект. Если бы коалиционные силы знали о том, что иракские гражданские лица находились там, они могли бы отложить нападение до того времени, когда гражданские лица покинули бы бункер (хотя право войны не требует этого). В соответствии с правом войны у Ирака было обязательство не допускать свое гражданское население к тому, что очевидно являлось военным объектом. Кроме того, Ирак мог бы обозначить это место как больницу, зону безопасности или нейтральную зону, как это предусматривается в статьях 14 и 15 Женевской конвенции IV. […]

B. Протокол свидетельских показаний, данных в Комитете по обороне палаты общин Великобритании в среду, 6 марта 1991 г.

[**Источник**: House of Commons Defence Committee Report on «Preliminary Lessons of Operation Granby», Minutes of evidence taken before the Defence Committee, March 6, 1991, p. 38.]

Г-н Джордж Робертсон (бывший министр обороны)

[…]

274. Могу ли я вернуться к вопросу, который я должен был бы задать в самом начале, когда мы говорили о структуре объединенного командования? Я прошу прощения за то, что в самом конце возвращаюсь к этому важному вопросу о распределении боевых задач и определении целей. Всегда ли по этому вопросу существовал консенсус между вами и вашими коллегами или бывали ли какие-нибудь случаи, когда вы принимали решение в силу каких-либо причин, что Королевским военно-воздушным силам не следует наносить удар по какой-то конкретной цели?

Вице-маршал авиации Рэттен (вице-маршал авиации В. Дж. Рэттен, кавалер «Ордена Бани» 3-й степени, кавалер «Ордена Британской империи» 2-й степени)

> Да, были такие случаи. В частности, когда вставал вопрос о побочном ущербе, и некоторые цели находились там, где любой сбой в системе оружия неизбежно привел бы к серьезному побочному ущербу, да, был один или два случая, однако я принял решение не наносить ударов по таким объектам, но их было мало, они редко встречаются и они, как мне казалось и как считали американцы, не играли — и это самое важное — решающей роли, то есть я хочу сказать, они не были необходимыми для победы. А если бы это было не так, тогда, к сожалению, независимо от того, какой побочный ущерб был бы причинен, надо было бы брать на себя ответственность за выбор этих целей и за удары по ним. Но к концу войны были, я думаю, два случая, когда я отказался от нападения и предпочел нанести удары по запасным целям.[...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Согласны ли вы с определением выбора целей, данным США?

2. Какие меры, принятые, как утверждается США, соответствуют Протоколу I? Какие из них идут дальше требований Протокола I? А какие не достигают стандартов, установленных Протоколом I?

3. Какие причины, выдвинутые в Докладе в связи с побочным ущербом и побочными ранениями, являются уважительными в соответствии с МГП? А какие из них неприемлемы в соответствии с МГП? (См. статьи 51, 52 и 57 Протокола I.)

4. a. Ни в Конвенциях, ни в Протоколах не упоминается принцип соразмерности как таковой: из какого *источника* можно вывести этот принцип? Кодифицированы ли в МГП последствия, вытекающие из принципа соразмерности?

   Допускаются ли в соответствии с этим понятием некоторые нападения, которые были бы запрещены МГП в других случаях? Может ли одна из сторон в конфликте сослаться на понятие военной необходимости для оправдания побочного ущерба? (См. статьи 51 (5) (b) и 57 (2) (a) (iii) Протокола I.)

b. Правильно ли утверждение, содержащееся в Докладе, о том, что МГП «запрещает причинение побочного ущерба гражданским объектам или ранений гражданским лицам, которые явным образом несоразмерны военному преимуществу, которое предполагается получить в результате нападения на военные объекты»? (См. статьи 51 (5) (b) и 57 (2) (a) (iii) Протокола I.)

c. Может ли общая цель кампании, такая как освобождение Кувейта, быть фактором, который учитывается при определении соразмерности, как это говорится в Докладе? (См. статьи 51 (5) (b) и 57 (2) (a) (iii) Протокола I.)

5. Какие меры предосторожности должны быть приняты сторонами в ходе международного вооруженного конфликта до начала нападения? (См. статьи 48, 50, 51, 57 и 58 Протокола I.)

6. Если военный объект находится в районе проживания гражданского населения, предоставляет ли это ему иммунитет от нападений? (См. статью 57 Протокола I.) По словам официальных лиц США, Ирак постоянно применял эту тактику. Как реагировала Коалиция на такую ситуацию? Наносили ли силы Коалиции удары по некоторым военных объектам, хотя они ожидали несоразмерных потерь среди гражданских лиц? Всегда ли силам Коалиции удавалось достичь консенсуса в отношении целей, определяемых для ударов в Ираке?

7. a. Можно ли с полным основанием утверждать, что иракская электроэнергетическая система была законным военным объектом? (См. Преамбулу, часть 5 и статью 52 (2) Протокола I.)

b. Могут ли силы Коалиции, исходя из понятия военного преимущества, определять, является ли объект военным объектом, исключительно для осуществления цели военного плана Коалиции, а именно освобождения Кувейта? Оценивалось бы военное преимущество по-другому, если бы целью сил Коалиции было не освобождение Кувейта, а оккупация территории в нарушение Устава ООН? (См. статью 52 (2) Протокола I.)

c. Было бы нападение на два самолета-истребителя, находящихся рядом с храмом Ура, законным, даже несмотря на тот факт, что храм мог быть разрушен? (См. статьи 52 (2) и 53 Протокола I.)

d. Был ли бункер аль-Амария законным военным объектом, если описание, приведенное в Докладе, соответствует истине? Как следова-

ло бы поступить силам США, если бы они знали, что в бункере есть гражданские лица? (См. статьи 52 (2) и 57 Протокола I.)

8. a. Нарушил ли Ирак, разместивший военные объекты среди гражданских объектов, как это утверждается в Докладе, Протокол I? Какие примеры такого смешения военных объектов и гражданских объектов являются нарушением МГП, а какие — нет? В связи с какими нападениями упоминается в Докладе статья 28 Конвенции IV — с нападением на Ирак, на Кувейт или и с тем и с другим? Являются ли кувейтские гражданские лица, как и иракские гражданские лица, покровительствуемыми лицами в соответствии со статьями 4 и 28 Конвенции IV? Каковы правовые обязанности нападающего, если обороняющаяся сторона использует гражданских лиц или гражданские объекты для прикрытия военных объектов? В каких случаях нападение запрещено? Какие дополнительные меры предосторожности должны быть приняты? (См. статьи 18 (6) и 28 Конвенции IV и статьи 51 (7) и (8) Протокола I.)

   b. Обязанность сводить к минимуму побочные ущерб и ранения лежит как на нападающей, так и на обороняющейся стороне? Есть ли у обороняющейся и у нападающей стороны обязанность не располагать военные объекты в районах проживания гражданского населения? Если военные объекты находятся там, где проживает гражданское население, должны ли власти построить бомбоубежища для гражданского населения? Следовало ли иракскому правительству эвакуировать жителей Багдада для того, чтобы защитить гражданское население? (См. статьи 48, 51, 57 и 58 Протокола I.)

   c. Являются ли статьи 51 (7) и 58 Протокола I обычным международным правом? Предусматривают ли эти два положения одинаковый уровень обязательств?

   d. Обязывает ли статья 58 Протокола I обороняющуюся сторону удалить гражданское население из мест расположения военных объектов?

9. Если бы не было положения статьи 52 (3) Протокола I, что бы делала нападающая сторона в случае сомнений относительно военного характера объекта? Можно ли ей в такой ситуации осуществить нападение на этот объект? Лежит ли на обороняющейся стороне «бремя определения точного использования объекта»? Если военные объекты маскируются под гражданские объекты, является ли это нарушением МГП? Какие формы маскировки являются незаконными? (См. статьи 52 (1) и (2) и 57 Протокола I.)

10. Если бы цели, по которым вице-маршал авиации Рэттен решил не наносить ударов, были «необходимыми для победы», действительно ли он согласился бы с нападением, как он заявил, «независимо от того, какой побочный ущерб был бы причинен»? (См. статьи 51 (4) и (5), 52 (2) и 57 Протокола I.)

11. Помня о том, что ни США, ни Ирак не ратифицировали Дополнительный протокол I, можно ли сказать, что его положения, упоминаемые выше, не имели никакого значения? Может быть, США и Великобритания просто применяли существующее ранее обычное право? А может быть, на их оценку обычного права повлиял Протокол I?

Прецедент № 151, США, Капитуляция в войне в Персидском заливе

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: «United States: Defense Department Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War — Appendix O on the Role of the Law of War» (April 10, 1992) in ILM, vol. 31, 1992, p. 612, pp. 641–44. См. http://www.ndu.edu/library/epubs/cpgw.pdf на английском языке.]

ПОНЯТИЕ КАПИТУЛЯЦИИ ПРИ ВЕДЕНИИ БОЕВЫХ ДЕЙСТВИЙ

Право войны обязывает сторону в конфликте принять сдачу в плен лиц из состава вооруженных сил противника и затем обращаться с ними в соответствии с положениями Женевских конвенций 1949 г. о защите жертв войны. Статья 23 (г) Гаагской конвенции IV запрещает не давать никому пощады, то есть отказаться принять сдачу в плен противника, а другие положения этого договора касаются использования флага перемирия и капитуляции.

Однако в праве войны существует пробел в том, что касается точного определения того, когда сдача в плен действительно имеет место и как она может быть осуществлена практически. Сдача в плен включает предложение сдающейся стороны (подразделения или отдельного солдата) и возможность принять его со стороны противника. Последний не может отвергнуть предложение сдаться в плен, когда с ним установлена связь, но эту связь следует установить тогда, когда такое предложение можно принять и действовать соответствующим образом, о желании сдаться в плен во время жестокого сражения нелегко сообщить и нелегко принять такое предложение. Вопрос в общем заключается в разумности и здравом смысле.

Боевое подразделение, участвующее в вооруженном конфликте, не обязано предлагать своему противнику возможность капитулировать до начала наступления. Однако чтобы свести к минимуму потери среди иракцев и личного состава сил Коалиции, Коалиция провела кампанию серьезных психологических операций с целью побудить иракских солдат сдаться в плен до начала сухопутного наступления сил Коалиции. После того как наступление началось, Коалиция старалась как можно скорее одержать победу над иракскими силами, чтобы свести к минимуму потери в рядах коалиционных войск. Между тем силы Коалиции продолжали принимать законные предложения иракцев о капитуляции в соответствии с правом войны. Огромное число иракских военнопленных является свидетельством того, что Коалиция выполняла свои обязательства по праву войны в отношении капитулирующих частей и подразделений.

Ситуация возникла в ходе операции «Буря в пустыне», в отношении которой стали высказываться сомнения после завершения конфликта. Два конкретных случая касались прорыва силами Коалиции линии обороны Ирака и нападения на части иракских вооруженных сил, покидающие город Кувейт. Ни в одной из этих ситуаций подразделения Ирака не заявляли о желании капитулировать, но необходимо обсудить каждую из них в контексте концепции капитуляции в соответствии с правом войны.

[Б]ыстрый прорыв иракской обороны в глубину был крайне важен для успеха сухопутной операции Коалиции. Когда она началась, Ирак еще не использовал в боевых действиях свои военно-воздушные силы или армейскую авиацию, еще не были уничтожены иракские «Скады», и, что очень важно, все еще существовала возможность того, что Ирак применит химическое оружие. Не было точно известно, сработал ли план мероприятий Коалиции по введению противника в заблуждение и оставался ли еще элемент неожиданности в действиях Коалиции, кроме того, не имелось точной информации относительно численности и морального состояния иракских солдат, ведущих оборону. Принимая во внимание такую неопределенность и необходимость свести к минимуму потери среди личного состава войск США и других стран Коалиции, военная необходимость требовала проведения максимально стремительной и интенсивной атаки на передовые части иракской обороны.

Основное усилие VII корпуса заключалось в проделывании проходов в иракской линии хорошо оборудованной обороны в фортификационном отношении. Главная военная задача была дана 1-й пехотной (механизированной) дивизии. Она заключалась в том, чтобы осуществить прорыв иракских оборонительных позиций как можно быстрее, расширить и удержать участок прорыва и провести 1-ю танковую дивизию Великобритании через линии обороны для продолжения наступления на иракские силы.

Для завершения операции по прорыву с предварительной подготовкой 1-я пехотная (механизированная) дивизия выдвинулась вперед и преодолела инженерные заграждения, установленные иракцами. В ходе этого этапа наступления многие иракцы сдались и были взяты в плен. После этого дивизия атаковала позиции, где находились другие иракские солдаты. Перейдя эти позиции, дивизия повернула отвалы своих танков и боевые транспортно-землеройные машины вдоль иракской линии обороны и под прикрытием огня своих боевых машин пехоты М-2/-3 начала засыпать окопы и хорошо укрепленные огневые сооружения.

В ходе этой операции еще много иракцев сдались в плен дивизии, другие погибли в ходе нападения на их оборонительные сооружения и их уничтожения и сравнивания с землей.

К ночи дивизия прорвала оборону Ирака, укрепила свои позиции и подготовилась к проведению 1-й танковой дивизии Великобритании через позиции. В плен были взяты тысячи иракских солдат, потери сил США были очень незначительными.

Тактика, используемая 1-й пехотной (механизированной) дивизией, привела к тому, что много иракских солдат погибли на своих оборонительных позициях, поскольку эти позиции разравнивались бульдозерами. В операциях по прорыву обороны корпуса морской пехоты по направлению его продвижения в Кувейт использовалась другая, но также юридически приемлемая техника наступления с использованием огня, рукопашного боя и подрыва оборонительных позиций противника. И та, и другая тактика полностью соответствует праву войны.

Тактика, заключающаяся в использовании бронированных машин против находящихся в окопах и траншеях солдат, была распространена со времени первого использования бронированной машины в боевых действиях. Тактика применения бронированных машин для того, чтобы раздавить или зарыть в землю солдат противника, обсуждалась в течение короткого времени в ходе переговоров по заключению Конвенции ООН о конкретных видах обычного оружия, которые проходили в Женеве с 1978 по 1980 г. и в которых Соединенные Штаты принимали участие, как и более 100 других государств. Этот вопрос не был урегулирован в Конвенции, однако участники признали, что такова общепринятая и давно существующая тактика, полностью соответствующая праву войны.

В нашем случае военная необходимость требовала интенсивного и стремительного наступления. Если бы операция по прорыву обороны была остановлена, действия VII корпуса, направленные на достижение основной цели, были бы предприняты с задержкой или, что еще хуже, не принесли бы нужных результатов. Это имело бы пагубные последствия для всей сухопутной операции, увеличивая время, необходимое для осво-

бождения Кувейта, и увеличивая общее число потерь в войсках Коалиции. Как было изначально сформулировано в Приказе № 100 по армии США (1863 г.), известном как Кодекс Либера, военная необходимость заключается в «необходимости принятия таких мер, без которых нельзя обойтись для достижения целей войны и которые являются законными в соответствии с современным правом и практикой войны…[Она] допускает любое прямое лишение жизни вооруженных противников или нанесение им повреждений». Развиваясь с тех пор посредством практики государств, право войны наложило ограничения на применение силы против комбатантов противника в очень ограниченных по числу обстоятельствах (например, первое применение химического или бактериологического оружия). Во время операций по прорыву обороны в ходе «Бури в пустыне» ни об одном из этих ограничений не шла речь.

Принципом права войны, дополнительным к принципу военной необходимости, является принцип излишних страданий (излишних повреждений). Этот принцип не запрещает боевые действия, которые являются законными во всех остальных отношениях, например, такие, которые использовала 1-я пехотная (механизированная) дивизия.

В ходе операций по прорыву обороны иракцам было предложено капитулировать, о чем свидетельствует большое число военнопленных, захваченных дивизией. Однако солдаты должны продемонстрировать свое намерение сдаться в плен явным образом и недвусмысленно, причем сделать это быстро. Ведение боя из укрепленных огневых сооружений не является проявлением намерения сдаться в плен, и солдат, который сражается до самого последнего момента, сознательно подвергает себя определенной опасности. Его противник может не увидеть, что он сдается в плен, может не опознать его действия как попытку сдаться в плен в пылу и хаосе сражения и ему может быть трудно (если не невозможно) остановить стремительную атаку для того, чтобы принять капитуляцию солдата, решение о которой тот принял в последнюю минуту.

Именно в такой обстановке происходил прорыв оборонительных рубежей Ирака. Сценарий, с которым столкнулись силы Коалиции и который описан здесь, иллюстрирует трудности при определении и осуществлении капитуляции. Тем не менее тактика прорыва, использованная армией и морской пехотой США, которым была дана эта боевая задача на осуществление штурма, полностью соответствовала обязательствам США по праву войны.

Ночью 27 февраля Центральное командование получило донесение о том, что в городе Кувейт наблюдается концентрация техники. Был сделан вывод, что иракские силы готовятся к выходу из города под прикрытием темноты. Центральное командование было обеспокоено передислокаци-

ей иракских сил в городе Кувейт, опасаясь, что они могут соединиться с подразделениями Республиканской гвардии к югу от города, предоставив им подкрепление, и попытаются остановить продвижение сил Коалиции или еще каким-либо образом будут представлять для них опасность. Концентрация иракских военнослужащих и техники, в том числе танков, требовала нападения. Центральное командование приняло решение не нападать на иракские силы в городе Кувейт, поскольку это могло привести к значительному побочному ущербу, который может быть нанесен кувейтскому гражданскому имуществу, и заставить оставшиеся иракские подразделения организовать оборону в городе, а не выходить из него. Иракские подразделения, оставшиеся в городе Кувейт, могли вынудить Коалиционные силы начать боевые действия в городских условиях, что могло очень дорого обойтись нападающей стороне, обороняющейся стороне, мирным жителям и гражданским объектам.

Было принято решение разрешить иракским силам покинуть город и вступить с ними в бой в ненаселенном районе к северу от столицы. После выхода из города иракские войска были остановлены минными заграждениями, установленными вдоль магистрали перед колонной и позади нее. Удары с воздуха по машинам, попавшим в ловушку, начались около двух часов. На следующее утро руководство Центрального командования увидело результаты. Более 200 танков попали в засаду и были уничтожены, как и сотни других военных машин и гражданских транспортных средств, конфискованных или захваченных иракскими силами для осуществления своей передислокации. Автомобили были полны имущества, награбленного у жителей Кувейта: радиоэлектронное оборудование, одежда, драгоценности, плейеры для проигрывания компакт-дисков, магнитофоны и деньги — результаты иракского мародерства в Кувейте.

В течение всей сухопутной операции листовки, разбрасываемые Коалицией, предупреждали иракских солдат, что их танки и другие транспортные средства станут объектами нападений, но что на иракских солдат нападения не будут совершаться, если они оставят свои машины. Это был еще один способ, которым силы Коалиции пытались свести к минимуму потери иракцев, призывая их к переходу на сторону противника и (или) сдаче в плен. Когда колонна автомашин была остановлена минными заграждениями, установленными по ходу продвижения иракских сил, большинство иракских солдат сразу же покинули свои машины и убежали в пустыню, спасаясь от нападения.

После операции «Буря в пустыне» в связи с действиями сил Коалиции были поставлены некоторые вопросы, очевидно на основании предположения, что иракские силы отходили. Нападение полностью соответствовало военной доктрине и праву войны. Право войны разрешает нападения на комбатантов противника и его технику в любое время, где бы они

ни находились, независимо от того, продвигаются ли они вперед, отступают или находятся на месте. Отступление не означает, что на них нельзя нападать. На уровне небольшого подразделения, например, личный состав нападающего подразделения после захвата объекта и захвата позиции обучается вести огонь по отступающему противнику для того, чтобы не допустить контрнаступления.

Нападения на отступающие силы противника всегда были распространенной практикой на протяжении всей истории. При отступлении из России Наполеон понес свои самые серьезные потери, то же самое случилось более чем через столетие с вермахтом Германии. Профессиональные военные признают, что отступающие войска остаются опасной силой. Первая дивизия морской пехоты с приданными ей сухопутными силами США и британскими морскими пехотинцами численностью в 4 тысячи человек во время известного марша 1950 г. от Чосинского водохранилища в Северной Корее, ведя боевые действия с превосходящим ее в четыре раза по численности противником, превратила свое «отступление» в сражение, в ходе которого нанесла поражение пытавшимся уничтожить ее 20-й и 26-й китайским армиям, подобно Ксенофонту и его «бессмертным 10 тысячам», прошедшим со сражениями через враждебные персидские войска к Черному морю в 401 г. до н.э.

В нашем случае ни о составе, ни о взаимодействии частей и подразделений, ни о намерении иракских вооруженных сил, участвовавших в боевых действиях, не было ничего известно в момент нападения. Не было такого случая, когда какой-либо элемент формирования заявил о желании капитулировать. Центральное командование не обязано было в соответствии с правом войны предложить иракским войскам сдаться в плен до начала нападения.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Какие положения МГП касаются сдачи в плен лиц из состава вооруженных сил противника? Кто считается hors de combat? При каких обстоятельствах? (См. статью 23 (в) и (г) Гаагского положения, статьи 4 и 13 Конвенции III и статью 41 (2) Протокола I.)

2. a. Почему в Докладе Министерства обороны упоминаются Конвенции и Гаагское положение, но не Протокол I?

   b. Даже без применения Протокола I разве не те же самые нормы применимы к действиям США в этих двух случаях? (См. статьи 4 и 13 Конвенции III и статьи 41 (2), 43 и 44 Протокола I.) Является ли даже необходимой статья 41 (2) Протокола I?

3. a. Согласны ли вы с определением, данным Министерством обороны США и состоящим из двух частей: « [с] дача в плен включает предложение сдающейся стороны [...] и возможность принять его со стороны противника»? Какого рода предложение должно быть сделано? Какого рода сообщение? Кто решает, существует ли возможность принять капитуляцию? На основе каких факторов принимается такое решение? Существуют ли четкие и объективные критерии для принятия решения?

   b. Действительно ли вопрос о сдаче в плен — это вопрос разумности? Как определить эту разумность? С чьей точки зрения? И при каких обстоятельствах? Требуется ли для этого уравновесить излишние страдания — и излишние повреждения — и военную необходимость? Являются ли критерии, используемые для оценки этих факторов, четкими? Могла бы военная необходимость когда-либо перевесить безоговорочную капитуляцию? (См. статью 41 (2) (b) Протокола I.)

4. Считается ли тактика, при применении которой комбатанты противника оказываются раздавленными или закопанными в землю, вызывающей излишние страдания? (См. **Прецедент № 64**, США, Юридический меморандум: применение лазеров в качестве оружия для поражения живой силы.) Если сравнить их со страданиями, вызываемыми законным ведением артиллерийского огня по тем же самым позициям? На основании каких факторов могут оцениваться необходимость и степень страданий? (См. статью 35 (2) Протокола I.)

5. a. Если выбранная тактика делает почти невозможной капитуляцию с практической точки зрения, не является ли она фактически равноценной отказу предоставить пощаду в нарушение МГП? Не такой ли была ситуация в первом случае, описанном в Докладе?

   b. Должна ли нападающая сторона постоянно предоставлять солдатам противника возможность сдаться в плен?

   c. Должна ли капитуляция приниматься во всех случаях, когда о желании сдаться заявлено и когда противник знает об этом?

   d. Должно ли нападение на военный объект, например, военные казармы, осуществляемое с применением группового оружия (воздушные бомбардировки или артиллерийский обстрел), прекратиться сразу же, когда несколько солдат противника сдадутся? (См. **Прецедент 75**, Британский военный трибунал в Гамбурге, Судебный процесс по делу о грузовом пароходе «Пелеус» («Peleus» [См. раздел 6].) Как толь-

ко все солдаты противника сдадутся? Есть ли, с точки зрения МГП, разница между артиллерийским огнем и сравниванием с землей позиций противника?

e. Если бы какие-либо раненые и больные иракские солдаты находились в окопах, которые разравнивались военной техникой, не были бы эти действия незаконным нападением на раненых и больных? (См. статьи 12 и 50 Конвенции I.)

f. Должны ли бы были американцы постараться разыскать в иракских позициях, которые разравняла техника, пострадавших и убитых, как только закончился бой в районе этих позиций? (См. статью 15 Конвенции I.)

6. Должны ли комбатанты делать какой-то официально установленный жест, указывающий на их желание сдаться в плен, например, поднять руки или бросить оружие, для того чтобы их можно было считать hors de combat? Должны ли комбатанты всегда поступать таким образом? Даже больные, раненые и лица, потерпевшие кораблекрушение? Что, если они уже и так беззащитны? Всегда ли практически возможна формальная капитуляция? (См. статью 41 (2) Протокола I.)

7. Согласны ли вы с оценкой, данной США историческим фактам, касающимся нападений на отступающие армии противника? Означает ли это, что и сегодня такие действия допустимы? Если да, то допустимо ли было нападать на иракские силы, покидающие Кувейт?

b. Во втором случае, описанном в Докладе, изменилась ли ситуация после того, как солдаты оказались в западне? Можно ли было считать иракцев hors de combat? Если да, то являлись ли удары с воздуха серьезным нарушением МГП? Военным преступлением? (См. статью 130 Конвенции III и статью 85 Протокола I.)

8. Свидетельствует ли большое число захваченных военнопленных о том, что США соблюдали положения МГП, касающиеся лиц hors de combat? И все же не могло бы их быть еще больше?

Прецедент № 152, Компенсационная комиссия ООН, Рекомендации

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: UN Doc. S/AC.26/1994/1 (May 26, 1994); примечания не приводятся. См. http://www.un.org.]

РЕКОМЕНДАЦИИ ГРУППЫ УПОЛНОМОЧЕННЫХ ПО ПРЕТЕНЗИЯМ ОТДЕЛЬНЫХ ЛИЦ В ОТНОШЕНИИ СЕРЬЕЗНОГО ФИЗИЧЕСКОГО УВЕЧЬЯ ИЛИ СМЕРТИ (ПРЕТЕНЗИИ КАТЕГОРИИ B)

[…]

II. ЮРИДИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ

[…]

A. Юрисдикция

Переданные этой Группе претензии — это претензии отдельных лиц, претендующих на фиксированные выплаты на том основании, что непосредственно в результате незаконного вторжения Ирака и оккупации им Кувейта им было причинено серьезное физическое увечье или они лишились супруга, ребенка или одного из родителей.
[…]

2. *Ratione personae* (юрисдикция по кругу лиц)

[…]

b) Претензии, поданные служащими кувейтских вооруженных сил или вооруженных сил коалиции союзников либо от их имени

В соответствии с решением 11 Совета управляющих:

> «…военнослужащие вооруженных сил коалиции союзников не могут претендовать на получение компенсации в отношении потери или увечья, понесенных в результате их участия в военных операциях коалиции против Ирака, за исключением тех случаев, когда выполняются следующие три условия:

a) компенсация присуждается в соответствии с уже принятыми общими критериями; и

b) они были взяты в плен в результате их участия в военных операциях коалиции против Ирака в ответ на его незаконное вторжение в Кувейт и его оккупацию; и

c) потеря или увечье явились результатом жестокого обращения в нарушение норм международного гуманитарного права (в том числе Женевских конвенций 1949 г.)».

Вооруженные силы коалиции союзников начали создавать спустя несколько дней после оккупации Кувейта Ираком, и в дальнейшем в районе Персидского залива были размещены подразделения сухопутных войск, а также военно-воздушных и военно-морских сил из 28 стран, включая Кувейт.

В числе претензий в отношении серьезного физического увечья или смерти служащих кувейтских вооруженных сил несколько претензий касалось событий, происшедших непосредственно в день вторжения (2 августа 1990 г.) или в течение нескольких последующих дней. Группа считает, что изъятие в отношении компенсации, содержащееся в решении 11, на этих заявителей не распространяется, поскольку вооруженных сил коалиции союзников в то время не существовало. По мнению Группы, эти претензии подлежат компенсации, поскольку серьезное физическое увечье или смерть явились прямым следствием вторжения Ирака и оккупации им Кувейта.

Претензии были также поданы в отношении серьезного физического увечья или смерти кувейтских военнослужащих, в том числе участников кувейтского сопротивления, в самом конце указанного срока. Группа считает, что изъятие из компенсации, предусмотренное решением 11 Совета управляющих, распространяется только на личный состав подразделений кувейтских вооруженных сил, подчинявшихся командованию вооруженных сил коалиции союзников. По этой причине решение 11 неприменимо к участникам кувейтского сопротивления или другим военнослужащим, которые остались на кувейтской территории и которым в результате вторжения Ирака и оккупации им Кувейта были причинены серьезное физическое увечье или смерть. Поэтому Группа рекомендует выплачивать компенсацию и в этих случаях. […]
[…]

d) Безвестное отсутствие

Некоторые претензии в отношении смерти были поданы родственниками людей, которые, по всей видимости, без вести пропали в период вторжения Ирака и оккупации им Кувейта. Эти семьи наводили справки и обращались с запросами в Международный Комитет Красного Креста, но так и не смогли ничего узнать об участи или местонахождении исчезнувших родственников. Группа рекомендует присуждать компенсацию в тех случаях, когда из представленной документации можно презюмировать, что «безвестно отсутствующее» лицо умерло.

В тех случаях, когда Группа не смогла сделать вывод о том, что «безвестно отсутствующее» лицо умерло, Группа считает невозможным рекомендовать на данном этапе выплату компенсации и предлагает представить новую претензию, если семья получит подтверждение смерти. […]
[…]

5. Увечье или смерть, связанные с действиями неиракских властей

Группе был представлен ряд претензий от лиц, которые утверждали, что они были арестованы в Кувейте кувейтскими властями за несколько дней до 2 марта 1991 г. и затем интернированы в Саудовскую Аравию, где были помещены в лагеря для иракских военнопленных. Некоторые из таких заявителей утверждали, что их пытали надзиратели этих лагерей. Все такие заявители имели иорданские паспорта.

Ряд других претензий был представлен иорданскими гражданами, проживавшими в Кувейте до иракского вторжения, в отношении телесных повреждений или смерти, якобы причиненных в результате действий кувейтских граждан или властей, в частности в результате жестокого обращения в местах лишения свободы. Этот вопрос был поставлен в докладах по статье 16 следующим образом:

> «Значительное число заявителей претензий по категории «B» предъявили претензии, в которых утверждается, что они содержались под стражей или подверглись жестокому обращению в Кувейте после 2 марта 1991 г.».

Группа рассмотрела замечания, представленные по этому вопросу несколькими правительствами, в том числе правительством Ирака.

Все эти претензии порождают вопрос о том, могут ли истребуемые потери и убытки рассматриваться в качестве «прямого» результата вторжения Ирака и оккупации им Кувейта, иными словами, можно ли их отнести на счет действий Ирака.

Группа полагает, что в таких случаях «прямая» связь с вторжением в Кувейт и его оккупацией отсутствует, поскольку указанные действия были совершены властями или лицами, не контролируемыми иракскими властями, и в местах за пределами их юрисдикции.

Кроме того, по мнению Группы, эти действия не охватываются пунктом 18 решения 1, где говорится о том, что заявителям претензий может быть выплачена компенсация в отношении серьезных физических увечий, причиненных в результате «военных операций или угрозы военных действий с любой стороны в период с 2 августа 1990 г. по 2 марта 1991 г.», поскольку действия, причинившие вред, в данном случае не могут рассматриваться в качестве «военных операций».

Таким образом, признавая тот факт, что заявители этой группы представили вполне обоснованные претензии и что в соответствии с общими принципами права такие заявители имели бы право претендовать на компенсацию увечий или смерти, Группа не может рекомендовать для них выплату компенсации из Компенсационного фонда.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. В соответствии с МГП, кто должен предоставлять компенсацию и когда? Кто имеет право на компенсацию? (См. статью 3 Гаагской конвенции IV, статьи 51/52/131/148 четырех Женевских конвенций соответственно и статью 91 Протокола I.)

2. a. Кто и когда должен предоставить компенсацию, по мнению Компенсационной комиссии ООН? Кто имеет право на получение компенсации? Соответствует ли решение 11 МГП?

   b. Должна ли компенсация выплачиваться семье за погибшего родственника, но не за родственника, пропавшего без вести? Разве в обеих ситуациях семьи не несут потери? Что, если доказательство смерти пропавшего без вести родственника никогда не будет обнаружено? Не означает ли это, что семья никогда не получит компенсации в такой ситуации? (См. статьи 32 и 33 Протокола I.)

3. a. Выплачивается ли в соответствии с МГП компенсация только за те нарушения МГП, которые совершаются государством-агрессором? Разве не все государства — участники конфликта (и Конвенций) обязаны соблюдать МГП и несут ответственность за выплату компенсации за его нарушения?

   b. Согласны ли вы с Комиссией в том, что не существует «прямой» связи между ранениями иорданцев и вторжением в Кувейт и его оккупацией? Существовали бы, например, лагеря для иракских военнопленный, где были интернированы и получили ранения иорданцы, если бы Ирак не вторгся в Кувейт?

   c. Соответствует ли МГП пункт 18 решения 1, цитируемый Комиссией? Что является «военной операцией»? Касаются ли положения МГП только «военных операций»?

   d. Комиссия признала претензии иорданцев хорошо обоснованными, поэтому нет ли у них права на компенсацию в соответствии с МГП? Если да, то кто ее должен выплатить?

4. Может ли компенсация должным образом возместить противоправное лишение жизни? Как можно установить правильную и справедливую сумму?

XXIV. Третья война в Персидском заливе

Прецедент № 153, США/Великобритания, Ведение войны 2003 г. в Ираке

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Хьюман Райтс Вотч. Мимо цели: методы ведения войны и гражданские потери в Ираке (2003) (примечания не приводятся), см. http://www.hrw.org (на английском языке, а также краткое содержание доклада на русском языке).]

II. ВЕДЕНИЕ ВОЗДУШНОЙ ВОЙНЫ

Серьезные потери среди гражданского населения в ходе воздушной войны имели место во время ударов авиации США по предполагаемым местам нахождения иракского руководства. [...]

Силы Коалиции прилагали значительные усилия для того, чтобы обеспечить защиту гражданских лиц во время воздушной войны, среди прочего они использовали больше боеприпасов с точным наведением при нападениях на объекты, расположенные в населенных районах, и в целом внимательно подходили к выбору целей. Соединенные Штаты и Соединенное Королевство признавали, что только использования боеприпасов с точным наведением было недостаточно для обеспечения должной защиты гражданским лицам. Они применяли другие методы с целью свести к минимуму потери среди гражданского населения, например, бомбардировки ночью, когда существовало меньше вероятности, что мирные жители окажутся на улицах, использование проникающих бомб и замедленных взрывателей, для того чтобы основная часть разрушений, вызываемых ударной волной и осколками, ограничивалась районом удара, и использование таких углов атаки, которые принимали во внимание расположение гражданских объектов, например, школ и больниц.

Краткий обзор воздушной войны

Война в Ираке началась в 3.15 утра 20 марта 2003 г. с попытки «обезглавить» иракское руководство, убив Саддама Хусейна. Этот неудачный удар с воздуха не являлся частью долгосрочного планирования, а был ударом по внезапно появившейся выгодной цели, разведданные о которой поступили в последний момент и которые в конце концов оказались неправильными.

Полномасштабная воздушная война началась приблизительно в 18.00 того же дня с воздушной бомбардировки Багдада и иракской объединенной системы противовоздушной обороны. В ночь на 21 марта военно-воздушные силы Коалиции нанесли удары по целям в Басре, Мосуле, Аль-Хилле и еще в некоторых населенных пунктах Ирака. Ночью 21 марта боеприпасы с точным наведением начали уничтожать правительственные здания в столице Ирака. После того, как песчаные бури 25 марта остановили наступление на суше, удары с воздуха начали наноситься и на дивизии Республиканской гвардии к югу от Багдада, но бомбардировки Багдада также продолжались. Ночью 27 марта силы США нанесли удар по телекоммуникационным сооружениям.

Дневные бомбардировки Багдада начались 31 марта, а отдельные части и подразделения Республиканской гвардии приняли на себя главный удар с воздуха, цель которого заключалась в том, чтобы освободить дорогу для наземных сил США. Бомбовые удары по правительственным зданиям в основном прекратились к утру 3 апреля, когда был взят аэропорт, но удары по подразделениям Республиканской гвардии продолжались. Самолеты непосредственной авиационной поддержки 5 апреля пролетели над Багдадом, чтобы поддержать боевые действия наземных войск. В тот же день Соединенные Штаты нанесли бомбовый удар по дому Али Хасана аль-Маджида (известного как Химический Али), который по имеющимся сведениям находился в Басре. 7 апреля целью нападений с воздуха стали Саддам Хусейн и другие иракские лидеры в Багдаде. 9 апреля Багдад пал.

Оценка сопутствующего ущерба

В военных кругах США термин «сопутствующий ущерб» употребляется для обозначения вреда, нанесенного гражданским лицам и гражданским структурам в ходе нападения на военный объект. Оценка сопутствующего ущерба (ОСУ) является частью формального процесса определения целей для удара в вооруженных силах США и обычно проводится заблаговременно для каждой цели. Поскольку ОСУ влияет на выбор целей, оружия и даже времени и угла нанесения удара, она является наилучшим средством для того, чтобы свести к минимуму потери среди гражданского населения и другой ущерб во время нанесения ударов с воздуха.

Военно-воздушные силы США проводят оценку сопутствующего ущерба, используя компьютерную модель, разработанную для определения оружия, взрывателя, угла атаки и времени суток, которые могут обеспечить максимальное воздействие на цель при минимальных потерях среди гражданского населения. Как сообщалось, министр обороны Дональд Рамсфельд сам должен был давать разрешение в отношении каждой цели, в результате нападения на которую, в соответствии с оценкой сопутствующего ущерба, потери могли составить более 30 гражданских лиц.

Насколько тщательно в Военно-воздушных силах США оценивался сопутствующий ущерб, причиняемый в результате наносимых в Ираке ударов? Оценка проводилась «крайне тщательно», — таков был ответ одного из высокопоставленных лиц в Центральном командовании США. Он заявил организации «Хьюман Райтс Вотч»:

> «предмет основной озабоченности при ведении войны — вопрос о том, как это сделать при абсолютно минимальных потерях среди гражданского населения. ...Прежде всего необходимо было добиться желаемого воздействия на цель. ...Затем надо было для достижения этой цели использовать оружие минимально возможной мощи. В ходе выполнения этих задач вопрос о сопутствующем ущербе мог стать одним из тех, которые влияли на выбор оружия. ...В отношении всех объектов, заранее намеченных в качестве объектов нападения, была проведена оценка сопутствующего ущерба за много месяцев до того, как началась сама война. ...В отношении вновь появляющихся целей мы также проводим ОСУ, но делаем это очень быстро. Компьютерные программы давали возможность быстро смоделировать сопутствующий ущерб».

Удары, которые в соответствии с оценкой сопутствующего ущерба имели высокие показатели, подвергались дополнительному рассмотрению. По словам другого высокопоставленного лица из Центрального командования,

> «в Центральном командовании имелся перечень из 24–28 целей с высокими показателями ОСУ, которые вызывали нашу обеспокоенность. ...Они непосредственно относились к управлению иракскими силами. Буш постоянно получал информацию о них [целях с высокими показателями ОСУ]. Он понимал, что это за цели, каково было их использование и что даже при оптимальных обстоятельствах будет такое-то число жертв среди гражданского населения. Это был перечень с высокими показателями СУ. Изначально, когда мы начали наведение на цели с высокими показателями сопутствующего ущерба, таких точек было более 11 тысяч. От многих из них отказались, против некоторых были применены другие средства поражения. Мы нанесли удары по 20 таким целям с высокими показателями сопутствующего ущерба».

Решения о нанесении ударов по вновь установленным объектам нападения также тщательно взвешивались, хотя процесс протекал гораздо быстрее. Стэнли Маккристал, генерал-майор сухопутных сил США и заместитель начальника оперативного управления Объединенного комитета начальников штабов, разъяснил ситуацию следующим образом:

«Обычно существует тщательно разработанная процедура, если есть много времени для оценки этого [объектов нацеливания]. …[П]отом мы разрабатываем определенные процессы, как, например, наведение на цели, подлежащие срочному уничтожению. Это когда речь идет о поражении вновь появляющейся цели и нет времени для сложного процесса проверки. Все равно проводится правовая оценка, но это сильно ускоренный процесс, потому что есть быстропроходящие цели, которые подлежат срочному уничтожению, но они все соответствуют заранее установленным критериям».

Появляющиеся цели

[…] Появляющиеся цели возникают в ходе военных действий, и в отношении таких объектов не составляются планы до начала войны. К ним относятся цели, подлежащие срочному уничтожению, которые являются быстропроходящими по своему характеру (например, руководство), силы противника на позициях, мобильные объекты и другие выгодные внезапно появившиеся цели. […]

Порочная методика определения целей

Соединенные Штаты направили удары по некоторым иракским лидерам, определив их местонахождение при помощи глобальной системы определения координат, опираясь на данные радиоперехвата в системе спутниковой телефонной связи Турайя. Спутниковые телефоны Турайя используются по всему Ираку и Ближнему Востоку. В них есть микросхема GPS, которая позволяет американской службе разведки проследить местонахождение этих телефонов. Координаты телефонов использовались для нанесения ударов по иракскому руководству.

Целенаведение на основе геокоординат, полученных при помощи спутниковых телефонов, превратили оружие точного наведения в потенциально неизбирательные виды оружия. В соответствии с информацией изготовителя глобальная система определения координат Турайя дает достоверные данные только в радиусе 100 метров (328 футов). Таким образом, степень точности определения места, откуда был сделан звонок, не могла превышать 100 метров в радиусе; человек, использующий телефон, мог находиться в любой точке площади в 31 400 м^2. Это ставит вопрос о том, каким образом Центральное командование знало, куда направлять удар, если площадь, на которой находился объект нападения, была столь велика. Суть заключается в том, что неточные координаты цели использовались для программирования высокоточных управляемых боеприпасов.

Более того, непонятно, как Центральное командование устанавливало связь конкретного телефона с конкретным лицом; определялось местоположение телефона, а не лица. Возможно, Центральное командование создало базу данных голосов, которые можно было при помощи компьютера сравнить с голосом пользователя телефоном.

Иракцы могли использовать технику введения противника в заблуждение, чтобы помешать исполнению планов американцев. Было хорошо известно, что Соединенные Штаты использовали перехват телефонных разговоров в сети Турайя, пытаясь обнаружить членов Аль-Каиды. Центральное командование так опасалось того, что иракцы станут использовать возможности сети Турайя для перехвата и применят это против сил США, что в начале апреля 2003 г. оно приказало своим войскам прекратить использовать телефоны системы Турайя. Оно заявило: «Недавние донесения разведки указывают на то, что услуги системы спутниковых телефонов Турайя могли быть скомпрометированы. По этой причине использование телефонов системы Турайя было прекращено в районе боевых действий в Ираке. Телефоны сейчас связаны с риском с точки зрения обеспечения безопасности для частей и личного состава в районе боевых действий». Очень вероятно, что иракские лидеры предположили, что Соединенные Штаты пытаются выследить их при помощи телефонов Турайя и поэтому, возможно, обманули американскую разведку.

Соединенные Штаты, несомненно, пытались использовать и другие источники для определения координат спутниковых телефонов. Однако, судя по результатам, точную подтверждающую информацию получить было трудно, если не абсолютно невозможно, и дополнительные методы выслеживания иракских лидеров были так же ненадежны, как и спутниковые телефоны.

Средства космической разведки и радиоэлектронная разведка (перехват сообщений), видимо, не дали никакой полезной информации или дали ее очень мало для определения местонахождения руководства. Выявление общих показателей, таких как сосредоточение техники в определенных местах, не представляется существенным. Подтвердить информацию о местонахождении иракского руководства, полученную при помощи спутниковых телефонов, могла, вероятно, только информация, поступившая от агентов. Донесения агентурной разведки, как сообщалось, использовались для проверки данных, полученных при помощи Турайя во время нападения на Саддама Хусейна в Эль-Мансуре, описанном далее. Но оказалось, что этот источник предоставил неправильные данные. Информация агентов также использовалась для проверки данных при нападении на Али Хассана эль-Маджида в Басре, а также для удара по Эль-Дура, с которого началась война. Поскольку успех достигнут не был, представляется, что разведка путем непосредственных контактов с источниками информации абсолютно ненадежна.

Методология выбора целей, принятая у военных США, включает оценку эффективности нападения после его завершения. Оценка степени повреждений в ходе боевых действий (ОПБД) считается необходимой и для того, чтобы определить, было ли нападение успешным или нет, и для того, чтобы извлечь уроки для будущего и улучшить показатели при выполнении последующих задач. ОПБД проводится в ходе конфликта, а также после прекращения военных действий. Эффективная ОПБД может снизить уровень опасности для гражданских лиц во время войны, позволив принять корректирующие меры.

Хотя удары с воздуха по иракскому руководству неоднократно не достигали цели и оказывались причиной серьезных потерь среди гражданского населения, решение о прекращении этой практики не было принято во время проведения основных военных операций.

Эль-Тувайси, Басра

Самолет США нанес бомбовый удар по зданию в Эль-Тувайси, жилом районе города Басра, приблизительно в 5.20 утра 5 апреля 2003 г., при попытке уничтожить генерала-лейтенанта Али Хасана эль-Маджида. Эль-Маджид, известный как «Химический Али» за свою роль в применении ОВ против курдов в 1988 г. в ходе Анфальской операции, был главным официальным лицом в южном Ираке во время недавней войны. Первоначально в британских донесениях говорилось о том, что эль-Маджид был убит в ходе нападения. Позже Центральное командование опровергло это заявление и вновь стало говорить об эль-Маджиде как о лице, находящемся на свободе. В конце концов силы Коалиции захватили эль-Маджида 21 августа 2003 г.

Силы США нанесли удар по определенному зданию в густонаселенном районе Басры, но здания вокруг него, в которых находились семьи гражданских лиц, были также разрушены. Следователи организации «Хьюман Райтс Вотч» обнаружили, что в ходе этого нападения были убиты 17 гражданских лиц.

Дома семей Хамуди и эль-Тайяр находились по обе стороны здания, по которому американцы нанесли удар. Информация, предоставленная представителям организации «Хьюман Райтс Вотч» владельцами домов относительно той деятельности, которая осуществлялась правительством Ирака в здании, по которому наносился удар, была разной. Абд эль-Хуссейн Юнис эль-Тайяр сказал, что там находились сотрудники иракской службы разведки Мухбарат (Mukhbarat), а Абид Хасан Хамуди сказал, что здание пустовало. И тот, и другой отрицали присутствие там кого-либо из руководителей Ирака, как, впрочем, и все другие, которым задавался этот вопрос. Ни эль-Тайяр, ни Хамуди, ни члены их семей никогда не видели в своем районе эль-Маджида.

Рано утром в субботу 5 апреля эль-Тайяр, 50-летний рабочий, вышел в сад за водой. Через несколько мгновений американская бомба попала в соседнее здание, по которому и должен был быть нанесен удар, однако его дом тоже оказался разрушен. Весь день он откапывал тела своих погибших родственников из-под руин дома, пока в 16 часов не нашел своего мертвого сына.

Абид Хамуди сказал сотрудникам «Хьюман Райтс Вотч», что были сброшены две бомбы. Первая не попала в цель и взорвалась на дороге, на расстоянии в несколько сот метров, а вторая попала в здание, превратив в руины и его дом. Хамуди удалось спасти троих — дочь и двоих сыновей пяти и шести лет, все они были ранены. Другие десять человек, находившихся в доме, погибли. [...]

Судя по размеру воронки, при нападении 5 апреля была использована 500-фунтовая бомба лазерного наведения, самый маленький из имеющихся высокоточных управляемых боеприпасов. Вторая воронка на улице на расстоянии в несколько сот метров, которая похожа на воронку, обнаруженную на месте здания, подтверждает предположение о том, что первая бомба не попала в цель и вскоре была сброшена вторая.

Оценка сопутствующего ущерба, проведенная в отношении объекта нападения, указывала на высокий уровень ущерба, нанесенного гражданским лицам и объектам. Возможно, нападение было санкционировано из-за того, что эль-Маджид представлялся важной в военном отношении фигурой. Однако если бы использовалось оружие меньшей мощности, многие мирные жители не погибли бы. Высокопоставленный представитель Центрального командования сказал сотрудникам «Хьюман Райтс Вотч», что американским военным нужны боеприпасы меньшего могущества и меньшего калибра, что приведет к снижению уровня сопутствующего ущерба.

Эль-Каррада, Багдад

Восьмого апреля Садун Хассан Салих поднял из травы перед дымящейся воронкой, на месте которой находился раньше дом его родственников, двухмесячную Дину, дочку своего племянника. Девочка была жива, хотя ее ручки и ножки были сломаны, но она осталась сиротой. Ее семья жила тогда в доме Салиха в богатом районе Багдада Эль-Каррада, который все считали безопасным, потому что были уверены, что такой густонаселенный район города не будет подвергаться нападениям. Но они часто возвращались в свой дом, находившийся на расстоянии около полутора километров, чтобы взять какую-нибудь одежду или другие нужные им вещи. «В тот вечер они поехали домой взять кое-что из вещей, — сказал Салих. — Нам казалось, что лучше быть всем вместе. Если уж

умрем, то все. Но никто же не будет сбрасывать бомбы на дома. Племянник последним уехал от нас, около 9 часов вечера, в своей машине. Больше я его не видел».

Через несколько минут две бомбы, сброшенные одна за другой, уничтожили дом Заида Ратха Джабира и всех, кто в нем находился. Невероятно, но Дина выжила. Ее выбросило из дома взрывной волной, и теперь она живет у Салиха и его жены Имад Хассун Салих. Сначала они были сражены горем, но теперь полны ярости. «Американцы сказали, что на гражданских лиц не будет нападений, — говорит Имад. — Я не понимаю, как это могло произойти».

По словам Салиха, в районе не было очевидных военных объектов. Он даже думает, что кто-то из врагов семьи дал ложные сведения американцам. Он сказал: «Возможно, кто-то хотел их убить из зависти и сказал им [американцам], что Саддам или кто-то из его людей находится там. Но моя семья никак не была связана с режимом. Мы ненавидим Саддама». Представитель Министерства обороны сказал сотрудникам организации «Хьюман Райтс Вотч», что сводный брат Саддама Хусейна Ватбан являлся целью этого удара с воздуха и что его местонахождение было установлено благодаря плохой защищенности линий и каналов связи. В конце концов Ватбан был схвачен недалеко от сирийско-иракской границы в конце войны почти через неделю.
[…]

Эль-Мансур, Багдад

[…] Самолет B-1B Лансер Военно-воздушных сил США сбросил 7 апреля четыре 2000-фунтовых боеприпаса спутникового наведения, предназначенных для прямого поражения цели (JDAM), на дом в районе Багдада Эль-Мансур. В результате погибли 18 гражданских лиц.

Разведслужба США заявила, что Саддам Хуссейн и, возможно, один или оба его сына встречались в Эль-Мансуре. Как сообщалось, эта информация основывалась на перехвате сообщений по спутниковым телефонам в сети Турайя. Через 45 минут район превратился в руины. […]

Официальные лица из Пентагона признавали, что они не знали точно, кто находился в том месте, по которому наносился удар. «На данный момент для проведения оценки степени повреждений в ходе боевых действий мы имеем яму в земле, место, в которое мы хотели попасть, и где, как мы считали, находились особо важные цели. Мы не можем точно и быстро определить, какое лицо или какие лица находились на этом месте», — сказал генерал-майор Маккристал.

[…] Этот удар свидетельствует о том, что определение целей с помощью спутниковых телефонов дает ошибочные результаты. Даже если лицо, которое предполагается убить, действительно говорит по телефону, оно может находиться далеко от точки попадания. Управляемые авиационные бомбы (GBU-31), сброшенные на Эль-Мансур, имеют круговое вероятное отклонение (КВО) в 13 метров (43 фута), а координаты телефона могут быть установлены с точностью плюс-минус 100 метров (328 футов). Оружие было по сути более точным, чем информация, использованная для определения цели, что привело к значительным потерям среди гражданского населения при отсутствии военного преимущества. Военные руководители США оправдывали эти нападения даже после того, когда стало известно, что в результате ударов погибли гражданские лица, а не те, кому эти удары предназначались. Один из них сказал, что удары «продемонстрировали решимость и возможности США». […]

Энергетическое хозяйство

По словам высокопоставленного представителя Центрального командования, по всему Ираку Соединенные Штаты осуществляли нападения на распределительные электроподстанции, но не на генерационные центры. Он сказал представителям организации «Хьюман Райтс Вотч», что в ходе большинства нападений применялись не взрывные боеприпасы, а углеволоконные бомбы, предназначенные скорее для временного выведения оборудования из строя, а не для его уничтожения. Тем не менее некоторые нападения на распределительные электроподстанции в Ираке, скорее всего, могут иметь серьезные и долговременные пагубные последствия для гражданского населения.

После ударов США по двум трансформаторам в городе Эль-Насирия в течение 30 дней не было электричества. Трансформаторная подстанция в Эль-Насирия мощностью 400 кВ подверглась нападению 22 марта в 6 часов утра с использованием трех крылатых ракет «Томагавк» ВМС США, снаряженных модифицированными графитовыми бомбами BLU-114/B. Они разбрасывают суббоеприпасы с катушками углеволоконных нитей, которые выводят из строя трансформаторы и другое высоковольтное оборудование при контакте с ним.

Трансформаторная подстанция является важнейшим связующим звеном между эль-насирийской электростанцией и городом Эль-Насирия. Когда трансформаторная подстанция была отключена, город перестал получать электроэнергию с юга и теперь полностью зависел от Северной электростанции 132. Хотя предполагается, что углеродное волокно предназначено для временного выведения оборудования из строя, три трансформаторные подстанции были абсолютно разрушены пожаром, возникшим в результате короткого замыкания, вызванного углеродным волок-

ном. Вероятно, проводка подстанции расплавилась во время сильного пожара. Представителям организации «Хьюман Райтс Вотч» было сказано, что трансформаторы придется заменить и заново установить всю проводку.

В 10 часов утра 23 марта Соединенные Штаты нанесли удар по Северной электростанции 132. Хасан Давуд, инженер, работавший на станции во время нападения, сказал, что самолет ВВС США атаковал станцию с бреющего полета, разрушив три трансформатора, газопровод и систему кондиционирования, в результате чего из строя была выведена вся станция, поскольку ее уцелевшие компоненты перегрелись. Повреждения трансформаторов и системы кондиционирования были отчетливо видны, как и большие проломы в стенах, вызванные, очевидно, огнем авиационной пушки. Еще дальше на север, вдоль магистрали 7 в Рафи представители «Хьюман Райтс Вотч» увидели трансформаторную подстанцию со значительными повреждениями в результате ударов с воздуха. По крайней мере один трансформатор был уничтожен.

После проведенного представителями «Хьюман Райтс Вотч» обследования, было неясно, какой эффективный вклад в военные усилия Ирака вносили эти сооружения и почему нападения на них давали явное военное преимущество Соединенным Штатам и, в частности, как они оказывали поддержку наземным операциям в Эль-Насирии. […]

Никто не умер непосредственно в результате снижения мощности в электросети, но генераторы больницы работали в экстремальном режиме и ее руководству пришлось прекратить предоставление некоторых не самых срочных услуг, чтобы быть в состоянии обеспечить лечение раненых. [Директор больницы в Эль-Насирии] сказал также, что снижение мощности вызвало кризис в водоснабжении города.

[…] [В]ода часто оказывалась зараженной, поскольку отключение электричества отразилось на очистке воды. Это привело к тому, что доктор Абд эль-Сайид назвал «развитием диспепсических инфекций, распространяющихся с водой».

Удары с применением кассетных бомб

[…] Эти боеприпасы являются таким видом оружия, которое разбрасывает поражающие элементы на большой площади. При разбрасывании суббоеприпасов можно уничтожить крупные слабозащищенные цели, такие как аэродромы и стартовые площадки ракет класса «земля–воздух». Подобное оружие также эффективно при применении против движущихся целей или тех, которые не имеют точного местоположения, например, войск противника или его транспортные средств. […]

Большинство кассетных бомб сил Коалиции были боеприпасами типа CBU-103, которые впервые применялись в Афганистане. Бомба представляет собой состоящий из трех частей зеленый металлический корпус длиной приблизительно в пять с половиной футов (1,7 метра) с четырьмя стабилизаторами в хвостовой части. Корпус содержит 202 поражающих элемента, которые разбрасываются на установленной заранее высоте или в установленное время по большой площади овальной формы. В боеприпасах типа CBU-103 к хвостовой части неуправляемого боеприпаса CBU-87 добавлен автомат разбрасывания с поправкой на ветер (WCMD), который должен повысить точность попадания при наличии ветра во время падения. Кроме того, он сужает площадь поражения до окружности радиусом 600 футов (183 метра).

Поражающие элементы CBU-103, известные как BLU, представляют собой цилиндры желтого цвета размером с банку содовой воды. Каждый их этих боеприпасов комбинированного действия представляет собой тройную угрозу. Личный состав противника поражается 300 стальными осколками с зазубринами. Кумулятивный заряд, вогнутый медный конус, который превращается в проникающий расплавленный слаг (кусок металла), служит противотанковым оружием. Циркониевый диск распространяет зажигательные фрагменты, которые могут поджечь находящиеся поблизости автомобили. Поражающие элементы этого типа, как сообщалось, находились в 78 процентах кассетных бомб США; боеприпасы CBU-87 и CBU-103 содержат 202 поражающих элемента BLU. При использовании в качестве кассетных боеприпасов УР класса «воздух–земля» AGM-154 JSOW содержит 145 поражающих элемента, а ракета «Томагавк», предназначенная для поражения наземных целей, — 166.

В Ираке Коалиция использовала кассетные бомбы для поражения по площади и в качестве противотанкового оружия. Представитель Центрального командования объяснил, что обычно к объектам нападения становились бронированные средства или, в случае применения взрывных боеприпасов замедленного действия, пути следования легкобронированных перевозочных средств. «Я знаю, что некоторые из них применялись в населенных пунктах, но в большинстве случаев они использовались против объектов такого типа, как орудия, и танки», — сказал он.

[...] ВВС США снизили уровень опасности для гражданского населения от кассетных боеприпасов, изменив процесс определения целей и улучшив техническое оборудование. Очевидно усвоив уроки предыдущих конфликтов, Военно-воздушные силы США сбрасывали меньше кассетных бомб в населенных пунктах или поблизости от них. И хотя «Хьюман Райтс Вотч» обнаружила свидетельства широкого применения в городах Ирака кассетных боеприпасов, запускаемых с земли, лишь отдельные

случаи применения авиационных кассетных бомб. Поэтому было сравнительно ограниченное число пострадавших от применения кассетных бомб среди гражданского населения. По словам высокопоставленного представителя Центрального командования, командирам ВВС было сообщено, что одна из их задач — сводить к минимуму потери среди гражданского населения. «Что касается заранее спланированных ударов с применением кассетных боеприпасов, то я с большей уверенностью могу сказать, что мы прилагали значительные усилия для того, чтобы снизить уровень побочного ущерба», — сказал он. Меньше внимания уделялось ударам по возникающим целям при оказании поддержки сухопутным силам. Представитель Центрального командования объяснил, что бомбардировщики B-52 часто имели на вооружении различные типы боеприпасов и осуществляли патрулирование над районом боевых действий. Если командир сухопутных сил обращался за поддержкой и кассетные бомбы оказывались единственным доступным средством, командир мог принять решение использовать их против своей цели. «Я лично считаю, что по мере развития боевых действий и возрастания напряженности ситуации командиры сухопутных сил скорее всего будут принимать меры по защите своего личного состава. Поэтому выбор оптимального оружия менее важен, нежели поражение цели», — сказал этот представитель.

В тех случаях, когда военная авиация наносила удары по населенным пунктам, применение кассетных бомб приводило к потерям среди гражданского населения. Багдадская роща финиковых пальм находится сразу же через дорогу, по крайней мере, с двух сторон, от Хей Туниса, густонаселенного жилого района. Нихад Салим Мухаммад мыл машину, когда упали бомбы. В результате этого удара несколько человек на его улице, в том числе четыре ребенка, получили ранения поражающими элементами. Около полуночи 24 апреля ВВС США сбросили по крайней мере одну кассетную бомбу CBU-103 на начальную школу для девочек Эль-Хадат в Эль-Хилле. По словам Хамида Махди, 30-летнего мясника, живущего через улицу, был убит охранник школы Хуссам Хусейн, 65 лет, и его сосед Хамид Хамза, 45 лет, кроме того, были ранены 13 других человек. Администратор школы сказал, что в то время поблизости находились десятки лиц из состава полувоенных формирований. Хотя военная авиация минимизировала ущерб, наносимый гражданским лицам и объектам, произведя бомбовый удар ночью, этот случай показывает, как опасно применять кассетные боеприпасы в населенных пунктах.

Несмотря на некоторые технические усовершенствования, одной из серьезных ошибок Коалиции при применении кассетных бомб было использование устаревших боеприпасов. И Соединенные Штаты, и Великобритания продолжали сбрасывать устаревшие модели, которые были крайне неточными и ненадежными. […]

III. ВЕДЕНИЕ СУХОПУТНОЙ ВОЙНЫ

Кассетные боеприпасы, запускаемые с земли

Гораздо чаще, нежели авиационные бомбы, Коалиция использовала кассетные боеприпасы, запускаемые с земли. По октябрьским сводкам Центрального командования, оно применило в общей сложности 10 782 кассетных боеприпаса, которые могли содержать от 1,7 до 2 млн. суббоеприпасов. [...]

[...] Эль-Хилла более всего пострадала от применения кассетных боеприпасов, запускаемых с земли. Доктор Саад эль-Фаллуджи, директор и главный хирург Центральной клинической больницы Эль-Хиллы, сказал, что из всех пациентов с ранениями, которые лечились в его больнице во время войны, у 90 процентов были повреждения, вызванные кассетными боеприпасами. В районе трущоб на юге города Надир в каждой семье, которую посетили сотрудники «Хьюман Райтс Вотч», были раненые или им был нанесен имущественный ущерб в результате нападения с использованием кассетных боеприпасов, совершенного 31 марта. В тот день, когда был нанесен удар, в больницу обратились 109 раненых гражданских лиц, живущих поблизости, в том числе 30 детей. По словам местных старейшин, в ходе нападения погибли 38 мирных жителей и были ранены 156 гражданских лиц. Когда 19 мая туда приехали представители «Хьюман Райтс Вотч», они обнаружили десятки домов из необожженного кирпича, стены которых были в отметинах от снарядов, а крыши в дырах от осколков. Живущие там мужчины показывали раны на ногах и задирали рубахи, чтобы можно было увидеть раны на груди и животе. В доме Фалайи Фадл Насира, например, были ранены три человека — его дети Махди, 18 лет, и Марва 10 лет, а также имам Хасан Абдулла. Одна граната пробила крышу и внутри начался пожар. Хамид Турки Хамид, 36 лет, работающий в больнице, сказал, что его сын с приятелем были на улице, когда начался налет. Принеся в дом сына, он вернулся за соседским ребенком. «Тут-то меня и ранило, когда бомба взорвалась», — сказал Хамид.

В результате применения британскими войсками кассетных боеприпасов, запускаемых с земли, в городе Басра и его окрестностях погибли десятки гражданских лиц. Три микрорайона в южной части города особенно сильно пострадали. В полдень 23 марта удар с применением кассетных бомб был нанесен по Хэй эль-Мухандиссину эль-Кубра (району инженеров) в то время, когда 13-летний Аббас Кадхим вышел из дома выбросить мусор. Он получил тяжелые ранения, повреждены были кишечник и печень, а один осколок попал в область рядом с сердцем и его нельзя было удалить. 4 мая раненый все еще находился в больнице Эль-Джумхурия в городе Басра. Через три часа интенсивной бомбардировки

кассетными боеприпасами подвергся район Эль-Мишрак эль-Джадид, который расположен в двух с половиной километрах (полутора милях) к северо-востоку. Плотник Айад Джассим Ибрахим, 26 лет, спал в своем доме, когда в него попали осколки боеприпаса и он потерял сознание. Во время операции он умер. Десять его родственников, которые спали в других комнатах дома, получили ранения. На соседней улице кассетный боеприпас ранил трех детей. Двенадцатилетний Ахмад Айдан Малих Хошон и его четырехлетняя сестра Фатима получили серьезные абдоминальные повреждения; их 13-летний двоюродный брат Мухаммад был ранен в ноги. В Хэй эль-Зайтуне к востоку от Эль-Мишрака эль-Джадида также имелись жертвы и пострадавшие в результате применения кассетных боеприпасов, которые начали падать вечером 25 марта. Джамал Камил Сабир, 25-летний рабочий, потерял ногу в результате взрыва суббоеприпаса, когда он со своей семьей находился на мосту около своего дома. Он провел в больнице одиннадцать дней. Его племянник, 22-летний Джамал Камил получил осколочное ранение в колено. У беременной жены Джамала, Зайнаб Насир Аббас, в мае осколок все еще был в ноге, потому что врачи боялись удалять его во время беременности. Их соседка, 40-летняя Зайтун Заки Абу Айад, погибла в результате попадания кассетных гранат в ее дом.

Представляется, что большинство, если не все удары, описанные выше, были направлены против законных военных объектов. Представители «Хьюман Райтс Вотч» видели танки и огневые позиции, расположенные в этих районах, а свидетели говорили о присутствии там иракских сил. Тем не менее Соединенные Штаты и Великобритания сделали неправильный выбор оружия, применив кассетные боеприпасы в населенных пунктах. В результате таких ударов всегда есть потери среди гражданского населения, в Эль-Хилле было более 100 погибших, потому что территория, на которой находились как солдаты, так и гражданские лица, подверглась интенсивной бомбардировке с применением поражающих элементов смертельного действия, которые не позволяют провести различие между военными и гражданским населением.

Военные США определяли места нанесения ударов по наземным целям с применением кассетных бомб с помощью компьютеров и агентурной сети. Артиллерийские батареи Третьей пехотной дивизии были запрограммированы таким образом, что по 12 700 точкам нельзя было вести огонь, не перейдя на ручное управление. Перечень этих мест включал здания гражданского назначения, такие как школы, мечети, больницы и исторические памятники.

Офицеры Второй бригады говорили, что они старались наносить удары по крайней мере не ближе, чем на расстоянии в 500 метров (547 ярдов) от таких объектов, хотя иногда они уменьшали эту буферную зону до 300 метров (328 ярдов). Как правило, они требовали и визуального под-

тверждения цели до начала обстрела, но в случае контрбатарейного огня они довольствовались данными РЛ обнаружения. Последнее обнаруживает место, из которого ведется огонь, но не может определить, есть ли там гражданские лица.

В Третьей пехотной дивизии был установлен еще один уровень проверки. Юристы направлялись для обследования места предполагаемых ударов, что являлось относительно новым добавлением к процессу проверки правильности данных. «Десять лет назад ребята из военно-юридического управления не бегали тут [в районах боевых действий]», — сказал капитан Чет Грегг, юридический советник Второй бригады. Шестнадцать юристов приписаны в дивизии к штабу и к каждой бригаде. Главный юрист, полковник Кейси, который служил в штабе оперативно-тактического управления, проверил 512 боевых задач, и управление начальника военно-юридической службы одобрило дополнительные, чаще всего контрбатарейные, нападения. Хотя удары, вызывающие меньше сомнений, например, по силам противника, находящегося в пустыне, не подвергались такой проверке, Кейси сказал: «Я практически уверен в том, что при планировании ударов в населенных пунктах принималось во внимание мнение юриста». За командирами было последнее слово, но юристы предоставляли консультации относительно того, было ли нападение законным в соответствии с МГП. Кейси сказал, что его командир никогда не отвергал его советы не осуществлять нападения, а иногда и отказывался от нападения на цели, которые, по его мнению, были законными. Хотя процесс проверки означал тщательное взвешивание требований военной необходимости и возможного ущерба, наносимого гражданским лицам, ограниченная информация и субъективность такого анализа означали, что «это не было научной формулой». Первой задачей было определение степени опасности для своих сил. «Самым трудным было решить, какие потери мы согласны нести. Это на уровне инстинкта, принимаешь решение в зависимости от обстоятельств. Нет какой-то нормы, которая предписывает, что жизнь одного американца равняется жизни стольких-то гражданских лиц», — сказал Кейси. Потом юристы должны оценить угрозу для гражданских лиц. В случае контрбатарейного огня им приходилось выносить решение, не зная, будут ли гражданские лица находиться в районе цели во время удара; вместо этого они полагались на данные о численности населения в предвоенный период. Кейси признал опасность ударов с применением кассетных боеприпасов в населенных пунктах и сказал, что пытался осуществлять их только в ночное время. «Я надеялся, что дети попрятались и не вылезали посмотреть, что такое происходит, когда велся артиллерийский огонь».

[…] Перечень объектов, по которым нельзя наносить удары, включал определенные гражданские структуры, но не жилые районы. Передовые наблюдатели либо игнорировали, либо не замечали гражданских лиц в

населенных пунктах. Военные юристы США не возражали против предполагаемых ударов, хотя они вызывали серьезные опасения в соответствии с принципом соразмерности МГП.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Как вы классифицируете конфликт? Применимы ли нормы Протокола I о защите гражданских лиц от последствий военных действий? Применяются ли одинаковые нормы к нападениям на наземные цели в Ираке, осуществляемым как с воздуха, так и с земли? (См. статью 2, общую, Конвенций, и статьи 1 и 49 (3) Протокола I.)

2. a. Какие нормы МГП могли быть нарушены в ходе описанного процесса определения целей на основе геокоординат, полученных при помощи спутниковых телефонов? Будет ли ведение огня на основе такого целенаведения всегда неизбирательным? Принимаются ли меры предосторожности, которые нападающая сторона должна принять? (См. статьи 51 и 57 Протокола I.)

   b. Каковы юридические последствия предположения, что иракцы могли применить технику введения противника в заблуждение для того, чтобы помешать американцам использовать координаты, полученные при помощи спутниковых телефонов, для определения места объектов нападения? Может ли такая техника введения в заблуждение нарушать МГП, если ее применение приводит к потерям среди гражданского населения? Должны ли США быть освобождены от ответственности за потери, если такое введение в заблуждение привело к жертвам среди гражданского населения? (См. статьи 51 (7) и (8) и 58 Протокола I.)

   c. Были ли меры, принятые Соединенными Штатами для подтверждения координат, полученных при помощи спутниковых телефонов, достаточными для обеспечения выполнения их обязательств в соответствии с МГП? Какие меры являются «практически возможными» для проверки данных о цели? Какие факторы должны приниматься во внимание при оценке практической возможности мер по проверке данных? Если нападающая сторона пытается подтвердить данные, но источники дают неправильные сведения, повлияет ли это на вашу оценку законности ударов? (См. статью 57 Протокола I.)

   d. С учетом неоднократных неудач при нанесении ударов по предполагаемым целям с использованием координат, полученных при помощи спутниковых телефонов, и подтверждающих данных устанав-

ливает ли МГП обязанность воздерживаться от такой практики? Что, если они стараются улучшить процесс получения подтверждающих сведений? Какая информация может считаться надежной для таких нападений? (См. статью 57 Протокола I.)

e. Согласны ли вы с «Хьюман Райтс Вотч», что методика определения целей на основе данных, полученных при помощи спутниковых телефонов, является «порочной»? Почему?

3. a. Являются ли электростанции законными целями? Достигается ли явное военное преимущество при выведении из строя трансформаторной подстанции на несколько часов? Почему Коалиция предпочитала наносить удары по сооружениям распределительной сети, а не по генераторным станциям? Правильно ли был выбран метод для выведения из строя электростанций? (См. статьи 52 и 57 Протокола I.)

b. Важен ли для определения законности ударов тот факт, что кто-то погиб непосредственно в результате нападений? Должен ли приниматься во внимание тот факт, что в некоторых случаях больницы не могли предоставить лечение из-за нехватки электричества? А опасность развития диарейных инфекций из-за того, что очистные сооружения не могли функционировать без электроэнергии? (См. статьи 51 (5) (b) и 57 (2) (a) (ii) и (iii) Протокола I.)

4. a. Нападение на Эль-Тувайси (Басра): если бы в здании, по которому наносился удар, находились сотрудники разведслужбы Ирака, превращал бы этот факт здание в законный военный объект? (См. статью 52 (2) Протокола I.)

b. Изменилась ли бы оценка в соответствии с принципом соразмерности, если бы там находились сотрудники разведслужбы, но не было представителей руководства как особо важных целей? Должна ли оценка в соответствии с принципом соразмерности основываться на фактическом использовании объекта или на предполагаемом его использовании? Какие нормы права касаются той возможности, что предполагаемое использование не соответствует фактическому использованию объекта? (См. статьи 51 (5) (b) и 57 (2) (a) Протокола I.)

5. Какие нормы МГП являются важными при оценке законности нападения в Эль-Карраде (Багдад)?

6. Было ли планирование нападения на дом в Эль-Мансуре (Багдад) проведено достаточно правильно для того, чтобы выполнить обязательство нападающей стороны в соответствии с принципом проведения различия и ее обязательством принимать меры предосторожности? (См. статьи 51 и 57 Протокола I.)

   b. В чем заключался основной вопрос: в том, являлась ли цель военным объектом, ожидались ли чрезмерные потери среди гражданского населения, или в том, что принимались ли меры предосторожности при нападении? Какие нужны были меры предосторожности? (См. статьи 51, 52 и 57 Протокола I.)

   c. Если нападающая сторона определяет в качестве своей цели отдельное лицо (которое является комбатантом), но не уверена, какое лицо находится в месте, по которому наносится удар, может ли нападающая сторона должным образом оценить соразмерность нападения? (См. статьи 51 (5) (b) и 57 (2) (a) (iii) Протокола I.)

7. Законно ли использовать устаревшие модели бомб, если существуют более точные и надежные модели? Существует ли в соответствии с МГП обязанность принимать на вооружение боеприпасы меньшего могущества, которые снизят возможность нанесения побочного ущерба? Более точное оружие? Если оно имеется у стороны, должна ли она его применять? Достаточно ли использовать оружие наименьшего могущества, при помощи которого будут достигнуты цели нападения, или нельзя осуществлять нападение, если ущерб будет чрезмерным? (См. статью 57 (2) (a) (ii) и (iii) Протокола I.)

8. a. Являются ли кассетные бомбы неизбирательным оружием по своему характеру? Бывают ли случаи, когда кассетные бомбы могут применяться без нарушения МГП? При каких обстоятельствах можно применять кассетные бомбы? (См. статьи 51 (4), (5) (b) и 57 (2) (a) (ii) и (iii) Протокола I.)

   b. Если, как утверждает «Хьюман Райтс Вотч», «большинство, если не все» ударов, нанесенных с использованием кассетных боеприпасов, запускаемых с земли, были направлены против законных военных объектов, могут ли тем не менее эти удары нарушать МГП? Если да, то каким образом? Достаточной ли мерой предосторожности в соответствии с МГП будет применение кассетных бомб только ночью? Даже в густонаселенных районах? (См. статьи 51 (4), (5) (b) и 57 (2) (a) (ii) и (iii) Протокола I.)

c. Соответствует ли процедура, принятая в США для определения мест нанесения ударов с применением кассетных боеприпасов по наземным целям, как она была описана, обязательствам, налагаемым МГП на нападающую сторону? Почему военные юристы США не возражали против некоторых предполагаемых ударов, которые, как считала «Хьюман Райтс Вотч», «вызывали серьезные опасения относительно их соответствия принципу соразмерности»? Какие меры предосторожности принимали силы Коалиции для того, чтобы свести к минимуму воздействие нападений в целом? Достаточные ли это меры предосторожности?

9. В чем заключаются преимущества и опасность привлечения юристов к принятию решений относительно определения целей в районе боевых действий, как это описано в данном прецеденте?

10. Нужна ли норма, «которая предписывает, что жизнь одного американца равняется жизни стольких-то гражданских лиц»? Помогла бы такая норма определить, что в результате нападения следует ожидать чрезмерных потерь среди гражданского населения или что есть возможность принять практические (дополнительные) меры предосторожности? Имеет ли вообще значение опасность, угрожающая солдатам США, когда оценивается соблюдение МГП? (См. статьи 51 (5) (b) и 57 Протокола I.)

Документ № 154, США, Регистрация информации о населенных пунктах в Ираке, выбираемых в качестве объектов нападения

[Примечание: Типовые карточки, заполняемые армией США (Третья пехотная дивизия), прилагаются к документу «Strengthening Measures for the Respect and Implementation of International Humanitarian Law and Other Rules Protecting Human Dignity in Armed Conflict» («Усиление мер по соблюдению и имплементации международного гуманитарного права и других норм, предоставляющих защиту человеческому достоинству во время вооруженных конфликтов»), 2–4 сентября 2004 г., Сан-Ремо (Италия), *The Military Lawyer Nuisance or Necessity (Военный юрист: досадная помеха или необходимость)*, подполковник Майк Ньютон, военно-юридическая служба Армии США.]

Командиры несут ответственность за оценку соразмерности до разрешения на ведение огня с закрытых огневых позиций по населенным пунктам или местам, находящимся под защитой (зона запрещения ведения огня / зона ограниченного огня). Смотри ППС; обратитесь за юридической консультацией; копии направляются военному юристу штаба, в отдел по связи с гражданской администрацией и населением и в группу управления огневой поддержкой.

РЕГИСТРАЦИЯ ИНФОРМАЦИИ О НАСЕЛЕННЫХ ПУНКТАХ, ВЫБИРАЕМЫХ В КАЧЕСТВЕ ОБЪЕКТОВ НАПАДЕНИЯ

(Военная необходимость — побочный ущерб — оценка соразмерности)

I. ВОЕННАЯ НЕОБХОДИМОСТЬ — По каким объектам ведется огонь и почему?

1. Данные о дате и времени выполнения боевой задачи: _____
   _____

2. Местоположение — координаты по координатной сетке карты
   _____

3. Цель на стороне противника (ОМП, ОВ, дозвуковые КР-ЛЦ без БЧ, артиллерийская разведка, бронетехника, органы управления войсками, МТО)

   a. тип и подразделение:_____

   b. значение для боевой задачи:_____

4. Разведданные о цели:

   a. каким образом получены: БЛА, войсковая разведка, глубинная разведка, иное:_____

   b. ненаблюдаемые: Q36, Q37, РЭР, иное:_____

   c. последние из известных данных о дате и времени наблюдения или обнаружения:_____

5. Другие данные по необходимости:

   a. потери США: число:_____ место_____

   b. ведение огня противником: подразделение_____
   место_____

II. СОПУТСТВУЮЩИЙ УЩЕРБ — Кто или что находится там сейчас?

6. Город:_____ Местное население:_____

7. Оценка численности населения, находящегося в данный момент в зоне цели (если имеются сведения):_____

8. Значение с точки зрения культуры, экономики и других факторов и последствия:_____

III. ВЫБОР ОРУЖИЯ — Снизить потери среди гражданского населения и уменьшить разрушения гражданского имущества

9. Имеющиеся средства доставки в пределах досягаемости:_____
РСЗО (155 MLRS), ATAKMC, десантные вертолеты (AH64), иное:_____

10. Боеприпасы: усовершенствованные обычные боеприпасы двойного назначения, высокоточные управляемые боеприпасы, иное:_____

IV. РАЗРЕШЕНИЕ КОМАНДИРА НА ВЕДЕНИЕ ОГНЯ — Анализ соразмерности

11. Звание и имя юридического советника:_____

12. Советник Отдела по связи с гражданской администрацией и населением (G5):_____

13. Являются ли приемлемыми ожидаемые потери и ущерб гражданскому имуществу по отношению к военному преимуществу, которое предполагается получить?

    Да / нет

14. Звание, имя и должность командира или его представителя:
    _____

15. Комментарии (не обязательно)_____
    _____

16. Данные о дате и времени или решение:_____

17. Номер цели:_____

Прецедент № 155, Ирак, Использование силы войсками США в оккупированном Ираке

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: «Хьюман Райтс Вотч». Умы и сердца: гибель гражданских лиц в Багдаде в результате действий сил США после войны, 2003 г., примечания не приводятся, см. www.hrw.org.]

I. КРАТКОЕ СОДЕРЖ АНИЕ

В настоящем докладе рассматриваются случаи гибели гражданских лиц в Багдаде в результате действий американских военнослужащих после того, как 1 мая 2003 г. президент Дж. Буш объявил об окончании военных действий в Ираке. […]

Американские военные, обеспечивающие безопасность в Багдаде, не наносят преднамеренных ударов по мирному населению. С другой стороны, они не принимают и достаточных мер для того, чтобы свести к минимуму гражданские потери, как того требует международное право. Американские войска в Ираке находятся, безусловно, в недружественном окружении, в условиях, когда коалиционные силы ежедневно подвергаются нападениям со стороны противников оккупации из числа иракцев или других группировок. Однако никакие соображения оперативной обстановки не снимают с военных обязательств в части проявления сдержанности, соблюдения пропорциональности и избирательности при применении силы, которая к тому же должна использоваться только в случае крайней необходимости. […]

Зафиксированные в настоящем докладе отдельные случаи свидетельствуют о наличии в действиях американских сил неоправданной агрессивности, неизбирательности в применении огнестрельного оружия в жилых районах и привычки сразу открывать огонь на поражение. В некоторых эпизодах американцам действительно угрожала реальная опасность, дававшая им право на силовой ответ. Однако такой ответ зачастую не соответствовал угрозе или был недостаточно избирательным, в результате чего гражданское население несло потери или подвергалось опасности. Случаи гибели мирных жителей в Багдаде можно разделить на три основные категории. К первой относятся убитые во время «зачисток» домов, проводимых американскими войсками с целью выявления оружия или боевиков. Следует отметить, что американские военные теперь заявляют об изменении методов проведения таких спецопераций и о все более активном привлечении к ним иракской полиции. С другой стороны, багдадцы по-прежнему жаловались на агрессивность и опрометчивость

американских военнослужащих, а также на физическое насилие и грабежи с их стороны. Сталкиваясь с вооруженным сопротивлением жителей, принимавших их за грабителей, американцы иногда применяли избыточную силу, уничтожая обитателей дома, соседей или случайных прохожих.

Вторая группа эпизодов связана с непропорциональным и неизбирательным ответом американских военнослужащих, подвергшихся нападению на блокпостах или на марше. «Хьюман Райтс Вотч» зафиксированы случаи, когда после подрыва самодельного взрывного устройства во время следования американской колонны солдаты открывали огонь из крупнокалиберного оружия во всех направлениях, в результате чего страдали оказавшиеся поблизости мирные люди.

Третья категория объединяет убийства на блокпостах в тех случаях, когда иракцы не останавливались. Американские блокпосты в Багдаде постоянно меняют свое местоположение и иногда обозначаются недостаточно отчетливо, хотя следует отметить, что опознавательные знаки становятся все более ясно различимыми. Отчаянная нехватка арабских переводчиков и слабое знание иракской жестикуляции приводят к непониманию, которое оборачивается трагедией. […]

Представляется, что в целом более подготовленными для выполнения в Багдаде правоохранительных задач постконфликтного периода, предусмотренных международно-правовыми нормами о режиме военной оккупации, являются подразделения американской военной полиции. Проблемы чаще возникали в связи с действиями боевых частей […], которые для выполнения поставленных задач не имели ни достаточной подготовки, ни психологического настроя. […] Многие солдаты с боями пробивались к Багдаду, после чего им было предложено «переквалифицироваться» в полицейских: обеспечивать общественный порядок, ловить воров и «зачищать» мятежников. […]

Главной проблемой представляется недостаточная ответственность солдат и офицеров американских сил в Ираке. В соответствии с распоряжением № 17 Временной коалиционной администрации юрисдикция иракских судов не распространяется на военнослужащих коалиционных сил, поэтому обязанность расследования заявлений о применении избыточной силы и неправомерных убийствах ложится на самих участников антииракской коалиции, которые также должны обеспечивать привлечение к ответственности военнослужащих и их командиров, признанных виновными в нарушении как уставов национальных вооруженных сил, так и норм международного гуманитарного права. Многие сомнительные случаи остались без оперативного и тщательного расследования, и это привело к формированию атмосферы безнаказанности, когда у многих солдат сложилось убеждение, что они могут нажимать на спусковой крючок, не опасаясь проверки правомерности их действий. […]

Следует отметить, что определенные меры в интересах снижения гражданских потерь все же принимаются. Блокпосты обозначаются более отчетливо, часть военнослужащих из состава боевых соединений прошла дополнительную подготовку по выполнению правоохранительных задач.
[…]

По соображениям безопасности действующие у военных правила ведения боя отнесены к закрытой информации, однако гражданское население Ирака вправе знать, как следует себя вести, чтобы не попасть под удар. В частности, блокпосты коалиционных сил должны иметь ясно различимые опознавательные знаки; следует также широко оповестить жителей о правилах поведения на блокпостах и во время спецопераций.
[…]

Блокпост в районе Эль-Мансур […]

Американские солдаты из 20-й оперативной группы проводили 27 июля спецоперацию в доме шейха Абдулкарима эль-Губейра в багдадском районе Эль-Мансур. На период операции в районе было установлено несколько блокпостов […].

По словам опрошенных «Хьюман Райтс Вотч» свидетелей, примерно в 17.00 пять «Хаммеров» перекрыли небольшую улицу в районе ресторана «Эс-Саах». Одна из армейских машин стояла прямо на проезжей части, и солдаты отправляли всех в объезд. Через пять минут они ушли, не оставив никакого знака о том, что проезд запрещен, кроме стоявшего на дороге «Хаммера», так что предупреждать водителей пришлось местным торговцам. Ахмад Ибрагим эш-Шейх эль-Джабури, торгующий очками на противоположной стороне улицы, рассказывает:

> «С другой стороны, не с главной улицы, показался серый «Chevrolet Malibu». Американцы стали ему махать руками, чтобы остановился, а он ехал. Один из солдат, на крыше «Хаммера», развернул пулемет и стал стрелять по нему. Еще стреляли — наверное, кто-то из солдат. До машины метров 50 было. Лобовое стекло все в дырках. В результате водитель потерял управление и машина остановилась, уткнувшись в «Хаммер». Водитель тогда вышел с поднятыми руками и через две секунды рухнул на землю. Солдаты окружили машину, вытащили второго и поволокли его по улице. Это один солдат его за плечо тащил, а ноги по земле волочились. Они его на тротуар положили, рядом со строящимся домом, который принадлежит бывшему министру образования Фахду эш-Шаджре».

За рулем «Chevrolet Malibu» находился 17-летний Муханад Имад Газал Ибрагим эр-Рубаи. В интервью «Хьюман Райтс Вотч» он рассказал, что вместе с 14-летним братом Заидом и 16-летним двоюродным братом Фахдом Ахмадом они ездили за продовольственным пайком. Американские солдаты перегородили дорогу кирпичами и приказали им разворачиваться, так что они решили выехать на центральную улицу по другой дороге, которая вроде бы была открыта. Муханад спросил у каких-то молодых иракцев, и они подтвердили, что можно ехать, только медленно и останавливаясь по приказу. Муханад рассказывает:

> […] «Мы поехали потихоньку в направлении американцев, готовые остановиться, как нам ребята говорили. А солдаты прятались по обеим сторонам — мы их и видеть-то не могли. Далеко впереди — два «Хаммера». Один на тротуаре стоял, второй — ближе к нам, но не поперек дороги. Пока мы к первому потихоньку подъезжали, в нас со всех сторон стали стрелять, как сумасшедшие. Я сразу голову пригнул, так что рулить не мог. Машина еле-еле ползла, потом, ударившись о «Хаммер», остановилась. Мне осколки в голову попали, когда кровь увидел — сознание потерял, пока машина в «Хаммер» не уткнулась». […]

По словам Муханада эр-Рубаи, его и Фахда вытащили из машины и усадили на тротуар. Его кое-как перевязали, но каждый раз били, когда он спрашивал про брата — Заида. Примерно через полчаса на пикапе подъехали двое американских военнослужащих: они были в штатском, бородатые, с автоматами и пистолетами. Муханада и Фахда посадили в кузов в сопровождении солдата в форме.

В этот момент, как рассказывал Муханад, с главной улицы свернула «Toyota Corona». Двое в штатском выскочили из пикапа и вместе с солдатом, находившимся в кузове, открыли огонь по этой машине. Муханад рассказывает:

> «Они все по «Тойоте» стреляли, минуты три или пять. Потом двое американцев, которые в гражданском, с другими солдатами пошли туда, двух пассажиров достали — раненых, а водителя не стали доставать, потому что он уже мертвый был».

Рассказ Муханада подтверждает Ахмад эль-Джабури:

> «Я увидел, как с правой стороны с боковой улицы вывернула «Toyota Corona». Боковая улица открыта была, там не было солдат, даже блокпоста не было. Как только машина выехала на перекресток с нашей улицей, по ней стали стрелять, шквальный огонь был — в машине никого живых не осталось. Я думаю, там три или четыре человека было. Я видел, как старая женщина,

> седая, дверь открыла. Она несколько метров прошла в сторону солдат, потом упала. Вся в крови была».

Солдаты перенесли пожилую женщину и еще одного раненого в пикап, где уже находились Муханад и Фахд. Водитель «Toyota Corona» был уже мертв, и его оставили в машине. Муханад эр-Рубаи рассказывает:

> «Обоих раненых перенесли в пикап. Одна была старая седая женщина, еще мужчина — довольно молодой. Женщина все спрашивала про сыновей и от боли кричала. Она вся в крови была, с ног до головы. Очень пить просила, а один солдат стал ее в живот бить, и она затихла. После этого другой солдат пришел, сел с нами в кузове». […]

О судьбе [других из «Corona»] семья ничего не знала вплоть до 28 сентября (с момента событий прошло уже полных два месяца). «В тот день к нам пришли американцы и велели нам поехать в аэропорт забрать трупы», — говорит свидетельница.

Свидетель Ахмад эль-Джабури утверждает также, что солдаты обстреляли и другую машину — «Toyota Landcruiser», которая проехала по их улице и припарковалась. По его словам, один человек в той машине был ранен в живот, и иракцы отвезли его в больницу. За все это время от пуль также загорелись две припаркованные на улице автомашины, одна из которых принадлежала тому, кто работал у Эль-Джабури. Владельцам сгоревших машин американские военные выплатили компенсацию в размере 4,5 тысячи долларов. Переговоры о выплате компенсации с американской стороны вел подполковник Р. Бауэр из 1-й бронетанковой дивизии, извинившийся перед иракцами за причиненный ущерб.

Американское командование 29 июля выпустило пресс-релиз, в котором признало факт гибели двух людей в одной автомашине. «Войска открыли огонь по машине, когда та на блокпосту не снизила скорость и стала сбивать заграждения, демонстрируя враждебные намерения, — говорилось в заявлении. — Ни к каким другим инцидентам в данном районе коалиционные силы не имеют отношения». Непосредственно 27 июля официальный представитель коалиционных сил штаб-сержант Дж. Джонсон заявил прессе, что «существуют правила ведения боя, когда кто-то приближается к блокпосту… Солдаты имеют право защищаться».

По соображениям безопасности американские военные не раскрывают содержание существующих правил ведения боя. Тем не менее секретность этих правил не должна использоваться солдатами и их командирами как прикрытие для того, чтобы безнаказанно избивать задержанных и лишать раненых медицинской помощи.

Взрыв бомбы и стрельба на улице Хайфа

3 июля около 9.15 утра школьники шли домой по центральной улице Багдада Хайфе. Несколько двенадцатилетних школьников остановились перед домом № 74, где находилась квартира одного из их друзей, когда сильный взрыв бросил их на землю. По словам их родственников два ребенка были убиты, а семь ранены. […]

По словам военнослужащих США это был взрыв реактивной гранаты, которую выпустили по колонне из трех военных автомашин из автомобиля, стоявшего на улице. «Мирный иракец, сидевший на углу, был также убит во время взрыва, насколько нам известно из имеющихся донесений», — сказал журналистам майор Скот Пэттон.

Военные никак не прокомментировали свои ответные действия, а это был по словам свидетелей мощный и неизбирательно ведущийся огонь, в результате которого погиб водитель автомобиля, из которого был выпущен снаряд, и ранены несколько гражданских лиц, находившихся поблизости. Один свидетель по имени Маджид Са-ди сказал журналистам, что видел, как машина, из которой, как предполагалось, был сделан выстрел, была изрешечена пулями, и он подумал, что водитель убит.

«Хьюман Райтс Вотч» обнаружила еще одного свидетеля инцидента, человека, который по случайности вел машину вдоль улицы Хайфа и получил тяжелое огнестрельное ранение в ногу. […] Хайдар Хусейн Карим эль-Фитлави сказал, что он ехал в своем синем «Фольксвагене Пассате» вдоль улицы Хайфа к бензозаправочной станции, когда раздался взрыв. Неожиданно он оказался под огнем американских солдат. Он рассказал представителю «Хьюман Райтс Вотч»:

> «В мою машину попало больше десяти пуль. Пять из них попали в бензобак, но, к счастью, не произошло взрыва. Я выбрался из машины и лег на землю. Я просто почувствовал, что моя нога оказалась на плече. Я там лежал, истекая кровью, в течение десяти минут. Люди остановили небольшой автобус и вносили туда раненых. Помню, что там был маленький ребенок. Нас отвезли в больницу Эль-Карама».

По словам эль-Фитлави никто из американских солдат не был ранен во время нападения, хотя вряд ли он мог хорошо рассмотреть из-за ведущейся стрельбы. «Американцы очень испугались, — сказал он. — Поэтому они и стреляли куда попало».
[…]

17 августа солдаты США застрелили 43-летнего оператора агентства Рейтер Мазена Дану, неподалеку от тюрьмы Абу-Грейб на окраине Багда-

да. Мазен был двенадцатым журналистом, убитым с начала войны, и вторым из погибших журналистов Рейтера. По информации агентства Дана и его звукоинженер попросили у солдат разрешение на ведение съемки. После его гибели военные США принесли извинения и объяснили, что солдаты приняли камеру за ручной противотанковый гранатомет. Представитель военных выразил тогда соболезнования, но сказал, что солдаты не дают предупредительного выстрела, если чувствуют опасность. «Я не могу вам подробно изложить правила применения силы, но наш противник не организован в части и подразделения и не носит военной формы, — сказал журналистам полковник Гай Шилдс, когда его спросили об этом случае. — Во время войны нет необходимости давать предупредительные выстрелы. Нет на это времени, если существует возможность оказаться жертвой внезапного нападения».

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Является ли Ирак оккупированной территорией по смыслу МГП? (По крайней мере, до 30 июня 2004 г.?) Даже если Соединенные Штаты (по их утверждению) действовали в соответствии с резолюциями Совета Безопасности? Даже если Соединенные Штаты действовали в порядке самообороны? Даже после принятия резолюции 1483 (2003) Совета Безопасности (см. **Прецедент № 159**, Ирак, Оккупация и построение мира, А.), если толковать эту резолюцию как легитимизацию присутствия сил Коалиции в Ираке? (См. статью 2 Конвенции IV и часть 5 Преамбулы Протокола I.)

2. a. Когда в Ираке стали применять МГП военной оккупации? С того момента, когда первый американский солдат ступил на иракскую территорию? С того момента, когда первая деревня оказалась фактически под американским контролем? Как только были завершены основные военные операции, что, по словам Президента Соединенных Штатов, произошло 1 мая 2003 г.? (См. статью 2 Конвенции IV и статью 42 Гаагского положения.)

   b. Отвечая на вопрос (a), проводите ли вы различие между обязательством гуманно обращаться с покровительствуемыми лицами (статья 27 Конвенции IV), обязательством обеспечить общественный порядок и безопасность (статья 43 Гаагского положения) и обязательством обеспечивать гигиену и общественное здравоохранение (статья 56 Конвенции IV)? Если да, то как вы объясняете проведение такого различия?

3. Соответствовали ли МГП действия американских войск на блокпосту Эль-Мансур и после взрыва бомбы на улице Хайфа? Какие нормы вы

применяете в отношении этих действий: нормы, касающиеся ведения боевых действий, или нормы, касающиеся военной оккупации? Какие бы следовало принять меры для того, чтобы избежать подобных происшествий? (См. статьи 27 и 32 Конвенции IV и статьи 48, 50 (1), 51 (2) и (3), 57 (2) (a) (i) и (b) Протокола I.)

4. При каких обстоятельствах у американских солдат было право стрелять в человека в Багдаде в июле и августе 2003 г.? Регулируются ли такие действия МГП или международным правом прав человека? (См. статьи 27 и 32 Конвенции IV и статьи 48, 50 (1), 51 (2) и (3), 57 (2) (a) (i) и (b) Протокола I.)

5. Являлся ли нарушением МГП расстрел оператора агентства Рейтер 17 августа 2003 г.? (См. статью 57 (2) (a) (i) и (b) Протокола I.)

Прецедент № 156, США, Доклад Тагубы

ПРЕЦЕДЕНТ

Соединенные Штаты Америки / Ирак, Доклад Тагубы

[**Источник**: Краткое изложение расследования действий 800-й бригады военной полиции, проведенного генерал-майором Антонио Тагубой в соответствии со статьей 15–6, на английском языке, см. http://www.msnbc.msn.com/id/4894001.]

СТАТЬЯ 15–6
РАССЛЕДОВАНИЕ ДЕЙСТВИЙ 800-й БРИГАДЫ ВОЕННОЙ ПОЛИЦИИ

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

1. (Н/С) 19 января 2004 г. генерал-лейтенант Риккардо С. Санчес, командир Многонациональной объединенной оперативно-тактической группы — 7 (МООТГ-7), направил начальнику Центрального командования США просьбу назначить офицера-дознавателя, в звании генерал-майора или выше, для расследования деятельности 800-й бригады военной полиции (ВП). Генерал-лейтенант Санчес обратился с требованием провести расследование в связи с осуществлением бригадой операций по задержанию и интернированию с 1 ноября 2003 г. до настоящего времени. Генерал-лейтенант Санчес процитировал последние донесения о правонарушениях, совершенных в от-

ношении задержанных, побегах из мест содержания под стражей и ошибках в отчетности, которые указывали на систематический характер проблем, существующих в бригаде, и отсутствие четких стандартов, специальной подготовки и умения осуществлять руководство. Генерал-лейтенант Санчес просил провести тщательное и всестороннее расследование для установления фактов и выработки рекомендаций относительно состояния подготовки 800-й бригады и ее действий. […]

3. (Н/С) 31 января 2004 г. командующий сухопутными войсками сил Коалиции назначил генерал-майора Антонио М. Тагубу, заместителя начальника отдела оперативного обеспечения (КСВСК — Командование СВ сил Коалиции), провести это расследование. Генерал-майор Тагуба получил указание провести в соответствии с Наставлением СВ 15–6 неофициальное расследование деятельности 800-й бригады, связанной с задержанием и интернированием лиц. Более конкретно, генерал-майор Тагуба получил задание:

   a. (Н/С) выяснить все факты и обстоятельства, касающиеся недавних утверждений о правонарушениях, совершенных в отношении задержанных, в частности утверждений о дурном обращении с лицами, содержащимися в тюрьме Абу-Грейб (основное место содержания под стражей в Багдаде (ОМСПБ);

   b. (Н/С) расследовать случаи побега задержанных и ошибки в отчетности, о которых сообщалось в донесении командира Многонациональной объединенной оперативно-тактической группы — 7, и, конкретно, утверждения, касающиеся этих событий в тюрьме Абу-Грейб;

   c. (Н/С) провести надлежащее расследование состояния подготовки, существующих стандартов, порядка приема на службу, политики командования, внутренних процедур и стиля командования в 800-й бригаде ВП;

   d. (Н/С) установить конкретные факты, касающиеся всех аспектов расследования, и предложить рекомендации, необходимые для исправления ситуации. […]

УСТАНОВЛЕННЫЕ ФАКТЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

(ЧАСТЬ ПЕРВАЯ)

(Н/С) **В ходе расследования должны быть выяснены все факты и обстоятельства, касающиеся недавних сообщений о правонарушениях, совершенных в отношении задержанных лиц,**

в частности утверждений о дурном обращении с лицами, содержащимися в тюрьме Абу-Грейб (основное место содержания под стражей в Багдаде).

1. Управление по расследованию уголовных дел СВ США под командованием полковника Джерри Мочелло и бригада квалифицированных специалистов-профессионалов прекрасно провели расследование нескольких сложных и крайне неблаговидных случаев правонарушений, совершенных в отношении задержанных лиц в тюрьме Абу-Грейб. Они провели более 50 допросов свидетелей, тех, кто может подозреваться в совершении уголовных преступлений, и задержанных лиц. Кроме того, они обнаружили многочисленные фотографии и видео, наглядно демонстрирующие правонарушения, допущенные в отношении задержанных лиц, неоднократно совершаемые лицами из состава военной полиции с октября по декабрь 2003 г. Несколько подозреваемых дали полные и исчерпывающие признательные показания касательно своего личного участия и участия своих сослуживцев в совершении этих правонарушений. Некоторые из возможных подозреваемых ссылались на свои права в соответствии со статьей 31 Свода военных законов (СВЗ) и пятой поправки к Конституции США. […]

В ОТНОШЕНИИ ЧАСТИ ПЕРВОЙ РАССЛЕДОВАНИЯ Я УСТАНОВИЛ СЛЕДУЮЩИЕ КОНКРЕТНЫЕ ФАКТЫ:

1. (Н/С) Передовая оперативная база (ПОБ) Абу-Грейб обеспечивает охрану лиц, задержанных как по уголовным обвинениям, так и по соображениям безопасности, в основном месте содержания под стражей в Багдаде, облегчает проведение допросов для МООТГ-7, оказывает поддержку другим действиям Отдела по связям с общественностью, повышает уровень защиты группировки / качество жизни солдат, задача которых заключается в том, чтобы обеспечить успех операции по освобождению Ирака.

2. (Н/С) Командир 205-й бригады военной разведки был назначен МООТГ-7 командиром ПОБ Абу-Грейб с 19 ноября 2003 г. 205-я бригада военной разведки (ВР) проводит оперативные допросы для МООТГ-7 и допросы, имеющие значение в стратегическом отношении. С 19 ноября 2003 г. до передачи власти (ПВ) 6 февраля 2004 г. полковник […] был командиром 205 бригады ВР и начальником ПОБ Абу-Грейб.

3. (Н/С) 320-й батальон военной полиции 800-й бригады ВП отвечает за охрану в лагере Ганси, лагере Виджилант и в блоке камер № 1 ПОБ Абу-Грейб (ОМСПБ). Начиная с февраля 2003 г. и до того времени, когда он был освобожден от своих обязанностей 17 января 2004 г.,

подполковник […] был командиром 320-го батальона ВП. С декабря 2002 г. и до 17 января 2004 г., когда он был освобожден от своих обязанностей, капитан […] был командиром 372-й роты ВП, которая отвечала за охрану задержанных на ПОБ Абу-Грейб. Я также установил, что как 320-й батальон ВП, так и 372-я рота ВП были расквартированы на территории ПОБ Абу-Грейб.

4. (Н/С) Начиная с июля 2003 г. и до настоящего времени бригадный генерал […] был командиром 800-й бригады ВП.

5. (С) В период между октябрем и декабрем 2003 г. в основном месте содержания под стражей в Багдаде Абу-Грейб (ОМСПБ) несколько задержанных лиц стали жертвами садистских, вопиющих и бессмысленных уголовных преступлений. Такие систематические и противоправные действия в отношении задержанных намеренно совершались несколькими лицами из состава сил охраны военной полиции (372-я рота военной полиции 320-го батальона военной полиции 800-й бригады ВП) в секции 1-А тюрьмы Абу-Грейб. Утверждения об имеющих место противоправных действиях подтвердились в подробных показаниях свидетелей и при обнаружении очень показательных фотографий. Из-за крайне деликатного характера этих фотографий и видео, из-за проводящегося в настоящий момент расследования и возможного уголовного преследования в отношении нескольких подозреваемых фотографии не включены в качестве свидетельств в текст отчета о моем расследовании. Фотографии и видеофильмы имеются в Управлении по расследованию уголовных дел и в следственной группе МООТГ-7. Кроме вышеупомянутых преступлений, совершались правонарушения и лицами из состава 325-го батальона ВР 205-й бригады ВР и объединенного центра допроса и дебрифинга (ОЦДД). В частности, 24 ноября 2003 г. специалист […] 205-й бригады ВР, желая унизить задержанного, заставил его раздеться и вернуться в камеру обнаженным.

6. (С) Я установил, что, намеренно жестоко обращаясь с задержанными, лица из состава военной полиции совершали следующие действия:

   a. били их кулаками и ногами, прыгали на их босых ногах;

   b. (С) записывали на видеопленку и фотографировали обнаженных задержанных, как мужчин, так и женщин;

   c. (С) заставляли их принимать сексуально непристойные позы и фотографировали их;

   d. (С) заставляли задержанных снимать одежду и держали их обнаженными в течение нескольких дней подряд;

e. (C) заставляли раздетых мужчин надевать женское нижнее белье;

f. (C) заставляли группы задержанных мужчин мастурбировать и снимали это на видеопленку и фотографировали их;

g. (C) собирали голых мужчин из числа задержанных в кучу и прыгали на них;

h. (C) заставляли голых задержанных забираться на коробки с ИРП, держа мешок с песком на голове, и прикрепляли проволоки к их пальцам на руках и ногах и к пенису, симулируя пытку электротоком;

i. (C) написали слова «Я — насильник» на ноге задержанного, который, как сообщалось, изнасиловал другого задержанного, которому было 15 лет, и сфотографировали его голым;

j. (C) надевали цепочку или ошейник на шею обнаженного задержанного и фотографировали его с женщиной-военнослужащей, которая позировала рядом с ним;

k. (C) мужчина охранник из личного состава ВП имел сексуальные сношения с женщиной из числа задержанных;

l. (C) использовали военных служебных собак (без намордников) для запугивания задержанных, и по крайней мере в одном случае задержанный был искусан и получил тяжелые повреждения;

m. сфотографировали умерших иракских задержанных.

7. (H/C) Эти факты убедительно подтверждаются в письменных признательных показаниях нескольких подозреваемых, письменных заявлениях задержанных лиц и свидетельскими показаниями. [...]

8. (H/C) Кроме того, несколько задержанных говорили и о следующих противоправных действиях, чему при сложившихся обстоятельствах следует доверять в силу четкости их заявлений и подтверждающих показаний, данных другими свидетелями:

a. (H/C) на задержанных выливали фосфорную жидкость из разбитых химических осветительных устройств;

b. (H/C) задержанным угрожали заряженным 9-миллиметровым пистолетом;

c. (H/C) обнаженных задержанных поливали холодной водой;

d. (Н/С) задержанных лиц избивали рукояткой метлы и стулом;

e. мужчинам-задержанным угрожали изнасилованием;

f. (Н/С) охраннику из военной полиции разрешили зашить рану задержанного, который ее получил в результате того, что его сильно ударили о стену в камере;

g. (Н/С) изнасиловали задержанного через задний проход химическим осветительным устройством и, возможно, палкой от метлы;

h. (Н/С) использовали военных служебных собак, запугивая задержанных и угрожая им нападением, а в одном случае допустив покусы задержанного;

[…]

10. (Н/С) Я установил, что в нарушение положения директивы 190–8 по армии специалисты по проведению допросов военной разведки и других правительственных ведомств США (ДПВ) настойчиво просили охранников ВП создавать физические и психологические условия для благоприятного допроса свидетелей. […] Я установил, что персонал, приписанный 372-й роте ВП 800-й бригады ВП, получил указание изменить правила распорядка в месте содержания под стражей для того, чтобы «создать условия» для допросов, проводимых ВР. Я не имею непосредственных доказательств того, что персонал ВП лично участвовал в этих допросах, проводимых ВР.

11. (Н/С) Я делаю такой вывод на основе фактически доказанных неправомерных действий, которые, как я установил, были совершены в отношении задержанных, и на основе следующих свидетельских показаний:

a. (Н/С) **Специалист** […] **372-й роты ВП** заявила в своих показаниях, данных под присягой в отношении того инцидента, когда задержанного заставили встать на коробку и прикрепили провода к его пальцам на руках и ногах и к его пенису, что «ее работа заключалась в том, чтобы не давать задержанным спать». Она сказала, что сотрудник ВР разговаривал с капралом […]. Она заявила: **«В ВР хотели, чтобы они заговорили. Это […] и его работа заключается в том, чтобы сделать так, чтобы эти люди заговорили, как того хотели в ВР и других правительственных ведомствах».**

b. (Н/С) **Сержант** […] **372-й роты ВП** заявил под присягой следующее: **«Я был свидетелем того, что заключенных в отделении секции ВР, крыло 1А, заставляли делать разные вещи,**

что казалось мне сомнительным с моральной точки зрения. В крыле 1А нам сказали, что у них другие правила и другие постоянно действующие инструкции по обращению с заключенными. Я никогда не видел свода правил или постоянно действующую инструкцию этой секции, просто мне сказали. Военнослужащим, отвечающим за 1А, был капрал [...]. Он сказал, что агенты и служащие ВР просили его делать кое-какие вещи, но он жаловался, что никогда ничего не было в письменном виде (sic)». На вопрос о том, почему правила в секции 1А отличались от правил в остальных секциях, сержант ответил: **«В остальных секциях были простые заключенные, а 1А относится к военной разведке (ВР)»**. Когда его спросили, почему он не доложил своему командиру о правонарушениях, сержант сказал: **«Потому что я полагал, что раз они делали необычные вещи или те, которые не соответствовали общим установкам, кто-то должен был бы что-то сказать. Кроме того, это крыло принадлежало ВР и казалось, что ее персонал одобрял эти нарушения»**. Сержант [...] также заявил, что он слышал, как служащие ВР намекали охранникам, что надо бы похуже обращаться с содержащимися там лицами. Когда его спросили, что же сказал этот человек из ВР, он ответил: **«Подготовь-ка этого парня для нас. Пусть у него будет плохая ночь. Убедись, что его обработали»**. Он утверждал, что эти слова были обращены к капралу [...] и штаб-сержанту [...]. И, наконец, сержант [...] сказал, что ему казалось (sic), **«что служащие ВР хвалили [...] за то, что он делал в секции ВР. Например, они говорили что-то вроде «Хорошая работа, они, действительно, быстро раскалываются. Они на все вопросы отвечают. Они дают хорошую информацию». И потом: «Так и продолжайте». Что-то в этом роде».**

c. (Н/С) **Специалиста** [...] **372-й роты военной полиции** спросили, присутствовал ли он, когда в отношении каких-либо задержанных допускались противоправные действия. Он сказал: **«Я видел их голых, но ВР обычно говорили нам, чтобы мы взяли у них матрасы, простыни и одежду».** Он не мог вспомнить, кто из ВР дал ему указания сделать так, но заметил, что «если они хотели, чтобы я делал это, надо было дать мне это указание в письменной форме». Позже ему сказали, что «мы ничего не могли делать такого, что бы поставило заключенных в неловкое положение».

d. (Н/С) **Г-на** [...], гражданского переводчика из США, работающего по контракту, спросили о нескольких задержанных, обвинявшихся в изнасиловании. Он заметил (sic): **«Они (задержанные) все были голыми, а группа людей из ВР и ВП были там той ночью и сержант [...] отдавал приказы содержащимся там,**

и сержант приказал им при допросе признать, что они сделали. Они заставляли их делать странные движения, ползать на животе, прыгать, обливали их водой, они были все мокрыми, обзывали их по-всякому, например — «голубые», нравится ли вам заниматься любовью с парнями, потом им надели наручники на руки, а на ноги — кандалы и начали укладывать их друг на друга так, чтобы пенис того, кто был снизу, обязательно касался ягодиц того, кто сверху».

e. (Н/С) **Специалист** [...] **109-го медицинского батальона тылового обеспечения района** дал показания о том, что: **«камера 1А использовалась для содержания приоритетных задержанных, а камера 1В использовалась для содержания заключенных, представляющих значительную опасность, или нарушителей порядка. Во время моего обхода тюрьмы я заметил, что когда сюда поступали мужчины-задержанные, некоторых из них заставляли носить женское нижнее белье, что, я думаю, должно было как-то сломить их дух».**

12. (Н/С) **Я установил, что до направления в Ирак для участия в операции «Свобода Ираку» 320-й батальон ВП и 372-я рота ВП не получили никакой подготовки для действий в местах содержания под стражей и интернирования.** Я также пришел к выводу, что личный состав ВП в очень малом объеме прошел обучение или подготовку в том, что касается применимых норм Женевской конвенции об обращении с военнопленными, Полевого устава 27–10, Наставления СВ190-8 или Полевого устава 3–19.40. Более того, я понял, что очень мало экземпляров, если они вообще имелись, Женевских конвенций были предоставлены персоналу ВП и задержанным.

13. (Н/С) Другой очевидный пример того, что командование бригадой не общалось с солдатами и не обеспечивало их тактической подготовленности, касается случая жестокого обращения с задержанным, который имел место в лагере Букка (Ирак) 12 мая 2003 г. Солдаты из 223-й роты ВП доложили командованию 800-й бригады ВП в лагере Букка, что четыре солдата военной полиции из 320-го батальона ВП допускали противоправные действия в отношении задержанных лиц, когда те прибывали в лагерь Букка. В результате тщательного расследования, проведенного Управлением по расследованию уголовных дел, было установлено, что четыре солдата из 320-го батальона ВП избивали кулаками и ногами этих задержанных после их транспортировки с авиабазы Талил.

14. Официальные обвинения в соответствии с Единым сводом военных законов были выдвинуты против этих солдат, и расследование в со-

ответствии со статьей 32 было проведено подполковником Джентри. Его рекомендация заключалась в том, что четыре обвиняемых должны предстать перед военным трибуналом высшей инстанции, что было поддержано бригадным генералом [...]. Несмотря на нашедшие документальное подтверждение правонарушения, нет никаких свидетельств того, что бригадный генерал [...] когда-либо предпринимал попытки напомнить солдатам 800-й бригады ВП о требованиях Женевских конвенций, касающихся обращения с задержанными, или принимал какие-либо меры, чтобы гарантировать, что подобные правонарушения не будут повторяться. Нет также и свидетельств того, что подполковник [...] (ЛС), командир тех солдат, которые участвовали в совершении правонарушений в лагере Букка, принимал какие-либо меры, чтобы обеспечить должную подготовку своих солдат, касающуюся обращения с заключенными.

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЧАСТИ ПЕРВОЙ РАССЛЕДОВАНИЯ

1. (Н/С) Незамедлительно направить в район боевых действий в Ираке мобильную бригаду инструкторов (МБИ), состоящую из специалистов в следующих областях: операции по интернированию и переселению, международное и оперативное право, информационные технологии, организация управления учреждением, техника ведения допроса и сбора разведданных, культура арабских стран, медицинская практика применительно к операциям по интернированию и переселению, а также военных священников. Такая бригада должна вести комплексную подготовку по всем аспектам деятельности, связанной с интернированием и тюремным заключением.

2. (Н/С) Все лица из состава военной полиции и военной разведки МООТГ-7 и ее подразделений, участвующие каким бы то ни было образом в работе с задержанными или в проведении допросов, должны немедленно пройти подготовку, осуществляемую юристом, специализирующимся в области международного (действующего) права, по конкретным положениям права сухопутной войны ПУ 27–10, а именно: положениям Женевской конвенции об обращении с военнопленными, положениям, касающимся военнопленных противника, удерживаемого персонала, гражданских интернированных лиц и других задержанных лиц, и Наставления СВ 190–8.

3. (Н/С) **В МООТГ-7 должен быть назначен один офицер, отвечающий за всю деятельность, касающуюся работы с задержанными на всем театре военных действий в Ираке.** Я также рекомендую начальнику военной полиции армии назначить минимум двоих (2) специалистов, одного офицера и одного военнослужащего из сержантского состава для оказания помощи МООТГ-7 в деле координации

всей работы с задержанными лицами.

4. (Н/С) Начальники мест содержания под стражей и в местах проведения допросов должны проследить за тем, чтобы соответствующие экземпляры Женевской конвенции об обращении с военнопленными и положения о предоставлении защиты были доступны как на английском языке, так и на языке задержанных и вывешены там, где их можно легко увидеть, во всех местах содержания под стражей. Задержанным, у которых возникают вопросы относительно обращения с ними, должна быть предоставлена возможность прочитать Конвенцию.

5. (Н/С) Каждый командир в месте содержания под стражей и в месте проведения допросов должен опубликовать полный и всеобъемлющий перечень постоянно действующих инструкций (ПОИ) в отношении обращения с задержанными, а весь личный состав должен прочитать ПОИ и подписать документ, свидетельствующий о том, что ПОИ прочитаны и поняты.

6. (Н/С) В соответствии с рекомендациями, содержащимися в Докладе генерала-майора Райдера, а также обнаруженными мною фактами и рекомендациями данного расследования все подразделения и части в районе боевых действий в Ираке, осуществляющие деятельность, связанную с интернированием, тюремным заключением и задержанием лиц в ходе операции «Свобода Ираку», должны находиться в оперативном подчинении МООТГ-7 по всем вопросам, включая действия в соответствии с Единым сводом военных законов.

7. Назначить отдел С3 МООТГ-7 в качестве инстанции, несущей ответственность за работу с задержанными в зоне совместных боевых действий в Ираке (ЗОБД). (Генерал-майор Том Миллер, С3, МООТГ-7, был назначен командованием МООТГ-7.)

8. (Н/С) Провести Исследование обстоятельств дела в соответствии с UP Наставлением СВ 381–10, процедура 15, для определения степени виновности личного состава военной разведки, приписанного к 205-й бригаде ВР и Объединенному центру проведения допросов и дебрифинга, касательно правонарушений, допущенных в отношении задержанных в тюрьме Абу-Грейб.

9. (Н/С) Крайне важно, чтобы ответственным за работу с задержанными был назначен добросовестный военный юрист, получивший специальную подготовку и имеющий знания в области международного и оперативного права, чтобы он мог оказывать помощь и давать рекомендации по вопросам работы с задержанными.

УСТАНОВЛЕННЫЕ ФАКТЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

(ЧАСТЬ ВТОРАЯ)

(Н/С) **В ходе расследования выяснялись обстоятельства побегов задержанных и ошибки в отчетности, как о них сообщалось МООТГ-7, в частности заявления, касающиеся этих событий в тюрьме Абу-Грейб:**

В ОТНОШЕНИИ ЧАСТИ ВТОРОЙ РАССЛЕДОВАНИЯ Я УСТАНОВИЛ СЛЕДУЮЩИЕ КОНКРЕТНЫЕ ФАКТЫ: […]

6. (Н/С) Работа с задержанными включает в себя отчетность, попечение о военнопленных противника, удерживаемых лицах, гражданских задержанных лицах и других задержанных, а также об иракских заключенных, осужденных за совершение уголовных преступлений, а также обеспечение им соответствующих условий жизни и быта. […]

[…]

8. (Н/С) В 800-й бригаде ВП отмечается общее отсутствие осведомленности в отношении основных правовых, нормативных, относящихся к доктрине и командных предписаний, которые не выполняются и на выполнение которых не обращается внимания.

9. (Н/С) Обращение с задержанными лицами и заключенными уголовниками после их поступления было непоследовательным и различным в зависимости от места содержания под стражей, временных лагерей для военнопленных, мест расположения войск и даже смен охранников во всем районе ответственности 800-й бригады ВП. […]

[…]

23. (Н/С) Число лиц, содержащихся в тюрьме Абу-Грейб и лагере Букка, значительно превосходит максимально расчетные цифры, а силы охраны не укомплектованы и не имеют достаточных ресурсов. Такое положение способствовало тому, что условия проживания были плохими, совершались побеги и допускались ошибки в отчетности в различных местах содержания под стражей. Кроме того, их перенаселенность ограничивает возможность выявить среди задержанных и поместить отдельно лидеров, которые, возможно, организуют побеги и бунты в этих учреждениях.

24. (Н/С) Проверка, оформление и освобождение задержанных, которые не должны содержаться под стражей, занимают слишком много

времени и способствуют перенаселенности и волнениям в местах содержания под стражей. […]

[…]

28. (Н/С) Ни правила внутреннего распорядка лагеря, ни положения Женевских конвенций на английском языке или на языке задержанных не вывешены ни в одном из мест содержания под стражей, находящихся в районе ответственности 800-й бригады ВП, даже после того, как в ходе нескольких расследований отмечалось невыполнение этого крайне важного требования. […]

[…]

33. (С/НИ) В различных местах содержания под стражей, находящихся в ведении 800-й бригады ВП, обычно содержались лица, доставляемые туда другими правительственными ведомствами без каких-либо объяснений. Не были известны их личные данные или даже причина их задержания. В объединенном центре допроса и дебрифинга (ОЦДД) в Абу-Грейб их называли «заключенные-призраки». По крайней мере в одном случае 320-й батальон ВП в Абу-Грейб содержал для других правительственных ведомств нескольких таких «заключенных-призраков» (6–8), которых они перемещали из одной тюремной камеры в другую для того, чтобы спрятать их от делегатов Международного Комитета Красного Креста (МККК), проводивших там обследование. Это был обманный маневр, противоречащий доктрине армии и нарушающий международное право. […]

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЧАСТИ ВТОРОЙ РАССЛЕДОВАНИЯ:

[…] (Н/С) Разработать, обеспечить персоналом и выполнять всесторонние и подробные ПДИ, используя уроки, извлеченные из данного расследования, а также из всех сделанных ранее выводов, рекомендаций и докладов. (Н/С) ПДИ должны иметься в письменном виде, их следует распространить, провести подготовку в отношении их выполнения, они должны быть поняты на самом нижнем уровне. (Н/С) Иракские заключенные, осужденные за совершение уголовных преступлений, должны содержаться отдельно от задержанных всех иных категорий. […] (Н/С) При каждой смене охранников или караула должен проводиться краткий инструктаж по ППС в случае содержания под стражей и ППС при ведении допросов, а также принципам Женевских конвенций. […] (Н/С) Тексты Женевских конвенций и правил внутреннего распорядка должны быть вывешены на видном месте на английском языке и на языке задержанных в каждом временном лагере для военнопленных и… в каждом месте содержания под стражей.

УСТАНОВЛЕННЫЕ ФАКТЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

(ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ)

(Н/С) **Изучить должным образом уровень подготовленности, стандарты, порядок приема на службу, политику командования, правила внутреннего распорядка и стиль командования в 800-й бригаде ВП:**

(Имена вычеркнуты)

В ОТНОШЕНИИ ЧАСТИ ТРЕТЬЕЙ РАССЛЕДОВАНИЯ Я УСТАНОВИЛ СЛЕДУЮЩИЕ КОНКРЕТНЫЕ ФАКТЫ:

1. (Н/С) Я установил, что бригадный генерал [...] приняла командование 800-й бригадой ВП 30 июня 2003 г. от бригадного генерала [...]. С этого времени бригадный генерал [...] является ее командиром. 800-я бригада ВП состоит из восьми батальонов ВП в Иракском районе боевых действий: 115-го батальона ВП, 310-го батальона ВП, 320-го батальона ВП, 324-го батальона ВП, 400-го батальона ВП, 530-го батальона ВП, 724-го батальона ВП и 744-го батальона ВП.

2. (Н/С) До того, как бригадный генерал [...] приняла командование, личный состав 800-й бригады ВПР считал, что им будет разрешено вернуться домой, когда все задержанные будут освобождены из лагеря Букка, места содержания под стражей в районе военных действий, после окончания основных боевых действий на суше 1 мая 2003 г. В какой-то момент в лагере Букка содержались приблизительно 7–8 тыс. человек. В силу статьи 5 судебных установлений и в результате проверки несколько тысяч задержанных были освобождены. Многие в войсках считали, что они вернутся домой после того, как задержанные будут освобождены. В конце мая — начале июня 2003 г. 800-я бригада ВП получила новую задачу по управлению иракской пенитенциарной системой и несколькими центрами содержания под стражей. Новая задача означала, что солдаты не будут передислоцированы в континентальную часть США, как ранее ожидалось. Это сказалось на моральном состоянии войск, и представляется, что в течение нескольких последующих месяцев командование не предприняло никаких шагов для решения данной моральной проблемы.

[...]

4. (Н/С) Я считаю, что 800-я бригада ВП не была должным образом подготовлена для выполнения задачи, которая включала в себя управление тюрьмой или пенитенциарным учреждением в комплексе тюрь-

мы Абу-Грейб. Как было установлено в докладе Райдера, с чем я согласен, подразделения 800-й бригады ВП не получили во время мобилизационного периода той подготовки, которая конкретно требуется для управления исправительными учреждениями. Я не обнаружил никаких свидетельств того, что командование, хотя оно и осознавало этот недостаток, обращалось с просьбой о проведении подготовки в деле управления исправительными учреждениями к начальнику Школы военной полиции, в военную тюрьму СВ США в Мангейме (Германия), к Начальнику военной полиции армии или в штрафные казармы армии США в Форт-Ливенворте, штат Канзас.

[…]

13. (Н/С) Что касается 320-го батальона ВП, я считаю, что командир батальона подполковник […] (ЛС) был крайне неэффективным командиром и руководителем. […] 320-й батальон ВП уже был опозорен как подразделение из-за правонарушений в отношении задержанных, которые имели место ранее, в мая 2003 г. в месте интернирования района военных действий в Букке, когда батальон находился под командованием подполковника […] (ЛС). Несмотря на очевидные недостатки подполковника […] (ЛС) в качестве командира и руководителя, бригадный генерал […] разрешила ему остаться командиром своего наиболее неблагополучного батальона, охраняющего самый многочисленный, в 800-й бригаде ВП, контингент задержанных лиц. Подполковник […] (ЛС) был освобожден от своих обязанностей генерал-лейтенантом Санчесом, командующим МООТГ-7, 17 января 2004 г.

14. (Н/С) В ходе расследования я имел длительную беседу с бригадным генералом […], которая продолжалась более четырех часов, стенографический отчет о ней включен в Приложения. Бригадный генерал […] была очень эмоциональна во время дачи почти всех показаний. Что особенно беспокоит меня в ее показаниях, так это полнейшее нежелание признать тот факт, что причиной возникновения или обострения многих проблем, существующих в 800-й бригаде ВП, является плохое руководство и отказ командования как установить основные стандартные принципы, так и обеспечить их выполнение солдатами.

15. (Н/С) Бригадный генерал заявила, что она не получала никакой помощи от Управления по связям с гражданской администрацией и, конкретно, никакой помощи ни от бригадного генерала […], ни от полковника […]. Она возлагает вину за большую часть правонарушений в Абу-Грейб на персонал ВР и заявляет, что этот персонал внушил сотрудникам ВП «определенные идеи», которые привели к противоправным действиям в отношении задержанных.

[…]

19. (Н/С) Я установил, что отдельные солдаты 800-й бригады ВП и 320-го батальона, дислоцированных по всей территории Ирака, очень мало контактировали с подполковником [...] (ЛС) и бригадным генералом [...] во время своей службы. Бригадный генерал [...] утверждала во время дачи показаний, что она регулярно посещала различные места содержания под стражей, где служили ее солдаты. Однако подробное служебное расписание, предоставленное ее адъютантом, первым лейтенантом [...], не подтверждает этого заявления. Более того, многочисленные свидетели говорили, что они редко видели бригадного генерала [...] или подполковника [...] (ЛС).

20. (Н/С) Кроме того, я установил, что психологические факторы, такие как разница культур, качество жизни солдат, фактическое наличие смертельной опасности в течение длительного периода времени и неспособность командиров признать воздействие этих факторов, способствовали установлению нездоровой обстановки в месте содержания под стражей Абу-Грейб (ОМСПБ) и в целом в 800-й бригаде ВП.

21. [...] ПДИ бригады и ее подразделений, касающиеся обращения с задержанными, если они вообще существовали, не читались и не были поняты солдатами ВП, перед которыми была поставлена трудная задача — работать с задержанными. Я не обнаружил никаких свидетельств того, что после совершения в мае 2003 г. противоправных действий в отношении нескольких задержанных в лагере Букка бригадный генерал [...] приняла хотя бы какие-то меры по исправительному обучению своих солдат или по обеспечению четкого понимания всеми солдатами ВП в Ираке требований Женевских конвенций, касающихся обращения с задержанными.

22. 17 января 2004 г. бригадный генерал [...] получила официальное письменное замечание от генерал-лейтенанта Санчеса в связи с серьезными недостатками в ее бригаде. Генерал-лейтенант Санчес пришел к выводу, что деятельность 800-й бригады ВП не соответствовала стандартам, установленным СВ или МООТГ-7. Он выяснил, что инциденты, имевшие место в предыдущие шесть месяцев, обусловлены отсутствие четких стандартов, профессионализма и надлежащего руководства в бригаде. Недавние правонарушения в отношении задержанных в Абу-Грейб (ОМСПБ) были упомянуты генерал-лейтенантом Санчесом в качестве самого последнего примера плохого руководства и той атмосферы, которая «царит в бригаде». Я полностью согласен с мнением генерал-лейтенанта Санчеса относительно деятельности бригадного генерала [...] и 800-й бригады ВП.

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЧАСТИ ТРЕТЬЕЙ РАССЛЕДОВАНИЯ:

1. (Н/С) Освободить бригадного генерала [...] 800-й бригады ВП от должности командира и объявить ей выговор за следующие действия, которые были упомянуты выше как установленные факты:

   — необеспечение наличия у солдат ВП в местах содержания под стражей района боевых действий в Ираке соответствующих ПДИ по работе с задержанными и ознакомления, понимания и выполнения командирами и солдатами этих ПДИ;

   — необеспечение того, чтобы солдаты 800-й бригады ВП знали, понимали и следовали положениям о защите, предоставляемой задержанным в Женевской конвенции об обращении с военнопленными;

   — предоставление ложных данных бригаде, ведущей расследование, относительно частоты ее посещений подчиненных ей частей и подразделений;

   — неисполнение приказа командующего КСВСК, генерал-лейтенанта [...], касающегося лишения дисциплинарных прав офицеров и сержантов старшего сержантского состава за неправомерные действия;

   — непринятие соответствующих мер в связи с неэффективной деятельностью подчиненного командира, подполковника [...] (ЛС);

   — необеспечение исправления многочисленных ошибок в отчетности, о которых поступали донесения, в местах содержания под стражей на всей территории Ирака.

2. (Н/С) Объявить выговор полковнику [...], командиру 205-й бригады ВР, и провести расследование в соответствии с процедурой 15 Наставления СВ 381–10 деятельности разведки Армии США, в связи со следующими действиями:

[...]

   — необеспечение знания, понимания и соблюдения солдатами, находящимися под его непосредственным командованием, положений о защите, предоставляемой задержанным Женевской конвенцией об обращении с военнопленными;

   — необеспечение должного контроля за действиями солдат, работающих в первой секции камер строгого режима в Абу-Грейб (ОМСПБ) и осуществляющих «посещения» этих камер.

3. (Н/С) Освободить от выполняемых обязанностей подполковника […] (ЛС), командира 320-го батальона ВП, объявить ему выговор и вычеркнуть его имя из списка кандидатов на присвоение очередного воинского звания полковника/О–6 за следующие действия, которые были упомянуты выше как установленные факты:

[…]

— необеспечение для солдат, находящихся под его непосредственным командованием, должной подготовки по осуществлению операций по интернированию и переселению;

— необеспечение знания и понимания солдатами, находящимися под его непосредственным командованием, положений о защите, предоставляемой задержанным Женевской конвенцией об обращении с военнопленными;

— необеспечение должного контроля за действиями солдат, работающих в первой секции камер строгого режима в Абу-Грейб (ОМСПБ) и осуществляющих «посещения» этих камер;

— необеспечение разработки и применения соответствующих основополагающих стандартов действий солдат, их подготовленности и отчетности. […]

[…]

13. (Н/С) Я считаю, что существует достоверная информация, которая может служить основанием для проведения расследования в соответствии с процедурой 15 Наставления СВ 381–10 деятельности разведки Армии США для определения степени виновности персонала ВР, приписанного к 205-й бригаде ВР и Объединенному центру допроса и дебрифинга (ОЦДД) в Абу-Грейб (ОМСПБ). […]

ДРУГИЕ ВЫВОДЫ И РЕЗУЛЬТАТЫ НАБЛЮДЕНИЙ

1. (Н/С) По причине характера и масштабов настоящего расследования я заручился поддержкой полковника (доктора) Генри Нельсона, психиатра ВВС США, для проведения анализа материалов расследования с психологической точки зрения. Он пришел к выводу, что имеются свидетельства того, что ужасные правонарушения в отношении задержанных лиц в Абу-Грейб (ОМСПБ) были произвольными действиями отдельных солдат в опасной обстановке и при отсутствии контроля. Налицо было сложное сочетание многих психологических факторов и недостатков командования. […]

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

1. (Н/С) Несколько солдат СВ США совершили вопиющие действия и серьезные нарушения международного права в Абу-Грейб (ОМСПБ) и лагере Букка (Ирак). Более того, основные старшие командиры как 800-й бригады ВП, так и 205-й бригады ВР не выполняли установленные нормы, не следовали политике и директивам командования в деле предотвращения правонарушений в отношении задержанных в Абу-Грейб (ОМСПБ) и в лагере Букка в период с августа 2003 г. по февраль 2004 г.

2. (Н/С) Одобрение и выполнение рекомендаций настоящего расследования в соответствии с Наставлением СВ 15–6 и тех, которые были сформулированы в предыдущих докладах, является крайне важным для того, чтобы создать условия, при наличии ресурсов и персонала, необходимые для предупреждения в будущем случаев противоправных действий в отношении задержанных.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Как бы вы квалифицировали конфликт в Ираке в период, когда там совершались противоправные действия, о которых поступили сообщения? Применяются ли положения международного гуманитарного права (МГП) международных вооруженных конфликтов ко всем задержанным лицам, упоминаемым в докладе Тагубы?

   b. Проводится ли в докладе различие между обращением с военнопленными и обращением с другими задержанными лицами? Проводится ли там правовое различие? Каков статус тех, кто не считается военнопленным? Обязательно ли они являются покровительствуемыми гражданскими лицами? Гражданскими интернированными лицами? Что, если они удерживаются по причинам, не связанным с конфликтом? (См. статьи 4 и 5 Конвенции III и статьи 4, 76, 78 и 79 Конвенции IV.)

2. Квалифицируйте каждый случай «противоправных действий», упоминаемых в докладе Тагубы с точки зрения МГП (пункты 6—8 Части первой). Какие случаи, описанные в докладе, можно приравнять к пыткам? К дурному обращению? Имеет ли для МГП значение различие между пыткой и дурным обращением? (См. статьи 17 и 130 Конвенции III и статьи 31, 32 и 147 Конвенции IV.) Квалифицируются ли в докладе некоторые нарушения как военные преступления? В каких обстоятельствах упоминаются в докладе МГП и Женевские конвенции?

3. a. Были ли, по мнению автора доклада, правонарушения, о которых в нем говорится, лишь неправильными действиями отдельных солдат? Являлись ли они результатом отсутствия подготовки и дисциплины, к чему снисходительно относились начальники и командиры? Стандартной процедурой проведения допросов?

   b. Можно ли оправдать обращение с лицами во время допросов, как оно описано в докладе, положениями статьи 5 Конвенции IV?

   c. Когда «специалисты по проведению допросов [...] настойчиво просили охранников ВП создавать физические и психологические условия для благоприятного допроса свидетелей» (пункт 10 Части первой), не было ли это подстрекательством к совершению правонарушений? Является ли подстрекательство к совершению преступления нарушением МГП или других сводов права? Какая оценка дается в докладе действиям специалистов по проведению допросов (из военной разведки и других ведомств)?

   d. Какие существуют требования и условия проведения посещений задержанных лиц делегатами МККК? Есть ли для этого правовые основания в МГП? Уважались ли они Коалицией? Является ли практика «заключенных-призраков» (пункт 33, Установленные факты и рекомендации (Часть вторая) нарушением МГП? (См. статью 126 Конвенции III и статью 143 Конвенции IV.)

4. Каково ваше мнение относительно рекомендаций, предложенных генерал-майором Тагубой в его докладе после установления им конкретных фактов? Считаете ли вы, что такие меры, как подготовка охранников, вывешивание текста Женевских конвенций в местах содержания под стражей, разработка необходимых процедур и т.д., являются адекватными и достаточными? Что вы думаете о санкциях, рекомендуемых в докладе? Находите ли вы их соразмерными совершенным преступлениям? Кто должен быть наказан за эти правонарушения? Только те лица, которые их совершили? Или также и командиры, если они знали об этом и не предприняли соответствующих действий? Более высокопоставленные начальники? Лица, которые подстрекали к совершению этих противоправных действий?

Прецедент № 157, США, Доклад Шлезингера

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Заключительный доклад Независимой комиссии по расследованию действий Министерства обороны, связанных с содержанием под стражей, август 2004 г.

[**Источник**: Independent Panel to Review DoD Detention Operations, Chairman The Honorable James R. Schlesinger, August 24, 2004, to U.S. Secretary of Defense Donald Rumsfeld, на английском языке
см. http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf.]

ВВЕДЕНИЕ — УКАЗАНИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ

Министр обороны поручил Независимой комиссии 12 мая 2004 г. провести расследование действий Министерства обороны (МО), связанных с содержанием лиц под стражей. [...] В своей служебной записке министр поставил перед Независимой комиссией задачу рассмотреть результаты проведенных Министерством обороны расследований деятельности, связанной с содержанием лиц под стражей, независимо от того, завершены или продолжаются эти расследования, а также рассмотреть другие материалы и информацию, которые Комиссия сочтет имеющими отношение к данному делу. Министр попросил Комиссию принять независимый подход при освещении самых важных вопросов, заслуживающих его внимания. Он попросил Комиссию высказать свое мнение о причинах возникновения проблем в работе с задержанными и факторах, содействующих их появлению, а также относительно мер, требующихся для исправления ситуации.

Комиссия не проводила проверку каждого отдельного случая правонарушений. Эта задача была выполнена теми профессионалами, которые осуществляли расследования уголовных дел и действий командиров. Многие из этих расследований еще продолжаются. Комиссия же рассматривала различные уже завершенные и все еще составляемые доклады, касающиеся причин совершения противоправных действий. Каждое из этих дознаний или инспекций определяло правонарушение, классифицировало его и анализировало правонарушение в соответствии с указаниями назначивших комиссию органов власти, но применяемая методология не повторялась во всех аспектах. На основании рассмотрения других докладов, имеющихся к настоящему времени, и собственных уси-

лий Комиссия приходит к выводу, что причины правонарушений были исследованы достаточно адекватно.

На заседаниях Комиссии, состоявшихся 22 июля и затем 16 августа, обсуждался процесс составления доклада. Члены Комиссии рассмотрели также разделы и варианты доклада, составленного с июля по середину августа.

Мы постоянно получали поддержку, и все нужные нам документы предоставлялись своевременно в ответ на все наши запросы, в большой степени благодаря усилиям оперативно-тактической группы по работе с задержанными МО. Мы рассмотрели множество секретных и открытых документов, издаваемых МО и другими ведомствами.

Наши сотрудники встречались и беседовали с представителями Международного Комитета Красного Креста и Координационной группы исполнительных директоров правозащитных организаций.

Следует помнить, что Комиссии была предоставлена информация, которая имелась к середине августа 2004 г. Если станут известны дополнительные сведения, решения Комиссии могут быть пересмотрены.

МЕНЯЮЩАЯСЯ ОПАСНОСТЬ […]

Ведя глобальную войну с терроризмом, военные сталкиваются со значительно более широким кругом угроз. В Ираке и в Афганистане силы США сражаются с очень разными противниками, имеющими различную идеологию, цели и возможности. Американские солдаты и их партнеры по Коалиции разгромили бронетанковые дивизии Республиканской гвардии, но все еще являются объектом нападений со стороны сил, применяющих автоматы, реактивные гранаты, бомбы, установленные на дорогах, и ракеты класса «земля–воздух». Мы не просто сражаемся с остатками умирающих режимов или противниками правительств и коалиционных сил, оказывающих помощь этим правительствам, но с многочисленными противниками, включая местных и международных террористов. Эта сложная оперативная обстановка требует от солдат способности вести традиционные операции по стабилизации обстановки, близкие по своим задачам к операциям по поддержанию мира, и одновременно боевые действия против военных группировок, которые обычно ведутся во время войны.

Военные действия в таких обстоятельствах неизбежно приводят к тому, что появляются задержанные лица — комбатанты противника, авантюристы, нарушители порядка, диверсанты, обычные уголовники, чиновники прежнего режима, а также и некоторые ни в чем неповинные лица. Этих людей следует тщательно проверить, соблюдая при этом принцип гуман-

ности, и отобрать тех, кто остается опасным или обладает сведениями, ценными с точки зрения военных. […]

Генерал Абизаид сам лучше всего определил характер ведущихся военных действий, выступая 19 мая 2004 г. в комитете Сената США по вооруженным силам:

> «Наши противники находятся в уникальном положении и представляют собой уникальных идеологических экстремистов, чье видение мира лучше всего выражено в том способе управления Афганистаном, который выбран Талибаном. Если они продержатся в Афганистане дольше нас и свергнут там законное правительство, они снова заполнят футбольные стадионы людьми и заставят их смотреть на казни. И если в Ираке мы позволим культуре запугивания, практикуемой нашими противниками, победить, снова начнут заполняться места массовых захоронений. Наши враги убивают всех без зазрения совести, они бросают вызов нашей воле изощренным пропагандистским манипулированием и искажением информации, они сейчас пытаются найти безопасные для себя районы, чтобы разрабатывать оружие массового уничтожения, которое они применят против нас, когда будут готовы к этому. Их целями являются не Кабул и Багдад, но такие города, как Мадрид, Лондон и Нью-Йорк. И хотя нас нельзя победить в военном отношении, мы не одержим победы над всем этим только военными средствами… Сражаясь на этой самой нетрадиционной войне этого нового века, мы должны быть терпеливыми и мужественными».

В Ираке командиры США не сразу поняли, что летом и осенью 2003 г. они столкнулись с действиями мятежников, и не сразу предприняли соответствующие шаги. Военная полиция и специалисты по ведению допросов, у которых был предыдущий опыт работы на Балканах, в Гуантанамо и Афганистане наряду со все возрастающим числом менее опытных солдат, стали выполнять в Ираке работу с задержанными, масштабы которой Министерство обороны не предвидело. По мере того, как Многонациональная объединенная оперативно-тактическая группа — 7 (МООТГ-7) начала задерживать тысячи иракцев, подозреваемых в участии в действиях мятежников или в том, что они что-то об этом знают, проблема быстро превзошла возможности персонала и средства, имеющиеся для ее решения. […]

Отдельные лица ухватились за эту возможность, предоставленную обстоятельствами, чтобы дать выход своим скрытым садистским наклонностям. Более того, многие профессионалы, действуя из лучших побуждений и пытаясь разрешить этический конфликт между применением жестких методов для получения информации, с тем чтобы спасти жизни

людей, и гуманным обращением с задержанными, оказались на не обеспеченной картами местности, часто получая противоречивые указания сверху. Некоторые преступили границу, за которой кончалось гуманное обращение, случайно; некоторые сделали это намеренно. Некоторые из правонарушителей считали, что другие правительственные ведомства вели допросы, используя более жесткие методы, чем те, которые разрешались Полевым уставом Армии 34–52, и такое восприятие привело к убеждению, что подобные методы поощрялись. Почти в 10 процентах случаев противоправных действий командиры игнорировали донесения о таких инцидентах. И неоднократно командир сам являлся их соучастником. […]

Сегодня возможность вести войну принадлежит нескольким десяткам очень заинтересованных в этом лиц, имеющих спутниковые телефоны и доступ в Интернет. Не довольствуясь просто терроризированием отдельных гражданских лиц, некоторые организации мятежников и террористов представляют угрозу более высокого уровня — характеризующуюся способностью и готовностью нарушить политический суверенитет и территориальную целостность суверенных государств.

Для нанесения поражения террористам и мятежникам крайне важна возможность определить местонахождение спутникового телефона, уничтожить или задержать основных руководителей и воспрепятствовать деятельности оперативных и финансовых сетей.

Однако небольшой объем таких ресурсов противника и тот факт, что они находятся далеко друг от друга и в разных местах, создают трудности при попытках сосредоточиться на оптико-электронной разведке, как мы это делали во время холодной войны, «Штурма в пустыне» и первой фазы операции «Свобода Ираку». Способность террористов и мятежников растворяться среди гражданского населения еще больше снижает их уязвимость для оптико-электронной разведки. Таким образом, информация, полученная от людей, как в результате разведывательной деятельности, так и в ходе допросов, является очень важной для сужения того пространства, на котором можно применять другие источники сбора разведданных. Короче говоря, разведка путем непосредственных контактов с источниками информации абсолютно необходима, и не только для того, чтобы заполнить пробелы в информации, получаемой из других источников, но и для того, чтобы иметь ориентиры и подсказки, которые помогут работать другим источникам. […]

ПРОЦЕСС ФОРМИРОВАНИЯ И ОБНАРОДОВАНИЯ ПОЛИТИКИ

В начале 2002 г. в Вашингтоне проходили дебаты относительно применения договоров и положений права по отношению к Аль-Каиде и Талибану.

Управление юрисконсульта (УЮ) Министерства юстиции дало, среди прочего, следующие рекомендации Генеральному юрисконсульту МО и Советнику Президента:

— ни Федеральный закон о военных преступлениях, ни Женевские конвенции не применяются к условиям содержания пленных из Аль-Каиды;

— Президент обладает полномочиями для того, чтобы приостановить действие договорных обязательств Соединенных Штатов, применимых к Афганистану, на период конфликта, если он решит, что Афганистан является несостоятельным государством;

— Президент может счесть, что талибы не удовлетворяют условиям для получения статуса военнопленных противника (ВПП) в соответствии с Третьей Женевской конвенцией.

Министр юстиции и Советник Президента, полагаясь частично на мнение УЮ, рекомендовали Президенту определить, что Женевские конвенции не применяются к конфликту с Аль-Каидой и Талибаном. Комиссия понимает, что позиция Генерального юрисконсульта МО соответствовала позиции Министра юстиции и Советника Президента. Ранее Государственный департамент утверждал, что Женевские конвенции в их традиционном применении представляли собой достаточно надежную правовую конструкцию, на основании которой можно было вести эффективную глобальную войну с терроризмом. […]

Что же касается применимости Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, то УЮ высказало 1 августа 2002 г. мнение, что методы ведения допросов, которые не противоречат соответствующим положениям внутреннего права, не нарушают эту Конвенцию. Оно считало, что только такие чрезмерные действия, цель которых заключалась в причинении сильной боли, или применение пытки были бы нарушениями; менее серьезные действия могли быть «жестокими, бесчеловечными или унижающими достоинство», но не нарушали Конвенции против пыток или национального законодательства. В Меморандуме УЮ далее говорилось, что Президент, осуществляя свои полномочия военного времени в качестве Главнокомандующего, мог даже санкционировать пытки, если бы он принял такое решение. […] Министр обороны дал указание Генеральному юрисконсульту МО создать рабочую группу для изучения методов допроса. […]

Эта работа завершилась 16 апреля 2003 г., когда Министерство опубликовало перечень утвержденных методов. В служебной записке министра подчеркивалась необходимость наличия надлежащих гарантий и говори-

лось далее, что «применение этих методов ограничено допросами незаконных комбатантов, удерживаемых на базе Гуантанамо (Куба)». Он также указывал, что четыре из этих методов должны применяться только в случае военной необходимости и что его [министра] следует уведомлять об этом заранее. Если дополнительные методы будут сочтены крайне важными, следует направить письменный запрос на их применение с «рекомендованными гарантиями и обоснованием их применения в отношении определенного задержанного». [...]

В августе 2003 г. генерал-майор Миллер приехал для проведения оценки деятельности МО по проведению допросов и содержанию под стражей в ходе контртеррористической операции в Ираке. Ему предстояло обсудить вопрос о возможности использовать в районе боевых действий интернированных лиц для быстрого получения разведданных, дающих основание для действий. Он привез в Ирак изданные министром обороны 16 апреля 2003 г. руководящие принципы для Гуантанамо, которые он передал, по имеющимся сообщениям, МООТГ-7 в качестве возможной модели, рекомендуя разработать политику для всего района боевых действий. Однако он отметил, что Женевские конвенции все-таки применялись к Ираку. Кроме этих различных печатных источников имелись также и накопленные общие профессиональные знания и практика специалистов, ведущих допросы на Гуантанамо, в Афганистане и других местах.

На оперативном уровне, при отсутствии более конкретных указаний от Центрального командования, специалисты, ведущие допросы в Ираке, опирались на ПУ34-52 и перечень запрещенных методов, который попал туда из Афганистана. 14 сентября 2003 г. командир МООТГ-7 подписал первые руководящие установки по допросам, которые содержали элементы утвержденной политики в Гуантанамо и элементы концепции ПДИ. Тактика, одобренная для применения в отношении задержанных из Аль-Каиды и Талибана, которым не предоставляется защита в соответствии со статусом военнопленного по Женевским конвенциям, теперь применялась в отношении задержанных, которые имели право на защиту в соответствии с Женевской конвенцией. [...]

ВЕДЕНИЕ ДОПРОСОВ

Любое обсуждение техники допросов должно начинаться с понимания простого факта, что цель допросов заключается в получении разведданных, которые помогут защитить Соединенные Штаты, их силы и интересы заграницей. Серьезность террористической угрозы после 11 сентября 2001 г. и все усиливающиеся действия сил сопротивления в Ираке делают особенно важной ту информацию, которая собирается по крупицам в ходе допросов. До тех пор, пока на карту поставлены жизни людей,

должны рассматриваться все законные и этические средства получения информации. Тем не менее допросы неприятны сами по себе, и у многих они вызывают возражения по своей сути. […]

ПРОБЛЕМЫ, СВЯЗАННЫЕ С ВЕДЕНИЕМ ДОПРОСОВ […]

Техника ведения допросов

Техника ведения допросов, которая предназначалась только для Гуантанамо, начала применяться в Афганистане и Ираке. Техника, используемая в Гуантанамо, включала принуждение принимать неудобные позы, изоляцию до 30 дней и изъятие одежды. В Афганистане техника включала изъятие одежды, изоляцию на длительные периоды времени, приведение организма в напряжение, запугивание собаками и лишение сна и света. Специалисты по ведению допросов в Ираке, уже знакомые с некоторыми из этих методов, применяли их даже до получения руководящих установок от МООТГ-7. Более того, офицеры, проводившие допросы в Абу-Грейб, основывались на ПУ 34–52 в версии 1987 г., которая разрешала лицам, производящим допрос, контролировать все аспекты допроса, в том числе освещенность, отопление, пищу, одежду и условия содержания, предоставляемые задержанным.

Среди офицеров, проводящих допросы, штабных военных юристов и командиров существовали самые разные мнения относительно того, какие методы допустимы. Некоторые случаи противоправных действий были очевидными проявлениями преступного поведения отдельных лиц. Причиной других случаев было неправильное толкование положений права и политики или смутное представление о том, какая техника допроса разрешена законом либо местными ПДИ. Инциденты, вызванные неправильным толкованием или отсутствием четкого понимания, были обусловлены такими причинами: увеличение числа руководящих указаний и информации, поступившей из других районов боевых действий; опыт, приобретенный офицерами, проводящими допросы в других районах боевых действий, и неумение провести различие между разрешенной техникой допросов в других обстоятельствах и в Ираке. Некоторые солдаты и служащие по контракту, которые совершали противоправные действия, могли искренне считать, что такие методы допустимы.

Использование лиц, работающих на контрактной основе, и специалистов по проведению допросов

Из-за нехватки специалистов по проведению допросов и переводчиков к работе привлекались лица, работающие на контрактной основе. Они представляли собой особую проблему в Абу-Грейб. Генеральный инспек-

тор СВ обнаружил, что 35 процентов лиц, работающих на контрактной основе, не прошли официальной подготовки по технике военных допросов, политике и доктрине. Однако Генеральный инспектор ВМС установил, что отдельные, более старшие, лица, работающие на контрактной основе, имели опыт работы в качестве специалистов по проведению допроса и, в общем, считались квалифицированнее некоторых более молодых военнослужащих рядового и сержантского состава. Деятельность контрактников контролировалась не в той мере, чтобы обеспечить законность действий по сбору разведывательной информации и необходимый порядок подчинения. В дальнейшем потребуется использование контрактников, но контракты должны четко указывать технические требования и квалификацию персонала, его опыт и требующуюся подготовку. Кроме того, они должны быть составлены и исполняться так, чтобы обеспечивались необходимый контроль и управление. […]

РОЛЬ ВОЕННОЙ ПОЛИЦИИ И ВОЕННОЙ РАЗВЕДКИ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, СВЯЗАННОЙ С СОДЕРЖАНИЕМ ПОД СТРАЖЕЙ […]

АБУ-ГРЕЙБ, ИРАК […]

Просьба о помощи

Командующий МООТГ-7 заметил в тюрьме серьезные недостатки и обратился с просьбой об оказании помощи. В ответ на эту просьбу генерал-майор Миллер и бригада из Гуантанамо были направлены в Ирак для предоставления консультаций по вопросам управления учреждениями и действий по проверке и отбору задержанных, по ведению допросов, сбору разведданных путем непосредственных контактов с источниками информации и межведомственному взаимодействию в ближайшей перспективе и в долгосрочном плане. […]

ПРАВО ВОЙНЫ / ЖЕНЕВСКИЕ КОНВЕНЦИИ […]

Соединенные Штаты оказались вовлечены в два различных конфликта, операцию «Прочная свобода» в Афганистане и операцию «Свобода Ираку» в Ираке. В результате решения, принятого Президентом, Женевские конвенции не применялись в отношении комбатантов Аль-Каиды (sic) и Талибана. Тем не менее эти традиционные стандарты были введены в действие для операции «Свобода Ираку» и остаются действующими в момент написания данного документа. Некоторые могут заявить, что это отступление от традиционного взгляда на право войны, как оно понимается МККК и другими в международном сообществе.

Операция «Прочная свобода» […]

7 февраля 2002 г. Президент издал меморандум, в котором, в частности, говорилось:

> «… война с терроризмом возвещает о появлении новой парадигмы… Наша страна признает, что эта новая парадигма — которая вызвана к жизни не нами, а террористами, — требует нового мышления в праве войны, но мышления, которое должно тем не менее соответствовать принципам Женевы».

Исходя из этого, Президент определил, что Женевские конвенции не применимы к конфликту США с Аль-Каидой и что задержанные талибы не имели права на статус военнопленных. Выведенные из-под защиты Женевских конвенций задержанные члены Аль-Каиды и Талибана назывались по-разному: незаконные комбатанты, комбатанты противника и непривилегированные участники боевых действий. […]

Комиссия отмечает, что Президент обусловил свое определение, указав, что политика Соединенных Штатов будет «соответствовать принципам Женевы». Женевские конвенции, среди прочего, придерживаются стандарта, который требует определения прав всех лиц и гуманного обращения со всеми лицами. В них предполагается, что никто не может быть вне закона, то есть находиться за пределами права какого-либо правового субъекта.

Комиссия считает, что элементы настоящей политики расплывчаты и страдают недостатками. Судья Сандра Дей О'Коннор, делая заявление от имени большинства судей в деле «Хамди против Рамсфельда» 28 июня 2004 г., указывает, что «правительство ни разу не предоставило какому-либо суду полный список критериев, которые оно применяет при классификации лиц в качестве (комбатантов противника)». Судья О'Коннор приводит несколько авторитетных мнений в поддержку тезиса о том, что задержание «является четко установленным принципом права войны», но также говорит, что не существует правовой нормы, ни в национальном, ни в международном праве, которая разрешала бы неопределенно долгое содержание под стражей любого комбатанта. С точки зрения логики, должна существовать категория лиц, которая не удовлетворяет особым условиям и, следовательно, выпадает из числа тех, кто имеет право на получение статуса военнопленного. Хотя для этой категории не имеется принятого определения в конвенциях и законодательных актах о законах и обычаях войны, концепция «незаконных комбатантов», или «непривилегированных участников военных действий», является частью права вооруженных конфликтов.

Операция «Свобода Ираку»

Операция «Свобода Ираку» сильно отличается от операции «Прочная свобода». Совершенно очевидно, что эта операция подпадает под действие Женевских конвенций и традиционного права войны. С самого начала кампании никто из высшего руководства или командиров не рассматривал никакой другой возможности, кроме той, что Женевские конвенции применимы.

В предположениях же и допущениях, которые делались на местах, эта основная мысль иногда терялась из вида. Персонал, знакомый с определениями права войны для операции в Афганистане, был склонен включать эти определения в свои решения, касающиеся военных действий в Ираке. Политика в области права войны и решения, подходящие к ОПС, мигрировали, иногда без какого-либо злого умысла, в матрицу решений для ОСИ. Мы уже отмечали ранее миграцию техники допросов из Афганистана в Ирак. Такая техника была разрешена для ОПС. Еще более важен следующий момент: использование этих методов допроса в Афганистане и на базе Гуантанамо стало возможным только потому, что Президент определил, что лица, которых таким образом допрашивают, не подпадают под строгие положения о предоставлении защиты Женевских конвенций.

Один из наиболее очевидных примеров такой миграции касается определения МООТГ-7 относительно того, что некоторые лица, содержащиеся под стражей в Ираке, должны входить в категорию незаконных комбатантов. Эта категория была определена в меморандуме Президента от 7 февраля 2002 г. Несмотря на отсутствие конкретного разрешения действовать не в соответствии с Женевскими конвенциями, МООТГ-7 тем не менее приняла решение, что командование может по своему усмотрению относить к незаконным комбатантам лиц, захваченных в ходе операции «Свобода Ираку». МООТГ-7 пришла к выводу, что у них под стражей содержались лица, которые соответствовали критериям, определяющим незаконных комбатантов, изложенным Президентом, и распространили такое понимание на тех лиц в Ираке, которые не находились под защитой Женевских конвенций в качестве комбатантов, основываясь на мнении УЮ. И хотя можно понять рассуждения командования МООТГ-7, касающиеся незаконных комбатантов, было ясно, что разрешения приостанавливать применение Женевских конвенций, имея в виду их букву и дух, в отношении всех военных действий в рамках операции «Свобода Ираку» дано не было. Кроме того, в МООТГ-7 не имелось возможности отличить задержанных, которые являются покровительствуемыми лицами в соответствии с Женевскими конвенциями, от тех, которые относятся к незаконным комбатантам и не обладают правом на защиту. […]

РОЛЬ МЕЖДУНАРОДНОГО КОМИТЕТА КРАСНОГО КРЕСТА

С декабря 2001 г. Международный Комитет Красного Креста (МККК) много раз осуществлял посещения мест содержания под стражей США на базе Гуантанамо, в Ираке и Афганистане. Различные группы проверяющих МККК предоставляли рабочие документы и доклады об установленных фактах военным руководителям США на различных уровнях. Признавая усилия США улучшить условия содержания задержанных лиц, МККК отмечал, что остаются серьезные разногласия в отношении определения статуса задержанных лиц, а также применения конкретных положений Третьей и Четвертой Женевских конвенций. Если придерживаться интерпретации МККК, ведение допросов не является разрешенной операцией. И тогда США лишились бы незаменимого источника разведданных в ходе войны с терроризмом. […]

Одним серьезным расхождением в подходах США и МККК является интерпретация правового статуса террористов. В беседе Комиссии с юридическим советником МООТГ-7 выяснилось, что МККК направил в феврале 2003 г. в Государственный департамент и Временную коалиционную администрацию доклад, где говорится о несоблюдении положений Протокола I. Но США отказались от принятия Протокола I, заявив, что отдельные элементы документа, которые предоставляют правовую защиту террористам, делают его абсолютно неприемлемым. Тем не менее США постарались сохранить позитивные положения Протокола I. В 1985 г. министр обороны отметил: «… некоторые положения Протокола I отражают обычное международное право, а другие представляются позитивными и новыми. Поэтому мы намереваемся вместе с нашими союзниками и другими сторонами разработать документ о взаимопонимании или декларацию принципов, включающие эти позитивные аспекты, с тем чтобы они со временем стали признанными в качестве обычного международного права». В 1986 г. МККК признал, что он и правительство США «оставили попытки убедить друг друга» по вопросу о применимости Протокола I. Тем не менее МККК продолжает считать, что Соединенные Штаты должны придерживаться этого стандарта ввиду того, что он является обычным международным правом.

Это предоставит террористам правовую защиту, равную той, которой пользуются военнопленные в соответствии с требованиями Женевских конвенций 1949 г., несмотря на то, что террористы не носят военной формы и во всех остальных отношениях не отличаются от некомбатантов. Сделать так означало бы подорвать запрет на пребывание террористов среди гражданского населения, то есть создать ситуацию, когда невозможны нападения на террористов без того, чтобы не подвергать опасности некомбатантов. В силу этой и других причин США определенно отказались от принятия данного Дополнительного протокола.

МККК также считает, что политика США по квалификации некоторых задержанных лиц в качестве незаконных комбатантов является нарушением международного гуманитарного права в его интерпретации. Он утверждает, что Третья и Четвертая Женевские конвенции, которые были ратифицированы США, устанавливают только две категории задержанных: (1) гражданские лица, содержащиеся под стражей, которым должно быть предъявлено обвинение и в отношении которых должно быть проведено расследование и (2) комбатанты противника, которые должны быть освобождены по окончании военных действий.

По мнению МККК, категория незаконных комбатантов лишает задержанных лиц некоторых прав человека. Он утверждает, что отсутствие информации относительно причин задержания и условий освобождения являются главными источниками стресса для задержанных лиц.

Однако Женевские конвенции 1949 г. предусматривают конкретные условия для получения статуса покровительствуемого лица. Тогда логично предположить, что, если лица, содержащиеся под стражей, не удовлетворяют особым требованиям, предоставляющим им привилегированный статус (в соответствии с Женевскими конвенциями), они попадают в категорию граждан, лишенных данных привилегий. Такую категорию «непривилегированных участников военных действий» МККК не признает и утверждает, что подобное определение несовместимо с его интерпретацией Женевских конвенций. […]

В конечном счете Комиссия приходит к выводу, что исторически сложившиеся отношения между Министерством обороны и МККК имеют определенную ценность. МККК должен служить неким индикатором раннего предупреждения возможных правонарушений. Командиры должны внимательно относиться к замечаниям МККК, содержащимся в его докладах, и принимать соответствующие меры для исправления ситуации. Комиссия также считает, что МККК в не меньшей степени, чем Министерство обороны, должен приспосабливаться к новым реальностям конфликтов — они очень сильно отличаются от ситуации в Западной Европе, которая и обусловила толкование Женевских конвенций, принятое в МККК. Министерство обороны создало управление по делам задержанных лиц и должно продолжать перестраивать свои отношения с МККК на оперативном уровне.

РЕКОМЕНДАЦИИ […]

9. США нуждаются в пересмотре своего подхода к обычному и договорному международному гуманитарному праву, которое необходимо рассматривать в контексте реалий, характерных для конфликтов XXI века. При этом США необходимо подчеркивать принцип взаимно-

сти, несмотря на низкую вероятность того, что некоторые противники будут применять его по отношению к силам Соединенных Штатов, а также и необходимость сохранять ценности, принятые в американском обществе, и международную репутацию Соединенных Штатов, которая зависит от приверженности признанным гуманитарным стандартам. […]

[ПРИЛОЖЕНИЕ С:]

БЕЛЫЙ ДОМ
ВАШИНГТОН

7 февраля 2002 г.

МЕМОРАНДУМ ДЛЯ: ВИЦЕ-ПРЕЗИДЕНТА
ГОСУДАРСТВЕННОГО СЕКРЕТАРЯ
МИНИСТРА ОБОРОНЫ
МИНИСТРА ЮСТИЦИИ
НАЧАЛЬНИКА ШТАБА ПРЕЗИДЕНТА
ДИРЕКТОРА ЦЕНТРАЛЬНОГО
РАЗВЕДЫВАТЕЛЬНОГО УПРАВЛЕНИЯ
ПОМОЩНИКА ПРЕЗИДЕНТА ПО ВОПРОСАМ
НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ
ПРЕДСЕДАТЕЛЯ КОМИТЕТОВ НАЧАЛЬНИКОВ
ШТАБОВ

ТЕМА: Гуманное обращение с задержанными лицами из Аль-Каиды и Талибана […]

2. В соответствии со своими полномочиями главнокомандующего и Президента Соединенных Штатов и опираясь на заключение Министерства юстиции от 22 января 2002 г. и на юридическое заключение, изложенное Генеральным прокурором в его письме от 1 февраля 2002 г., я принимаю следующее решение:

   a. Я согласен с юридическим заключением Министерства юстиции и устанавливаю, что ни одно из положений Женевы не применяется к нашему конфликту с Аль-Каидой в Афганистане или любом другом регионе мира, потому что, кроме других причин, Аль-Каида не является Высокой Договаривающейся Стороной Женевских конвенций.

   b. Я согласен с юридическим заключением министра юстиции и Министерства юстиции, что я обладаю полномочиями в соответствии с Конституцией приостановить действие Женевы в отношениях

между Соединенными Штатами и Афганистаном, но я отказываюсь от осуществления этого полномочия в данном случае. Следовательно, я определяю, что положения Женевы будут применяться в нашем настоящем конфликте с Талибаном. Я сохраняю за собой право осуществить данное полномочие в этом или в будущих конфликтах.

c. Я также согласен с юридическим заключением Министерства юстиции и принимаю решение, что статья 3, общая, Женевы не применяется к задержанным членам Аль-Каиды и Талибана, поскольку, наряду с другими причинами, соответствующие конфликты являются международными по своему характеру, а статья 3, общая, применима только к «вооруженным конфликтам немеждународного характера».

d. На основании фактов, предоставленных Министерством обороны, и рекомендаций Министерства юстиции я определяю, что задержанные члены Талибана являются незаконными комбатантами и поэтому не считаются военнопленными в соответствии со статьей 4 Женевы. Я отмечаю, что, поскольку принципы Женевы не применяются к нашему конфликту с Аль-Каидой, задержанные члены Аль-Каиды также не считаются военнопленными.

3. Конечно, наши национальные ценности, ценности, которые мы разделяем со многими другими народами мира, требуют от нас гуманного обращения с задержанными лицами, в том числе теми, которые не имеют законных оснований на такое обращение. Наше государство всегда было и будет решительным сторонником права Женевы и его принципов. В соответствии с линией нашей политики Вооруженные силы Соединенных Штатов будут и впредь должным образом и в той степени, которая соответствует требованиям военной необходимости, гуманно обращаться с задержанными лицами в соответствии с принципами права Женевы. [...]

[*Подписано*: Дж. У. Буш]

[ПРИЛОЖЕНИЕ H:]

ПРОБЛЕМЫ ЭТИЧЕСКОГО ХАРАКТЕРА

Введение

Для Соединенных Штатов и других государств со сходными системами ценностей сама деятельность по содержанию лиц под стражей и ведению допросов является деятельностью, вызывающей трудности нравст-

венного характера. Эффективно действующие специалисты по ведению допросов должны обманывать, склонять к совершению тех или иных действий, подстрекать и принуждать таким образом, который в обычной обстановке неприемлем для членов общества. И потому США налагают ограничения на категории лиц, которых можно задерживать, и на методы, которые могут использовать лица, ведущие допросы. Критические ситуации в ходе глобальной войны с терроризмом резко воздействовали на обычные пределы, в рамках которых в Америке воспринимаются содержание под стражей и допросы. В возникшей в результате этого неопределенности в морально-этическом плане нравственные устои наших солдат становятся особенно важными, когда выдвигаются аргументы, связанные с военной необходимостью.

Нравственные основания деятельности по содержанию лиц под стражей и проведению допросов

В рамках нашей системы ценностей согласие другого лица является основным нравственным критерием при оценке нашего поведения по отношению к другим. Согласие является проявлением свободы и достоинства лица и, как таковое, играет решающую роль в рассуждениях нравственного порядка. Согласие *налагает ограничения*, а также *дает возможность* действовать людям в том, что касается их обращения с другими. Можно сказать, что преступники, не уважая права других, дали согласие — в принципе — на арест и возможное тюремное заключение. В рамках этой логической структуры и в силу той угрозы, которую они представляют собой, мятежники и террористы «согласились» с тем, что их могут захватить в плен, содержать под стражей, допрашивать и, возможно, убить. […]

Что разрешено и на что налагаются ограничения в методах допроса

Что касается США, то в большинстве ситуаций, в которых разрешаются жесткие методы обращения с задержанными по нравственным соображениям, речь идет о различных вариантах сценария, когда «тикает часовой механизм бомбы замедленного действия». Компоненты такого сценария обычно таковы: угроза потери жизни, подозреваемый, который знает, как этого избежать — и чаще всего он несет ответственность за создавшуюся ситуацию, и третья сторона, у которой нет гуманных средств для получения информации, которая может спасти людей от гибели. Такие ситуации ставят перед нами труднейшую нравственную проблему: допустимо ли прибегнуть к негуманному обращению, если это представляется единственным способом предотвратить гибель людей? В чрезвычайных ситуациях и особенно во время боевых действий всегда будет искушение нарушить правовые и нравственные нормы для достижения

добрых, с нравственной точки зрения, целей. Многие участники операции «Прочная свобода» и «Свобода Ираку» не были должным образом подготовлены своим прежним опытом, образованием и обучением для решения таких нравственно-этических проблем.

Последовательный с точки зрения нравственности подход к решению проблемы означал бы признание того, что существуют ситуации, когда нарушение норм понятно, но не обязательно правильно, то есть мы можем признать, что хороший человек может с наилучшими намерениями нарушить существующие стандарты. В принципе, каждый, кто, столкнувшись с подобной дилеммой, совершил правонарушение, должен представить свои действия компетентным органам власти для рассмотрения и вынесения решения. Прекрасным примером тому может послужить случай, когда командир одного из батальонов 4-й пехотной дивизии разрешил своим солдатам избить задержанного, который, по его обоснованному убеждению, располагал информацией относительно планируемых нападений на его часть. Когда избиение не принесло желаемого результата, командир выстрелил из своего оружия около головы задержанного. Такое действие возымело успех, и жизни военнослужащих США были спасены. Однако действия командира были явным нарушением Женевских конвенций, и он доложил о своем поступке, зная, что будет преследоваться Армией в судебном порядке. Он получил умеренное наказание и ему разрешили уйти в отставку.

В таких обстоятельствах лица, проводящие допрос, могут применять правило нанесения «наименьшего вреда», оказывая давления не больше, чем это необходимо для получения желаемой информации. Далее, любое обращение, которое является причиной необратимого вреда, не будет разрешено, поскольку это, конечно, является пыткой. Более того, причинение любой боли с целью преподать урок или потому, что лицо, проводящее допрос, убедилось в невозможности получить информацию, является преступлением с нравственной точки зрения.

Обеспечение национальной безопасности является ответственностью государства, и поэтому работа специалистов по проведению допросов нравственно оправдана. Но применяемые методы должны отражать приверженность нашего государства нашим собственным ценностям. Конечно, конфликт между военной необходимостью и нашими ценностями сохранится. И поэтому наши военные профессионалы должны принять как должное тот факт, что во время кризисов они могут оказаться в ситуациях, когда на карту поставлена жизнь людей и морально оправданные методы сохранения этих жизней могут не быть очевидными. Это не должно помешать предпринимать действия, но люди должны быть готовыми к тому, чтобы принять и последствия. […]

B. Реакция Международного Комитета Красного Креста на доклад комиссии Шлезингера о действиях Министерства обороны США, связанных с содержанием под стражей

[**Источник**: Реакция МККК на публикацию доклада комиссии Шлезингера, 08.09.2007, см. http://www.icrc.org.]

Доклад комиссии Шлезингера является серьезным документом и примером достойного положительной оценки самоанализа в тяжелых условиях. Открытое признание нарушений, определение ответственных лиц и формулирование рекомендаций, цель которых заключается в том, чтобы не допустить повторений подобной практики в будущем, — все это представляет собой ценные уроки.

В то же самое время доклад комиссии содержит целый ряд неточностей, неправильных выводов и рекомендаций относительно правовой позиции, занимаемой МККК, и его роли и относительно права вооруженных конфликтов.

Далее излагается реакция МККК. [...]

II. О ПРАВОВОЙ ПОЗИЦИИ МККК

A. Страница 85: «Если придерживаться интерпретации МККК, ведение допросов не является разрешенной операцией».

МККК никогда не утверждал, что ведение допросов задержанных запрещено вне зависимости от того, обладают ли они статусом лиц, содержащихся под стражей в соответствии с Женевскими конвенциями, или нет. МККК всегда признавал за государствами право принимать меры, направленные на поддержание своей безопасности. МККК никогда не подвергал сомнению права США на сбор разведывательной информации и проведение допросов, обусловленных интересами безопасности. Ни Женевские конвенции, ни обычное гуманитарное право не запрещают сбор разведывательных данных или проведение допросов. Однако основное требование законодательства заключается в гуманном обращении с задержанными и защите их человеческого достоинства. Женевские конвенции, обычное гуманитарное право и Конвенция против пыток запрещают использование пыток и других форм жестокого, негуманного и унизительного обращения. Такой же запрет содержится и в других международных правовых актах и национальных законодательствах большинства стран.

B. Страница 86: «Это [приверженность США правовым стандартам, касающимся содержания под стражей, содержащимся в Дополнительном протоколе I к Женевским конвенциям и относящимся к защите жертв международных вооруженных конфликтов] предоставит правовую защиту террористам равную той, которой пользуются военнопленные в соответствии с требованиями Женевских конвенций 1949 г., несмотря на то, что террористы не носят военной формы и во всех остальных отношениях не отличаются от некомбатантов».

Положения Дополнительного протокола I, на которые ссылается МККК, являются «основными гарантиями», описанными в статье 75. США безоговорочно приняли эти положения в качестве обязательной нормы обычного гуманитарного права (см. «The United States Position on the Relations of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions», Michael J. Matheson, 2 Am. U. J. Int'l L.&Pol.'Y 419–31 (1987).

D. Страницы 86–87: «(МККК) утверждает, что Третья и Четвертая Женевские конвенции устанавливают только две категории задержанных: (1) гражданские лица, содержащиеся под стражей, которым должно быть предъявлено обвинение и в отношении которых должно быть проведено расследование, и (2) комбатанты противника, которые должны быть освобождены по окончании военных действий».

МККК не делает таких заявлений. Его трактовка этих вопросов основывается непосредственно на тексте Женевских конвенций.

а) Гражданские лица, представляющие угрозу для безопасности, могут быть задержаны без предъявления уголовных обвинений в период международного вооруженного конфликта. Вопрос об их интернировании должен пересматриваться два раза в год, однако период интернирования может быть продлен в связи продолжением военных действий и сохранением угрозы безопасности с их стороны. По завершении военных действий они должны быть освобождены, за исключением тех случаев, когда они находятся под следствием или отбывают наказание.

б) Все комбатанты противника (независимо от того, являются ли они военнопленными, применяется ли к ним обращение, оговоренное в Третьей Женевской конвенции, подпадают ли они под действие Четвертой Женевской конвенции или под обычные положения статьи 75 Протокола I) могут содержаться под стражей и после завершения конфликта, если в отношении них ведется следствие или они отбывают срок наказания.

E. Страница 87: «Если лица, содержащиеся под стражей, не удовлетворяют особым требованиям, предоставляющим им привилегированный статус (в соответствии с Женевскими конвенциями), они попадают в категорию граждан, лишенную данных привилегий. МККК не признает такую категорию «непривилегированных участников военных действий» и утверждает, что данное определение несовместимо с его интерпретацией Женевских конвенций».

Несмотря на то что Комиссия признает существование Четвертой Женевской конвенции о защите гражданских лиц, ее заключения содержат предположение о том, что если какие-то лица не удовлетворяют необходимым условиям для получения статуса военнопленных согласно Третьей Женевской конвенции, для них перестает работать вся схема Женевских конвенций. Отсюда следует невозможность признания того, что такие лица имеют право пользоваться защитой Четвертой Женевской конвенции, если они подпадают под национальный критерий, устанавливаемый статьей 4 этой Конвенции. МККК отвергает концепцию получения статуса вне контекста вооруженного конфликта для тех, кто пользуется защитой Третьей или Четвертой Женевской конвенции, либо обычными положениями статьи 75 Протокола I. Такая позиция соотносится с текстом обеих Конвенций, а также с позицией США касательно того, что ряд положений статьи 75 Протокола I по своей природе относятся к области обычного права.

III. О ПРАВЕ ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ

A. Страница 81: «Комиссия принимает предположение о том, что эти террористы не являются комбатантами, которые могут пользоваться защитой Третьей Женевской конвенции. Более того, она выражает свое согласие с заключением, что Четвертая Женевская конвенция, равно как и положения уголовного законодательства, не являются в достаточной степени вескими и адекватными для обоснования содержания под стражей террористов».

1. Третья Женевская конвенция и соответствующие разделы Устава Вооруженных сил США призывают к тому, чтобы определение статуса производилось исключительно «компетентным трибуналом», который имеет полномочия определять, удовлетворяет ли тот или иной человек, совершивший акт агрессии и попавший в руки противника в период вооруженного конфликта, критериям, по которым он мог бы получить статус военнопленного. Таким образом, нельзя прийти к заключению о том, что лица, содержащиеся под стражей, не имеют возможности пользоваться защитой Третьей Женевской

конвенции до тех пор, пока они не подвергнутся установленным Конвенцией процедурам для определения их статуса. См. также II. E выше.

2. МККК обеспокоен предположением о том, что Четвертая Женевская конвенция может быть проигнорирована по причине ее «недостаточной вескости». Четвертая Женевская конвенция однозначно признает существование обстоятельств, в которых лица, подпадающие под ее действие, могут быть лишены свободы. Такие лица могут быть интернированы в случае, если они представляют собой серьезную угрозу безопасности на период, пока эта угроза сохраняется. Им могут быть предъявлены обвинения в совершении уголовных преступлений, в их отношении может вестись следствие или быть вынесен приговор. Они также могут отбывать наказание в течение срока, выходящего за рамки окончания вооруженного конфликта, или, при некоторых обстоятельствах, пожизненно. В отношении них может также вестись судебное преследование за незаконное участие в военных действиях (и по этой причине они могут быть отнесены к категории «незаконных комбатантов», несмотря на то, что такая терминология не применяется в рамках МГП). Однако судебное преследование не влечет за собой лишение защиты, предусмотренной Четвертой Женевской конвенцией. В Четвертой Конвенции не содержится запретов на ведение допросов. Более того, видится опасным утверждение Комиссии о том, что из-за «недостаточной вескости» формулировок Четвертой Женевской конвенции государства могут принять одностороннее решение об уклонении от ее соблюдения. Признание правомерности такого аргумента означало бы подрыв всех юридических гуманитарных защитных механизмов.

B. Страница 82: «С точки зрения логики должна существовать категория лиц, которая не удовлетворяет особым условиям и, следовательно, выпадает из числа тех, кто имеет право на получение статуса военнопленного. Хотя для этой категории не существует принятого определения в конвенциях и законодательных актах о законах и обычаях войны, концепция «незаконных комбатантов», или «непривилегированных участников военных действий», является частью права вооруженных конфликтов».

Это заявление являет собой утверждение о том, что лица, которые не могут получить статус военнопленных в соответствии с Третьей Женевской конвенцией, выпадают из той категории лиц, которая пользуется защитой Женевских конвенций. Однако статья 4 Четвертой Женевской конвенции предоставляет статус покровительствуемых лиц тем, «кто оказывается… в руках неприятеля в период конфликта», если только они

не удовлетворяют национальному критерию и не подпадают под защиту других Женевских конвенций. Лица, содержащиеся под стражей и не пользующиеся защитой других Конвенций, но подпадающие под национальный критерий, что позволяет им пользоваться защитой Четвертой Женевской конвенции, безусловно, имеют свое «определение в конвенциях, касающихся вооруженных конфликтов». Эта категория определяется как «гражданские» или «покровительствуемые лица» в соответствии с Четвертой Женевской конвенцией. Это определение применимо даже в тех случаях, когда эти лица подозреваются в совершении действий, угрожающих безопасности государства, власти которого их удерживают, или в принадлежности к категории «незаконных комбатантов». Лица, не подпадающие под национальный критерий, пользуются защитой в соответствии со статьей 75 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям. Эта статья является частью обычного международного права.

IV. О РЕКОМЕНДАЦИЯХ

A. США нуждаются в пересмотре своего подхода к обычному и договорному международному гуманитарному праву, которое необходимо рассматривать в контексте реалий, характерных для конфликтов XXI века. В ходе этого процесса США необходимо полагаться на принцип взаимности… Комиссия полагает, что МККК не в меньшей степени, чем Департамент обороны, нуждается в пересмотре своей деятельности и ее адаптации к реалиям сегодняшних конфликтов, разительным образом отличающихся от тех, в рамках которых проводилась интерпретация Женевских конвенций (рекомендации 9 и 10).

Цели и принципы гуманитарного права по своей природе являются универсальными. Будущая деятельность МККК, который уже на протяжении 140 лет работает во всех концах мира, твердо основана на этой традиции. Женевские конвенции, представляющие собой свод правил и принципов гуманитарного права, являются одним из наиболее широко ратифицированных договорных документов в мире. Однако, признавая этот факт, мы тем не менее не подвергаем сомнению то обстоятельство, что сегодняшние конфликты разительным образом отличаются от тех, что привели к созданию Женевских конвенций 1949 г. В соответствии с этим МККК продолжает инициировать и принимать участие в дискуссиях об усовершенствовании подхода к применению Женевских конвенций к ситуациям сегодняшних вооруженных конфликтов.

Однако решение об одностороннем уклонении от этих общепринятых стандартов должно быть воспринято со всей серьезностью. На данный момент недостаточно доказательств того, что добросовестное примене-

ние существующих правовых норм препятствует преследованию тех, кто эти нормы нарушает.

Более того, принцип взаимности не может применяться по отношению к основным гарантиям, таким как запрет на применение пыток, без риска разрушить не только принципы международного гуманитарного законодательства, но и те ценности, на которых оно построено.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Как вы думаете, почему такой доклад был заказан Министерством обороны США? (См. статью 1, общую, Конвенций.)

2. Согласны ли вы с тем, что при «ведении глобальной войны с терроризмом военные сталкиваются с гораздо более широким диапазоном опасностей», нежели в других конфликтах? Был ли конфликт с Ираком частью «глобальной войны с терроризмом»? Какого рода «новые угрозы» можете вы себе представить? Какие их этих «новых угроз» поднимают вопросы, не рассмотренные/не урегулированные существующими нормами МГП?

3. Считаете ли вы возможным в одностороннем порядке приостановить действие договорных обязательств на время конфликта, если этот конфликт имеет место в несостоятельном государстве? Допускается ли это нормами МГП? Нормами публичного международного права? По крайней мере, в отношении Конвенции III? (См. статьи 1 и 2, общие, Конвенций и статью 4 Конвенции III.)

4. Как далеко могут пойти государства — участники Конвенции против пыток (см. http://www.icrc.org/ihl) и Женевских конвенций, интерпретируя определения пытки и другого жестокого, бесчеловечного и унизительного обращения? Как можете вы оправдать то заявление, что в качестве главнокомандующего, «осуществляя свои полномочия военного времени», глава государства мог бы «даже санкционировать пытки, если бы он принял такое решение»?

5. Есть ли у государств — участников договоров по МГП полномочия создавать новые правовые категории, такие как «незаконные комбатанты»?

6. Согласны ли вы с той теорией, что Конвенции III и IV допускают только две категории задержанных лиц: военнопленные и задержанные

покровительствуемые гражданским лицам (которые предстали перед судом, были осуждены или удерживаются в качестве гражданских интернированных лиц)? Как вы думаете, по какой причине МККК так настаивает на том, что другие категории должны быть исключены? Какие нормы МГП применялись бы к таким другим категориям лиц? (См. статью 4 Конвенции IV и статью 75 Протокола I.)

7. Может ли государство не признавать определенные положения договора и в то же самое время стремиться «сохранить позитивные элементы» этого договора? На каком основании могли бы последние элементы считаться обязательными для соответствующего государства?

8. Имеет ли значение для юридических обязанностей сторон в конфликте тот факт, что «[н]екоторые случаи противоправных действий были явными проявлениями преступного поведения отдельных лиц», а другие оказались результатом «неправильного толкования положений права и политики или смутного представления о том, какая техника допроса была разрешена»? Имеет ли это значение для персональной уголовной ответственности лиц, совершивших правонарушения?

9. В докладе упоминается о широком привлечении частных лиц, нанятых по контракту, к проведению допросов в местах содержания под стражей. Является ли законным такое использование лиц, не относящихся к составу вооруженных сил? Какого рода проблемы могут возникнуть в результате такой практики? (См. статьи 12, 39 и 127 Конвенции III и статьи 29, 99 и 144 Конвенции IV.)

10. На каком правовом основании МККК осуществлял посещения мест содержания под стражей США на базе Гуантанамо, в Ираке и Афганистане? Является ли это право на проведение посещений абсолютным? Может ли его действие быть приостановленным? Каковы цели таких посещений? (См. статью 126 Конвенции III и статьи 5 и 143 Конвенции IV.)

11. До какой степени и должен ли МККК «приспосабливаться к новым реальностям конфликтов»? Возможно ли такое приспосабливание? Законно ли оно? Является ли оно необходимым?

Прецедент № 158, Ирак, Врачебная этика в местах содержания под стражей

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Тюрьма Абу-Грейб: последствия для военной медицины

[**Источник**: MILES, Steven H., *Abu Graib: its legacy for military medicine*, The Lancet, Volume 364, Nr 9435, 21 August 2004; примечания не приводятся.]

Соучастие военно-медицинского персонала США в правонарушениях в отношении задержанных лиц в Ираке, Афганистане и на базе Гуантанамо имеет очень большое значение для прав человека, медицинской этики и военной медицины. Правительственные документы свидетельствуют о том, что военно-медицинская система США не сумела защитить права человека задержанных лиц, иногда сотрудничая с лицами, ведущими допросы, и с охранниками, допускающими правонарушения, и не представляла должных отчетов о повреждениях и случаях смерти в результате избиений. Расследование действий медицинского персонала в таких местах, как Абу-Грейб, могло бы привести к полезным реформам в области военной медицины.

Политика

Поскольку администрация Буша планировала нанести ответный удар террористам Аль-Каиды за нападения на США, ей не хотелось признавать, что Женевская конвенция об обращении с военнопленными применима по отношению к задержанным из Аль-Каиды. В январе 2002 г. в меморандуме Министерства юстиции США, направленном в Министерство обороны, был сделан вывод, что, поскольку Аль-Каида не подписывала в качестве государства международные конвенции и договоры, эти обязательства не применяются. Другой вывод касался того, что Конвенции не применяются к задержанным лицами из Талибана, потому что влияние Аль-Каиды на правительство Афганистана означало, что оно не может быть участником договоров. В феврале 2002 г. президент США подписал приказ, в котором заявлялось: несмотря на то, что Женевские конвенции не применялись к задержанным лицам из Аль-Каиды и Талибана, «[н]аше государство... будет решительным сторонником права Женевы и его принципов... Вооруженные силы Соединенных Штатов будут и впредь должным образом и в той степени, которая соответствует требованиям военной необходимости, гуманно обращаться с задержанными лицами в соответствии с принципами права Женевы». Эта формулировка подчиня-

ет соблюдение Соединенными Штатами Женевских конвенций «военной необходимости», не имеющей определения.

В августе 2002 г. в меморандуме Министерства юстиции, направленном Президенту, и в мартовском 2003 г. заключении рабочей группы Министерства обороны было проведено различие между жестоким, бесчеловечным или унизительным обращением, которое допускалось в военных местах содержания под стражей США, и пыткой, которая обычно была запрещена, за исключением тех случаев, когда Президент останавливал действие обязательств по Конвенции, осуществляя свои дискреционные полномочия военного времени. В этих меморандумах семантически анализировались слова «вред» и «серьезное разрушение личности» в правовых определениях пытки без обоснования терминов ссылками на исследование, демонстрирующее распространенность, жесткость или длительность воздействия ущерба от правонарушений в отношении задержанных лиц. Кроме того, в меморандумах не проводится различие между допросами с применением мер принуждения, в которых участвуют солдаты, и допросами с участием медицинского персонала или использованием медицинских знаний. Например, в обоих документах оправдывается применение лекарственных препаратов во время допросов. В обоих документах нет упоминания принципов медицинской этики или истории соучастия медиков и психиатров в применении пыток или бесчеловечном обращении.

В конце 2002 г. министр обороны одобрил «Методы действий против сил сопротивления», которые включали наготу, изоляцию и запугивание собаками при допросах на Гуантанамо лиц, подозреваемых в причастности к Аль-Каиде. В апреле он пересмотрел эту технику и посоветовал лицам, составляющим планы допросов, принять к сведению мнения, существующие в других странах, согласно которым отдельные из разрешенных методов, например угрозы, оскорбления или запугивание, нарушают Женевскую конвенцию. [...]

В Правилах ведения допросов, вывешенных в Абу-Грейб, говорилось: «Подход [к допросам] всегда должен быть гуманным... До задержанных НИКОГДА нельзя дотрагиваться со злым умыслом или если они этого не хотят... применяются Женевские конвенции». Эти правила были разработаны для операции США в Афганистане и повторяли служебную записку министра обороны 2003 г. В них говорилось: «Для допроса раненых задержанных лиц или тех, у кого есть проблемы со здоровьем, необходимо получить разрешение врача». В них утверждалось: «Воздействие при помощи пищевого режима (под контролем медиков)» для проведения допросов. В меморандуме Министерства обороны оно определялось как замена горячего питания холодным полевым пайком, но не лишение пищи, однако есть вполне достоверные свидетельства того, что последнее имело место.

Хотя личный состав Вооруженных сил США получает базовую подготовку в области прав человека в объеме, по крайней мере, 36 минут, военный персонал Абу-Грейб не проходил дополнительной подготовки по правам человека и не проводил подготовку работающего там гражданского персонала, осуществляющего проведение допросов. Лица из военно-медицинского персонала, отвечающего за задержанных лиц в Ираке и Афганистане, отрицали тот факт, что они прошли подготовку в области политики вооруженных сил в сфере прав человека. Местные командиры не были знакомы с Женевской конвенцией или Наставлением СВ, касающимся правонарушений.
[...]

Преступления

Получившие подтверждение сведения и информация из надежных источников свидетельствуют о следующих правонарушениях, совершенных в отношении задержанных в Ираке и Афганистане: избиение, нанесение ожогов, шок, подвешивание, удушение, угрозы в адрес задержанных и их родственников, сексуальное унижение, изоляция, надевание мешка на голову на длительный срок и содержание в кандалах, подвергание воздействию жары, холода и громких звуков. Сюда также относятся лишение сна, пищи, изъятие одежды и средств личной гигиены, поношение ислама и принуждение к нарушению его обрядов. Задержанных заставляли работать на территориях, которые не были разминированы, при этом они получали серьезные повреждения. Противоправные деяния в отношении задержанных женщин не так хорошо документированы, но по заслуживающим доверия утверждениям, они включают сексуальное унижение и изнасилование.

Следователи Армии США пришли к выводу, что медицинская служба для задержанных лиц в Абу-Грейб было недоукомплектована и не располагала достаточными ресурсами. Международный Комитет Красного Креста (МККК) определил, что медицинская служба не предоставляла в карточках-извещениях об интернировании медицинской информации, необходимой для сохранения здоровья лиц, содержащихся под стражей, как того требуют Женевские конвенции; причиной этого, как сообщалось, была политика, в соответствии с которой вновь поступившие в место содержания под стражу лица официально не оформлялись (то есть не регистрировалось их присутствие в тюрьме). Мало какие подразделения в Ираке и Афганистане выполняли требование права Женевы о проведении ежемесячных медицинских осмотров. Медицинская служба не обеспечивала заключенным и возможности обращаться за медицинской помощью, как это требуется Женевской конвенцией. Например, в одном из документов, написанных под присягой лицом, содержащимся в Абу-Грейб, говорится, что его гноящуюся рану на руке, полученную в результате пытки, никак не

лечили. А иракский врач, работающий на США, сказал этому человеку, что его кровотечение из уха (оттого, что его били) нельзя было лечить в амбулатории, поэтому его лечили в тюремном коридоре.

Медицинской службой не были установлены процедуры, как того требует статья 30 Женевской конвенции, для того, чтобы обеспечить должное лечение задержанным-инвалидам. В показаниях под присягой одного заключенного в Абу-Грейб говорится, что у него отняли костыль, которым он пользовался из-за сломанной ноги, и его били по этой ноге, заставляя отказаться от ислама. Тот же самый задержанный сказал охраннику, что тюремный врач велел ему обездвижить сильно пораненное плечо, в ответ охранник подвесил его за это плечо. Медицинская служба принимала участие в разработке и осуществлении допросов с применением психологических и физических методов принуждения. Официальные представители вооруженных сил говорили, что врач и психиатр помогали разрабатывать планы допросов в Абу-Грейб, утверждали их и контролировали процесс. Это соответствует меморандуму министра обороны 2003 г., приказывающему специалистам по ведению допросов проследить за тем, чтобы задержанные «оценивались с медицинской и оперативной точек зрения, как подходящие» для осуществления планов допросов. В одном случае такого допроса, осуществляемого под медицинским контролем, задержанный потерял сознание и упал после избиений, медики привели его в чувство и ушли, а противоправные действия продолжались. Есть отдельные донесения о том, что медицинский персонал непосредственным образом совершал правонарушения в отношении задержанных лиц. Двое задержанных в показаниях под присягой описывали случай, когда врач разрешил охраннику, не имеющему никакой медицинской подготовки, зашить рваную рану заключенного, полученную в результате избиения.

Медицинская служба не предоставляла четких сообщений о болезнях и ранениях. Администрация Абу-Грейб не уведомляла семьи о случаях смерти, болезнях и переводах в медицинские учреждения, как того требует Конвенция. Медицинский сотрудник ввел внутривенный катетер в вену трупа задержанного, умершего под пыткой, чтобы создать впечатление, что тот жив и находится в больнице. В другом случае один иракец, взятый под стражу солдатами США, через много месяцев был обнаружен своими родственниками в иракской больнице. Он находился в коме, у него было три перелома черепа, серьезный перелом большого пальца на руке и ожоги на ступнях. Имеющаяся в больнице справка, выданная медиками США, утверждала, что в результате теплового удара у данного лица случился сердечный приступ и поэтому он находится в коме; там не упоминались никакие повреждения. Свидетельства о смерти задержанных в Афганистане и Ираке были фальсифицированы или заполнялись и выдавались с задержкой в несколько месяцев. Медицинские эксперты либо не проводили расследование случаев неожиданных смертей задер-

жанных в Ираке и Афганистане, либо проводили поверхностную оценку, и врачи обычно объясняли смерть задержанных в свидетельствах о смерти сердечными приступами, тепловыми ударами или естественными причинами, не замечая противоестественности смерти. В одном случае солдаты привязали избитого задержанного к двери его камеры и вставили ему кляп в рот. В свидетельстве о смерти говорилось, что он умер от «естественных причин во время сна». После того, как об этом стало известно из средств массовой информации, Пентагон пересмотрел свидетельство и заявил, что это было «убийство» и смерть наступила в результате «травмы от удара тупым предметом и удушения». […]

Последствия

Официальные лица из Пентагона выдвигают множество причин этих правонарушений, в том числе плохую подготовку, нехватку персонала, перенаселенность камер, антиисламские настроения, расизм, необходимость получить разведданные, наличие нескольких охранников с преступными наклонностями, стрессовую ситуацию войны и неопределенность в отношении срока пребывания. Однако основной причиной этих преступлений послужили руководящие установки, в которых чувствовалась небрежность и терпимость в отношении нарушений прав человека, и пренебрежение соблюдением прав человека со стороны военного командования.

В правовых спорах относительно того, являются ли задержанные лица военнопленными, солдатами, комбатантами противника, террористами, гражданами несостоятельных государств, мятежниками или преступниками, упускается одна крайне важная вещь. США подписали и ввели в действие многочисленные инструменты, в том числе Всеобщую декларацию прав человека ООН, Свод принципов ООН защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, Минимальные стандартные правила обращения с заключенными, Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и Политику США в отношении военного интернирования и проведения допросов, в которых содержатся обязательные и добровольно принятые стандарты, запрещающие вооруженным силам США применять пытки или обращаться с любыми лицами унижающим их достоинство образом. […]

В Женевской конвенции устанавливается: «Лица, которые непосредственно не принимают участия в военных действиях, включая тех лиц из состава вооруженных сил, которые сложили оружие, а также тех, которые перестали принимать участие в военных действиях вследствие болезни, ранения, задержания или по любой другой причине, должны при всех обстоятельствах пользоваться гуманным обращением без всякой дискриминации… С этой целью запрещаются и всегда и всюду будут запре-

щаться следующие действия в отношении вышеуказанных лиц: посягательство на жизнь и физическую неприкосновенность, в частности всякие виды убийства, увечья, жестокое обращение, пытки и истязания... посягательство на человеческое достоинство, в частности оскорбительное и унижающее обращение... Никакие физические или моральные пытки и никакие другие меры принуждения не могут применяться к военнопленным для получения от них каких-либо сведений. Военнопленным, которые откажутся отвечать, нельзя угрожать, подвергать их оскорблениям или каким-либо преследованиям или ограничениям». [...]

Руководители Пентагона подтвердили в своих показаниях, что должностные лица не проводили расследований и не принимали в 2002 и 2003 гг. никаких мер по докладам «Международной амнистии» и МККК относительно правонарушений в Абу-Грейб и других местах содержания под стражей Коалиции. Начальство в Абу-Грейб и командование в Ираке невнимательно относились к устным и письменным докладам правозащитных организаций и донесениям солдат о противоправных действиях. [...] Роль военной медицины в этих правонарушениях заслуживает особого внимания, поскольку у лиц медицинской профессии есть моральные обязательства по отношению к пыткам и поскольку медики-профессионалы, которые являются молчаливыми или активными соучастниками пыток, вызывают ужас. Случаи активного соучастия медиков в применении пыток имели место в различных частях света. Врачи участвовали в пытках во время режима Саддама Хусейна. Профессиональные организации врачей и медсестер принимали кодексы, направленные против участия в пытках [см. далее Токийская декларация]. [...] Многочисленные немедицинские группы утверждали, что врачеватели должны выступать в защиту лиц, которым грозят пытки. [...]

На оперативном уровне медицинский персонал проводил оценку задержанных лиц для допросов и осуществлял контроль за допросами с применением принудительных методов, разрешал лицам, проводящим допросы, использовать медицинские записи для разработки подходов к допросу, фальсифицировал медицинские записи и свидетельства о смерти, а также не предоставлял основного медицинского обслуживания.

Какие медицинские сотрудники были виновны в совершении таких неправомерных действий? В Вооруженных силах США служат врачи, помощники врачей, сестры, сотрудники военно-медицинской службы (после нескольких месяцев подготовки) и различные сотрудники управленческого и административного персонала. В международных заявлениях утверждается, что каждый сотрудник системы здравоохранения имеет нравственную обязанность противостоять пыткам. Документ ООН «Принципы медицинской этики в защите лиц от пыток», например, упоминает «работников здравоохранения», «особенно врачей», но в нем также говорится об ассистентах врачей, фельдшерах, физиотерапевтах и

санитарах. Аналогичным образом Женевская конвенция говорит об обязанностях врачей, хирургов, зубных врачей, медсестер и санитаров. Более того, медицинские службы Вооруженных сил США находятся под командованием врачей и каждый медик, так же, как и в случае с помощниками врачей, лично подотчетен врачу. Таким образом, врачи несут ответственность за политические установки в медицинской службе; военно-медицинский персонал должен соблюдать нормы медицинской этики в отношении пыток.

Абу-Грейб оставит серьезное наследие. Лица из состава медицинского персонала прописывали антидепрессанты солдатам США и решали вопросы, связанные с их злоупотреблением алкоголем и половыми извращениями в психологически разрушительной обстановке тюрьмы. Репутация военной медицины, Вооруженных сил США и США сильно пострадала. Тот факт, что обесцениваются положения международного права, увеличил после Абу-Грейб опасность, грозящую тем лицам, которые становятся задержанными во время войны, потому что там было подорвано доверие к обращениям, которые делаются в их интересах на международном уровне. [...]

B. Токийская декларация

[**Источник**: Токийская декларация; принята 29-й Всемирной Медицинской Ассамблеей, Токио, Япония, октябрь 1975 г.;
см. http://www.med-pravo,ru/International/Tokyo.htm.]

Токийская декларация Всемирной медицинской ассоциации. Рекомендации по позиции врачей относительно пыток и другого жестокого, негуманного или унижающего достоинство обращения или наказания в связи с арестом или содержанием в местах заключения.

Принята 29-й Всемирной Медицинской Ассамблеей, Токио, Япония, октябрь 1975 г.

ПРЕАМБУЛА

Врач обязан служить человечеству, сохраняя и восстанавливая физическое и психическое здоровье людей, облегчать страдания пациентов независимо от их личных качеств и проявлений. Врач должен проявлять абсолютное уважение к жизни человека, начиная с момента ее зачатия, и никогда, даже под угрозой, не может использовать свои профессиональные знания вопреки законам гуманности.

В настоящей Декларации пытка определяется как действие, совершаемое одним человеком или группой лиц по собственной инициативе или

по приказу, заключающееся в преднамеренном, систематическом или эпизодическом причинении физического или психического страдания другому человеку ради получения информации, признания или с иной целью.

ДЕКЛАРАЦИЯ

1. Как в мирное, так и в военное время, врач не должен ни санкционировать, ни оставлять без внимания пытки и любые другие формы проявления жестокости, бесчеловечного обращения или унижения человеческого достоинства, ни, тем более, участвовать в них, независимо от характера преступления подозреваемого, обвиняемого или виновного, а также побуждений и поведения потенциальной или фактической жертвы.

2. Врач не может предоставлять помещение, инструменты, препараты или свои знания с целью использования их для пыток и других форм жестокого, бесчеловечного или унизительного обращения, равно как и для ослабления сопротивления жертвы.

3. Врач не должен присутствовать ни при каком действии, в ходе которого либо применяются пытки или другие виды жестокого, негуманного и унизительного обращения с человеком, либо звучат угрозы их применения.

4. Врач должен быть полностью независимым в выборе способа лечения лица, находящегося в сфере его профессиональной ответственности. Важнейшая задача врача состоит в облегчении страданий себе подобных, и никакие побуждения личного, общественного или политического характера не должны превалировать над этой высокой целью.

5. Когда заключенный отказывается от приема пищи и при этом способен, по мнению врача, подтвержденному как минимум еще одним независимым врачом, здраво и рационально судить о последствиях своего решения, врач не может подвергнуть его насильственному искусственному питанию. Врач обязан объяснить заключенному возможные последствия отказа от приема пищи.

6. ВМА будет всячески поощрять международное сообщество, национальные медицинские ассоциации и отдельных коллег, поддерживающих врачей и их семьи перед лицом угроз и репрессий, связанных с отказом одобрить применение пыток или других форм жестокого, негуманного и унизительного обращения с человеком.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Какие действия и упущения со стороны медицинских работников, упомянутые в Документе А, являлись нарушениями МГП? Отличаются ли по вашему мнению принципы медицинской этики, применимые в мирное время, от принципов, применимых в ситуациях вооруженного конфликта? (См. статьи 13, 14, 17, 30, 31, 120 и 122 (2), (3), (5) и (6) Конвенции III; статьи 16, 27, 29, 31, 32, 91, 92, 129, 137 и 138 Конвенции IV и статьи 11 и 16 Протокола I.)

2. Имеют ли лица из состава военно-медицинской службы такие же обязанности, как и гражданские врачи? Могут ли военные приказы или процедуры отличаться от установленных принципов медицинской этики?

3. Документ А данного прецедента устанавливает, что в этом конкретном контексте существовало «сотрудничество» между медицинским персоналом и теми, кто отвечал за допросы заключенных и задержанных лиц. Возможно ли такое сотрудничество? Никогда невозможно? Возможно ли иногда? Если да, то при каких условиях и в каких обстоятельствах? (См. статьи 13, 14, 17 и 30 Конвенции III; статьи 16, 27, 29, 31, 32, 91, 92, 129, 137 и 138 Конвенции IV и статьи 11 и 16 Протокола I.)

Прецедент № 159, Ирак, Оккупация и построение мира

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Резолюция 1483 (2003) Совета Безопасности ООН

[**Источник**: Резолюция 1483 (2003) Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, 23 мая 2003 г., см. http://www.un.org.]

Совет Безопасности,

[...]

подчеркивая право иракского народа свободно определить свое политическое будущее и контролировать свои собственные природные ресурсы, приветствуя приверженность всех заинтересованных сторон оказанию поддержки делу создания обстановки, в которой он смог бы как можно скорее сделать это, и выражая твердую убежденность в том, что день, когда иракцы достигнут самоуправления, должен наступить быстро,

поощряя усилия народа Ирака по формированию представительного правительства, основанного на верховенстве права, которое обеспечивает всем иракским гражданам равные права и справедливость без различия по признаку этнической принадлежности, религии или пола, и в этой связи ссылаясь на резолюцию 1325 (2000) от 31 октября 2000 г., […]

отмечая письмо постоянных представителей Соединенных Штатов Америки и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии от 8 мая 2003 г. на имя Председателя Совета Безопасности (S/2003/538) и признавая конкретные полномочия, обязанности и обязательства этих государств как оккупирующих держав в соответствии с применимыми нормами международного права в рамках объединенного командования («Администрация»),

отмечая далее, что другие государства, которые не являются оккупирующими державами, работают в настоящее время или могут работать в будущем в рамках Администрации, […]

4. *призывает* Администрацию в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций и другими соответствующими нормами международного права содействовать благополучию народа Ирака путем эффективного управления территорией, в том числе, в частности, с помощью деятельности по восстановлению условий безопасности и стабильности и созданию условий, в которых иракский народ может свободно определить свое политическое будущее;

5. *призывает* всех, кого это касается, полностью выполнять свои обязательства по международному праву, включая, в частности, Женевские конвенции 1949 г. и Гаагское положение 1907 г.; […]

[…]

8. *просит* Генерального секретаря назначить Специального представителя по Ираку, в независимые обязанности которого будет входить представление регулярных докладов Совету о своей деятельности согласно настоящей резолюции, координация деятельности Организации Объединенных Наций в постконфликтных процессах в Ираке, координация работы учреждений Организации Объединенных Наций и международных учреждений, занимающихся оказанием гуманитарной помощи и деятельностью по восстановлению Ирака, и — в координации с Администрацией — оказание следующей помощи народу Ирака: […]

   e) содействие экономическому восстановлению и созданию условий для устойчивого развития, в том числе путем координации с национальными и региональными организациями, в зависимости от обстоятельств, гражданским обществом, донорами и международными финансовыми учреждениями;

i) поощрение международных усилий по содействию проведению правовой и судебной реформы; […]

9. *поддерживает* формирование народом Ирака — с помощью Администрации и во взаимодействии со Специальным представителем — иракской временной администрации в качестве переходной администрации, управляемой иракцами до тех пор, пока народ Ирака не создаст международно-признанное представительное правительство, которое возьмет на себя обязанности Администрации; […]

B. Приказы Временной коалиционной администрации

[**Источник**: Preliminary provisions of official documents of the Coalition Provisional Authority (CPA), Coalition Provisional Authority, «CPA Official Documents», на английском языке см. http://www.cpa-iraq.org/regulations/index.html.]

Постановления — документы, в которых даются определения учреждений и органов власти Временной коалиционной администрации (ВКА).

Приказы — обязательные для исполнения указания или директивы иракскому населению, в которых устанавливаются уголовные последствия или которые имеют непосредственное отношение к методам регулирования действий иракцев, в том числе к изменениям в иракском законодательстве.

Меморандумы — документы, разъясняющие Приказы и Постановления, устанавливая или изменяя процедуры, применяемые для исполнения Приказа или Постановления.

Официальные извещения — сообщают общественности о намерениях Администрации и могут требовать соблюдения мер безопасности; они не имеют уголовно-правовых последствий и усиливают некоторые аспекты действующего права, соблюдение которого ВКА намерена обеспечить.

[…]

1) Приказ ВКА номер 7: Уголовный кодекс (CPA/ORD/9 June2003/07)

Согласно моим полномочиям в качестве главы Временной коалиционной администрации (ВКА), в соответствии с резолюциями Совета Безопасности ООН, включая резолюцию 1483 (2003), и законами и обычаями войны,

Вновь подтверждая положения Послания свободы генерала Франка иракскому народу от 16 апреля 2003 г.,

Признавая, что бывший режим использовал некоторые положения уголовного кодекса в качестве инструмента репрессий в нарушение международно-признанных стандартов прав человека,

Действуя от имени и в интересах иракского народа,

Я официально объявляют о следующем: […]

(*подписано*) Л. Поль Бремер,
Глава администрации,
Временная коалиционная администрация

1bis) Приказ ВКА номер 31: Изменения в Уголовном кодексе и уголовно-процессуальном законодательстве (CPA/ORD/10 Sep 2003/31)

Согласно моим полномочиям в качестве главы Временной коалиционной администрации (ВКА) и в соответствии с законами и обычаями войны и соответствующими резолюциями Совета Безопасности ООН, включая резолюцию 1483 (2003),

Признавая, что случаи похищения людей, изнасилования и хищения транспортных средств представляют собой серьезную угрозу безопасности иракского населения и стабильности,

Понимая, что случаи разграбления электроэнергетических сооружений и сооружений нефтяной промышленности или подрывная деятельность, направленная против них, ослабляют усилия по улучшению условий жизни иракского народа,

Отмечая, что отказ освобождать подозреваемых под залог в некоторых случаях и приговоры к длительным срокам тюремного заключения являются сдерживающими факторами, предотвращающими подобные действия,

Я настоящим официально объявляю о следующих изменениях в Уголовном кодексе и уголовно-процессуальном праве: […]

(*подписано*) Л. Поль Бремер,
Глава администрации,
Временная коалиционная администрация

1ter) Меморандум ВКА 3: Уголовное судопроизводство (CPA/MEM/18 Jun 2003/03)

Согласно моим полномочиям в качестве главы Временной коалиционной администрации (ВКА) и в соответствии с законами и обычаями войны и соответствующими резолюциями Совета Безопасности ООН, включая резолюцию 1483 (2003),

Признавая обязанность ВКА по восстановлению правопорядка, обеспечению безопасности иракского населения и соблюдения основных стандартов по отношению к задержанным лицам,

Действуя, в частности, в соответствии с Четвертой Женевской конвенцией 1949 г. о защите гражданского населения во время войны (далее — Конвенция IV),

Отмечая недостатки иракского Уголовно-процессуального кодекса касательно соблюдения основных стандартов прав человека,

Я настоящим официально объявляю о следующем: […]

(*подписано*) Л. Поль Бремер,
Глава администрации,
Временная коалиционная администрация

2) Приказ ВКА номер 10: Управление местами содержания под стражей и тюрьмами (CPA/ORD/8 Jun 2003/10)

Согласно моим полномочиям в качестве главы Временной коалиционной администрации (ВКА) и в соответствии с законами и обычаями войны и соответствующими резолюциями Совета Безопасности ООН, включая резолюцию 1483 (2003),

Признавая настоятельную потребность обеспечить наличие безопасных и гуманных тюрем для того, чтобы восстановить правопорядок и гарантировать безопасность населения Ирака,

Я настоящим официально объявляю о следующем: […]

(*подписано*) Л. Поль Бремер,
Глава администрации,
Временная коалиционная администрация

3) Приказ ВКА номер 13 (пересмотренный): Центральный уголовный суд Ирака (CPA/ORD/11 Jul 2003/13)

Согласно моим полномочиям в качестве главы Временной коалиционной администрации (ВКА) и в соответствии с законами и обычаями войны и соответствующими резолюциями Совета Безопасности ООН, включая резолюцию 1483 (2003),

Будучи полон решимости содействовать развитию судебной системы в Ираке, которая будет пользоваться доверием и уважением народа Ирака,

Отмечая тот факт, что военная поддержка по-прежнему необходима для поддержания общественного порядка,

Способствуя выполнению обязанности ВКА восстановить и поддерживать порядок и осуществлению его права на обеспечение своей безопасности и соблюдению основных норм обычного судебного процесса;

Признавая роль, которую иракские юристы и правовая система должны играть в расследовании тех серьезных преступлений, которые самым непосредственным образом угрожают общественному порядку и безопасности,

Действуя от имени и в интересах народа Ирака,

Я настоящим официально объявляю о следующем: […]

(*подписано*) Л. Поль Бремер,
Глава администрации,
Временная коалиционная администрация

4) Приказ ВКА номер 15: Учреждение Комитета судебного надзора (CPA/ORD/ — Jul 2003/-)

Согласно моим полномочиям в качестве главы Временной коалиционной администрации (ВКА) и в соответствии с законами и обычаями войны и соответствующими резолюциями Совета Безопасности ООН, включая резолюцию 1483 (2003),

Отмечая обязанность ВКА восстановить и поддерживать порядок и право ВКА принимать меры для обеспечения своей безопасности, гарантировать основные стандарты обычного судопроизводства и способствовать созданию правового государства,

Отмечая, что судебная система Ирака подвергалась политическому вмешательству и коррупции в годы правления партии Баас,

Отмечая, что для стабильности любого общества необходима независимая и беспристрастная судебная система, которая должна и восприниматься как таковая,

Признавая роль, которую Комитет судебного надзора будет играть в обеспечении как можно более высоких стандартов судебной службы,

Действуя в соответствии с приказом Главы администрации номер 1 от 16 мая 2003 г., касающегося де-баасификации иракского общества (CPA/ORD/16 May 2003/01),

Я настоящим официально объявляю о следующем: […]

(*подписано*) Л. Поль Бремер,
Глава администрации,
Временная коалиционная администрация

5) Приказ ВКА № 39: Иностранные инвестиции (поправка внесена Приказом 46) (CPA/ORD /19 September 2003/39)

Согласно моим полномочиям в качестве главы Временной коалиционной администрации (ВКА) и в соответствии с законами и обычаями войны и соответствующими резолюциями Совета Безопасности ООН, включая резолюцию 1483 (2003),

Тесно сотрудничая с Управляющим советом в деле обеспечения того, чтобы экономические изменения происходили приемлемым для народа Ирака образом,

Признавая желание Управляющего совета увидеть значительные изменения в системе экономики Ирака,

Будучи полон решимости улучшить условия жизни, технические навыки и возможности для всех иракцев и бороться с безработицей, которая имеет пагубное влияние на безопасность общества,

Отмечая, что создание условий для иностранных инвестиций поможет развитию инфраструктуры, будет способствовать росту иракского бизнеса, создаст рабочие места, мобилизует капитал, приведет к введению новых технологий в Ираке и будет способствовать передаче знаний и умений населению Ирака,

Признавая проблемы, обусловленные правовой системой Ирака, регулирующей коммерческую деятельность, и того, как она использовалась бывшим режимом,

Признавая обязанные ВКА эффективно управлять Ираком, обеспечить благополучие иракского народа и гарантировать функционирование социальных институтов и нормальные условия для повседневной жизни,

Действуя в соответствии с Докладом Генерального секретаря Совету Безопасности от 17 июля 2003 г., касающимся необходимости развития Ирака и его перехода от непрозрачной экономики с центральным планированием к рыночной экономике, характеризующейся устойчивым экономическим ростом благодаря установлению динамично развивающегося частного сектора, и необходимости ввести для этого в действие институциональные и правовые реформы,

Координируя усилия с международными финансовыми институтами, как об этом говорится в части 8(e) резолюции Совета Безопасности ООН 1483, и при консультациях и координации деятельности с Управляющим советом, я настоящим официально объявляю о следующем: […]

Раздел 3: Связь с действующим законодательством Ирака

1) Настоящий Приказ заменяет все действующие положения права, касающиеся иностранных инвестиций. […]

Раздел 4: Отношение к иностранным инвесторам

1) Иностранный инвестор должен иметь право делать инвестиции в Ираке на условиях, не менее благоприятных, чем те, которые применимы к иракским инвесторам, если иное не предусмотрено настоящим законом.

2) Объем иностранного участия во вновь созданных или существующих коммерческих организациях в Ираке не ограничивается.[…]

Раздел 5: Области иностранных инвестиций

1) Иностранные инвестиции могут делаться во все секторы экономики в Ираке, однако запрещается иностранное и непосредственное владение предприятиями минерально-сырьевого сектора, связанного с первоначальной добычей и обработкой. Кроме того, Приказ не применяется к банкам и страховым компаниям. […]

(*подписано*) Л. Поль Бремер,
Глава администрации,
Временная коалиционная администрация

5bis) Приказ ВКА № 54: Политика либерализации торговли 2004 (CPA/ORD/24 February 2004/54)

Согласно моим полномочиям в качестве главы Временной коалиционной администрации (ВКА) и в соответствии с законами и обычаями войны и соответствующими резолюциями Совета Безопасности ООН, включая резолюции 1483 и 1511 (2003),

Отмечая установленную в Приказе номер 26 ВКА обязанность Департамента по охране границ осуществлять мониторинг и контроль за передвижением лиц и товаров на территорию Ирака и за ее пределы,

Продолжая взыскание налога на восстановление экономики, установленного Приказом номер 38 ВКА (CPA/ORD /19 September 2003/38),

Тесно сотрудничая с Управляющим советом, международными организациями и соответствующими министерствами в деле разработки политики, которая будет способствовать развитию международной торговли и становлению рыночной экономики в Ираке,

Я настоящим официально объявляю о следующем: […]

Раздел 1: Временное прекращение взимания таможенных сборов

Взимание всех таможенных тарифов, пошлин, налогов на импорт […] и аналогичных дополнительных сборов за товары, ввозимые в Ирак или вывозимые из Ирака, приостанавливается до того времени, когда суверенная администрация Ирака переходного периода установит такие сборы после передачи всей власти от ВКА этой администрации. […]

(*подписано*) Л. Поль Бремер,
Глава администрации,
Временная коалиционная администрация

5ter) Приказ ВКА № 64: Поправка к закону о компаниях № 21 1997 г. (CPA/ORD 29 February 2004/64)

Согласно моим полномочиям в качестве главы Временной коалиционной администрации (ВКА) и в соответствии с законами и обычаями войны и соответствующими резолюциями Совета Безопасности ООН, включая резолюции 1483 и 1511 (2003),

Тесно сотрудничая с Управляющим советом с тем, чтобы экономические изменения, необходимые для интересов народа Ирака, происходили приемлемым для народа Ирака образом,

[…] *Признавая*, что некоторые нормы, касающиеся создания компаний и капиталовложений при прежнем режиме, более не служат соответствующим целям социально-экономического развития и препятствуют экономическому росту,

Отмечая, что упрощенные требования при создании компаний и при капиталовложениях в них будут осуществляться в интересах иракских предпринимателей и коммерческих предприятий,

Признавая обязанность ВКА эффективно управлять Ираком, обеспечить благополучие иракского народа и гарантировать функционирование социальных институтов и нормальные условия для повседневной жизни,

Действуя в соответствии с Докладом Генерального секретаря Совету Безопасности от 17 июля 2003 г., касающемся необходимости развития Ирака и его перехода от непрозрачной экономики с центральным планированием к рыночной экономике, характеризующейся устойчивым экономическим ростом благодаря установлению динамично развивающегося частного сектора, и необходимости ввести для этого в действие институциональные и правовые реформы, […]

Я настоящим официально объявляю о следующем: […]

14) В статью 12, ч. 1, Закона вносится следующая поправка: «Юридическое или физическое лицо, как иностранное, так и иракское, имеет право приобретать членство в компании, будучи в соответствии с настоящим законом основателем, акционером или партнером, если такому лицу не запрещено такое членство в соответствии с законом или в силу решения, вынесенного компетентным судом или уполномоченным на то правительственным органом».

[…]

(*подписано*) Л. Поль Бремер,
Глава администрации,
Временная коалиционная администрация

C. Дафна Эвиатар «Свободный рынок в Ираке? Не так скоро», «Нью-Йорк Таймс» (10 января 2004 г.)

[**Источник**: EVIATAR Daphne, «Free Market Iraq? Not So Fast», in *New York Times*, 10 January 2004.]

Нет никаких сомнений в том, что касается намерений американцев относительно экономики Ирака. Как сказал министр обороны Дональд Х. Рам-

сфелд: «Поддержка будет оказываться рыночной экономике, а не командной системе сталинского типа».

И, соответственно, руководимая американцами коалиция выдала целую серию новых законов, которые должны трансформировать экономику. Были отменены таможенные тарифы, принят новый свод норм и правил, касающихся банковской деятельности, 15 процентов добавили ко всем будущим налогам и были настежь распахнуты для иностранных инвестиций когда-то строго охраняемые двери.

Одним ударом разделался Л. Поль Бремер, возглавляющий Временную коалиционную администрацию, с существующими в течение многих лет законами, которые налагали ограничения на возможность для иностранцев владеть собственностью и делать инвестиции в иракские коммерческие предприятия. Положение, известное как Приказ 39, разрешает иностранным инвесторам полностью владеть иракскими компаниями, не требуя от них реинвестировать прибыль в стране, что ранее разрешалось иракской конституцией только гражданам арабских стран.

Кроме того, прошлой осенью Администрация объявила о планах продать около 150 из почти 200 государственных иракских предприятий — от серодобывающих и фармацевтических компаний до иракской национальной авиалинии.

Но эти оптовые изменения неожиданно приоткрывают туманную зону международного права и порождают неудобные вопросы о том, что же оккупанту должно быть разрешено и что ему запрещено делать. И пока потенциальные инвесторы аплодируют новым правилам оказания помощи в восстановлении иракской экономики, правоведы озабочены тем, что Соединенные Штаты, возможно, нарушают давние международные законы, регулирующие военную оккупацию.

История предлагает нам здесь немного подсказок. Соединенные Штаты подписали как Гаагское положение 1907 г., так и Четвертую Женевскую конвенцию 1949 г. и включили их требования, касающиеся оккупации, в Полевой устав армии «Право сухопутной войны». Но иностранные армии, будь то вьетнамская в Камбодже, турецкая на севере Кипра или американская в Панаме и на Гаити, редко объявляли себя оккупационными силами. После Второй мировой войны, например, союзники заявили, что Гаагское положение не применяется, потому что верховная власть в Германии и Японии, которые капитулировали, принадлежит им. И хотя большинство стран мира называет оккупацией контроль, осуществляемый Израилем на Западном берегу и в секторе Газа после 1967 г., израильское правительство не согласно с таким статусом, хотя и заявило о том, что будет соблюдать право оккупации.

Процесс восстановления экономики и приватизации в Косово, например, стал предметом жарких дискуссий. Администрация Организации Объединенных Наций в Косово, учрежденная мирным договором после войны, которая не была санкционирована ООН, медлила с приватизацией того, что по сути было государственной собственностью. Однако она решила, что экономическое будущее Косово слишком важно для того, чтобы ждать окончательного мирного урегулирования, которое бы закрепило правовой статус Косова.

Правительство в Белграде и значительно уменьшившаяся сербская община в Косово заявляли о том, что такая продажа конкретным образом запрещена в резолюции Организации Объединенных Наций, в силу которой и была учреждена администрация. Этот спор, хотя и похожий, обходит вопросы права оккупации, потому что в Косово, в отличие от Ирака, действуют силы Организации Объединенных Наций и НАТО.

Что же касается Ирака, то последние заявления Совета Безопасности только усиливают неразбериху и путаницу. Резолюция 1483, принятая в мае, дает четкие указания оккупирующим державам выполнять требования Гаагского положения и Женевской конвенции, но странным образом в ней также предлагается коалиции играть активную роль в управлении и восстановлении экономики, что, по мнению многих правоведов, нарушает эти договоры.

Конфликт возникает прежде всего по поводу статьи 43 Гаагского положения, в которой говорится, что оккупирующая держава должна «насколько возможно, восстановить и обеспечить общественный порядок и общественную жизнь, уважая существующие в стране законы, буде к тому не встретится неодолимого препятствия».

Другими словами, оккупирующая держава является временным управляющим (попечителем, опекуном). Она должна восстановить порядок и обеспечить защиту населения, но применять законы, которые действовали до оккупации, если эти законы не угрожают безопасности или не противоречат другим положениям международного права.

«В соответствии с обычным правом местное законодательство должно оставаться по возможности неизмененным», — сказал Эял Бенвенисти, профессор международного права университета в Тель-Авиве и автор работы *Международное право оккупации* (*The International Law of Occupation*, Princeton, 1993). Значит, ремонт дорог, фабрик и систем телефонной связи является законным методом восстановления экономики. Но трансформирование действующей по очень строгим правилам централизованно-плановой экономики в рыночную экономику, возможно, и нет.

В служебной записке, написанной в марте и ставшей в мае известной журналистам британского издания «Нью Стейтсмен», лорд Голдсмит, главный юридический советник премьер-министра Тони Блэра, предупреждал, что «навязывание серьезных структурных экономических реформ» может быть нарушением международного права, если Совет Безопасности не дал на это конкретного разрешения.

Официальные лица из коалиционной администрации настаивают на том, что Совет Безопасности сделал именно это своей резолюцией 1483. Они утверждают, что полное уничтожение экономической системы Саддама Хусейна соответствует указаниям, содержащимся в резолюции 1483, «содействовать благополучию народа Ирака путем эффективного управления территорией» и способствовать «экономическому восстановлению и созданию условий для устойчивого развития».

Итак, администрация осуществляет большую часть планов по реформированию экономики и Ираке и обещает принять новые законы, регулирующие, среди прочего, права собственности на коммерческие предприятия, иностранные инвестиции, деятельность банков, фондовых бирж, торговлю и налогообложение к июню, когда власть должна быть передана иракцам.

«Мы считаем, что ВКА может принять серьезные экономические меры в Ираке, особенно в тех областях, где эти меры способствуют выполнению целей Коалиции и обеспечивают безопасность коалиционных сил, — сказал Скотт Касл, генеральный юрисконсульт коалиции. — Существует тесная связь между экономическим здоровьем Ирака и безопасностью Ирака».

Некоторые эксперты считают это натяжкой. «Совет Безопасности не может требовать от вас соблюдать положения права оккупации, с одной стороны, и с другой предоставлять вам полномочия по управлению страной в нарушение этого права», — говорит Дэйвид Шеффер, профессор международного права в университете Джорджтауна и бывший посол по особым поручениям Соединенных Штатов по вопросам военных преступлений. И добавляет, что «1483 является внутренне непоследовательной».

Приказ 39 «ставит один огромный вопрос относительно того, как политика Коалиции соотносится с правом войны, — говорит Адам Робертс, профессор международных отношений в Оксфордском университете и редактор публикации *Документы по законам войны* (*Documents on the Laws of War*, Oxford, 2000). — Этот закон демонстрирует значительное изменение не только в правах человека или политической ситуации, но и в экономической. Представляется, что он идет дальше в направлении сво-

бодного рынка и в разрешении экономической деятельности в Ираке, чем можно было бы ожидать в соответствии с положениями Гаагского права 1907 г., касающимися оккупации».

Юристы-международники в области правовых аспектов бизнеса на конференции, состоявшейся в октябре в Лондоне, также предупреждали, что приказы коалиционной администрации могут быть незаконными.

Частично проблема заключается в том, что старое право оккупации, кажется, не соответствует реальностям современной войны. Как объясняет г-н Бенвенисти в своей книге и в статье, которая должна скоро появиться в юридическом журнале израильских Сил обороны, когда составлялось Гаагское положение, война понималась как законное состязание между профессиональными армиями, а не как неуклюжие попытки сместить деспотичного лидера.

«Гаагское право отражает интересы правителей в деле сохранения основ своей власти, своей собственности и своих институтов», — говорит г-н Бенвенисти. Тогда предполагалось, что оккупация является не полным трансформированием государства, а кратковременным, переходным положением дел при минимальном вмешательстве оккупирующих властей в жизнь гражданского населения.

Но в Ираке явная цель Соединенных Штатов заключается в том, чтобы полностью переделать иракские институты и общество. «Их цели выходят далеко за рамки права, — говорит г-н Шеффер, отмечая, что право оккупации именно потому и было ограничительным, чтобы оно могло предотвратить излишнее рвение оккупирующей державы. — Мы пытаемся втолкнуть идею преобразований в очень тесную квадратную коробку, называемую правом оккупации, и они не очень-то хорошо подходят друг другу».

В статье, которая вскоре будет напечатана в «Американском журнале международного права», он перечисляет дюжину возможных нарушений международного права, совершенных оккупирующей державой, в том числе то, что она не сумела должным образом осуществить планирование и предотвратить разграбление больниц, музеев, школ, электростанций, ядерных установок, правительственных зданий и других объектов инфраструктуры; не обеспечила общественного порядка и безопасности в течение первых месяцев оккупации; допустила чрезмерные потери среди гражданского населения.

В статье г-н Шеффер объясняет, как отдельные лица, используя законодательство Соединенных Штатов, могут возбудить иск в американских судах против отдельных официальных лиц Коалиции. «Это довольно неисследованная область судебной практики США, — сказал он в интер-

вью. — Но я не стал бы недооценивать того, как далеко может зайти судебный процесс».

Рут Веджвуд, профессор международного права в Университете им. Джона Хопкинса и член Совета по разработке политики в области обороны, который предоставляет консультации Пентагону, не проявляет такой озабоченности. По ее мнению, иракские законы не заслуживают большого почтения, поскольку они были изданы авторитарным правительством. «Если закон создавался не на демократической основе, он не обладает такой же легитимностью», — говорит она.

Чиновники Коалиции недавно начали отступление в деле приватизации, частично по юридическим соображениям. «Мы признаем, что любой процесс приватизации государственных предприятий в Ираке должен быть в конечном итоге разработан, принят, поддержат и осуществлен иракским народом», — сказал г-н Касл.

И все же отдельные специалисты обеспокоены тем, что радикальные экономические изменения, которые имеют место, не будут в глазах иракских граждан обладать легитимностью. Иракцы могут рассматривать такие глобальные экономические преобразования, как «угрожающие и, возможно, эксплуататорские, — говорит Самер Шехата, профессор в области арабской политики в университете Джорджтауна. — Я думаю, что разумно было бы оставить такие крайне важные решения, как разрешение иностранным юридическим и физическим лицам становиться единоличными собственниками компаний, до более позднего времени, когда иракским народом в ходе свободных и справедливых выборов будет избрано законное правительство Ирака».

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Какие в целом полномочия, ответственность и обязанности имеют оккупирующие силы в деле поддержания правопорядка? Может ли оккупирующая держава вводить изменения в законодательство и политическую и экономическую системы, если они необходимы для консолидации мира? Имеет ли значение тот факт, каким образом — демократически или нет — было принято местное законодательство? (См. статью 43 Гаагского положения [См. **Документ № 1**, Гаагское положение] и статьи 47 и 64 Конвенции IV.)

2. Свидетельствуют ли в данном случае изменения, введенные Временной коалиционной администрацией (ВКА), об уважении буквы и духа положений Конвенции IV, касающихся уголовного законодательства на окку-

пированной территории? Может быть, они даже требуются согласно МГП? (См. статьи 64, 67, 68 и 71—76 Конвенции IV.)

3. a. Разрешает ли МГП не применять Коалиции местное иракское законодательство, которое противоречит принципам и нормам международного права? Каким нормам? Каким принципам? (См. статью 43 Гаагского положения и статью 64 Конвенции IV.)

   b. Применяется ли на оккупированной территории международное право прав человека? Имеет ли МГП преимущественную силу во всех отношениях? Применяются ли договорные обязательства оккупирующей державы или оккупированной державы? Разрешает ли МГП оккупирующим силам отменять институты или нормы, противоречащие правам человека? (См. статью 43 Гаагского положения и статью 64 Конвенции IV.)

4. a. Что могло бы оправдать введение коалиционными силами таких фундаментальных изменений, как реформа экономической системы, административных структур или избирательной системы?

   b. Достаточно ли резолюции Совета Безопасности для подобных изменений? Если да, то не будет ли это применением положения jus ad bellum в ответ на проблему, возникающую в jus in bello (то есть праве военной оккупации)?

5. Каковы для применимого МГП последствия признания Соединенных Штатов и Великобритании в качестве оккупирующих держав в резолюции 1483?

6. Кто или что предоставляет ВКА право заниматься законотворческой деятельностью? Сама ВКА? МГП? Резолюция Совета Безопасности 1483?

7. Какие изменения может оккупирующая держава внести в экономическую систему? Могут ли Соединенные Штаты в соответствии с МГП ввести в Ираке систему экономики свободного рынка? Могут ли Соединенные Штаты заявить, что МГП обязывает их внести подобные изменения?

Прецедент № 160, Ирак, Суд над Саддамом Хусейном

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Ирак: Право оккупации

[**Источник**: House of Commons Library, Research Paper 03/51, «Iraq: Law of Occupation», 3 June 2003, на английском языке см. http://wsww.parliament.uk/commons/lib/research/rp200303-051.pdf.]

В настоящей работе рассматриваются некоторые правовые проблемы, возникающие в связи с оккупацией Ирака в ходе и после операции «Свобода Ираку», осуществленной весной 2003 г. В ней разъясняются положения резолюции 1483 Совета Безопасности ООН от 22 мая 2003 г. […]

Краткое изложение основных моментов

— США и Великобритании имеют в Ираке статус оккупирующих держав.

— Они получили такой статус сразу же после того, как начали осуществлять контроль над частью территории Ирака. Статус оккупирующей державы — это вопрос контроля de facto. Не имеет значения тот факт, была ли военная кампания законной.

— Основными инструментами права оккупации являются Гаагское положение 1907 г. и Четвертая Женевская конвенция 1949 г. Применяются и другие положения.

— Оккупирующие державы обязаны поддерживать общественный порядок и обеспечивать безопасность. У них есть право на свою защиту. Они не принимают на себя верховную власть.

— Оккупирующие державы могут вводить ограниченные изменения в систему институтов, законы и другие нормы, но они должны служить общим целям поддержания правопорядка и обеспечения безопасности. […]

— Совет Безопасности ООН 22 мая 2003 г. принял резолюцию 1483. Она признает роль США и Великобритании и призывает их эффективно управлять Ираком для того, чтобы содействовать благополучию народа Ирака. Она разрешает создание временной администрации, руководить которой будут иракцы, до формирования нового правительства.

— Резолюция 1483 Совета Безопасности учредила пост Специального представителя Генерального секретаря по Ираку. На этот пост был назначен Сержиу Виейра де Меллу, Верховный комиссар ООН по правам человека. Он должен координировать деятельность ООН и поддерживать связи с оккупирующими державами.

[…]

IV. Отправление правосудия

Режиму Саддама Хусейна были предъявлены обвинения в совершении многих очень серьезных преступлений. К ним относятся систематическое и широкомасштабное применение пыток, произвольное отправление правосудия, внесудебные казни и «исчезновения» людей. Преступления против человечности и, возможно, преступление геноцида совершались в ходе кампаний против курдов, особенно во время анфальской кампании в конце 1980 г., и против «болотных арабов», в частности в начале 1990-х гг. Военные преступления совершались во время ирано-иракской войны и во время вторжения в Кувейт, его оккупации и сопротивления освобождению Кувейта. Жестокость режима рассматривалась в качестве основного фактора, обеспечивающего его выживание, и, как сообщается, это все еще сильно ощущается в умонастроениях иракцев. Высказывается предположение, что делу восстановления страны может помешать страх иракцев, которым все еще требуется окончательное доказательство того, что прежний режим уже никак не может возвратиться. Отправление правосудия, скорее всего, будет иметь большое значение как с практической, так и с нравственной и эмоциональной точек зрения.

Резолюция Совета Безопасности 1483 [См. **Прецедент № 159**] не предлагает детальных указаний относительно отправления правосудия. […]

В преамбуле Совет Безопасности заявляет о «необходимости обеспечения ответственности за преступления и злодеяния, совершенные прежним иракским режимом». В части 3 он обращается к государствам-членам с призывом отказывать в предоставлении убежища тем представителям прежнего иракского режима, которые предположительно несут ответственность за преступления и злодеяния, и поддержать меры по привлечению их к ответственности. В резолюции не дается определения принадлежности к «прежнему иракскому режиму».

A. Возможные варианты

a. Положения права Женевы

В Четвертой Женевской конвенции положения, касающиеся правовой системы, содержатся в статьях 64–77. Эти положения не имеют основ-

ной направленности на судебное преследование за совершение серьезных международных преступлений, но они бы применялись, если бы оккупационные силы в Ираке в судебном порядке стали преследовать членов прежнего режима.

Действующее уголовное законодательство должно оставаться в силе, если оно не представляет собой угрозы для безопасности оккупирующей державы или не является препятствием для применения самой Конвенции. В этих двух случаях законы оккупированной территории могут отменяться или их действие может приостанавливаться оккупирующей державой. Оккупирующая держава может вводить и новые законы, если они необходимы для выполнения ее обязательства по поддержанию порядка и обеспечению своей собственной безопасности в соответствии с Конвенцией.

Может показаться, что сохранение существующих законов будет выглядеть абсурдным, поскольку коалиционным силам в Ираке пришлось бы обеспечить действие жестоких законов и наказаний, существовавших при режиме Саддама Хусейна. Однако положение о том, что их можно изменить, если они являются препятствием для применения Конвенции, представляется достаточным для того, чтобы обойти эту трудность. Вне этих рамок оккупирующая держава должна выполнять свои другие юридические обязательства, например, те, которые возникают для Великобритании в силу положений Римского статута Международного уголовного суда 1998 г., а строгое выполнение существующего законодательства может вступить с ними в конфликт. Аналогичным образом, как уже упоминалось ранее, существует прецедент в деле нацистской Германии, когда существовавшие законы не принимались во внимание на том основании, что они были явно бесчеловечными.

В соответствии со статьей 66 оккупирующая держава может учредить неполитические военные суды для судебного преследования за совершение преступлений в нарушение законов, о введении которых в действие было официально объявлено. В соответствии со статьей 68 она может выносить смертный приговор за эти преступления, но только в случаях шпионажа, серьезных диверсионных актов, направленных против ее военных объектов на соответствующей территории, или умышленных правонарушений, которые явились причиной смерти, и при условии, что законодательство оккупированной территории, которое действовало до начала оккупации, предусматривало в подобных случаях смертную казнь. Гражданские лица не могут преследоваться в судебном порядке за действия, совершенные до оккупации, за исключением тех случаев, когда нарушались законы и обычаи войны.

В соответствии со статьей 67 суды должны применять только те положения права, применимые до совершения преступления, которые соответ-

ствуют основным принципам права, в частности принципу соразмерности наказания.

Положения, касающиеся справедливого судебного процесса в отношении тех, кого оккупирующая держава преследует в судебном порядке, изложены в статьях 71–74. Они включают право на то, чтобы обвинение было выдвинуто на понятном для обвиняемого языке, право представлять доказательства, вызывать свидетелей и выбирать квалифицированного защитника. Кроме того, существует право на обжалование.

b. Международный уголовный суд

Прокурор Международного уголовного суда (МУС) может вести расследование ситуации либо по своей собственной инициативе, либо по просьбе государства — участника Римского статута МУС, либо по просьбе Совета Безопасности в соответствии с резолюцией, принятой согласно главе VII Устава ООН. Если ведется расследование по инициативе Суда или по просьбе государства — участника, обвиняемый по обвинительному акту должен быть либо гражданином государства — участника Статута, либо должен совершить вменяемые ему в вину преступления на территории государства-участника. Ирак не является участником Римского статута. Если Прокурор ведет расследование по просьбе Совета Безопасности, эти ограничения относительно гражданства и территории не применяются.

Иракцы, обвиняемые в совершении военных преступлений, преступлений против человечности и геноцида, могли бы предстать перед МУС по просьбе Совета Безопасности. Без резолюции Совета Безопасности их можно было бы преследовать в судебном порядке только за преступления, совершенные на территории государства — участника Римского статута. МУС не мог преследовать их в судебном порядке за преступления, совершенные до вступления в силу Римского статута 1 июля 2002 г.

c. Специальный трибунал

Таким же образом, как он поступил в случае с бывшей Югославией и Руандой, Совет Безопасности мог бы учредить специальный трибунал для рассмотрения преступлений, совершенных лицами, представляющими иракский режим, лицами из состава вооруженных сил Ирака и другими лицами. Это могло бы быть сделано посредством резолюции, определяющей юрисдикцию трибунала. Совет мог бы определить эту юрисдикцию широко, как считал нужным, ссылаясь на необходимость поддержания международного мира и безопасности, за что он несет ответственность. Трибуналы по бывшей Югославии и Руанде имеют юрисдикцию с обратной силой.

В прошлом использовались и два других способа. Нюрнбергский трибунал был учрежден по соглашению союзников, которое нашло воплощение в договоре, а Токийский трибунал учредили в соответствии с военными полномочиями США. Сегодня последнее подпадало бы под действие положений права Женевы, о которых говорилось выше.

d. Национальные суды

Иракские суды могли привлечь к ответственности тех лиц, которые обвинялись в нарушении иракского законодательства, а третьи государства могли судить за преступления, в отношении которых они обладали юрисдикцией. Некоторые государства заявляют, что обладают универсальной юрисдикцией в отношении тяжких международных преступлений, таких как пытки и военные преступления.

Альтернативную модель можно обнаружить в Сьерра-Леоне. Там был учрежден специальный суд для преследования лиц, обвиняемых в совершении самых тяжких преступлений во время гражданской войны. Специальный суд был создан по просьбе Сьерра-Леоне посредством заключения соглашения между ООН и Сьерра-Леоне. Суд имеет смешанный характер, с юрисдикцией как в отношении международных преступлений, так и преступлений, предусматриваемых в законодательстве Сьерра-Леоне. В нем работают как местные, так и международные судьи и прокуроры, назначаемые частично ООН и частично правительством Сьерра-Леоне после проведения взаимных консультаций.

B. Комментарий

Министр иностранных дел Джек Стро следующим образом прокомментировал судебные процессы над функционерами режима Саддама Хусейна в ответ на вопрос, заданный Дугласом Хоггом:

> «Я не могу дать достопочтенному джентльмену точный и окончательный ответ, потому что по этому вопросу еще предстоят обсуждения с правительством Соединенных Штатов, и они не будут решены до учреждения и начала работы временной администрации. Мы хотим, чтобы иракский народ взял на себя основную ответственность за отправление правосудия в отношении бывших сотрудников режима. У них не было эффективной судебной системы в течение 24 лет правления Саддама Хусейна, но исторически у Ирака была достаточно хорошо функционирующая и справедливая система правосудия. На прошлой неделе я обсуждал с британскими министрами вопрос о том, как наше правительство могло бы оказать помощь и содействие в создании новой судебной системы в Ираке, и я рад написать об этом достопочтенному джентльмену».

Возникает вопрос, следует ли учреждать международный трибунал для суда над лидерами режима. Мы не исключили этого, но я скептически настроен в этом отношении из-за очень больших затрат, связанных с деятельностью международных трибуналов, созданных для Югославии и, особенно, для Руанды. Достопочтенный джентльмен не упомянул Международный уголовный суд, но позвольте мне сказать, что он не играет непосредственной роли, поскольку его юрисдикция распространяется только на события, которые имели место после июля прошлого года (HC Deb 28 April 2003, pp. 32–33).

Пьер-Ричард Проспер, советник США по вопросам военных преступлений, дал интервью газете «Дейли Телеграф» в апреле 2003 г. В отчете следующим образом представлены его аргументы:

> «Обвиняемые в совершении военных преступлений против военнослужащих США за последние недели или во время войны в Заливе должны преследоваться в судебном порядке военными трибуналами или гражданскими судами в Америке, а преступления против кувейтцев и иранцев должны рассматриваться в их соответствующих странах».

Что же касается преступлений Саддама, он считает, что иракцы сами должны взять на себя инициативу, и их бывший президент и его приспешники должны предстать перед судом в самом Ираке. «Мы действительно должны дать иракцам возможность сделать это. Они являются жертвами. Это их страну угнетали и против нее совершали преступления. Мы хотим, чтобы здесь им принадлежала ведущая роль, а мы там окажем им поддержку» («Daily Telegraph», 21 April 2003).

В журнале «Экономист» высказывалось мнение, что модель для привлечения к ответственности в США тех лиц, которые обвиняются в совершении преступлений против сил США, «не должна вызывать возражений», но далее в нем говорилось, что план Америки, касающийся высшего руководства режима Саддама, является гораздо более спорным и почти определенно ошибочным. Имеется в виду решение отвергнуть идею международного трибунала и провести процессы в судах, где будут заседать только иракцы. Заявленные цели администрации достойны похвалы. Она справедливо утверждает, что самые ужасные преступления режима Саддама были совершены против народа Ирака и поэтому делается вывод, что иракцы сами и должны судить своих мучителей. Суды, контролируемые иракцами, заявляет администрация, будут также способствовать становлению правового государства в Ираке, закладывая краеугольный камень новой, крайне необходимой правовой системы.

Это действительно цели, которые можно только приветствовать, но вряд ли их можно достичь посредством национальных судебных процессов

над Саддамом, если его захватят живым, и его сторонниками. Все судьи и юристы Ирака были скомпрометированы своим собственным участием в репрессиях, продолжавшихся десятилетиями. Возвращающиеся ссыльные иракцы, сами жертвы режима, также не будут пользоваться доверием в качестве беспристрастных судей, даже в глазах большинства иракцев. Обычно после падения диктаторских режимов мы наблюдаем бегство высших руководителей, убийства из мести и неправедный суд. Так может случиться и в Ираке. Судебные процессы, проведенные под покровительством Америки, также легко будут отвергнуты скептиками, и в Ираке, и за его пределами, как «правосудие победителей» («Economist», 3 May 2003). Далее в журнале выдвигаются аргументы в пользу либо международного трибунала, как в случаях бывшей Югославии и Руанды, либо смешанного суда, как в Сьерра-Леоне. [...]

B. Ирак: Меморандум по вопросам правопорядка

[**Источник**: Amnesty International, «Iraq: Memorandum on concerns relating to law and order», (23 July 2003) MDE14/157/2003, на английском языке см. http://web.amnesty.org/library/index/engmde141572003.]

II. ПРОБЛЕМЫ, ВЫЗЫВАЮЩИЕ ОЗАБОЧЕННОСТЬ «МЕЖДУНАРОДНОЙ АМНИСТИИ»

1. Применимое международное право

«Международная амнистия» приветствует тот факт, что правительства США и Великобритании, осуществляя свои полномочия в качестве оккупирующих держав через ВКА, применили стандарты международного права прав человека, объявляя о создании нового законодательства и прекращении действия отдельных положений иракского права, которые не соответствовали этим стандартам. Например, мы приветствуем использование положений Минимальных стандартных правил обращения с заключенными ООН в качестве основы для Меморандума ВКА № 2 об управлении местами содержания под стражей и тюрьмами. Мы приветствуем также решение ВКА о временном приостановлении смертной казни, шаг, который соответствует международно-признанному стремлению к ее отмене.

Однако у нас вызывает озабоченность заявление, сделанное в письме от 27 июня 2003 г. и направленное «Международной амнистии» послом Полем Бремером, главой Администрации. В нем говорится, что «единственным стандартом, применимым к действиям Коалиции в местах содержания под стражей, является Четвертая Женевская конвенция 1949 г. Эта Конвенция имеет преимущественную силу в вопросах права по отношению к другим конвенциям по правам человека».

«Международная амнистия» подчеркивает, что в соответствии с международным гуманитарным правом государства Коалиции имеют также обязательство уважать положения договоров по правам человека, участниками которых они являются, а также тех, участником которых является Ирак, особенно учитывая тот факт, что эти договоры были официально включены в национальное право Ирака. Ирак является участником Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП); Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах; Конвенции о правах ребенка; Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин.

Комитет по правам человека, учрежденный в соответствии с МПГПП, и другие органы, осуществляющие мониторинг выполнения государствами их обязательств в области прав человека в соответствии с договорами, которые они ратифицировали, неоднократно принимали решения, что такие обязательства распространяются на любую территорию, на которой государство осуществляет юрисдикцию или контроль, включая территории, оккупированные в результате военной операции. Международное право прав человека дополняет положения международного гуманитарного права, предоставляя рамки и стандарты толкования, например, в том, что касается применения силы в случае беспорядков не в условиях боевых действий или гарантий для лиц, подозреваемых в совершении уголовных преступлений.

«Международная амнистия» указывает также на то, что Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод применяется к действиям сил, принадлежащих государствам Коалиции, таким как Великобритания, которые являются участниками этого договора. Комментируя экстерриториальное применение Конвенции в своем решении относительно приемлемости дела Банковича к рассмотрению (Application No. 52207/99), Европейский суд по правам человека заявил (пункт 71):

> «Судебная практика Суда свидетельствует о том, что признание им осуществления экстерриториальной юрисдикции Договаривающимся государством является исключением: он сделал это, когда государство-ответчик, осуществляя эффективный контроль над соответствующей территорией и ее жителями, находящимися за границей, в результате военной оккупации или по согласию, предложению или вынужденному согласию правительства этой территории, осуществляет все или некоторые полномочия, обычно осуществляемые этим правительством».

Рекомендация

«Международная амнистия» настойчиво призывает ВКА признать применимость международного права и стандартов прав человека в качестве положений, дополняющих международное гуманитарное право, и выполнять все соответствующие обязательства. […]

C. Трибунал, учрежденный без проведения предварительных консультаций

[**Источник**: «Международная амнистия», «Трибунал, учрежденный без предварительных консультаций», пресс-релиз, 10 декабря 2003 г., MDE14/181/2003, см. http://www.amnesty/org/ru.]

Ирак: Трибунал, учрежденный без предварительных консультаций

«Международная амнистия» выражает озабоченность решением Коалиционного временного правительства (КВП) и Управляющего совета Ирака учредить специальный трибунал по Ираку. Это решение принято без предварительных консультаций с гражданским обществом самого Ирака и международным сообществом.

«Ранее мы неоднократно призывали всесторонне обсудить предложения об учреждении трибунала с представителями гражданского общества Ирака, в первую очередь с юристами и правозащитниками, а также с мировым сообществом, — заявила сегодня «Международная амнистия». — К сожалению, проект устава нового трибунала не был опубликован до его принятия».

Согласно международному гуманитарному праву, право КВП в качестве органа оккупирующей державы учреждать трибунал, наделенный такими полномочиями, которые предусмотрены для специального трибунала по Ираку, по меньшей мере, вызывает сомнение. «Международная амнистия» озабочена поступившими сообщениями о том, что трибунал будет опираться на иракский уголовный кодекс, регламентирующий процедуру суда, виды преступлений и соответствующие виды наказаний. Некоторые элементы этого кодекса не соответствуют международным нормам в сфере прав человека.

«Особое беспокойство вызывает тот факт, что иракский уголовный кодекс предусматривает смертную казнь за преступления, которые попадают под юрисдикцию трибунала», — заявила «Международная амнистия».

В настоящее время «Международная амнистия» предпринимает попытки получить экземпляр принятого Устава, с тем чтобы детально проанализировать его.

D. Специальный иракский трибунал: вопросы и ответы

[**Источник**: Human Rights First, «Iraqi Special Tribunal: Questions and Answers», на английском языке см. http://www.humanrightsfirst.org/international_justice/w_cont_10.htm.]

На основании каких полномочий был учрежден трибунал и каков его контролирующий орган?

Устав Иракского специального трибунала был введен в действие непосредственно Управляющим советом 10 декабря 2003 г. Тогдашний глава администрации из США Поль Бремер временно уступил законодательные полномочия Совету именно для этой цели.

Временное правительство Ирака взяло на себя все контрольные полномочия, предоставляемые в соответствии с Уставом Управляющему совету.

Кого будет судить трибунал?

В соответствии с Уставом трибунал будет обладать юрисдикцией в отношении иракских граждан и лиц, проживающих в Ираке.

Устав включает и принцип ответственности командования, согласно которому к ответственности могут привлекаться не только лица, которые непосредственным образом совершали преступления, но и те командиры и начальники, которые приказали сделать это. Он далее уточняет, что никто не будет обладать иммунитетом от уголовного преследования, например в силу какой-либо официально занимаемой должности, в том числе и главы государства.

В настоящее время неясно, сколько лиц предстанут перед трибуналом или сколько процессов состоится.

На сегодняшний день 12 бывших высокопоставленных представителей режима Баас предстали перед иракским судьей и, очевидно, ожидают обвинительного заключения. […]

За совершение каких преступлений может вести судебное преследование трибунал?

Трибунал обладает юрисдикцией в отношении преступлений против человечности, военных преступлений и геноцида.

Трибунал может также вести судебное преследование за совершение трех преступлений, предусматриваемых иракским законодательством:

— попытку оказать влияние на судей;

— расточение национальных ресурсов или растрату общественных активов и фондов;

— злоупотребление служебным положением и проведение политики, которая может привести к возникновению угрозы войны, или использование вооруженных сил Ирака против арабского государства.

Для осуществления трибуналом своей юрисдикции требуется, чтобы эти преступления были совершены в период между 17 июля 1968 г. — в тот день партия Баас пришла к власти в Ираке в результате политического переворота, в котором Саддам Хусейн играл основную роль, — и 1 мая 2003 г. — в этот день президент Буш объявил об окончании основных военных операций в Ираке.

Требования, чтобы преступления совершались на территории Ирака, нет. Трибунал обладает также юрисдикцией в отношении преступлений, совершенных за пределами территории Ирака иракскими гражданами или лицами, проживающими в Ираке, например, во время войны Ирака против Ирана (1980–1988 гг.) и его вторжения в Кувейт и его оккупации (1990–1991 гг.)

Кто является судьями?

[…] В соответствии с Уставом полномочие по назначению судей и следователей принадлежало Управляющему совету, а теперь возложено на Временное правительство, которое должно провести консультации относительно всех назначений с новым Судебным советом.

Уставом предусмотрено, что обычно судьями и следователями должны быть граждане Ирака. Однако им допускается, что неиракские судьи, обладающие опытом рассмотрения преступлений против человечности, геноцида и военных преступлений, а также преступлений, предусмотренных иракским законодательством, могут быть назначены в случае необходимости.

Далее Уставом предусматривается, что судьями и следователями не могут быть лица, состоявшие ранее в партии Баас. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Могут ли в соответствии с МГП учредить трибунал ВКА и(или) Управляющий совет Ирака? Можно ли считать, что Иракский специальный трибунал был учрежден оккупирующей державой? Если это так, то за какие

преступления и в соответствии с каким сводом права может оккупирующая держава создать такой суд? (См. Конвенцию IV, статьи 64, 66 и 71.)

2. Какие возможности предусмотрены МГП для судебного процесса над Саддамом Хусейном? Обсудите преимущества и слабые стороны каждого варианта.

Прецедент № 161, Ирак, Окончание оккупации

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Резолюция 1546 (2004) Совета Безопасности Организации Объединенных Наций от 8 июня 2004 г. и Приложение, Письмо Государственного секретаря Колина Пауэлла в Совет Безопасности ООН, см. www.un.org/ru.]

Резолюция Совета Безопасности ООН 1546 (2004)

Совет Безопасности,

приветствуя начало нового этапа в процессе перехода Ирака к демократически избранному правительству и с нетерпением ожидая скорейшего завершения оккупации и принятия на себя полностью суверенным и независимым Временным правительством Ирака к 30 июня 2004 г. всей полноты ответственности и полномочий, [...]

вновь подтверждая независимость, суверенитет, единство и территориальную целостность Ирака, [...]

приветствуя усилия Специального советника Генерального секретаря по оказанию народу Ирака помощи в формировании Временного правительства Ирака, о чем говорится в письме Генерального секретаря от 7 июня 2004 г. (S/2004/461),

принимая к сведению роспуск Управляющего совета Ирака и приветствуя прогресс, достигнутый в осуществлении мероприятий для политической трансформации Ирака, о которых говорится в резолюции 1511 (2003) от 16 октября 2003 г., [...]

напоминая об учреждении 14 августа 2003 г. Миссии Организации Объединенных Наций по оказанию содействия Ираку (МООНСИ) и подтверждая, что Организация Объединенных Наций должна играть ведущую роль в оказании помощи народу и правительству Ирака в создании институтов представительного государственного управления, [...]

признавая просьбу о сохранении присутствия многонациональных сил, содержащуюся в письме Премьер-министра Временного правительства Ирака от 5 июня 2004 г. на имя Председателя Совета, прилагаемом к настоящей резолюции,

признавая также важность согласия суверенного правительства Ирака на присутствие многонациональных сил и тесной координации между многонациональными силами и этим правительством, […]

отмечая приверженность всех сил, способствующих поддержанию безопасности и стабильности в Ираке, действиям в соответствии с международным правом, в том числе в соответствии с обязательствами по международному гуманитарному праву, и сотрудничеству со всеми соответствующими международными организациями, […]

действуя на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций,

1. *одобряет* создание суверенного Временного правительства Ирака, которое было представлено 1 июня 2004 г. и которое к 30 июня 2004 г. возьмет на себя всю полноту ответственности и полномочий по управлению Ираком, воздерживаясь при этом от любых действий, которые могут повлиять на судьбу Ирака после истечения ограниченного промежуточного периода, который завершится после того, как будет избрано и приступит к исполнению своих обязанностей переходное правительство Ирака, как это предусмотрено пунктом 4 ниже;

2. *приветствует* тот факт, что к 30 июня 2004 г. завершится также оккупация Ирака, прекратит свое существование Коалиционная временная администрация и Ирак восстановит свой полный суверенитет;

3. *вновь подтверждает* право иракского народа свободно определять свое политическое будущее и осуществлять всю полноту полномочий в отношении своих финансовых и природных ресурсов и полный контроль над ними;

4. *одобряет* предложенный график политического перехода Ирака к демократическому государственному управлению, включая:

   a) формирование суверенного Временного правительства Ирака, которое к 30 июня 2004 г. возьмет на себя обязанности по осуществлению государственного управления и соответствующие полномочия;

   b) созыв национальной конференции, отражающей многообразие иракского общества; и

c) проведение, по возможности к 31 декабря 2004 г. и ни в коем случае не позднее 31 января 2005 г., прямых демократических выборов в Переходную национальную ассамблею, которая, в частности, будет отвечать за формирование переходного правительства Ирака и подготовку проекта постоянной конституции для Ирака, ведущей к созданию конституционно избранного правительства Ирака к 31 декабря 2005 г.;

[...]

9. *отмечает*, что присутствие многонациональных сил в Ираке осуществляется по просьбе приступающего к своим обязанностям Временного правительства Ирака, и в этой связи, с учетом писем, прилагаемых к настоящей резолюции, *подтверждает* санкцию на многонациональные силы под единым командованием, данную в резолюции 1511 (2003);

10. *постановляет*, что многонациональные силы уполномочены принимать все необходимые меры для содействия поддержанию безопасности и стабильности в Ираке в соответствии с письмами, прилагаемыми к настоящей резолюции, в которых, среди прочего, содержится просьба Ирака о сохранении присутствия многонациональных сил и определяются их задачи, одной из которых является предотвращение и сдерживание терроризма,

[...]

12. *постановляет далее*, что мандат многонациональных сил будет пересмотрен по просьбе правительства Ирака или через 12 месяцев после принятия настоящей резолюции и что срок действия этого мандата истечет после завершения политического процесса, о котором говорится в пункте 4 выше, и заявляет, что прекратит действие этого мандата раньше, если об этом попросит правительство Ирака;

[...]

24. *отмечает*, что после роспуска Коалиционной временной администрации средства Фонда развития Ирака будут расходоваться исключительно по указанию правительства Ирака, и *постановляет*, что Фонд развития Ирака будет использоваться транспарентным и справедливым образом через бюджет Ирака, в том числе для урегулирования непогашенных обязательств по линии Фонда развития Ирака, что будет по-прежнему применяться порядок депонирования поступлений от экспортных поставок нефти, нефтепродуктов и природного газа, установленный в пункте 20 резолюции 1483 (2003), что Международный контрольно-консультативный совет будет продолжать свою деятельность по контролю за Фондом развития Ирака, а в его состав в качестве дополнительного полноправного члена с правом голоса войдет имеющий надлежащую квалификацию представи-

тель, назначенный правительством Ирака, и что будут приняты надлежащие меры для продолжения депонирования поступлений, о которых говорится в пункте 21 резолюции 1483 (2003);

[…]

Приложение

[…]

Письмо государственного секретаря Колина Пауэлла в Совет Безопасности ООН

Государственный секретарь

Вашингтон
5 июня 2004 г.

Ваше Превосходительство,

Признавая просьбу правительства Ирака о сохранении присутствия Многонациональных сил (МНС) в Ираке […], настоящим подтверждаю, что МНС под единым командованием готовы и далее содействовать поддержанию безопасности в Ираке, в том числе путем предупреждения и сдерживания терроризма и защиты территории Ирака. […]

В рамках согласованной договоренности МНС готовы и далее выполнять широкий спектр задач по содействию поддержанию безопасности и обеспечению защиты сил. К их числу относится деятельность, необходимая для противодействия сохраняющимся угрозам безопасности со стороны сил, стремящихся оказать влияние на политическое будущее Ирака с помощью насилия. Это будет включать боевые операции против членов таких группировок, интернирование, когда это настоятельно необходимо по соображениям безопасности, а также продолжающийся поиск и охрану оружия, угрожающего безопасности Ирака. […]

Чтобы и далее способствовать обеспечению безопасности, МНС должны по-прежнему функционировать в рамках условий, обеспечивающих Силам и их персоналу статус, необходимый им для выполнения своей миссии. В соответствии с этими условиями государства, предоставляющие контингенты, несут ответственность за отправление правосудия в отношении своего персонала и определяется порядок функционирования МНС и использования их сил и средств. Существующие условия, регулирующие эти вопросы, достаточны для этих целей. Кроме того, силы, входящие в состав МНС, привержены и всегда будут привержены соблюдению своих обязательств, вытекающих

из законов и обычаев вооруженных конфликтов, включая Женевские конвенции.

[...]

Искренне Ваш,

(*Подпись*) Колин Л. Пауэлл

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Закончилась ли оккупация Ирака силами Коалиции 30 июня 2004 г.? На каком основании? (См. статьи 6 и 47 Конвенции IV и статью 42 Гаагского положения (См. **Документ № 1**, Гаагское положение.).)

   b. Может ли окончание оккупации зависеть от решения Совета Безопасности ООН или только от фактического положения дел на местах? Может ли Совет Безопасности ООН освободить оккупирующую державу от ее обязательств по МГП, хотя Конвенция IV по-прежнему будет применяться соответственно фактическому положению на местах? (См. статьи 2, 6 и 47 Конвенции IV и статью 42 Гаагского положения.)

2. Если Ирак больше не является оккупированной территорией, то можно ли понять, почему применяются другие части Конвенции IV? (См. Часть II Конвенции IV.)

3. Какое право применимо к многонациональной группировке войск в Ираке после окончания оккупации? Каковы обязанности многонациональных сил после 30 июня? Если они арестовывают иракцев? Если начинаются боевые действия между этими силами и иракскими мятежниками или террористами? (См. статьи 2 и 3, общие, Конвенций и статью 6 (4) Конвенции IV.)

4. Как влияет согласие иракского временного правительства на присутствие многонациональных сил на правовой статус этих сил? Как это влияет на их обязанности? (См. статьи 7 и 47 Конвенции IV.)

5. Почему временное правительство Ирака не является просто еще одним местным органом власти, наличие которого потребует применения статьи 47 Конвенции IV?

6. Достаточно ли для окончания оккупации постепенно передать ответственность за обеспечение безопасности?

7. Предоставила ли резолюция 1546 Совета Безопасности полную экономическую независимость Ираку?

XXV. Аргентина и Фолклендские (Мальвинские) острова

Прецедент № 162, Аргентина/Великобритания, Зона Красного Креста

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Junod, S.-S., *Protection of the Victims of Armed Conflict, Falkland-Malvinas Islands (1982)*; International Humanitarian Law and Humanitarian Action, International Committee of the Red Cross, 2nd ed., December 1985, pp. 23–24 and p. 26.]

ГЛАВА III
РАНЕНЫЕ, БОЛЬНЫЕ И ПОТЕРПЕВШИЕ КОРАБЛЕКРУШЕНИЕ ЛИЦА

[…]

3. МЕТОДЫ ДЕЙСТВИЙ

Выполнение сторонами обязательств по защите и оказанию помощи раненым, больным и лицам, потерпевшим кораблекрушение, зависит, конечно, от указаний, полученных ответственными офицерами и лицами других званий, но более всего оно зависит от мер, принятых с целью организации действий по оказанию помощи. В силу обстоятельств и характера вооруженных столкновений во время конфликта на юге Атлантики особое значение имели санитарные транспортные средства, в частности суда и вертолеты.

Действительно, не только потому, что военные действия частично проходили на море, но и потому, что британский флот географически находился далеко от своих портов, означало, что лечить солдат, получивших ранение, можно было только на госпитальных судах.

[…]

3.1.3. Нейтральная зона в открытом море: зона Красного Креста

[Статья 30 Второй Конвенции] предусматривает, что «[с]уда эти не должны ни в чем стеснять движений сражающихся».

По предложению Великобритании и без какого-либо специального письменного соглашения стороны в конфликте создали нейтральную зону в море. Эта зона, называемая зоной Красного Креста, имела диаметр около 20 морских миль и была расположена в открытом море к северу от островов. Не мешая ведению боевых действий, она давала возможность госпитальным судам находиться на постоянном месте [...] и осуществлять обмен британскими и аргентинскими ранеными.

Такая договоренность, которая не предусмотрена какими-либо положениями Второй Конвенции, абсолютно соответствует духу этой Конвенции и свидетельствует о том, что международное гуманитарное право не должно пытаться стать исчерпывающим. Когда существует желание выполнить обязательство по предоставлению защиты, такие меры, как установление этой нейтральной зоны в море, могут быть приняты на местах, если это позволяют или этого требуют обстоятельства, и остается определенная гибкость в применении права. В пределах зоны Красного Креста и вообще между госпитальными судами существовала радиосвязь, которая являлась важным фактором в обеспечении эффективности их действий: с одной стороны, классическое применение радиосвязи между судами, и, с другой — применение британцами, впервые в истории санитарного транспорта, спутниковой радиосвязи.

В то время как аргентинские госпитальные суда могли использовать береговые радиостанции на аргентинском побережье, у британцев не было таких возможностей, и они установили радиосвязь между своими госпитальными судами и их базами в Британии через спутниковую систему INMARSAT. [...]

Здесь следует подчеркнуть, что Вторая Конвенция запрещает госпитальным судам использовать секретные коды при передаче своих сообщений. Применение секретных кодов считается действием, враждебным по отношению к противнику, и это может лишить госпитальное судно защиты (статья 34). Это означает, что госпитальное судно не может связаться с военными кораблями своей стороны, потому что, если оно это сделает в незашифрованном виде, получаемые сообщения помогут установить положение судов их собственного флота.

Однако этот запрет имеет последствия в гуманитарном плане, поскольку он не дает возможности уведомить госпитальное судно о поступлении контингента раненых и не дает ему возможности подготовиться к их приему. [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Может ли любое судно использоваться в качестве госпитального? Считается ли судно госпитальным с того момента, когда оно начинает перевозить раненых? Являются ли критерии, необходимые для получения статуса покровительствуемого, такими же, как и в случае чрезвычайной ситуации? (См. статьи 22, 33 и 43 Конвенции II и статью 22 Протокола I.) Может ли госпитальное судно утратить свой статус объекта, находящегося под защитой? (См., например, статьи 34 и 35 Конвенции II и статью 23 Протокола I.)

   b. Существуют ли в МГП средства, гарантирующие, что противник не будет использовать госпитальное судно для целей, которые не являются полностью медицинскими? (См. статью 31 (4) Конвенции II.)

2. a. Могут ли госпитальные суда передвигаться в центре зоны боевых действий? (См. статью 30 Конвенции II.) Объясняет ли это необходимость зоны Красного Креста? Какие положения Конвенции предусматривают создание такой зоны?

   b. Создание каких зон предусмотрено в МГП? Каким лицам должна быть обеспечена защита в таких зонах? (См. статью 3 (3), общую, Конвенций, статью 23 Конвенции I, статью 14 и 15 Конвенции IV и статьи 59 и 60 Протокола I.) Была ли зона Красного Креста создана по аналогии с положениями права войны на суше? Если да, то по аналогии с какими положениями?

   c. Как можно точно определить, соответствует ли такая инновация духу Конвенции? Не свидетельствует ли зона Красного Креста просто о гибкости МГП, а возможно, и о его неадекватности? И все же, не предусматривают ли Конвенции и фактически не поощряют ли заключение специальных соглашений между сторонами в конфликте касательно зон, находящихся под защитой? (См., например, Приложение I к Конвенции I и к Конвенции IV.)

3. Должен ли запрет на использование секретных кодов госпитальными судами считаться устаревшим в результате технического прогресса? Или же он должен соблюдаться несмотря на это? Какие бы новые положения вы предложили для решения этой проблемы? (См. статью 34 (2) Конвенции II.)

Прецедент № 163, Межамериканская комиссия по правам человека, «Табладское дело»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 55/97, Case No. 11.137; Argentina, OEA/Ser/L/V/II, 98, Doc. 38, December 6 rev., 1997; примечания приводятся частично. На англ. языке см. http://www.cidh.org.]

CDH/3398

МЕЖАМЕРИКАНСКАЯ КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
Одобрено Комиссией 18 ноября 1997 г.

[…]

IV. АНАЛИЗ

146. С тем чтобы облегчить анализ основных событий и проблем, поднимаемых в данном деле, в настоящем докладе эти события и проблемы будут рассмотрены группами под следующими тремя заголовками: нападение на военную базу и ее возвращение; события, которые последовали за капитуляцией нападающих, и арест их предполагаемых сообщников; суд над этими лицами за преступление мятежа в деле «Абелл» (Abella).

A. НАПАДЕНИЕ НА ВОЕННУЮ БАЗУ И ЕЕ ВОЗВРАЩЕНИЕ ПОД КОНТРОЛЬ ПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫХ СИЛ

147. В своем иске заявители ссылаются на различные нормы международного гуманитарного права, то есть на право вооруженного конфликта, в поддержку своих утверждений, что представители государства применяли излишнюю силу и незаконные средства в своих попытках возвратить военную базу Таблада. Со своей стороны государство Аргентина, отвергая применимость межгосударственного права вооруженных конфликтов к рассматриваемым событиям, тем не менее в своих представлениях Комиссии характеризует решение возвратить базу Таблада силой как военную операцию. Кроме того, государство ссылается на применение оружия лицами, совершившими нападение на базу, оправдывая их преследование в судебном порядке за преступление мятежа, как оно определено в Законе 23.077. Как государство Аргентина, так и заявители

согласны с тем, что 23 и 24 января 1989 г. на базе Таблада имело место вооруженное столкновение между нападающими и вооруженными силами Аргентины, которое продолжалось приблизительно 30 часов.

148. Комиссия считает, что прежде, чем она сможет должным образом и по существу оценить иск заявителей, касающийся возвращения базы Таблада аргентинскими военными, она должна прежде всего определить, было ли противостояние на базе просто проявлением внутренних беспорядков и напряженности или оно составляло немеждународный (внутренний) конфликт по смыслу статьи 3, общей, для четырех Женевских конвенций 1949 г. (статья 3, общая). Поскольку правовые нормы, регулирующие внутренний конфликт, значительно отличаются от норм, регулирующих ситуации внутренних беспорядков или напряженности, правильная квалификация событий на военной базе Таблада 23 и 24 января 1989 г. является необходимой для определения источников применимого права. Это в свою очередь требует от Комиссии рассмотрения характеристик, которые отличают такие ситуации от вооруженного конфликта, в ходе которого применяется статья 3, общая, в свете особых обстоятельств, связанных с событиями на базе Таблада.

i. Беспорядки внутри страны и ситуации напряженности

149. Понятие беспорядков внутри страны и ситуаций внутренней напряженности очень тщательно исследовалось и конкретизировалось Международным Комитетом Красного Креста (МККК). В своем Комментарии 1973 г. к проекту дополнительных протоколов к Женевским конвенциям МККК определил, хотя и не исчерпывающим образом, такие ситуации посредством следующих трех примеров:

— бунты, то есть все беспорядки, *которые с самого начала не осуществляются под руководством лидера и не имеют согласованных намерений*;

— изолированные и спонтанные акты насилия *в отличие от военных операций, осуществляемых вооруженными силами или организованными вооруженными группировками*;

— другие действия аналогичного характера, которые влекут за собой, в частности, массовые аресты лиц за их действия или политические воззрения (курсив наш. — авт.).

150. По мнению МККК ситуации серьезной напряженности, в принципе, отличаются от внутренних беспорядков уровнем сопровождающе-

го их насилия. И если напряженность может быть последствием вооруженного конфликта или внутренних беспорядков, последние являются

> […] ситуациями, в которых нет немеждународного вооруженного конфликта как такового, но существует противостояние внутри страны, которое характеризуется определенной серьезностью или продолжительностью и которое связано с насильственными действиями… В этих ситуациях, которые не обязательно переходят в открытую борьбу, власти широко применяют силы полиции или даже вооруженные силы для восстановления порядка внутри страны.

151. Ситуации внутренних беспорядков и напряженности четким образом исключаются из сферы действия международного гуманитарного права, поскольку не являются вооруженными конфликтами. Они регулируются национальным правом и соответствующими нормами международного права прав человека.

ii. Немеждународные вооруженные конфликты по гуманитарному праву

152. В отличие от этих ситуаций насилия внутри страны понятие вооруженного конфликта, в принципе, требует существования организованных вооруженных групп, которые могут и фактически участвуют в боевых действиях и других военных акциях, направленных друг против друга. Статья 3, общая, просто упоминает, но не дает определения вооруженного конфликта немеждународного характера. Однако обычно считается, что статья 3, общая, применяется к открытым вооруженным столкновениям низкой интенсивности между относительно организованными вооруженными силами или группами, которые имеют место в пределах территории конкретной страны. [Примечание 16: Комиссия экспертов, созванная Международным Комитетом Красного Креста, сделала следующее соответствующее замечание: «Нельзя отрицать наличие вооруженного конфликта по смыслу статьи 3, если враждебные действия, направленные против законного правительства, принимают характер коллективных действий и имеют минимальную организованность». См. ICRC, Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflict: Report Submitted to the XXIst Conference of the Red Cross, Istanbul at p. 99 (1969).] Таким образом, статья 3, общая, не применяется к бунтам, разбойным действиям или неорганизованному и краткосрочному восстанию. Вооруженные конфликты по статье 3 обычно связаны с вооруженной борьбой между правительственными вооруженными силами и организованными вооруженными повстанцами. Она также регулирует ситуации, в которых две или более вооруженные группировки противостоят друг другу без вмешательства правительственных

сил, когда законное правительство, например, распущено или слишком слабо, чтобы осуществить вмешательство. Важно понимать, что применение статьи 3, общей, не требует наличия крупномасштабных и общих военных действий или ситуации, схожей с гражданской войной, когда антиправительственные вооруженные группировки осуществляют контроль над частями национальной территории. Комиссия отмечает, что авторитетный Комментарий МККК к Женевским конвенциям 1949 г. указывает, что, несмотря на неоднозначность в том, что касается порога применимости, статья 3, общая, должна применяться как можно более широко.

153. Самой трудной проблемой, касающейся применения статьи 3, общей, является не верхний конец шкалы насилия внутри страны, а скорее, ее нижний конец. Линия, отделяющая ситуацию крайнего насилия во время внутренних беспорядков от вооруженного конфликта самой низкой интенсивности, когда применима статья 3, является нечеткой и поэтому ее нелегко определить. И когда надо вынести такое определение, то при заключительном анализе требуется добросовестность и объективный анализ фактов в каждом конкретном случае.

iii. Характеристика событий на базе Таблада

154. На основе тщательной оценки фактов Комиссия не считает, что насильственные действия на военной базе Таблада 23 и 24 января 1989 г. могут правильно характеризоваться как ситуация внутренних беспорядков. То, что там случилось, не было равнозначно крупномасштабным демонстрациям с применением насилия, или случаям, когда студенты забрасывают полицию камнями, или захвату заложников бандитами, которые надеются получить выкуп, или убийству членов правительства по политическим мотивам — все формы внутреннего насилия, которые не могут быть квалифицированы как вооруженный конфликт.

155. События на базе Таблада отличаются от этих ситуаций согласованностью враждебных действий, предпринятых нападающими, непосредственным участием правительственных вооруженных сил, характером и уровнем насилия происходивших событий, о которых идет речь. Если говорить более конкретно, нападающие тщательно спланировали свои действия, осуществляли их координацию и провели вооруженное нападение, то есть военную операцию, против главного военного объекта — военной базы. Офицер, командующий базой Таблада, пытался, что и было его обязанностью, дать отпор нападающим, и президент Альфонсин, осуществляя свои конституционные полномочия в качестве главнокомандующего во-

оруженными силами, отдал приказ отбить базу, применив военную силу, и подавить нападавших.

156. Поэтому Комиссия приходит к выводу, что, несмотря на кратковременность, жестокий бой между нападающими и лицами из состава вооруженных сил Аргентины дает основание для применения положений статьи 3, общей, а также других норм, касающихся ведения военных действий.

iv. Компетенция Комиссии применить международное гуманитарное право

157. Прежде чем Комиссия начнет рассматривать конкретные требования заявителей, она находит нужным разъяснить причины, по которым она иногда считает необходимым прямо применять нормы международного гуманитарного права, или объяснить свое толкование соответствующих положений Американской конвенции ссылкой на такие нормы. В этом отношении очень важно понимание сути взаимосвязи между этими двумя отраслями международного права — прав человека и гуманитарного права.

158. Американская конвенция, как и другие универсальные и региональные инструменты в области прав человека, и Женевские конвенции 1949 г. имеют общее ядро прав, которые не допускают отступлений, и общую цель — защитить жизнь и достоинство человека. Эти договоры по правам человека применяются как в мирное время, так и в ситуациях вооруженного конфликта. Хотя одна из их целей заключается в том, чтобы предотвратить войну, ни один из этих международных документов по правам человека не предназначался для того, чтобы регулировать такие ситуации, и, таким образом, они не содержат норм, регулирующих применение средств и методов ведения войны.

159. В отличие от этого международное гуманитарное право обычно не применяется в мирное время, его основной целью является наложение ограничений на ведение войны, с тем чтобы смягчить последствия военных действий. Поэтому вполне понятно, что положения договорного и обычного гуманитарного права обычно предоставляют жертвам вооруженных конфликтов больше защиты и более конкретную защиту, чем гарантии, содержащиеся в Американской конвенции и других инструментах по правам человека, которые сформулированы в более общих выражениях.

160. Более того, именно в ситуациях внутренних вооруженных конфликтов эти две отрасли международного права более всего пересека-

ются и подкрепляют друг друга. Действительно, авторы одного из авторитетных комментариев к двум Дополнительным протоколам 1977 г. к Женевским конвенциям 1949 г., говорят в связи с этим:

> «Хотя совершенно справедливо, что каждый международный инструмент определяет собственную сферу применения, нельзя отрицать, что общие нормы, содержащиеся в международных документах по правам человека, применяются во время немеждународных вооруженных конфликтах, как и более конкретные нормы гуманитарного права. [Примечание 21: M. Bothe, K. Partsch & W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 619 (1982) [далее *Новые правила*].]

161. Например, как статья 3, общая, так и статья 4 Американской конвенции предоставляют защиту жизни и, таким образом, запрещают, среди прочего, суммарные казни при всех обстоятельствах. Заявления о якобы имевших место случаях лишения права на жизнь, в которых обвиняются представители государства, четким образом подпадают под юрисдикцию Комиссии. Но Комиссия, вероятно, не сможет во многих случаях принять решение по заявленным нарушениям этого права, не допускающего отступлений, которые имели место во время вооруженного конфликта, ссылаясь только на статью 4 Американской конвенции. Это так, потому что Американская конвенция не содержит норм, которые либо дают определение гражданских лиц, комбатантов и других военных объектов, либо проводят между ними различие, и тем более там не конкретизируется, когда на гражданское лицо может быть совершено нападение, или когда потери среди гражданского населения являются законным последствием военных действий. Поэтому Комиссии приходится применять стандарты определений и соответствующие нормы гуманитарного права в качестве источника авторитетных рекомендаций при принятии решения по этому и другим заявлениям, в которых говорится о нарушениях Американской конвенции в условиях боя. Иначе это означало бы, что Комиссии пришлось бы отказаться от осуществления своей юрисдикции в отношении многих случаев, связанных с неизбирательными нападениями представителей государства, которые привели к значительным потерям среди гражданского населения. Такой результат был бы явно абсурдным, если принять во внимание основные задачи и цели как Американской конвенции, так и договоров в области гуманитарного права.

162. Кроме этих соображений компетенцию Комиссии применить нормы гуманитарного права подтверждают текст Американской конвенции, ее собственное прецедентное право, а также судебная практика Межамериканского суда по правам человека. Почти все

члены ОАГ, которые являются участниками Американской конвенции, ратифицировали также и одну или более Женевских конвенций 1949 г. и (или) другие инструменты гуманитарного права. Будучи участниками Женевских конвенций, они обязаны по обычному международному праву добросовестно выполнять эти договоры и привести свое национальное законодательство в соответствие с этими инструментами. Более того, они приняли на себя торжественное обязательство соблюдать и обеспечивать соблюдение этих Конвенций при всех обстоятельствах, особенно в ситуациях межгосударственных или внутренних военных действий.

163. Кроме того, в качестве участников Американской конвенции эти самые государства должны, как того явным образом требует статья 25 Американской конвенции, обеспечить правовую защиту лицам в случае нарушений представителями государства их основных прав, признанных *конституцией или законами* соответствующего государства или этой Конвенцией (курсив наш). Таким образом, если на национальном уровне не было дано сатисфакции в связи с нарушением, о котором сделано заявление, и источником права является гарантия, установленная в Женевских конвенциях, которые соответствующее государство-частник ввело в действие в качестве национального права, иск по поводу такого нарушения может быть подан в Комиссию и она правомочна принимать в этом отношении решение в соответствии со статьей 44 Американской конвенции. Таким образом, сама Американская конвенция разрешает Комиссии рассматривать вопросы гуманитарного права в случаях, связанных с нарушениями статьи 25.

164. Комиссия считает, что в тех ситуациях, когда Американская конвенция и инструменты гуманитарного права применяются одновременно, статья 29 (b) Американской конвенции требует от нее обязательно принять во внимание и в случае необходимости применить соответствующие нормы гуманитарного права. Статья 29 (b), так называемое положение наибольшего благоприятствования для отдельных лиц, предусматривает, что ни одно положение Американской конвенции не должно толковаться как ограничение «обладания или использования любого права или свободы, признанных в силу законодательства любого государства-участника или другой конвенции, участником которой является одно из указанных государств».

165. Цель этой статьи заключается в том, чтобы не позволить государствам-участникам ссылаться на Американскую конвенцию в качестве основания для ограничения более благоприятных или менее ограничительных прав, на которые лицо имеет право в соответствии с национальным или международным правом. Таким образом,

если есть расхождения между правовыми стандартами, регулирующими те же самые или сходные права в Американской конвенции и каком-нибудь инструменте гуманитарного права, Комиссия обязана применять положение (положения) того договора, который предусматривает более высокий стандарт (стандарты), применимый к праву (правам) или свободе (свободам), о которых идет речь. Если этот более высокий стандарт является нормой гуманитарного права, Комиссия должна применять его.

166. При правильном рассмотрении тесная взаимосвязь между правом прав человека и гуманитарным правом также подкрепляет полномочие Комиссии в соответствии со статьей 29 (b) применять гуманитарное право там, где это уместно. В связи с этим авторы *Новых правил* подчеркивают следующее положение относительно взаимосвязи между Протоколом II и Пактом о гражданских и политических правах:

> «Протокол II не следует толковать как документ, отстающий от основных стандартов, установленных в Пакте. Напротив, если Протокол II в своих более подробных положениях устанавливает более высокий стандарт, нежели Пакт, этот более высокий стандарт имеет преимущественную силу на основании того факта, что Протокол является lex specialis по отношению к Пакту. С другой стороны, положения Пакта, которые не были воспроизведены в Протоколе и которые предусматривают более высокий стандарт защиты, чем Протокол, должны считаться применимыми независимо от того времени, когда эти два документа вступили в силу для соответствующего государства. Это является общим правилом для применения документов по правам человека, подлежащим одновременному исполнению, — и Часть II [Протокола II] «Гуманное обращение» является таким инструментом — они должны способствовать выполнению и дополнять друг друга, а не предоставлять основания для ограничений».

167. Это положение равным образом справедливо в том, что касается взаимосвязи между Американской конвенцией и Протоколом II и другими соответствующими источниками гуманитарного права, такими как статья 3, общая.

168. Кроме того, Комиссия считает, что для этой дискуссии важно правильно понимать связь между применимыми договорами по гуманитарному праву и статьей 27 (1) (положением о частичной отмене гарантий) Американской конвенции. Данная статья разрешает государству — участнику Американской конвенции временно отменить, то есть приостановить действие определенных гарантий, предоставляемых Конвенцией, во время действительно чрезвы-

чайных ситуаций. Но статья 27 (1) требует: любое временное приостановление действия гарантий не должно быть несовместимым с другими обязательствами государства по международному праву. Таким образом, хотя статья 27 (1) не может толковаться как включающая путем отсылки в Американскую конвенцию все другие международно-правовые обязательства государства, она все-таки не позволяет этому государству принимать меры в отступление от своих обязательств, которые будут нарушать его другие обязательства по договорному или обычному международному праву. […]

[…]

170. […][Р]ассматривая вопрос о законности мер в отступление от договорных обязательств, принятых государством — участником Американской конвенции в силу существования вооруженного конфликта, к которому применяется как Американская конвенция, так и договоры по гуманитарному праву, Комиссия не должна принимать решение по этому вопросу, исключительно ссылаясь на текст статьи 27 Американской конвенции. Она, скорее, должна определить, гарантируются ли в равной степени права, затронутые этими мерами, в соответствии с применимыми договорами по гуманитарному праву. Если Комиссия сочтет, что права, о которых идет речь, не подлежат отмене по этим инструментам гуманитарного права, она должна прийти к выводу, что эти меры по отступлению нарушают обязательства государств-участников как по Американской конвенции, так и по соответствующим договорам гуманитарного права.

[…]

v. Заявления истцов

172. Заявители не оспаривают того факта, что некоторые члены движения МТР планировали нападение на военную базу, являлись его инициаторами и участвовали в нем. Они, однако, заявляют, что причина нападения — желание предотвратить готовящийся по слухам военный переворот правительства Альфонсина — была оправдана в соответствии со статьей 21 Национальной конституции, которая обязывает граждан взяться за оружие и выступить в защиту конституции. Поэтому они утверждают, что их судебное преследование за преступление мятежа нарушало Американскую конвенцию. Кроме того, заявители утверждают, что, поскольку их действия были оправданы и законны, государство должно нести полную юридическую и моральную ответственность за все людские потери и материальный ущерб, вызванные его действиями, в ходе которых была незаконно применена чрезмерная сила.

173. Комиссия считает, что аргументация истцов отражает определенные серьезные заблуждения относительно характера международного гуманитарного права. Следует понимать, что применение ни статьи 3, общей, ни любых других норм гуманитарного права, касающихся военных действий на базе Таблада, не может толковаться как признание законности причин или мотивов, в силу которых члены МТР взялись за оружие. И очень важно, что применение права не обусловлено причинами конфликта. Это основное положение гуманитарного права закреплено в Преамбуле Дополнительного протокола I, где сказано:

> «*подтверждая далее*, что положения Женевских конвенций от 12 августа 1949 года [...] должны при всех обстоятельствах полностью применяться [...], *без какого-либо неблагоприятного различия, основанного на характере или происхождении (sic) вооруженного конфликта или на причинах, выдвигаемых сторонами, находящимися в конфликте, или приписываемых им*» (курсив наш. — авт.).

174. В отличие от права прав человека, которое обычно сдерживает только противоправные действия представителей государства, обязательные положения статьи 3, общей, четким образом связывают обязательствами и применяются равным образом к обеим сторонам во внутреннем конфликте, то есть к правительству и к антиправительственным силам. Более того, обязательство применять статью 3, общую, является абсолютным для обеих сторон и не зависит от обязательства другого. [Примечание 27: на нарушение статьи 3 одной из сторон, например, незаконный метод ведения боя, другая сторона не может сослаться как на основание для своего несоблюдения обязательных положений статьи. См. Венскую конвенцию о праве договоров, статья 60.] Поэтому как нападающие из МТР, так и вооруженные силы Аргентины имели одинаковые обязанности в соответствии с гуманитарным правом, и ни одна из сторон не может нести ответственность за действия другой.

[...]

vi. Применение гуманитарного права

176. Основная цель статьи 3, общей, заключается в том, чтобы обеспечить применение во время военных действий некоторого свода минимальных правовых норм, направленных на защиту лиц, которые не принимают или более не принимают непосредственного или активного участия в боевых действиях. К лицам, имеющим право на защиту обязательных положений статьи 3, общей, относятся лица из состава как государственных, так и антиправительственных сил, которые сдаются в плен, захвачены или выведены из строя (hors de

combat). Отдельные гражданские лица также подпадают под действие гарантий статьи 3, общей, если они оказываются захвачены противником или иным образом находятся во власти его стороны, даже если они сражались против нее.

177. Кроме статьи 3, общей, принципы обычного права, применимые ко всем вооруженным конфликтам, требуют от противоборствующих сторон воздерживаться от прямых нападений на гражданское население и отдельных гражданских лиц и при целенаведении проводить различие между гражданскими лицами и комбатантами и другими законными военными объектами. [Примечание 29: Эти принципы изложены в резолюции 2444 Генеральной Ассамблеи ООН «Уважение прав человека во время вооруженных конфликтов», 23, U.N. GAOR Supp. (No. 18), в которой, в частности, изложены «следующие принципы для соблюдения всеми правительственными и другими властями, несущими ответственность за действия в вооруженных конфликтах:

a) право сторон, участвующих в конфликте, прибегать к средствам поражения противника не является неограниченным;

b) запрещено совершать нападения на гражданское население как таковое;

c) во всех случаях необходимо проводить различие между лицами, участвующими в военных действиях, и гражданским населением, с тем чтобы щадить последнее, насколько это возможно…»

См. также резолюцию ГА ООН 2675, U.N. GAOR Supp. No 28 U. N. Doc. A/8028 (1970), которая развивает и укрепляет принципы резолюции 2444.] Чтобы оградить гражданских лиц от последствий военных действий, другие принципы обычного права требуют от нападающей стороны принимать меры предосторожности, позволяющие избежать или свести к минимуму потери среди гражданского населения и ущерба гражданскому имуществу, которые являются случайным или побочным следствием нападений на военные объекты.

178. Комиссия считает, что истцы неправильно понимают практические и юридические последствия, которые наступают в связи с применением этих норм к членам МТР, которые участвовали в нападении на базу Таблада. Когда гражданские лица, такие как те, кто осуществлял нападение на базу Таблада, принимают на себя роль комбатантов, непосредственно участвуя в боях, как в индивидуальном порядке, так и в составе группы, они тем самым становятся законными военными целями. В качестве таковых, в точности так же, как и комбатанты, каждый из них может подвергаться прямому нападению. Таким образом, в силу своего участия во враждебных действиях, нападающие на Табладу утратили право на защиту мер предосторожности при нападении, о которых говорилось выше, и на защиту от последствий неизбирательного или несоразмерного нападения, на которую имеют право мирные гражданские лица. В от-

личие от этого, данные нормы гуманитарного права продолжали полностью применяться в отношении тех мирных гражданских лиц, которые находились или проживали поблизости от базы Таблада во время военных действий. Комиссия, между прочим, отмечает, что к ней не поступало никаких заявлений от таких лиц с жалобами на государство Аргентина, в которых бы утверждалось, что они или их имущество понесли ущерб в результате военных действий на базе.

179. Осуществляя нападение на базу Таблада, те, кто в нем участвовал, четко понимали, что рискуют столкнуться с ответными военными действиями государства. Тот факт, что аргентинские военные имели превосходящую численность личного состава и огневую мощь и использовали это против нападающих, не может само по себе считаться нарушением какой-либо нормы гуманитарного права. Однако это не означает, что военные Аргентины или нападающие имели неограниченное право выбора средств нанесения вреда друг другу. От обеих сторон, скорее, требовалось вести боевые действия с соблюдением ограничений и запретов, налагаемых применимыми нормами гуманитарного права.

180. В связи с этим истцы (заявители), по сути, утверждали, что аргентинские военные нарушили два конкретных запрета, действующих во время вооруженных конфликтов, а именно ими являются:

a) отказ военных Аргентины принять предложение нападающих о капитуляции, что равносильно установке не давать никому пощады;

b) применение оружия, которое по своей природе вызывает излишние повреждения или излишние страдания, а именно зажигательного оружия.

181. Рассматривая заявления истцов, Комиссия понимала, что из-за особых условий боевых действий, когда часто царит неразбериха, установить важнейшие факты с абсолютной точностью нередко просто невозможно. Комиссия считает, что надлежащий стандарт для правильного понимания действий тех, кто участвовал в бою, должен основываться на разумной и честной оценке общей ситуации, существовавшей во время событий, а не на предположениях или суждениях, сделанных задним числом.

182. Что касается своего первого заявления, то истцы обвиняли аргентинских военных в преднамеренном игнорировании попытки нападающих капитулировать приблизительно через 4 часа после начала боевых действий 23 января 1989 г., и это ненужным образом продлило бой еще на 26 часов и привело к смертям и страданиям с

обеих сторон, что не было необходимым. Помимо показаний членов МТР, которые остались в живых, истцы ссылаются на видеозапись, которую они представили Комиссии в подтверждение своих заявлений. Эта видеозапись составлена из отрывков новостных программ, передававшихся каналами [...] Аргентины в день нападения, а также последующих документальных фильмов тех же станций и других пленок, которые, как считали истцы, имеют отношение к делу. Хотя просмотр видеозаписи важен для понимания соответствующих событий, Комиссия тем не менее считает сомнительной доказательную ценность пленки. Она, например, не дает последовательной и непрерывной картины 30-часового боя на базе. Это, скорее, описание определенных событий, которое было составлено частным режиссером по просьбе истцов для конкретной цели представления Комиссии.

183. Комиссия внимательно просмотрела вышеупомянутую видеозапись и определила два различных эпизода, которые предположительно описывают попытку капитуляции. В первом из них, с не слишком четким изображением, показан очень быстро белый флаг, которым кто-то размахивает из окна. Однако этот первый эпизод не связан с каким-либо другим на этой видеозаписи, нет там и указаний на точный момент, когда это имело место. Второй эпизод — более крупное изображение одного из зданий на территории военной базы, по которому наносится артиллерийский удар, предположительно вооруженными силами Аргентины. После неоднократного просмотра и тщательного изучения второго эпизода Комиссия не смогла увидеть белого флага, который, как утверждалось, был вывешен из этого здания нападающими из МТР.

184. Пленка примечательна и тем, чего она не показывает. Фактически по ней невозможно определить точное время или день предполагаемой попытки капитуляции. Не зафиксировала и происходившее в это же время в других частях базы, где находились другие нападающие. Если эти лица по каким бы то ни было причинам продолжали стрелять или совершать другие враждебные действия, аргентинские военные имели достаточно разумные причины считать, что белый флаг был всего лишь попыткой ввести их в заблуждение или отвлечь.

185. Таким образом, из-за недостаточности свидетельств Комиссия не может прийти к выводу о том, что вооруженные силы Аргентины преднамеренно отвергли попытку нападающих сдаться в 9 утра 23 января. Однако Комиссия отмечает: среди нападавших были выжившие, и это, скорее всего, свидетельствует о том, что приказа не давать никому пощады отдано не было.

186. Видеозапись еще менее доказательна в отношении заявления истцов, утверждавших, что военные Аргентины применили зажигательное оружие против нападающих. На пленке показано пламя взрыва в одном строении, предположительно занятом некоторыми из нападавших. Но кадры не позволяют точно определить характер оружия, которое вызвало взрыв. Причиной взрыва могло быть не зажигательное, а другое устройство. Взрыв, возможно, был вызван попаданием боеприпаса, предназначенного для проникновения в сооружения или установки, когда *конкретной целью зажигательного действия не являлось* нанесение ожогов сражающимся; или прямым попаданием артиллерийского снаряда, вызвавшего взрыв боеприпасов, находящихся на оборонительных позициях нападавших или вблизи них. Без результатов исследований, проведенных специалистами по боеприпасам и судебными экспертами, в ходе которых будет установлена вероятная причинно-следственная связь между взрывом и применением зажигательного оружия, Комиссия просто не может прийти к выводу о том, что вооруженные силы Аргентины применили такое устройство против нападавших.

187. Комиссия должна отметить: даже если было бы доказано, что аргентинские военные применяли такое оружие, нельзя сказать, что его использование в январе 1989 г. нарушило четкий запрет, применимый в то время к ведению внутренних вооруженных конфликтов. Дело в том, что Протокол о запрещении или ограничении применения зажигательного оружия к Конвенции ООН 1980 г. о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие, на который ссылались истцы, не был ратифицирован Аргентиной до 1995 г. Более того, и это имеет особенно большое значение, статья 1 Конвенции 1980 г. устанавливает, что Протокол о зажигательном оружии применяется только во время межгосударственных вооруженных конфликтов и к ограниченной категории национально-освободительных войн. Как таковой этот международно-правовой документ не применялся непосредственным образом к внутренним военным действиям на базе Таблада. Кроме того, Протокол не провозглашает незаконным применение такого оружия самого по себе. Хотя он запрещает его непосредственное применение против мирных гражданских лиц, он не налагает запрета на его применение против законных военных целей, которые включают и *гражданских лиц, принимающих прямое участие в боевых действиях.*

188. В связи с отсутствием достаточных свидетельств, доказывающих, что представители государства применяли незаконные методы и

средства боя, Комиссия должна прийти к выводу, что убийства или ранения нападавших, которые имели место *до прекращения боя 24 января 1989 г.*, были законными последствиями боевых действий и, таким образом, не составляли нарушений Американской конвенции или применимых норм гуманитарного права.

189. Однако Комиссия хочет подчеркнуть, что лица, которые участвовали в нападении на военную базу, были законными военными объектами только *в течение того времени, когда они активно участвовали в боевых действиях*. Те же, кто сдался в плен, был захвачен или ранен и прекратил свои враждебные действия, действительно попали во власть представителей государства Аргентины, и те больше не имели законного права нападать на них либо подвергать их другим насильственным действиям. Эти лица имели теперь абсолютное право на не допускающие отступлений гарантии гуманного обращения, изложенные как в статье 3, общей, Женевских конвенций, так и в статье 5 Американской конвенции. Намеренное дурное обращение, тем более суммарные казни таких раненых или захваченных в плен лиц, были бы серьезным нарушением обоих международно-правовых документов. [Примечание 32: В этом отношении Комиссия отмечает, между прочим, что Трибунал по военным преступлениям для бывшей Югославии установил, что в результате таких нарушений статьи 3, общей, возникает индивидуальная уголовная ответственность нарушителя (нарушителей). [...]]

[...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. *Пункты 149—156*: Что отличает немеждународный вооруженный конфликт от внутренних беспорядков и ситуаций напряженности? Применима ли статья 3, общая, Конвенций, к нападению на военную базу Таблада? Применим ли Протокол II? (См. статью 3, общую, Конвенций, и статью 1 Протокола II.)

2. *Пункты 157—171*: Почему Межамериканская комиссия может применять МГП? Потому что это часть международного права? Потому что МГП является частью законодательства Аргентины? Потому что оно более точно определяет право на жизнь, находящееся под защитой Американской конвенции в том, что касается вооруженных конфликтов? Потому что в соответствии со статьей 29 Американской конвенции она должна применять любые нормы, предусматривающие более эффективную защиту, чем Межамериканская конвенция? Потому что отступления от обязанности обеспечить соблюдение прав, находящихся под защитой Американской конвенции, допустимы в соответствии с ее по-

ложениями, только если они не нарушают других обязательств соответствующего государства? (См. Американская конвенция о правах человека, http://www.cidh.org на английском языке.)

3. *Пункты 173, 174*: Если нападение истцов было оправдано в соответствии с аргентинским законодательством, изменилось бы что-либо с точки зрения МГП? Существует ли различие между jus ad bellum и jus in bello в немеждународных вооруженных конфликтах?

4. *Пункты 177—179*: Утрачивают ли гражданские лица, принимающие непосредственное участие в военных действиях, право на защиту статьи 3, общей, Конвенций? Всего МГП немеждународных вооруженных конфликтов? Норм о защите гражданского населения против последствий военных действий? Если да, то на какое время? (См. статью 13 (3) Протокола II.)

5. *Пункты 181—185, 189*: Запрещено ли отказывать в пощаде во время немеждународных вооруженных конфликтов? Почему? Потому что это запрещено во время международных вооруженных конфликтов и в этом отношении нет существенной разницы между немеждународными и международными вооруженными конфликтами? Потому что это было бы нарушением статьи 3, общей, Конвенций? Оправдано ли отказывать в пощаде одному сдающемуся в плен комбатанту, если другие участники группы продолжают сражаться?

6. *Пункты 186—188*:

   a. Запрещено ли применение зажигательного оружия во время международных вооруженных конфликтов? Существуют ли ограничения? Запрещают ли эти ограничения просто нападения на гражданских лиц с применением зажигательного оружия? Что добавляют запреты Протокола III к Конвенции об обычных видах оружия 1980 г. к запретам, применимым к использованию всех видов оружия? (См. **Документ № 6,** Протокол о запрещении или ограничении применения зажигательного оружия (Протокол III к Конвенции 1980 г.) и **Документ № 4**, Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, Женева, 10 октября 1980 г.)

   b. Применимы ли ограничения на использование зажигательного оружия и к немеждународным вооруженным конфликтам? Почему? Потому что и в этом отношении не существует существенной разницы между немеждународными и международными конфликта-

ми? Потому что применение зажигательного оружия за пределами, разрешенными МГП международных вооруженных конфликтов, было бы нарушением статьи 3, общей, Конвенций? Потому что ни одно государство не может заявить о том, что оно имеет право применять против своих собственных граждан методы и средства ведения боя, которые оно согласилось не применять против иностранного противника во время международных вооруженных конфликтов? Если они неприменимы, в чем заключается разница между запретом на отказ в пощаде и ограничениями на применение зажигательного оружия?

Документ № 164, МККК, Запрос о посещении мест захоронения на Фолклендских (Мальвинских) островах

[**Источник**: ICRC Annual Report 1991, Geneva, ICRC, p. 57.]

АРГЕНТИНА — После совместного запроса, поданного в 1990 г. аргентинским и британским правительствами, МККК, действуя в качестве нейтрального посредника, организовал для группы из 358 родственников аргентинских солдат, погибших в боях во время конфликта на Фолклендских (Мальвинских) островах, посещение их могил на Фолклендских (Мальвинских) островах. Посещение, которое состоялось 18 марта 1991 г., было проведено в соответствии с совместными заявлениями, сделанными в Мадриде обоими правительствами, и нормами международного гуманитарного права, предусматривающими, что семьям должен быть предоставлен доступ к местам захоронений, как только позволят обстоятельства.

XXVI. Шри-Ланка

Прецедент № 165, Шри-Ланка, Санитарная зона в Джафне

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Сообщение агентства Рейтер от 26 сентября 1990 г.

[**Источник**: De Silva, D., *Reuters Dispatch*, Colombo, September 26, 1990.]

АРМИЯ ШРИ-ЛАНКИ ОСТАВЛЯЕТ КРЕПОСТЬ И ПРЕДЛАГАЕТ ЕЕ КРАСНОМУ КРЕСТУ

КОЛОМБО, 26 сентября, агентство Рейтер

По словам одного из министров правительства, войска Шри-Ланки, которые менее двух недель назад с боем пробились в колониальный форт в самом сердце повстанческой территории, в среду покинули его и предложили, чтобы его занял Красный Крест.

Заместитель министра обороны Ранджан Виджератне сказал, что такой шаг позволит открыть крупную больницу менее чем в миле [...] от форта.

Однако организация «Тигры освобождения Тамил Илама» (ТОТИ), основная партизанская группировка, борющаяся за создание отдельного тамильского государства, заявила, что войска отступили от форта в результате тяжелых боев.

«Вопреки утверждениям правительства о том, что они эвакуировались добровольно, форт был захвачен ТОТИ в результате тяжелых боев, которые начались сегодня в два часа утра», — сообщил по телефону агентству Рейтер представитель ТОТИ в Париже Лоренс Тилакар.

Он сказал, что «Тигры» сейчас занимают форт и вернули себе находящиеся в нем орудия тяжелого калибра и транспортные средства.

После начала наступления в июне «Тигры» обстреливали войска, расположившиеся в 350-летнем голландском форте в Джафне, из минометов и реактивных гранатометов.

Больница на 1500 мест закрыта с июня из-за близости к месту ведения боев.

Виджератне заявил, что он предложил Филиппу Комтессе, главе представительства Международного Комитета Красного Креста (МККК) в Шри-Ланке, занять форт и вновь открыть больницу. Он ожидает ответа на это предложение.

«Даже если МККК откажется, мы не вернемся в форт, чтобы избежать бомбардировок этого района», — сообщил Виджератне на пресс-конференции. […]

Виджератне сказал, что отступление из форта не означает, будто правительство отказалось от борьбы с повстанцами в Джафне, являющемся их опорным пунктом. Он предупредил, что, если «Тигры» попытаются занять оставленную базу, против них будут предприняты «эффективные действия».

Военные аналитики говорят, что форт не имеет никакого стратегического значения ни для правительства, ни для повстанцев. Однако поскольку он находится в самом сердце территории, где проживает тамильское меньшинство, он стал оплотом борьбы за независимость.

Две недели назад сотни солдат правительства с боем пробились в форт и освободили военнослужащих и полицейских, которых повстанцы держали там в осаде.

«Тигры» начали июньское наступление на севере и востоке, прекратив длившиеся 14 месяцев мирные переговоры с правительством.

Тамилы, составляющие 13% от 16-миллионного населения острова, заявляют, что подвергаются дискриминации со стороны правительства сингальского большинства с 1948 г., когда Шри-Ланка обрела независимость от Великобритании.

B. Пресс-релиз МККК от 6 ноября 1990 г.

[**Источник**: ICRC Press Release, Delegation in Sri Lanka, November 6, 1990.]

Чтобы как можно раньше вновь открыть клиническую больницу Джафны, которая серьезно пострадала во время боев в Джафне, Международный Комитет Красного Креста (МККК) установил ряд правил, которым должны следовать все заинтересованные стороны. Эти правила соответствуют повсеместно признанным нормам, применяемым в ситуациях конфликта. Они должны в будущем обеспечить безопасность и защиту от боев пациентам и персоналу больницы. МККК сообщил об этих правилах

как правительству Шри-Ланки, так и ТОТИ; они должны вступить в силу 6 ноября 1990 г.

Правила эти таковы:

— Помещения больницы Джафны находятся под защитой МККК. Стороны в конфликте считают их «санитарной зоной»:

  — вся территория четко отмечена красными крестами, чтобы ее легко было опознать с земли и с воздуха;

  — на территорию не допускается вооруженный персонал;

  — у входа на территорию больницы не стоят военные транспортные средства;

  — на территорию допускаются лишь транспортные средства, принадлежащие больнице, Красному Кресту Шри-Ланки и МККК.

— Вокруг больницы создается безопасная зона. К этой зоне (включающей и территорию больницы) относятся следующие правила:

  — зона четко обозначена таким образом, что ее можно было легко опознать с земли и с воздуха;

  — зона остается свободной от любых военных или политических сооружений;

  — ни с территории безопасной зоны, ни против нее не предпринимается никаких военных действий;

  — на территории зоны не создаются и не сохраняются никакие военные базы, сооружения или расположения войск;

  — на территории зоны никогда не находится военный персонал и не хранится никакое военное оборудование;

  — на территории зоны — ни в воздухе, ни на земле — не приводится в действие оружие;

  — за пределами безопасной зоны не приводится в действие оружие против лиц или зданий, находящихся в безопасной зоне.

В случае серьезного или постоянного нарушения этих правил МККК может в одностороннем порядке лишить больницу своей защиты.

МККК верит, что заинтересованные стороны будут строго соблюдать указанные выше правила, поскольку только при этом условии клиническая больница Джафны сможет возобновить и продолжать далее свою столь необходимую гуманитарную деятельность на благо больных и раненых в Северной провинции.

Коломбо, 6 ноября 1990 г.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Конфликт в Шри-Ланке является международным или немеждународным вооруженным конфликтом? В праве немеждународных вооруженных конфликтов предусматриваются защищенные зоны какого-либо рода? На каком правовом основании может быть создана такая зона? (См. статью 3, общую, Конвенций.)

2. Какова цель санитарной зоны? А зоны безопасности вокруг нее?

3. Какие правила, предусмотренные в пресс-релизе МККК, применялись бы в любом случае в соответствии с МГП, даже если бы не была создана санитарная зона или безопасная зона? (См. статью 3, общую, Конвенций.)

4. Какого рода зоне, предусмотренной в МГП международных вооруженных конфликтов, соответствует санитарная зона, описанная в пресс-релизе МККК? А какой — безопасная зона? Каким образом эти правила могут стать обязательными для сторон в немеждународном вооруженном конфликте? (См. статью 3, общую, Конвенций, статью 23 Конвенции I и статьи 14 и 15 Конвенции IV.)

5. Почему правительство Шри-Ланки хочет, чтобы МККК занял форт Джафны? Какие для МККК существуют доводы в пользу того, чтобы взяться за эту работу, и против этого? При каких условиях вы приняли бы это предложение на месте МККК?

6. а. Если применять МГП международных вооруженных конфликтов, можно ли использовать эмблему для обозначения территории больницы? Почему, согласно этим правилам, только санитарная зона должна быть четко обозначена красными крестами, чтобы ее можно было легко опознать с земли и с воздуха? Нельзя ли так же обозначить безопасную зону? Почему? (См. статью 44 Конвенций I и II, статью 6 Приложения I к Конвенции IV и статью 18 Протокола I.)

b. Во время немеждународных вооруженных конфликтов в каких случаях может использоваться эмблема? Кем? При каких условиях? Могла бы использоваться эмблема, если бы зоны не находились под контролем МККК? (Статья 44 Конвенций I и II, и статья 12 Протокола II.)

7. Почему МККК планирует прекратить свою деятельность, если эти правила будут нарушены? Разве раненые и больные не нуждаются особенно сильно в присутствии МККК, когда нарушаются правила?

Прецедент № 166, Канада, «Сивакумар против Канады»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (C. A.) [1994] 1 F. C. 433, 1993-11-0; см. http://www.canlii.org/ca/cas/fca/1993/1993fca10048.html; порядок абзацев изменен, чтобы облегчить понимание прецедента.]

[…] Истец, Талайасингам Сивакумар, — тамил и гражданин Шри-Ланки. Несмотря на то что Отдел по делам беженцев признал, что у него есть все основания опасаться преследования со стороны правительства Шри-Ланки в связи с его политическими убеждениями, Отдел по делам беженцев принял решение запретить ему въезд на основании раздела F(a) статьи 1 Конвенции ООН о статусе беженцев [См. **Прецедент № 131**, Канада, «Рамирес против Канады»] как лицу, совершившему преступления против человечности […]. Данная апелляция касается вопроса о том, правильно ли на истца была возложена ответственность за преступления против человечности, якобы совершенные организацией «Тигры освобождения Тамил Илама» (ТОТИ), несмотря на то, что он лично не участвовал в самом совершении преступных деяний. […]

Критерий доказанности в разделе F(a) статьи 1 Конвенции заключается в следующем: обвинение должно показать, что есть серьезные основания считать, что истец совершил преступления против человечности. […] Это указывает на то, что международное сообщество готово было снизить обычный критерий доказанности, чтобы лишить военных преступников безопасного убежища. Когда ситуация меняется и преследователи внезапно становятся преследуемыми, они не могут претендовать на статус беженцев. Международные преступники, к какой бы стороне в конфликте они ни принадлежали, по справедливости не могут претендовать на статус беженцев. […]

Он [истец] присоединился к ТОТИ в 1978 г., вскоре после того, как правительство Шри-Ланки объявило ТОТИ вне закона. Во время учебы в университете истец использовал свое положение студенческого лидера для поддержки ТОТИ. [...]

Истец показал, что в период между 1983 и 1985 г. он узнал, что ТОТИ называют людей, действующих против ТОТИ, предателями и убивают этих людей в наказание [...]. Лидер ТОТИ Прабахаран [sic] обсуждал эти убийства с истцом, который показал, что, хотя он никогда не был непосредственно связан с этими убийствами, он «принимал» то, что говорил ему лидер ТОТИ. [...]

Истец оставался в Индии до 1985 г., когда он вернулся в Шри-Ланку. В какой-то момент до этого к нему обратился лидер ТОТИ. В результате истец вновь присоединился к ТОТИ в качестве военного советника. Он открыл в Мадрасе Центр военных исследований, где читал вновь набранным членам ТОТИ лекции по партизанской войне. Истец показал, что давал новым членам организации указания относительно надлежащих отношений с гражданским населением, направленных на завоевание поддержки людей, и что им велели соблюдать Женевскую конвенцию.

В 1985 г. истец принял участие в переговорах (организованных индийским правительством) между правительством Шри-Ланки и пятью основными повстанческими группировками. Эти переговоры провалились, когда 40 тамильских гражданских лиц были убиты правительственными войсками.

В 1986 г. истец вернулся в Шри-Ланку, чтобы навестить родных. Он ушел со своего поста в школе военной подготовки ТОТИ в результате разногласий относительно военной стратегии с другим членом ТОТИ и занялся разработкой противотанкового оружия. В 1987 г. он вновь уехал в Индию, чтобы наладить массовое производство этого оружия.

Истец еще раз вернулся в Шри-Ланку с заданием создать для ТОТИ подразделение военной разведки для сбора информации, подготовки военных карт и вербовки новых членов. В этот момент он получил в ТОТИ звание майора.

В начале 1987 г. между войсками Шри-Ланки и ТОТИ начались военные действия, которым положило конец мирное соглашение, подписанное в июле 1987 г. Это соглашение позволяло тамилам создавать силы полиции в северной и восточной провинциях, и истец получил задание превратить центр военной разведки в полицейскую академию. Однако соглашение было нарушено, и полицейская академия так и не была создана.

Истец показал, что в 1987 г. один из командиров ТОТИ, Аруна, отправился в находившуюся под их контролем тюрьму и расстрелял из пулемета около 40 безоружных членов конкурирующих тамильских группировок после того, как еще другая тамильская группировка совершила попытку покушения на высокопоставленного офицера ТОТИ. Истец показал, что, узнав об убийствах, он пошел к Прабахарану, чтобы потребовать публичного наказания исполнителя, и тот обещал это исполнить. Однако в отношении Аруны мало что было сделано: его только лишили звания и некоторое время содержали под арестом. Истец снова обратился с жалобой, но больше ничего сделано не было. Позже Аруна был убит в бою. Несмотря на это, истец остался в ТОТИ.

Когда умер командующий в Джафне, истцу приказали взять на себя ответственность за оборону города Джафны. Истец удерживал город в течение 15 дней, пока его и его солдат не отогнали в джунгли, откуда они продолжили партизанские нападения. Впоследствии истцу приказали вернуться в Индию из-за разногласий между ним и заместителем командующего ТОТИ. Истец показал, что эти разногласия были связаны с его глубоким убеждением в том, что переговоры с Шри-Ланкой должны продолжаться без всяких предварительных условий. Хотя истец принимал участие в мирных переговорах с правительством Шри-Ланки, эти переговоры были обречены на неудачу из-за неуступчивости и склонности к спорам лидера ТОТИ.

В конце концов истец выразил свое разочарование в связи с неспособностью ТОТИ надлежащим образом вести себя на мирных переговорах и был вследствие этого исключен из ТОТИ в декабре 1988 г. Истец оставался на подпольном положении в Индии до января 1989 г., когда он прибыл в Канаду с фальшивым малайзийским паспортом через Сингапур и США.

Собранные доказательства явно показывают, что истец занимал важные посты в ТОТИ. В частности, в разное время истец отвечал за военную подготовку новобранцев ТОТИ, за организованные на международном уровне мирные переговоры между ТОТИ и правительством Шри-Ланки, за командование военной базой ТОТИ, за разработку оружия и, возможно, самое главное, за разведывательное управление ТОТИ. Нельзя сказать, что истец был простым членом ТОТИ. На самом деле, он занимал несколько руководящих должностей в ТОТИ, в том числе должность начальника разведывательной службы ТОТИ. Учитывая характер той важной роли, которую истец играл в ТОТИ, можно сделать вывод, что он знал о преступлениях, которые совершали ТОТИ, и разделял цели организации в совершении этих преступлений. [...]

Бесспорно, истец знал о преступлениях против человечности, которые совершали ТОТИ. Истец показал перед Отделом по делам беженцев, что знал о том, что ТОТИ допрашивают и убивают людей, которые считались предателями дела ТОТИ. [...]

Показания истца следует также рассматривать в контексте обширных документальных доказательств, представленных Отделу по делам беженцев. Различные газетные статьи показывают, что тамильские боевые группировки несут ответственность за массовые убийства гражданских лиц и членов конкурирующих группировок. Во многих из этих статей на ТОТИ возлагается вина за насилие, совершенное в отношении представителей правительства Шри-Ланки. В отчетах «Международной амнистии» указывается, что различные тамильские группировки ответственны за насилие, проявленное в отношении гражданских лиц, однако не говорится конкретно об инцидентах с участием ТОТИ. […]

Очевидно, что тот, кто лично совершает физические действия, которые составляют военное преступление или преступление против человечности, несет ответственность. Однако также возможно нести ответственность за такие преступления, за их «совершение» в качестве соучастника, даже если лицо не совершало лично действия, являющиеся преступлениями […], отправной точкой для соучастия в международном преступлении является «личное и сознательное участие».

Здесь, по сути, вопрос в фактах, которые можно установить только в каждом случае отдельно, но есть определенные общие принципы. Очевидно, что простые наблюдатели или очевидцы не являются соучастниками. […]

Однако тот, кто помогает или оказывает поддержку при совершении преступления, или тот, кто с готовностью караулит, пока оно совершается, обычно несет ответственность. Это опять же зависит от обстоятельств каждого конкретного дела. […]

Кроме того, те, кто участвует в планировании или составлении заговора с целью совершения преступления, даже если они не присутствуют лично на месте преступления, также могут являться соучастниками, в зависимости от обстоятельств дела. Помимо этого, командир может нести ответственность за международные преступления, совершенные его подчиненными, но лишь в том случае, если он знает или имеет основания знать о них. […]

Другой тип соучастия, особенно значимый в данном деле, — соучастие по причине связи с исполнителями. Другими словами, на лиц может быть возложена ответственность за деяния других лиц из-за того, что они тесно связаны с исполнителями преступления. Речь идет не просто о «скажи мне, кто твой друг». И не о том, что одно лишь членство в организации делает человека ответственным за все международные преступления, которые совершает эта организация (). Ни того, ни другого обычно недостаточно, если только конкретная цель организации не состоит в совершении международных преступлений. Однако следует отметить, как сказал судья-адвокат Макгиган: «Того, кто является товарищем исполни-

телей преступлений, никогда нельзя, на мой взгляд, назвать просто наблюдателем. Членов одной группы, совершающей преступление, вполне можно считать принимающими личное и сознательное участие, в зависимости от обстоятельств дела» […].

На мой взгляд, доказать соучастие лица в международных преступлениях, совершенных его организацией, легче, если соответствующий член организации занимает в ней важное положение. Решение в каждом деле принимается на основании его обстоятельств — значит, чем ближе человек к руководителю, тем скорее можно сделать вывод, что он, будучи не просто рядовым членом, знал о преступлении и разделял цели организации при совершении этого преступления. Таким образом, занимать в организации руководящую должность, зная о том, что организация несет ответственность за преступления против человечности, может означать соучастие. […]

При подобных обстоятельствах важным фактором, требующим рассмотрения, являются доказательства того, что лицо протестовало против преступления, или пробовало остановить его совершение, или пыталось выйти из организации. […]

Конечно, как написал судья Макгиган, «право не работает на уровне героизма» […]. Таким образом, от людей нельзя требовать, чтобы они, дабы избежать обвинений в соучастии по причине связи с исполнителями преступления, подвергали серьезному риску свою жизнь или личную безопасность, пытаясь выйти из ситуации или из организации. Однако они не могут и действовать как роботы, не знакомые с моралью.

Это мнение о том, что руководящая должность в организации может являться основанием для соучастия в международных преступлениях, совершенных организацией, подкрепляется статьей 6 Устава Международного военного трибунала. […]

Данный принцип применялся во время Нюрнбергского процесса к тем, кто занимал руководящие должности в нацистской Германии, если им было что-либо известно о преступлениях, которые совершали другие члены организации. […]

Следует отметить, что в правовых нормах о положении беженцев предусматривается, что если власти государства разрешают акты преследования со стороны местного населения, то эти акты могут рассматриваться как акты государственной власти […]. Подобным же образом, если руководители военизированной или революционной негосударственной организации сознательно разрешают преступные действия некоторых членов организации, на этих руководителей может быть также возложена ответственность за такие действия. […]

Короче говоря, связь с лицом или организацией, несущими ответственность за международные преступления, может являться соучастием при наличии личного и сознательного участия или разрешения на совершение преступлений. Одной принадлежности к группе, ответственной за международные преступления, недостаточно, если эта организация не предназначена «для ограниченных целей, связанных с насилием» […]. Кроме того, чем ближе лицо в организации к должности руководителя или командира, тем легче сделать вывод, что оно знало о преступлениях и участвовало в запланированном совершении преступлений. […]

Как заметил один канадский ученый, Джозеф Рихов [*War Crimes, Crimes Against Humanity and Immigration Law* (1993), 19 Imm.L.R. (2d) 18, p. 30.],

> «[…] Это требование не означает, что преступление против человечности не может быть совершено против одного человека, но чтобы поднять бытовое преступление, такое как убийство или нападение, до уровня международного права, должен быть найден дополнительный элемент. Этот элемент заключается в том, что ставшее жертвой лицо принадлежит к группе, которая систематически и в крупных масштабах становится объектом одного из указанных преступлений […]».

Другое историческое требование к преступлению против человечности таково: оно должно быть совершено против граждан собственной страны. Эта особенность в прошлом помогала отличить преступление против человечности от военного преступления. […] Хотя у меня есть некоторые сомнения относительно целесообразности дальнейшего применения этого критерия ввиду изменяющихся условий международного конфликта, юристы по-прежнему выражают мнение, что он «все еще повсеместно признан в качестве основного критерия для того, чтобы преступление считалось достойным внимания международного права» […].

Представляется, что среди ученых и судей существуют разногласия относительно того, является или нет акт государственной власти или государственная политика необходимым элементом преступлений против человечности, с тем чтобы общеуголовное преступление превращалось в международное. Все дела, до сих пор рассматривавшиеся в Канаде в связи с преступлениями против человечности, касались представителей государства, поскольку все фигурировавшие в них лица являлись членами каких-либо военных организаций, связанных с правительством […]. Один из теоретиков, Бассиуни [*Crimes against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992.] утверждает, что необходимым международным элементом преступлений против человечности является акт государственной власти или государственная политика […]. Подобным же образом, во время суда на нацистскими судьями в Нюрнберге […] Закон № 10 Контрольного совета (положения которого, по су-

ществу, идентичны статье 6 Устава Международного военного трибунала) был четко истолкован так, что для существования преступлений против человечности должен наличествовать элемент действий правительства […].

Другие юристы и суды избрали иной подход […]. Следовательно, на основании мнения этих авторитетов уже нельзя более утверждать, что лица, никак не связанные с государством, особенно участники военизированных или вооруженных революционных движений, могут пользоваться иммунитетом от действия международного уголовного права. Напротив, теперь они подпадают под его действие. […]

Что касается требования соучастия на основании общей совместной цели, я уже пришел к заключению, что истец занимал несколько важных постов в ТОТИ (в том числе был начальником разведывательной службы ТОТИ), из чего можно сделать вывод, что он допускал убийства как необходимый, пусть и неприятный, аспект достижения цели ТОТИ, состоявшей в освобождении тамилов. Хотя истец обращался с жалобами относительно этих убийств и выражал протест, когда они происходили, он не покинул ТОТИ, несмотря на то, что несколько раз имел возможность это сделать. Не было представлено никаких доказательств того, что истцу угрожала какая-либо опасность, если бы он решил выйти из ТОТИ. Заключение членов суда об отсутствии серьезной возможности того, что истец подвергся бы преследованию со стороны ТОТИ, подкрепляет тот вывод, что истец мог бы выйти из ТОТИ, но не сделал этого. Я прихожу к такому решению: доказательства показывают, что истец не вышел из ТОТИ, когда вполне мог это сделать, и вместо этого оставался в организации на различных руководящих должностях, зная о том, что ТОТИ убивают гражданских лиц и членов других тамильских группировок.

Ни один суд на основании этих доказательств не пришел бы поэтому к выводу, что нет серьезных причин полагать, что истец являлся сознательным участником и, следовательно, соучастником в этих убийствах.

Наконец, являлись ли данные убийства преступлениями против человечности? То есть совершались ли они в рамках систематического нападения на определенную группу лиц и (с учетом указанных мною выше оговорок) были ли направлены против граждан Шри-Ланки? Конечно, нельзя не прийти к выводу, что гражданские лица, убитые ТОТИ, принадлежали к группам, которые подвергались систематическим нападениям ТОТИ в ходе борьбы ТОТИ за контроль над северной частью Шри-Ланки. Эти группы включали в себя как тамилов, не сочувствовавших ТОТИ, так и сингальское население. Также очевидно, что эти группы целиком состояли из граждан Шри-Ланки, если это все еще важно.

РЕШЕНИЕ

Я прихожу к решению, что, учитывая собственные показания истца о том, что он знал о совершенных ТОТИ преступлениях против человечности, в сочетании с высоким положением истца в ТОТИ и тем фактом, что он не покинул ТОТИ, когда имел прекрасную возможность это сделать, есть серьезные основания полагать, что истец являлся соучастником в преступлениях против человечности, совершенных ТОТИ. Доказательства — как показания истца, так и документальные доказательства — таковы, что никакой надлежащим образом проинформированный суд не мог бы прийти к иному выводу. Соответственно, я отклоняю апелляцию.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Истца обвиняют в совершении преступлений против человечности, военных преступлений или и тех, и других? Различие между двумя этими типами преступлений заключается в гражданстве жертв? (См. статью 3(1), общую, Конвенций; статьи 50/51/130/147 соответственно четырех Конвенций; статью 4(2) Протокола II и статьи 7 и 8 Статута МУС, **Прецедент № 15**.)

2. Чтобы совершить преступление против человечности, его исполнитель должен действовать от лица государства? А чтобы совершить серьезное нарушение международного гуманитарного права (МГП)? А военное преступление? (См. статьи 50/51/130/147 соответственно четырех Конвенций; статью 4(2) Протокола II и статьи 7 и 8 Статута МУС.)

3. Соблюдать какие «Женевские конвенции» должен был учить истец новобранцев ТОТИ?

4. Какие обязательства лежали на истце и г-не Прабахаране в отношении деяний г-на Аруны? Выполнили ли они эти обязательства? (См. статью 86(2) Протокола I и статью 28 Статута МУС.)

5. Когда ТОТИ казнили членов организации, обвинявшихся в измене, было ли это нарушением норм МГП, применяемого к немеждународным вооруженным конфликтам? Является ли это преступлением против человечности? Какие элементы необходимы, чтобы оно было таковым? (См. статью 3(1)(a), общую, Конвенций; статью 4(2) Протокола II и статью 7 Статута МУС.)

6. a. Почему истец является соучастником преступлений, совершенных ТОТИ? Достаточно ли того факта, что он знал об их совершении и

все равно оставался на руководящей должности в организации, для привлечения его к ответственности как соучастника? Даже если преступления были совершены не его подчиненными? (См. статью 86(2) Протокола I и статьи 25(3)(d) и 28 Статута МУС.)

b. Должен ли был бы суд выдвигать те же требования, если бы истец был офицером старшего командного состава вооруженных сил Шри-Ланки?

c. Является ли член вооруженной группы, который знает, что она совершает военные преступления, но не выходит из нее, даже имея возможность сделать это, соучастником ее преступлений?

d. В каком случае просто принадлежность к вооруженной группе ведет к уголовной ответственности за все действия, совершенные этой группой? (См. статью 25 Статута МУС.)

e. Согласно МГП и уголовному законодательству вашей страны, несет ли лицо, стоящее в карауле, пока другие совершают военные преступления, ответственность за эти преступления?

7. Должна ли была Канада преследовать истца в судебном порядке вместо того, чтобы отказывать ему в статусе беженца? Какие причины могли бы оправдать тот факт, что его не преследовали в судебном порядке, но тем не менее отказали в статусе беженца? (См. статьи 49/50/129/146 соответственно четырех Конвенций.)

8. a. Имеет ли Канада право отказать истцу в статусе беженца на том основании, что он, возможно, совершил военные преступления или преступления против человечности? Даже если в Шри-Ланке ему угрожает преследование?

b. Поскольку истец совершил военные преступления или преступления против человечности, могут ли его выслать назад в Шри-Ланку, даже если там ему угрожает преследование?

XXVII. Сомали

Прецедент № 167, ООН, Силы ООН в Сомали

ПРЕЦЕДЕНТ

A. Резолюция 794 (1992) Совета Безопасности

[**Источник**: Док. ООН S/RES/794 (3 декабря 1992 г.).
См. http://www.un.org/russian/documen/scresol.]

Совет Безопасности,

[…]

определяя, что масштабы вызванной конфликтом в Сомали человеческой трагедии, еще более усугубляемой препятствиями, которые создаются на пути распределения гуманитарной помощи, представляют собой угрозу для международного мира и безопасности,

будучи серьезно встревожен ухудшением гуманитарной ситуации в Сомали и подчеркивая настоятельную необходимость быстрой доставки гуманитарной помощи по всей стране, […]

откликаясь на обращенные к международному сообществу настоятельные призывы принять меры по обеспечению доставки гуманитарной помощи в Сомали,

выражая серьезную тревогу в связи с продолжающими поступать сообщениями о широко распространенных нарушениях международного гуманитарного права, имеющих место в Сомали, в том числе сообщениями о насилии и угрозах его применения в отношении персонала, правомерно участвующего в беспристрастной деятельности по оказанию гуманитарной помощи; о преднамеренных нападениях на некомбатантов, грузы, транспортные средства, медицинские объекты и объекты по оказанию помощи; и о попытках помешать доставке продовольствия и медицинских товаров, необходимых для обеспечения выживания гражданского населения,

будучи серьезно встревожен сохранением условий, затрудняющих доставку гуманитарной помощи в пункты назначения внутри Сомали, и,

в частности, сообщениями о разграблении предметов гуманитарной помощи, предназначенных для голодающего населения, о нападениях на летательные аппараты и суда, осуществляющие доставку гуманитарной помощи, и о нападениях на пакистанский контингент Операции Организации Объединенных Наций в Сомали в Могадишо, [...]

разделяя мнение Генерального секретаря о том, что положение в Сомали является нетерпимым, что возникла необходимость пересмотреть основные предпосылки и принципы деятельности Организации Объединенных Наций в Сомали и что нынешний курс действий Операции в сложившихся обстоятельствах, вероятно, не является адекватным ответом на трагедию в Сомали,

будучи преисполнен решимости создать в кратчайшие возможные сроки необходимые условия для доставки гуманитарной помощи повсюду в Сомали [...],

[...]

будучи преисполнен решимости также восстановить мир, стабильность и правопорядок в целях содействия процессу политического урегулирования под эгидой Организации Объединенных Наций, направленного на национальное примирение в Сомали, и призывая Генерального секретаря и его специального представителя для Сомали продолжать и активизировать свои усилия на национальном и региональном уровнях для содействия достижению этих целей, [...]

1. *вновь подтверждает* свое требование, чтобы все стороны, движения и группировки в Сомали немедленно прекратили военные действия, соблюдали прекращение огня по всей стране и сотрудничали со специальным представителем Генерального секретаря для Сомали, а также с вооруженными силами, которые будут созданы в соответствии с полномочиями, данными в пункте 10 ниже, чтобы содействовать процессу распределения предметов помощи, примирения и политического урегулирования в Сомали;

2. *требует*, чтобы все стороны, движения и группировки в Сомали приняли все меры, необходимые для содействия усилиям Организации Объединенных Наций, ее специализированных учреждений и гуманитарных организаций по оказанию срочной гуманитарной помощи пострадавшему населению в Сомали;

3. *требует также*, чтобы все стороны, движения и группировки в Сомали приняли все меры, необходимые для обеспечения безопасности персонала Организации Объединенных Наций и всего другого персонала, занимающегося доставкой гуманитарной помощи, включая вооружен-

ные силы, которые будут созданы в соответствии с полномочиями, данными в пункте 10 ниже;

4. *требует далее*, чтобы все стороны, движения и группировки в Сомали немедленно прекратили все нарушения международного гуманитарного права, в том числе действия, подобные тем, о которых говорится выше, и воздерживались от них;

5. *решительно осуждает* все нарушения международного гуманитарного права, имеющие место в Сомали, включая, в частности, преднамеренные попытки помешать доставке продовольствия и медикаментов, необходимых для обеспечения выживания гражданского населения, и подтверждает, что те, кто совершает или приказывает совершать такие действия, будут нести личную ответственность за такие действия;

6. *постановляет*, что операции и последующее развертывание персонала Операции Организации Объединенных Наций в Сомали численностью 3500 человек, разрешенное в пункте 3 резолюции 775 (1992), должны осуществляться по усмотрению Генерального секретаря в свете его оценки условий на месте, и просит его регулярно информировать Совет и делать такие рекомендации, которые могут быть уместными для осуществления мандата Операции, где это позволяют условия;

7. *одобряет* рекомендацию Генерального секретаря, содержащуюся в его письме от 29 ноября 1992 г. на имя Председателя Совета Безопасности, о том, что следует принять меры на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций в целях создания в кратчайшие возможные сроки безопасных условий для операций по оказанию гуманитарной помощи в Сомали;

8. *приветствует* предложение одного из государств-членов, изложенное в упомянутом письме Генерального секретаря, об учреждении операции в целях создания таких безопасных условий;

[...]

10. *уполномочивает* Генерального секретаря и государства-члены, сотрудничающие в реализации предложения, упомянутого в пункте 8 выше, действуя на основании главы VII Устава, использовать все необходимые средства, чтобы в возможно кратчайшие сроки создать безопасные условия для операций по оказанию гуманитарной помощи в Сомали;

B. Резолюция 814 (1993) Совета Безопасности

[**Источник**: Док. ООН S/RES/814 (26 марта 1993 г.).
См. http://www.un.org/russian/documen/scresol.]

Совет Безопасности,

[…]

высоко оценивая усилия государств-членов, действующих во исполнение резолюции 794 (1992) в целях создания безопасных условий для операций по оказанию чрезвычайной гуманитарной помощи в Сомали,

признавая необходимость быстрого, плавного и поэтапного перехода от операций Объединенной оперативной группы к расширенной Операции Организации Объединенных Наций в Сомали,

выражая сожаление в связи с продолжающимися случаями насилия в Сомали и той угрозой, которую они представляют для процесса примирения, […]

принимая к сведению с глубоким сожалением и беспокойством продолжающиеся сообщения о широкомасштабных нарушениях международного гуманитарного права и отсутствии в целом правопорядка в Сомали, […]

признавая основополагающее значение всеобъемлющей и действенной программы разоружения сторон в Сомали, включая движения и группировки, […]

определяя, что ситуация в Сомали продолжает угрожать миру и безопасности в регионе, […]

действуя в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций,

5. *постановляет* увеличить численность сил Операции Организации Объединенных Наций в Сомали и расширить ее мандат […];

[…]

7. *подчеркивает* решающее значение разоружения и настоятельную необходимость продолжения усилий Объединенной оперативной группы в Сомали […];

[…]

9. *требует также*, чтобы все стороны в Сомали, включая движения и группировки, приняли все меры для обеспечения безопасности персонала Организации Объединенных Наций и ее учреждений, а также персонала Международного Комитета Красного Креста, межправительственных организаций и неправительственных организаций, участвующих в оказании гуманитарной и другой помощи народу Сомали в восстановлении его политических институтов и экономики и содействии политическому урегулированию и национальному примирению;

[...]

12. *просит также* Генерального секретаря обеспечить соответствующие безопасные условия для содействия репатриации беженцев и расселению перемещенных лиц с использованием сил Операции, уделяя особое внимание тем районам, серьезная нестабильность которых по-прежнему угрожает миру и безопасности в регионе;

13. *вновь повторяет свое требование* о том, чтобы все стороны в Сомали, включая движения и группировки, немедленно прекратили все нарушения международного гуманитарного права и воздерживались от них, и подтверждает, что те, кто ответственны за такие действия, будут привлекаться к ответственности в индивидуальном порядке;

14. *просит далее* Генерального секретаря через своего специального представителя возложить на Командующего силами Операции задачу по незамедлительному укреплению, расширению и поддержанию безопасных условий на всей территории Сомали, принимая во внимание конкретную ситуацию в каждом районе, в соответствии с рекомендациями, содержащимися в его докладе от 3 марта 1993 г., и в этой связи организовать быстрый, плавный и поэтапный переход от Объединенной оперативной группы к расширенной Операции; [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Содержащиеся в резолюциях требования относительно защиты тех, кто оказывает гуманитарную помощь, согласуются с соответствующими нормами МГП? МГП предусматривает право на гуманитарную помощь? Если да, для кого? Только для гражданских лиц? И во время немеждународных вооруженных конфликтов тоже? (См. статьи 23, 59 и 142 Конвенции IV, статьи 69, 70 и 81 Протокола I и статью 18 Протокола II.)

b. Недавняя практика ООН, в рамках ее мандата по поддержанию мира, заключающаяся в направлении войск для того, чтобы обеспечить эффективное оказание гуманитарной помощи, подтверждает право на гуманитарную помощь? (См. резолюции Совета Безопасности 794, п. 10, и 814, п. 14.)

c. Нападения на тех, кто оказывает помощь, нарушают МГП? Являются ли они серьезными нарушениями МГП? Даже нападения на вооруженные силы ООН, оказывающие помощь? (См. статьи 3, 4, 23, 27, 59, 142 и 147 Конвенции IV, статьи 50, 51(2), 69, 70, 81 и 85 Протокола I и статьи 4(2)(a), 13(2) и 18 Протокола II.)

2. a. Если войска ООН уполномочены создавать и поддерживать в Сомали безопасные условия для оказания гуманитарной помощи путем применения силы, становится ли ООН стороной в конфликте и делает ли поэтому немеждународный вооруженный конфликт международным? Или войска ООН могут считаться для целей применения МГП вооруженными силами государств, предоставляющих контингент (являющихся участниками Конвенций), а любые военные действия могут считаться вооруженным конфликтом между этими государствами и стороной, ответственной за противостоящие им силы? Становится ли тогда Сомали оккупированной территорией, к которой применяется Конвенция IV? Какие положения Конвенции IV, применяемые к оккупированным территориям, могут быть применены к такому присутствию ООН и при этом противоречат основным целям такого присутствия ООН?

b. Хотя Совет Безопасности уполномочивает силы ООН «использовать все необходимые средства» (резолюция 794, п. 10), разве эти средства не ограничены МГП? Если да, МГП международных или немеждународных вооруженных конфликтов? ООН является участником Конвенций и Протоколов? Возможно ли, чтобы ООН была стороной в международном вооруженном конфликте в значении статьи 2, общей, Конвенций? Что вы думаете о том доводе, что МГП формально не может применяться к этой или любой другой операции ООН, потому что они являются не вооруженными конфликтами между равными сторонами, а правоприменительными акциями со стороны международного сообщества, санкционированными Советом Безопасности, представляющим международную законность, и их цель состоит не в ведении войны, а в укреплении мира?

c. Можете ли вы придумать причину того, что ООН и государства — члены ООН не желают признать применимость МГП де-юре к опе-

рациям ООН и определить, какие именно принципы и дух МГП они признают применимыми к операциям ООН?

d. Нападения на пакистанский контингент Операции ООН в Сомали нарушают МГП? Являются ли они серьезными нарушениями МГП? Личный состав этого контингента — гражданские лица или комбатанты? Являются ли они лицами, которые «непосредственно не принимают участия в военных действиях»? Даже если они создают безопасные условия для доставки в Сомали гуманитарной помощи?

3. Эти резолюции обеспечивают правовой санкцией jus ad bellum, или jus in bello, или и то, и другое право? Не вредит ли такое смешение соблюдению МГП?

Прецедент № 168, Бельгия, Бельгийские солдаты в Сомали

ПРЕЦЕДЕНТ

A. «Корад Калид против парашютиста-десантника»

[**Источник**: Available under No. 7 A. R. 1995 at the Auditorat Général près la Cour Militaire, Brussels; неопубликовано, оригинал на голландском языке, неофициальный перевод.]

ВОЕННЫЙ СУД

Постоянная нидерландско-язычная палата,
заседающая в Брюсселе, вынесла следующее решение

В ДЕЛЕ:
ПРОКУРАТУРА и
104 Корад Калид Омар, житель Кисмайо, Сомали, [...]
против
105 В[...] **Дж**[...] **Ф**[...] **Дж**[...], [...]**, 3-й парашютный батальон**
в Тилене,
обвиняемого в том, что

21 августа 1993 г., будучи солдатом боевой службы в Кисмайо, Сомали, он намеренно ранил или поразил Аяну Ахмед Фарах; [...]

* * * *

Было сделано уведомление об обжаловании [...] решения, вынесенного по рассмотрении дела Военным трибуналом в Брюсселе, [...]

заявляет, что Военный трибунал, приняв во внимание, среди прочего: [...]

что действия обвиняемого следует рассматривать в контексте правил применения силы, которыми руководствовались бельгийские войска в Сомали;

что, будучи солдатом, обвиняемый входил в бельгийский контингент, направленный для защиты гуманитарной операции; что использование вооруженных сил предполагало, что есть риск применения силы против этой гуманитарной операции и что международное сообщество считало, что можно применить законную силу для сдерживания или подавления незаконного применения силы;

что, несмотря на мирные намерения бельгийских и прочих войск, в Сомали и в других местах им приходилось иметь дело с враждебными вооруженными элементами;

что при таких обстоятельствах бельгийские офицеры были вынуждены принимать меры безопасности для выполнения своего задания и для обеспечения собственной безопасности и безопасности своих людей;

что рассматриваемые события произошли на контрольно-пропускном пункте «Бич», где база находится под защитой стены; что перед стеной были установлены предупреждающие знаки, а перед ними — ограждение из колючей проволоки;

что в ночь с 20 на 21 августа 1993 г., между двумя и тремя часами ночи, обвиняемый стоял в карауле на посту 3, получив приказ предотвращать проникновение любых лиц в охраняемую зону, то есть через ограждение из колючей проволоки;

что внезапно он заметил тень, в которой опознал ребенка; что он выполнил данный ему приказ; что впоследствии было установлено, что Либранд, находившийся на посту 4 и имевший бинокль ночного видения, отреагировал совершенно так же, то есть сделал предупредительный выстрел, а затем выстрел по ногам;

что обвиняемый и Либранд при одних и тех же обстоятельствах одинаково истолковали и исполнили полученные ими приказы и следовали одним и тем же правилам применения силы; что, таким образом, можно утверждать, что реакция обоих солдат и оценка ими ситуации были верными;

что нарушителем действительно был ребенок; что, как это ни прискорбно, в определенных культурах и при определенных обстоятельствах, невзирая на Международную конвенцию о правах ребенка, детей противоправно используют в ситуациях войны или применения силы;

что в момент рассматриваемых событий обвиняемый выполнял сложные и опасные обязанности; что ему пришлось принимать решение за долю секунды; что его безопасность и безопасность его подразделения могла зависеть от этого решения; что было бы несправедливо о его действиях той ночью судить в спокойной обстановке, далеко отстоящей во времени и пространстве от ситуации, в которой они были совершены; что тот факт, что его товарищ Либранд действовал точно так же, должен быть более убедительным, чем теоретические выкладки;

что скорее следует подчеркнуть, что, стреляя по ногам, он ограничил необходимый вред в такой степени, что военный трибунал с удовлетворением отметил, что д-р Пирсон смог заключить, что «она отделалась шрамом на ягодицах»; […]

III. В ОТНОШЕНИИ САМОГО ДЕЛА

1. Вступление

Поскольку обстоятельства дела связаны с обязанностями, которые обвиняемый исполнял 21 августа 1993 г. в рамках гуманитарной Операции ООН в Сомали;

поскольку при исполнении этих обязанностей обвиняемый счел в определенный момент, в ночном карауле, своим долгом прицельно выстрелить из винтовки по ногам (на тот момент 12-летнего) ребенка — истца в гражданском деле; поскольку при этом он ранил потерпевшую […].

2. В отношении доводов защиты

[…]

Поскольку, согласно положениям статьи 70 уголовного кодекса, правонарушение не было совершено, если деяние предписано законом и совершено по приказу компетентного органа власти;

поскольку в статье 417 уголовного кодекса закон, в качестве общего правила, презюмирует немедленную необходимость в самообороне, когда речь идет о том, чтобы ночью помешать кому-либо перелезать или ломать ограждения, стены или проходы в жилой дом, или квартиру, или их пристройки;

3. В отношении требований, предъявляемых к ссылке на приказ начальника в качестве основания для освобождения от ответственности

Поскольку, в соответствии с внутригосударственным законодательством и международным правом, необходимо проверять законность каждого отданного приказа;

поскольку, другими словами, чтобы существовала возможность сослаться на приказ начальника в качестве оправдания:

a) приказ, на который ссылаются, должен быть отдан заранее, и его выполнение должно соответствовать цели данного приказа;

b) приказ, на который ссылаются, должен быть отдан законным начальником, действующим в рамках своих полномочий;

c) отданный приказ должен быть законным, то есть не должен противоречить закону и уставу;

поскольку в связи с этим последним пунктом обычно можно предположить, что солдат низшего чина может основывать свои действия на предположении, что приказ был законным;

поскольку должно быть проведено тщательное расследование, чтобы установить, не превышала ли сила, применить которую приказал старший офицер, абсолютно необходимого минимума, который требовался для осуществления намеченного действия;

поскольку действия, в которых обвиняется подсудимый, будут более подробно рассмотрены ниже в свете вышеуказанного;

4. В отношении приказа, отданного обвиняемому 21 августа 1993 г.

Поскольку, по словам защиты, приказ, полученный обвиняемым, когда он стоял в ночном карауле в момент рассматриваемых событий, заключался в том, чтобы «защищать и помешать кому-либо проникнуть» в расположение различных бельгийских военных подразделений [...];

5. В отношении правил применения силы и их правового характера

Поскольку этот приказ, на который обвиняемый ссылается в контексте статьи 70 уголовного кодекса, следует также рассматривать в сочетании с другими, более общими и отданными раньше, постоянными распоряжениями, которые он получил в форме правил применения силы;

поскольку данные правила применения силы следует считать общими предписаниями, изданными органом власти, компетентным в данном деле (в данном случае ООН как международно-политическим органом);

поскольку данные правила применения силы предназначены для того, чтобы дать вооруженным силам, находящимся под непосредственным или опосредованным командованием указанного выше компетентного (политического или военного) органа, как можно более подробные инструкции относительно обстоятельств, при которых они могут применять любые формы силы при исполнении своих обязанностей во время существующего или, возможно, предстоящего вооруженного конфликта;

поскольку данные правила применения силы изначально имели форму мандата по международному административному праву;

поскольку они обладают таким характером в отношении как государств-членов, призванных международными органами принять участие в определенных операциях, так и командиров, которых государство-член непосредственно предоставляет соответствующей международной организации;

поскольку государства-члены, с одной стороны, также «*переводят*» правила применения силы *в форму приказа*, касающегося применения вооруженной силы, для *развертываемых ими войск*;

поскольку, чтобы этот (устный или письменный) приказ бельгийским военнослужащим претворялся в обязанность подчиняться и, таким образом, мог дать основание для судебного преследования за неповиновение по условиям статей 28 и последующих военно-уголовного кодекса, он должен, с одной стороны, быть отдан лицом той же национальной принадлежности, являющимся начальником в иерархической структуре или в конкретной боевой ситуации, в значении указанной статьи 28 военно-уголовного кодекса; и поскольку он может, с другой стороны, быть не выполнен, если его исполнение явно связано с совершением преступления или правонарушения (см. статью 11, п. 2, подп. 2, Кодекса воинской дисциплины [Закон от 14 января 1975 г., на французском языке см. http://www.just.fgov.be]);

поскольку при собственно разработке правил применения силы должны быть и были учтены другие соответствующие юридические положения, а, как правило, только законодатель может отменить юридическое положение или приостановить его действие;

поскольку, вне зависимости от того, какую форму они принимают, правила применения силы не должны считаться приказами, сходными с законодательством;

поскольку Суд может также согласиться с теоретическими выкладками, представленными прокуратурой в ее заявлении относительно правил применения силы; поскольку, говоря более конкретно, прокуратура справедливо указывает на то, что реальное содержание обсуждаемых здесь правил применения силы складывается под воздействием довольно случайных факторов, правовых стандартов и фактических обстоятельств, включая:

— то, какой именно политический орган задействован;

— характер проходящей операции;

— международное право, включая право вооруженных конфликтов и соответствующие договоры;

— законодательство государства, где происходит операция;

— внутренние юридические положения государств-членов, предоставляющие их вооруженные силы в распоряжение соответствующей международной организации;

— и, естественно, не в последнюю очередь, оперативные требования и национальные или международные цели операции;

поскольку, хотя все эти факторы, несомненно, должны быть и были учтены при разработке и определении правил применения силы государством-членом, судья, рассматривающий уголовные дела, при оценке оснований для оправдания, указанных, для целей находящегося перед ним дела, в статье 70 уголовного кодекса, должен в первую очередь сверить действия обвиняемого солдата, следовавшего правилам применения силы, с приказом, который на самом деле был отдан представляющим соответствующее государство начальником в иерархической структуре солдату того же государства;

поскольку для обвиняемого солдата правила применения силы приняли, таким образом, форму приказа, как де-юре, так и де-факто;

6. В отношении правил применения силы, как они были выполнены обвиняемым 21 августа 1993 г. [...]

Поскольку, пусть в материалах обвинения и отсутствует информация об имени и звании начальника-бельгийца, который установил правила применения силы в качестве приказа и линии поведения для обвиняемого, нет ни малейших сомнений, что эти правила применения силы обвиняемый получил от начальника-бельгийца; [...]

поскольку, по сути, на момент рассматриваемых событий приходилось обращать внимание прежде всего на следующие важные факторы:

1) обвиняемому отдали приказ об оборонительных действиях;

2) для выполнения этого приказа об *оборонительных* действиях обвиняемый был уполномочен применять смертоносное насилие в ответ на враждебные действия или явные признаки неизбежных военных действий;

3) в случае нападения или угрозы со стороны *невооруженных* лиц обвиняемый имел право применять разумно необходимую минимальную силу для отражения нападения или угрозы после устного предупреждения, демонстрации силы и предупредительных выстрелов;

4) обвиняемый имел право рассматривать *вооруженных* лиц как угрозу;

5) применялась только минимальная сила.

7. В отношении того, каким образом обвиняемый выполнил приказ, отданный ему 21 августа 1993 г. […]

Поскольку при данных обстоятельствах обвиняемый действовал с необходимой осторожностью и в соответствии с законом;

поскольку, увидев, как ребенок прополз под проволокой и оказался, таким образом, в непосредственной близости от блиндажа, он сначала сделал необходимое устное предупреждение на сомали и на английском языке;

поскольку затем он сделал два предупредительных выстрела в землю примерно в 50 см от ребенка, который по-прежнему не реагировал;

поскольку наконец он решил сделать прицельный выстрел;

поскольку он направил этот прицельный выстрел не в жизненно важные органы, а именно — в ноги;

поскольку обнаруженное проникновение закончилось лишь после этого прицельного выстрела;

поскольку порядок действий, которому следовал обвиняемый, являлся единственным возможным для выполнения его долга;

поскольку обвиняемый должен был считать угрозу реальной и использовал минимальную силу для устранения этой угрозы, сделав необходимые предупреждения;

поскольку обвиняемый был физически не в состоянии поймать нарушителя (ввиду особого расположения блиндажа, куда имелся доступ только сзади, через проем в стене казармы);

поскольку было невозможно прибегнуть к другим резервным средствам, например, к заградительному отряду;

поскольку ввиду возможного надвигающегося нападения необходимо было действовать быстро, и действия эти соответствовали ситуации;

поскольку, учитывая все факты, при данных обстоятельствах нельзя было предпринять каких-либо иных действий для предотвращения дальнейшего проникновения;

поскольку отданный заранее приказ и его выполнение соответствовали целям, с которыми был отдан приказ;

поскольку приказ был законным и был отдан законным начальником, действовавшим в рамках своих полномочий;

поскольку примененная сила, несомненно, была соразмерна характеру и степени угрозы;

поскольку, кроме того, можно отметить, что другой часовой действовал почти так же, как обвиняемый;

поскольку в связи с этим и в заключение можно также отметить, что, вопреки утверждениям защиты, можно разумно согласиться с тем, что потерпевшая была поражена выстрелом обвиняемого, а не указанного выше другого часового; поскольку здесь надо в первую очередь обратить внимание на близкое расстояние, с которого был сделан этот выстрел; […]

НА ЭТИХ ОСНОВАНИЯХ
СУД

[…]

Объявляет подсудимого невиновным в связи с выдвинутыми против него обвинениями; […]

B. Осман Сомов против парашютиста-десантника

[**Источник**: Available at the Auditorat Général près la Cour Militaire, Brussels; неопубликовано, оригинал на голландском языке, неофициальный перевод.]

PRO JUSTITIA
Решение № 51
Протоколы заседаний № 102 и 103

ВОЕННЫЙ СУД
Постоянная нидерландско-язычная палата,
заседающая в Брюсселе,
вынесла следующее решение

В ДЕЛЕ:
ПРОКУРАТУРА и
102 Осман Сомов Мохамед, житель деревни Джилиб-Гомбей, Сомали, […]
против
103 Д[…] **А**[…] **Марии Пьера** […]**, R/69016, Парашютно-десантный дивизион в Браасаате,**
обвиняемого в том, что

14 апреля [sic] 1993 г., будучи солдатом боевой службы в Кисмайо, Сомали, он непредумышленно вызвал смерть Хассана Османа Сомона из-за небрежности или неосторожности, но без намерения совершить нападение на другое лицо; […]

* * * *

Было сделано уведомление об обжаловании […] решения, вынесенного по рассмотрении дела Военным трибуналом в Брюсселе, […]

заявляет, что Военный трибунал, приняв во внимание, среди прочего: […]

что Бельгия наряду со многими другими странами направляет солдат для защиты гуманитарных операций; что направление войск оправдано лишь в той степени, в какой гуманитарные операции подвергаются угрозе насилия, и международное сообщество считает, что имеет право сдерживать или подавлять такое насилие путем использования другой, законной силы;

что события последних нескольких лет показывают, что подобные операции опасны не только для населения, помочь которому они призваны,

но и для тех, кому поручена незавидная задача применять силу с санкции международного сообщества;

что первый вопрос, который надо задать: оправдано ли было использование оружия, приведшее к смерти Хассана Османа Сомона, и была ли при использовании оружия совершена ошибка, которую не совершил бы осмотрительный, хорошо подготовленный солдат постоянной службы; […]

что 14 июля 1993 г., между 7 и 9 часами утра, обвиняемый был назначен на наблюдательный пост на пляже Кисмайо, получив приказ охранять сектор обстрела между ограждениями из колючей проволоки слева от него и воображаемой линией справа, в котором находились, по крайней мере, два потерпевших крушение корабля; полученные им распоряжение состояли в том, что никто не должен был входить в этот сектор и никто не должен был иметь возможность «расположиться» среди обломков кораблей;

что расследование установило, что справа от более крупного корабля находился человек; что обвиняемый после всех необходимых предупреждений сделал предупредительный выстрел, целясь в левый борт корпуса корабля, чтобы не попасть в человека, находившегося по правому борту; что пуля (вероятно, но не точно) срикошетила и попала в потерпевшего, который также находился в запрещенной зоне;

что в ходе всего расследования не было установлено, что обвиняемый официально вышел за рамки правил применения силы, и что его вина или даже неосторожность не была убедительно доказана с точки зрения права; […]

III. В ОТНОШЕНИИ САМОГО ДЕЛА

1. Вступление

Поскольку обстоятельства дела связаны с обязанностями, которые обвиняемый исполнял 14 июля 1993 г. […] в рамках гуманитарной Операции ООН в Сомали; […]

поскольку при исполнении этих обязанностей обвиняемый непредумышленно убил потерпевшего;

2. В отношении доводов защиты

Поскольку защита, ходатайствуя об оправдании, утверждает, что обвиняемому нельзя приписать ни малейшей вины; […]

поскольку, согласно положениям статьи 70 уголовного кодекса, правонарушение не было совершено, если деяние предписано законом и совершено по приказу компетентного органа власти;

поскольку статья 260 уголовного кодекса предусматривает основания для оправдания должностного лица, которое выполнило незаконный приказ, отданный ему начальником, по вопросу, входящему в сферу полномочий последнего; [...]

поскольку объективное основание для применения права и приемлемости законного приказа, отданного компетентным органом власти, не может оправдать субъективного недостатка осторожности;

поскольку подсудимый, выполнивший законный приказ, не проявив должной осмотрительности, не может ссылаться на положения статьи 70; поскольку это также относится к лицам, принадлежащим к силам правопорядка;

поскольку принадлежащее к таким силам лицо, которое неверно выполнило приказ своего начальника, не может ссылаться и на статью 260 уголовного кодекса; [...]

3. В отношении приказа, отданного обвиняемому 14 июля 1993 г.

Поскольку обвиняемый в своем заявлении, сделанном в день рассматриваемых событий, утверждает, что полученные им распоряжения заключались в том, чтобы удалить из определенной зоны пляжа в Кисмайо, Сомали, любое обнаруженное там лицо с использованием всех возможных средств устрашения;

поскольку никакая иная информация в материалах дела не противоречит этому заявлению;

поскольку в заключении отчета без указания даты [...] заместитель прокурора Франскин подчеркивает военную важность этого приказа, а именно, что лежавшие в запрещенной зоне обломки кораблей мог использовать снайпер;

поскольку для того, чтобы обвиняемый подчинился описанному выше приказу, последний необходимо рассматривать в сочетании с полученными им другими, более общими распоряжениями, будь они в форме устава, или правил применения силы, или кодекса поведения;

поскольку для того, чтобы решение суда базировалось на обязательном характере правил применения силы, недостаточно просто-напросто за-

ранее предположить, что эти правила имеют обязательную силу; поскольку сначала необходимо точно определить их правовую природу; поскольку для обвиняемого обсуждаемые правила применения силы также приняли форму приказа как де-юре, так и де-факто;

поскольку в связи с указанными правилами применения силы необходимо учесть распоряжения, на самом деле отданные обвиняемому;

поскольку, по мнению прокуратуры, правила применения силы [...] применялись к Операции ООН в Сомали с 4 мая 1993 г.;

поскольку защита не оспаривает этот факт;

поскольку, следовательно, отданный обвиняемому приказ в момент рассматриваемых событий позволял ему считать использование оружия последним средством, чтобы добиться подчинения невооруженного лица, представлявшего собой угрозу для выполнения его задания в контролируемой зоне; поскольку, делая любой выстрел, он должен был соблюдать значительную осторожность, чтобы избежать сопутствующего ущерба;

поскольку даже право вооруженных конфликтов содержит обязательства, касающиеся мер предосторожности, которые должны приниматься при нападениях для защиты населения (статья 57 Дополнительного протокола I от 8 мая [sic] 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г.);

4. В отношении того, каким образом обвиняемый выполнил приказ, отданный ему 14 июля 1993 г.

Поскольку Суд, изучив документы в материалах дела и заслушав дело в суде, приходит к заключению, что обвиняемый правильно выполнил отданный ему приказ, поскольку при данных обстоятельствах он действовал с осторожностью, которая требуется от осмотрительного, хорошо подготовленного солдата постоянной службы и в соответствии с законом;

поскольку прокуратура справедливо не оспаривает тот факт, что «обвиняемый при данных обстоятельствах был уполномочен сделать предупредительный выстрел»;

поскольку «сила», заключенная в таком предупредительном выстреле, была соразмерна степени установленной угрозы, и можно напомнить, что в намерения обвиняемого не входило нанесение ущерба чьей-либо телесной неприкосновенности;

поскольку следует помнить, что предупредительный выстрел был необходим, чтобы устрашить лицо (так и не опознанное), которое проникло в запрещенную зону, а также, что это лицо находилось, если смотреть с места обвиняемого, справа от обломков судна;

поскольку прокуратура и истец в гражданском деле обвиняют подсудимого в том, что он выбрал в качестве цели изогнутый металлический нос судна, а не, скажем, плоскую поверхность рубки;

поскольку из изложения событий можно также заключить, что:

— обвиняемый действительно целился в правую часть изогнутого металлического носа судна;

— потерпевший получил смертельное ранение в результате рикошета после сделанного обвиняемым предупредительного выстрела и что следует отметить, что потерпевший проник в зону, находившуюся под наблюдением обвиняемого, выйдя из-за обломков;

— до того момента обвиняемый вообще не замечал присутствия потерпевшего и, кроме того, учитывая его местонахождение, он был не в состоянии заметить его раньше, особенно поскольку он следил за положением дел в зоне с помощью бинокля;

поскольку юридический вопрос, требующий ответа, состоит в том, проявил ли обвиняемый небрежность или неосторожность, делая свой предупредительный выстрел;

поскольку на этот вопрос следует дать отрицательный ответ, потому что, учитывая изгиб стального носа разбитого корабля, пуля могла срикошетить лишь в сторону зоны, доступ в которую был запрещен для всех;

поскольку можно предположить, что обвиняемый выбрал эту точку в качестве цели именно для того, чтобы срикошетившая пуля не ранила или не убила то лицо, в отношении которого он должен был принять меры устрашения;

поскольку из отчета о расследовании, проведенном на месте заместителем прокурора Франскином, совершенно очевидно, что потерпевший получил смертельное ранение всего лишь в пяти метрах от левого борта разбитого корабля;

поскольку это относительно малое расстояние подтверждает утверждение обвиняемого, что он не видел потерпевшего и не мог поэтому принять во внимание его присутствие;

поскольку несчастный случай можно полностью отнести за счет неудачного стечения обстоятельств, которое обвиняемый не мог предусмотреть; [...]

НА ЭТИХ ОСНОВАНИЯХ
СУД

[...]

Объявляет подсудимого невиновным в связи с выдвинутыми против него обвинениями, принимая во внимание изменение даты событий и личности потерпевшего; [...]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. Зависит ли применение МГП от того, в чьем подчинении находятся обвиняемые из состава бельгийского контингента Операции ООН в Сомали, — в подчинении Бельгии или в подчинении ООН?

   b. Применяется ли МГП при таких обстоятельствах к этим силам ООН? Что вы думаете о том доводе, что МГП не может формально применяться к операциям ООН, поскольку они являются не вооруженными конфликтами между равными сторонами, а правоприменительными акциями со стороны международного сообщества, санкционированными Советом Безопасности, представляющим международную законность, и их цель состоит не в ведении войны, а в укреплении мира?

   c. Могут ли обвиняемые считаться — для целей применения МГП — принадлежащими к личному составу вооруженных сил Бельгии (которая является участником Конвенций), и могут ли какие-либо военные действия считаться вооруженным конфликтом между Бельгией и Сомали?

2. a. Если считать доказанным, что МГП применяется к обвиняемым, хотя они выполняли задание ООН, применяется ли МГП к ситуации в Сомали? Происходит ли там вооруженный конфликт? Это международный вооруженный конфликт или немеждународный вооруженный конфликт? Могло бы здесь применяться МГП международных вооруженных конфликтов, несмотря на отсутствие военных действий между силами ООН и регулярными вооруженными силами Сомали? Если бы происходили только такие события, какие описаны в этих двух

прецедентах, могла бы ситуация квалифицироваться как вооруженный конфликт? (См. статью 2 Конвенции IV.)

b. Если бы применялось МГП международных вооруженных конфликтов, о действиях обоих обвиняемых судили бы в соответствии с правом ведения военных действий? (См. статью 51(2) Протокола I.) Или в соответствии с положениями об обращении с покровительствуемыми гражданскими лицами? (См. статьи 27 и 32 Конвенции IV.) Были ли нарушены эти положения?

c. Нарушали ли действия подсудимых МГП — вне зависимости от того, подпадали бельгийские операции в Сомали под действие законов международных или немеждународных вооруженных конфликтов? (См. статью 3, общую, Конвенций.)

d. Если МГП не применяется, запрещает ли международное право выстрел, сделанный обвиняемым в ребенка в Прецеденте А? Если МГП применяется, предоставляет ли оно особую защиту детям? Нормы о такой особой защите имеют отношение к данному делу? (См. статью 50 Конвенции IV, статью 77 Протокола I и статью 4(3) Протокола II.)

3. a. Если МГП применяется, стрельба в обоих случаях регулировалась ли МГП, международным правом прав человека или и тем, и другим правом? Какая из этих отраслей права содержит достаточно подробные нормы, чтобы позволить судить о действиях обвиняемых?

b. Применяется ли международное право прав человека во время вооруженного конфликта? Даже по отношению к враждебным действиям, совершенным комбатантами? Если эти действия необязательно нарушают право на жизнь?

c. Соответствовали ли действия обвиняемых статье 57 Протокола I? В частности, в Прецеденте «В» правильно ли Суд сделал вывод, что обвиняемый проявил надлежащую осмотрительность и осторожность? Если предположить, что применяется МГП международных вооруженных конфликтов, применима ли вообще статья 57 к такому использованию силы, как в случае обвиняемых?

d. Соответствовали ли действия обвиняемых стандартам ООН для должностных лиц правоохранительных органов, например, Основным принципам применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка, принятым Конгрессом

ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями в 1990 г.?

[Статья 9 этих Принципов гласит: «Должностные лица по поддержанию правопорядка не применяют огнестрельного оружия против людей, за исключением случаев самообороны или защиты других лиц от неминуемой угрозы смерти или серьезного ранения или с целью предотвращения совершения особо серьезного преступления, влекущего за собой большую угрозу для жизни, с целью ареста лица, представляющего такую опасность, сопротивляющегося их власти, или с целью предотвращения его побега и лишь в тех случаях, когда менее решительные меры недостаточны для достижения этих целей. В любом случае преднамеренное применение силы со смертельным исходом может иметь место лишь тогда, когда оно абсолютно неизбежно для защиты жизни».]

Применимы ли эти принципы к действиям обвиняемых даже в международном вооруженном конфликте? В каждом ли из этих прецедентов угроза представляла собой описанную в статье 9 ситуацию, оправдывая подобные действия обвиняемых? Фактор номер 3 в разделе III.6 Прецедента «A» согласуется со статьей 9 Основных принципов? Приказ, отданный обвиняемому в Прецеденте «B», согласуется со статьей 9?

4. a. В каком случае приказ начальника является основанием для освобождения от ответственности при обвинении в нарушении МГП? В каком случае приказ начальника предотвращает наказание за такое нарушение? В каком случае он смягчает наказание за такое нарушение? (См. статью 33 Статута МУС; см. **Прецедент № 15.**)

   b. В первом прецеденте мог ли обвиняемый, простой солдат, знать, был ли полученный им приказ законным?

   c. Совместимы ли с МГП статьи 70 и 260 Бельгийского уголовного кодекса, когда речь идет о приказе совершить военное преступление?

Прецедент № 169, Канада, «Р. против Броклбэнка»

[N. B.: Клейтон Мэтчи, канадский солдат, подозревавшийся в том, что он руководил группой военных, которая забила до смерти сомалийского подростка Шидане Ароне в 1993 г., впервые предстал перед судом 23 июля 2002 г. (источник: Le Devoir, Montréal, 24 July 2002).]

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Canada, Court Martial Appeal Reports, Volume 5 Part 3, 1995–1997; примечания приводятся частично. Номера абзацев добавлены для облегчения обсуждения.]

ЕЕ ВЕЛИЧЕСТВО КОРОЛЕВА
Истец

против

Д. Дж. Броклбэнка
(рядового Канадских вооруженных сил), Ответчика

ЗАНЕСЕНО В УКАЗАТЕЛЬ КАК: Р. против БРОКЛБЭНКА
№ дела CMAC 383
Заслушано: Торонто, Онтарио, 29 января 1996 г.
Решение вынесено: Оттава, Онтарио, 2 апреля 1996 г.
Присутствовали: главный судья Стрейер, судьи апелляционного суда Декари и Уайлер

[Судья апелляционного суда Декари:]

[…]

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

[…]

[5.] Я хотел бы добавить следующее к данному моим коллегой описанию фактов:

— Перед отправлением канадского контингента в Сомали канадские вооруженные силы не давали солдатам инструкций относительно их роли и обязанностей как участников миссии по поддержанию мира. Также нет доказательств, что в ходе своей общей подготовки солдатам когда-либо рассказывали о миссиях по поддержанию мира и чем они отличаются от военных операций.

— 16 марта 1993 г. рядовой Броклбэнк […], у которого начиналась дизентерия, ушел спать рано, не зная, что позже в этот вечер ему будет поручено задание. С того момента, как он лег в кровать, и до того момента, как его разбудил старший капрал Мэтчи («Мэтчи») примерно в 23.00, он не вставал, не покидал своей палатки и ничего не знал о том, что произошел арест, и что Мэтчи и рядовой Браун («Браун») пытают пленного.

— Примерно в 20.45 вечером 16 марта 1993 г. патруль под командованием сержанта Хилльера схватил молодого сомалийца Шидане Ароне («Ароне»). На запястья задержанного были надеты пластиковые наручники, локти его завели назад и просунули под них полицейскую дубинку, и в таком виде капитан Сокс («Сокс») и Браун провели его по лагерю. По дороге в блиндаж они ненадолго остановились на командном пункте, чтобы Сокс мог сообщить майору Сьюарду («Сьюард»), что они кого-то схватили.

— Браун показал, что Сокс приказал ему пойти к главным воротам и привести того, кто стоял там в карауле. Им оказался Мэтчи. По словам Брауна, когда Мэтчи пришел в блиндаж, Сокс сказал Мэтчи: «Отвечаешь за пленного». Сокс был единственным свидетелем, показавшим, что таков был стандартный порядок действий: часовой, стоявший у ворот, отходил назад, занимал позицию у блиндажа и брал на себя ответственность за пленного. Браун, капрал Глас, сержант Хуэр и сержант Хилльер — все они показали, что такого стандартного порядка действий не существовало.

— Будучи помещен в блиндаж, пленный был связан Мэтчи и Брауном. Сокс дал Мэтчи указание надеть пластиковые наручники на лодыжки пленного, чтобы он не мог двигаться.

— Примерно в 21.00 или 21.30 Мэтчи приказал Брауну пойти и принести принадлежавший Мэтчи электрический фонарь. Когда Браун вернулся с фонариком, Сокс, уоррент-офицер Мерфи, Сьюард и другие сидели на корточках, заглядывая вниз, в блиндаж. Затем Браун покинул местоположение блиндажа, а через некоторое время Мэтчи пришел в палатку к Брауну и сказал Брауну, что собирается допросить пленного. Мэтчи также сказал Брауну о каком-то приказе капитана Сокса, касавшемся дурного обращения с пленным, и о том, что Сокс хотел, чтобы пленного избили.

— Браун должен был заступить в караул у ворот в 22.00, хотя сначала он узнал, что его смена этой ночью должна быть где-то после 19.30. Примерно в 22.00 Браун направлялся на свой пост у ворот, когда Мэтчи приказал ему идти в блиндаж. В этот момент, по словам Брауна, Мэтчи отвечал за пленного, тогда как Браун нес

караул. [Примечание 3: Рядового Брауна в конце концов обвинили и осудили по одному пункту обвинения в пытках. Обвинение в небрежном исполнении воинского долга ему не предъявлялось.] Браун сложил оружие, спустился в блиндаж и начал избивать пленного вместе с Мэтчи.

— До прибытия в блиндаж ответчика примерно в 23.08 Мэтчи избивал пленного и показывал его разным людям, ни один из которых не сделал ничего, чтобы попытаться остановить Мэтчи.

— Браун показал, что нужен был фонарик, чтобы увидеть хоть что-то в блиндаже.

— По словам ответчика, когда Мэтчи разбудил его примерно в 23.00, ответчик не имел представления о том, почему его разбудили. Он понял, что ему приказывают встать в караул у главных ворот.

— Покинув свою палатку примерно в 23.07, ответчик направлялся к главным воротам, когда Мэтчи подозвал его к блиндажу. Ответчик показал, что считал это приказом и пошел к блиндажу. Когда он подошел поближе к блиндажу, Мэтчи направил фонарик на сомалийца в блиндаже и сказал: «Смотри, что у нас здесь есть». Ответчик показал, что не имел представления о том, кем был пленный, или почему этот человек находился в том состоянии, в котором он его увидел.

— Выключив фонарь, Мэтчи попросил у ответчика его пистолет. Ответчик спросил, зачем он нужен Мэтчи, и Мэтчи ответил что-то вроде: «Дай мне чертов пистолет, просто дай мне свой пистолет, Броклбэнк». Браун показал, что ответчик казался озадаченным и сказал Мэтчи: «Но он заряжен», — а Мэтчи ответил: «Просто дай мне свой пистолет, Брок, это приказ». Ответчик выполнил приказ и отдал Мэтчи свой пистолет, хотя в тот момент ему было неизвестно, что Мэтчи собирается делать с пистолетом. Лишь когда Мэтчи сказал Брауну: «Хочу сфотографироваться», — ответчик понял, зачем Мэтчи был нужен пистолет. Мэтчи поднес пистолет к голове пленного и велел Брауну сфотографировать его, что Браун и сделал. После этого Мэтчи вернул пистолет Броклбэнку.

— Браун покинул блиндаж после того, как были сделаны фотографии. Браун показал, что за все время, пока он был поблизости от блиндажа, он не видел, чтобы ответчик снимал с себя оружие, чтобы он спускался в блиндаж или прикасался к пленному. Кроме того, Браун четко указал, что ни разу не видел, чтобы ответчик издевался над пленным или поддерживал Мэтчи в том, что тот делал. Фотографий ответчика с пленным не существует.

— Ответчик показал, что после ухода Брауна он оставался рядом с ямой, тогда как Мэтчи находился в яме вместе с пленным. Ответчик спросил Мэтчи, «видел ли это» кто-нибудь еще, и Мэтчи сказал, что уоррент-офицер Мерфи пинал или бил пленного, а капитан Сокс велел Мэтчи «хорошенько его избить, только не убивать».

— Ответчик показал, что оставался у входа в блиндаж, наблюдая за воротами от блиндажа. Он ни разу не спускался в яму в присутствии Мэтчи. Хотя он и знал, что избиение продолжается, он предположил, что таков полученный Мэтчи приказ, и просто сидел, потрясенный, не сознавая, насколько жестоким было избиение.

— Ответчик показал, что ему не приказывали охранять пленного, и что он полагал, что пленный находится под охраной Мэтчи.

[6.] Теперь я перейду к трем основаниям для обжалования. [...]

ПЕРВОЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОБЖАЛОВАНИЯ: ОБВИНЕНИЕ В ПЫТКАХ

[7.] Я согласен с коллегами в том, что первое основание для обжалования должно быть отклонено.

[8.] Подсудимому предъявлено обвинение, в соответствии с разделом 269.1 Уголовного кодекса Канады («Уголовный кодекс») и разделом 72 Закона о национальной обороне («Закон»), в пособничестве и подстрекательстве при пытках. Соответствующее положение Уголовного кодекса звучит следующим образом:

269.1 (1) Каждое должностное лицо или каждое лицо, действующее по наущению, или с согласия, или с одобрения должностного лица, которое подвергает пыткам любое другое лицо, виновно в преступлении, преследуемом по обвинительному акту, и подлежит тюремному заключению на срок, не превышающий четырнадцати лет. [...]

[...]

72. (1) Каждое лицо является участником правонарушения и виновно в нем, если оно

a) собственно его совершает;

b) делает или не делает что-либо с целью помочь любому лицу в его совершении;

c) подстрекает любое лицо к его совершению; или

d) советует любому лицу его совершить или добивается этого.

[…]

[9.] Чтобы Броклбэнк был признан виновным в пособничестве и подстрекательстве при пытках, необходимо было убедить членов суда, чтобы у них не осталось и тени сомнений, что Броклбэнк a) сделал или не сделал что-либо; b) с целью помочь Мэтчи в совершении преступления, заключавшегося в пытках.

[10.] Если предположить для целей обсуждения, что обвиняемый сделал или не сделал что-либо, на мой взгляд, не было совершенно никаких доказательств того, что ответчик сформировал умысел, необходимый для совершения правонарушения, в котором его обвиняют. […]

[…]

ТРЕТЬЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОБЖАЛОВАНИЯ: ЗАЩИТА ССЫЛКОЙ НА ПОДЧИНЕНИЕ ВОЕННОМУ ПРИКАЗУ НАЧАЛЬНИКА

[11.] Довод о подчинении военному приказу начальника был представлен членам суда судьей-адвокатом при предъявлении обвинения в пытках. Даже адвокат защиты согласен с тем, что приводимый им довод состоит не в ссылке на подчинение военному приказу начальника; на самом деле он хотел, как сказал мой коллега, сослаться на добросовестное предположение, опровергающее mens rea преступление, заключавшееся в пытках. […]

ВТОРОЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОБЖАЛОВАНИЯ: НЕБРЕЖНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ ВОИНСКОГО ДОЛГА

[12.] Обвинение утверждает, что судья-адвокат сделал две роковые ошибки, рассказывая членам суда об обвинении в небрежном исполнении воинского долга.

a) Мера заботливости […]

[18.] Таким образом, мера заботливости, которая применима к обвинению в небрежном исполнении воинского долга, заключается в действиях, которые можно ожидать от разумного военнослужащего и при любых обстоятельствах от обвиняемого в момент и в месте совершения предполагаемого правонарушения. В ситуации военной

операции мера заботливости значительно изменяется в зависимости от степени ответственности, лежащей на обвиняемом, характера и цели операции и требований конкретной ситуации. […] Кроме того, во время военной операции, когда дисциплина является краеугольным камнем иерархической системы управления и неподчинение вызывает самое суровое порицание, нельзя ожидать, чтобы солдат проявил ту же меру заботливости, что и старший офицер, попав в ситуацию, когда исполнение долга может привести его к прямому конфликту с властью старшего офицера. […]

b) фактическая обязанность проявлять заботу

[24.] Во-вторых, обвинение заявляет, что судья-адвокат не смог объяснить членам суда, что ответчик, будучи солдатом Канадских вооруженных сил, нес фактическую обязанность проявлять заботу, защищая гражданских лиц, с которыми он сталкивался, от предсказуемой опасности, вне зависимости от того, сознавал ли он существование этой обязанности. Напротив, адвокат защиты утверждает, что судья-адвокат ошибочно сообщил членам суда, что в связи с предъявленным ответчику обвинением в небрежном исполнении воинского долга члены суда могли учесть «не основанную на законе обязанность проявлять заботу, соблюдая положения главы 5 Руководства по Женевским конвенциям о гражданских лицах, с которыми сталкиваются Канадские вооруженные силы». […]

[25.] Судья-адвокат считал, что раздел 5 главы 5 Руководства по Женевским конвенциям, выпущенного начальником штаба обороны (ниже я более подробно остановлюсь на Руководстве), налагает на военнослужащего Канадских вооруженных сил — всегда, в том числе и в мирное время, — обязанность защищать гражданских лиц, находящихся под охраной канадских вооруженных сил, вне зависимости от того, находятся ли эти гражданские лица под охраной этого военнослужащего. Далее судья-адвокат сообщил, что одного знания или уведомления о соответствующем положении в Руководстве достаточно, чтобы привести в действие эту обязанность и сделать преступным по разделу 124 Закона несовершение действий по защите гражданского пленного. Хотя неоспоримо, что Женевские конвенции о защите жертв войны устанавливают право гражданских лиц на защиту от актов насилия, когда это возможно, я не могу так легко согласиться с мнением судьи-адвоката, что в рамках военно-уголовного права Руководство и Женевские конвенции применяются к миссиям по поддержанию мира, и если это так, что они порождают «воинский долг» в значении раздела 124 Закона о национальной обороне. Я расскажу подробнее о своих умозаключениях, описав характер и цель обвинения в небрежном исполне-

нии воинского долга, а затем рассмотрев природу и действие Руководства и Женевских конвенций.

i) Обвинение в небрежном исполнении воинского долга

aa) Контекст [...]

[35.] Преступление, состоящее в небрежном исполнении воинского долга, [...] касается исполнения любого воинского долга. Это обвинение однозначно относится к тому, как исполняется воинский долг, возложенный на военнослужащего канадских вооруженных сил. [...] Оспариваемое действие или бездействие обвиняемого должно представлять собой явное отклонение от ожидаемого стандарта поведения при исполнении воинского долга в отличие от общей обязанности проявлять заботу. [...]

bb) «воинский долг» [...]

[48.] На мой взгляд, неизбежен вывод: воинский долг, для целей раздела 124, не возникает при отсутствии обязанности, созданной либо законом, уставом, приказом начальника, либо нормой, исходящей от правительства или начальника штаба обороны. Хотя это довольное широкое определение, я полагаю тем не менее, что необходимо привязать правонарушение к определенному обязательству, которое возникает в связи с выполнением конкретной обязанности, чтобы отделить это обвинение от общего отсутствия обычной меры заботливости при исполнении воинского долга, одобрять которое разделом 124 не входило в намерения Парламента, как становится ясно из обычного толкования этого раздела.

ii) Воинский долг по защите пленных; Руководство и Женевские конвенции

aa) Когда пленный находится под охраной обвиняемого

[49.] Адвокаты обеих сторон признают ту правовую норму, что лицо, отвечающее за физическое содержание пленного и обладающее властью над ним, обязано защищать этого пленного. Эта обязанность существует и обеспечена правовой санкцией вне зависимости от Руководства и Женевских конвенций.

[50.] Адвокат обвинения основывает то, что он называет обязанностью проявлять заботу по общему праву, на ряде случаев из английской и канадской судебных практик. Хотя я согласен, что такая норма су-

ществует, я бы не решился применять, пусть и с учетом необходимых изменений, к военной ситуации судебную практику, появившуюся в невоенном контексте. Хотя все воинские обязанности входят в более широкую категорию договорных обязанностей, общие обязанности по частному праву, такие как обязанность проявлять заботу в рамках деликтного права, которую несут тюремные охранники перед заключенными, не входят, на мой взгляд, в понятие «воинский долг». Как я указывал ранее, очевидно, что Парламент не намеревался кодифицировать в Кодексе поведения вооруженных сил содержащуюся в гражданском праве обязанность проявлять заботу. […]

[52.] […] Судья-адвокат был прав, сообщая членам суда, что прежде, чем они признают рядового Броклбэнка виновным в связи с предъявленным ему обвинением, они должны совершенно точно установить, что пленный находился под его охраной, или что он в достаточной степени отвечал за охрану пленного, чтобы можно было сослаться на воинскую обязанность защищать пленного.

bb) Когда пленный находится под охраной Канадских вооруженных сил, но не под охраной обвиняемого

[53.] Истец утверждает, кажется, несколько запоздало, что даже если пленный не находился под непосредственной охраной обвиняемого, последний тем не менее нес фактическую обязанность прийти на помощь к пострадавшему пленному под охраной Канадских вооруженных сил, с которым он столкнулся. Судья-адвокат согласился со стороной обвинения. […]

[…]

[56.] […] Адвокат защиты упомянул:

> …Я полагаю, между нами достигнуто согласие относительно того, что не предполагается, будто Женевская конвенция применяется к рассматриваемой ситуации, однако это признается в той степени, в какой охранник, охраняющий пленного в армии, несет ответственность по общему праву, под каковым мы понимаем обыкновенное общее право. Ответственность охранника настолько сходна с тем, что предусматривает Женевская конвенция, что я не возражаю, чтобы вы на нее ссылались, однако речь не будет идти о том, применяются ли на деле нормы Женевской конвенции конкретно к тем событиям, которые произошли во время операции в Сомали. […]

[…]

[58.] Воинский долг, как я установил ранее, может вытекать из закона, устава или конкретного указания, такого как приказ вышестоящего должностного лица или распоряжение начальника штаба обороны. Адвокаты как обвинения, так и защиты признают, что в настоящее время не существует установленной законом или уставом обязанности, которая налагала бы на военнослужащих Канадских вооруженных сил обязательство предпринимать конкретные шаги для защиты пленных, которые не находятся под их непосредственной охраной. Однако истец ссылается на публикацию 318(4) Канадских вооруженных сил — Руководство по Женевским конвенциям, — выпущенную начальником штаба обороны 15 июня 1973 г., как на основание общей воинской обязанности всех военнослужащих защищать пленных гражданских лиц, не находящихся под их охраной.

[59.] В цели этого учебника, как явствует из вступления, входит «ознакомление военнослужащих всех званий и рангов с принципами Женевских конвенций о защите жертв войны, подписанных 12 августа 1949 г.», и выполнение содержащегося в каждой из четырех Конвенциях положения, «требующего, чтобы государства-участники как можно шире распространяли текст Конвенции и, в частности, включили изучение этих текстов в программы военного образования». Учебник является «всего лишь неким ориентиром». В пункте 5 главы 1 указано, что положения Конвенций применяются «ко всем государствам, которые приняли конвенции, в ситуации объявленной войны или любого иного вооруженного конфликта, который может возникнуть», а в пункте 7 говорится, что «отсюда следует, что военнослужащие Канадских вооруженных сил должны соблюдать все положения Конвенций при участии в любом конфликте».

[60.] Глава 5 учебника озаглавлена «Обращение с гражданскими лицами» и касается конкретно Четвертой Женевской конвенции, то есть Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны, известной как Конвенция о гражданском населении. В пункте 1 отмечается, что «Конвенция о гражданском населении предназначена для защиты тех категорий гражданских лиц, которые подвергаются особенной опасности дурного обращения во время войны», и что «ее положения [...] ограничиваются *жителями оккупированной территории*» [курсив наш]. В пункте 2 предусматривается, что «положения, описанные в этой главе, следует считать минимальным стандартом обращения с любыми гражданскими лицами, с которыми сталкиваются наши вооруженные силы». Пункт 5 звучит следующим образом:

> 5. Гражданские лица при любых обстоятельствах имеют право на уважение к их личности, чести, семейным правам, религиозным убеждениям и обрядам, привычкам и обычаям. Следует всегда

обращаться с ними гуманно и охранять их от всех возможных актов насилия и, когда это необходимо, от оскорблений и любопытства толпы. [Примечание 31: Остается ли гражданское лицо, попав в плен, гражданским лицом для целей Конвенции о гражданском населении, — это вопрос, на который мне нет необходимости отвечать ввиду сделанного мною вывода о применимости и значении Конвенции. Для целей данного обсуждения я предположу, что в Конвенции о гражданском населении гражданские лица рассматриваются одинаково вне зависимости от того, являются они пленными или нет.]

[61.] Я не считаю, что соответствующие положения Руководства являются конкретными указаниями или распоряжениями, порождающими поддающийся определению воинский долг. Эти положения, говоря формулировками самого учебника, являются всего лишь неким ориентиром.

[62.] Даже если бы мы считали их конкретными распоряжениями, они бы не применялись к рассматриваемому делу по той простой причине, что здесь не применяется сама Конвенция о гражданском населении, которую Руководство должно объяснять. Миссия Канадских вооруженных сил в Сомали была миссией по поддержанию мира. Нет свидетельств того, что в Сомали происходила объявленная война или вооруженный конфликт, а тем более того, что Канадские вооруженные силы принимали участие в каком-либо конфликте. [Примечание 32: Женевские конвенции 1949 г. были утверждены канадским парламентом в Законе о Женевских конвенциях (R.S.C. 1985, c. G-3 as amended). Протоколы I и II к этим Конвенциям, принятые в Женеве в 1977 г., были утверждены канадским парламентом 12 июня 1990 г. (38–39 Eliz. II, c. 14) в поправке к Закону о Женевских конвенциях. Раздел 9 Закона о Женевских конвенциях предусматривает, что «выпущенный министром иностранных дел или по его распоряжению документ, подтверждающий, что в определенный момент существовало состояние войны или международного либо немеждународного конфликта между государствами, указанными в документе, или в государстве, указанном в документе, может быть принят в качестве доказательства в любом судебном разбирательстве в связи с правонарушениями, о которых говорится в данном Законе». Поскольку в данном случае такого документа в материалах дела нет, Суд просто не имеет права предполагать наличие в Сомали состояния войны или вооруженного конфликта. Без таких доказательств нельзя сказать, что Конвенция применима; отсюда следует, что Руководство по этой Конвенции также неприменимо.] Нет доказательств того, что пленный «подвергался опасности дурного обращения во время войны» или что пленный был «жителем оккупированной территории». Тот факт, что Конвенция о гражданском населении по самим ее условиям не применяется к операциям по поддержанию мира, подтверждается текстом Дополнительных протоколов, принятых в Женеве в 1977 г. В *Комментарии к Дополнительным протоколам от 8 июня 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. (Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949)* отмечается, что Конвенция о гражданском населении «защищает гражданских лиц лишь от произвола со стороны неприятеля, но не от последствий военных действий, — за исклю-

чением особого случая раненых, больниц, медицинского персонала и имущества», и что «хотя гуманитарное право разрабатывалось и адаптировалось к нуждам времени в 1949 г., Женевские конвенции не покрывают всех аспектов человеческого страдания во время вооруженного конфликта» (Общее вступление, p. xxix). Протокол I от 1977 г., который касается защиты жертв международных вооруженных конфликтов и статья 51 которого должна была расширить понятие «защита гражданского населения», содержащееся в Конвенции о гражданском населении, предоставляет гражданским лицам лишь общую защиту «от опасностей, возникающих в связи с военными операциями», под которыми понимаются «все передвижения и деятельность вооруженных сил в связи с военными действиями». Подобное положение содержится и в Протоколе II от 1977 г., касающемся защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов (статья 13).

[63.] Поскольку Конвенция о гражданском населении не может быть связана с такими миссиями по поддержанию мира, как та, в которой Канадские вооруженные силы участвовали в Сомали, я не могу понять, как можно говорить, будто Руководство, цель которого — объяснить данную Конвенцию, применяется к таким миссиям. Кроме того, я нахожу, что перед судьей-адвокатом нет доказательств, которые позволили ли бы Суду предположить, что миссию по поддержанию мира можно приравнять к вооруженному конфликту, подпадающему под действие Конвенции о гражданском населении или Руководства. [...]

[64.] Даже если бы я пришел к заключению, что Руководство является источником конкретных распоряжений, применение которого должно распространяться на миссии по поддержанию мира, положение Руководства, которое предусматривает, что с гражданскими лицами следует всегда обращаться гуманно и «охранять их от всех возможных актов насилия и, когда это необходимо, от оскорблений и любопытства толпы», не устанавливало бы, на мой взгляд, фактического воинского долга, как утверждает обвинение.

[65.] Я не вижу в праве оснований для вывода, что Женевские конвенции или соответствующие положения Руководства налагают на военнослужащих обязательства [...] предпринимать конкретные шаги, чтобы предотвратить или остановить дурное обращение с пленными, находящимися под охраной Канадских вооруженных сил, или надругательства над ними со стороны других служащих этих сил, особенно имеющих более высокое звание. Мне не хотелось бы комментировать обязательство, которое, возможно, лежит в подобном случае на вышестоящем должностном лице, но я утверждаю, что из общих слов в тексте соответствующих положений Руко-

водства или Конвенции о гражданском населении нельзя сделать вывод о воинском долге в значении раздела 124 Закона о национальной обороне по защите пленных гражданских лиц, не находящихся под охраной данного лица. Я согласен [...], что канадские солдаты, участвуя в операциях за границей, должны вести себя ответственно, соблюдая международные обязательства Канады, правовые нормы и просто принципы гуманности. В данном деле были доказательства, позволяющие предположить, что ответчик вполне мог доложить о преступлениях своих товарищей. Однако при отсутствии конкретного положения в соответствующих международных Конвенциях и, более конкретно, в Руководстве, я просто не могу заключить, что военнослужащий Канадских вооруженных сил несет обеспеченное уголовной санкцией обязательство вмешиваться в тех случаях, когда он становится свидетелем дурного обращения с пленным, не находящимся под его охраной.

[66.] Посредством Закона о Женевских конвенциях Парламент выполнил свои международные обязательства и кодифицировал в качестве правонарушений по канадскому законодательству «серьезные нарушения», перечисленные в Женевских конвенциях 1949 г., включая пытки и бесчеловечное обращение. [...] Довольно существенно, что ни закон 1965 г., ни поправки 1990 г. не налагают на военнослужащих вооруженных сил конкретного обязательства защищать пленных, находящихся под их охраной. [...]

ЗАКЛЮЧЕНИЕ [...]

[...]

[70.] В заключение я бы отметил, что, хотя я не готов делать из соответствующих положений Руководства вывод о дающем основания для виновности воинском долге по защите пленных в том случае, когда между обвиняемым и пленным не существуют отношения, связанные с охраной пленного, я хотел бы добавить, что начальнику штаба обороны остается более четко определить стандарты поведения, которое ожидается от солдат в отношении пленных, находящихся под охраной Канадских вооруженных сил. Начальнику штаба обороны остается указать, что эти стандарты в равной степени применяются во время войны и в мирное время, наложить на военнослужащих Канадских вооруженных сил воинскую обязанность либо докладывать о дурном обращении с пленными, не находящимися под их ответственностью, либо предпринимать приемлемые шаги, чтобы предотвратить или остановить его, и обеспечить получение военнослужащими Канадских вооруженных сил надлежащих указаний не только во время их общей подготовки, но и перед от-

правлением на конкретные задания. Это может оказаться полезным, если учесть традиционную и сохраняющуюся роль Канады как государства-миротворца и возможность или вероятность того, что подобные обстоятельства вновь возникнут в будущем. [...]

Главный судья СТРЕЙЕР: Я согласен [...]

Судья апелляционного суда УАЙЛЕР (заявляя особое мнение): [...]

[83.] Пытки — это преступление, совершенное с конкретным умыслом. Поэтому обвинение должно доказать, что Броклбэнк бездействовал, чтобы помочь Мэтчи пытать Ароне. И обвинение, и защита согласны, что если бы Броклбэнк охранял Ароне, то по общему праву на нем лежала бы обязанность защищать пленного. Однако если Броклбэнк не охранял Ароне, обвинение строило свою позицию на том, что Броклбэнк мог быть виновен как соучастник согласно разделу 21 Уголовного кодекса, поскольку он должен был знать, что обязан защищать гражданских лиц и отсутствие с его стороны действий в этом направлении составляет пособничество и подстрекательство при пытках Ароне. Защита признала, что пленные и гражданские лица, находящиеся под охраной Канадских вооруженных сил, должны пользоваться защитой от всех актов насилия, каковой факт составляет часть общевойсковых знаний (ОВЗ). В рамках боевой подготовки солдат знакомили с положениями Женевской конвенции об обращении с военнопленными, а также с гражданскими лицами. Из представленных им материалов (особенно тех, которые составляют вещественное доказательство «J») становится очевидным, что пытки гражданских лиц или дурное обращение с ними запрещены. Из этих материалов ясно, что Женевскую конвенцию «следует считать минимальным стандартом обращения с любыми гражданскими лицами, с которыми сталкиваются наши вооруженные силы». Защита не признает, что обвиняемый обладал конкретным знанием об этой обязанности. Мнение обвинения таково: доказательства того, что Броклбэнк обладал конкретным знанием ОВЗ, были несущественны, и судья-адвокат ошибся, не сказав об этом четко в своем выступлении.

[84.] Учитывая обстоятельный подход обвинения, это основание для обжалования должно быть отклонено. В отношении обвинения в пытках конкретное владение Броклбэнком ОВЗ важно в связи с его целями при передаче Мэтчи пистолета и с его намерением оставаться в блиндаже. Конечно, если Броклбэнк был обязан защищать Ароне и не сделал этого с целью помочь Мэтчи пытать Ароне, его можно было признать виновным в соучастии. На другой стороне спектра находится уже высказывавшееся утверждение, что если бы Броклбэнк был безоружен, само его присутствие при пытках Ароне не являлось

бы пособничеством и подстрекательством, если у Броклбэнка не было обязательства перед Ароне. В этих двух крайностях, изложенных судьей-адвокатом, не учтена третья возможность. Броклбэнк был вооружен. Если его присутствие имело целью помешать побегу Ароне, особенно когда его оставили наедине с Ароне, пока Мэтчи вышел покурить, тогда существовало доказательство того, что его можно было признать виновным в соучастии. […]

[…]

[89.] […] Судья-адвокат сообщил членам суда, что прежде, чем они признают рядового Броклбэнка виновным в нарушении основанной на законе обязанности проявлять заботу согласно разделу 124 Закона о национальной обороне, они должны совершенно точно установить, что Броклбэнк на самом деле знал об обязанности согласно разделу 124 и обладал знаниями о положениях, касающихся Женевских конвенций. Это было ошибкой, поскольку раздел 150 Закона гласит:

«Тот факт, что лицо не осведомлено о положениях настоящего Закона, или о любых других постановлениях, или о любом приказе или распоряжении, о которых было должным образом сообщено в соответствии с настоящим Законом, не является оправданием преступления, совершенного этим лицом».

[90.] Данное положение налагает ответственность на основании объективного критерия. […] Ранее в своем решении, отклоняющем заявление защиты о том, что у обвинения отсутствуют достаточно серьезные доказательства для возбуждения дела, судья-адвокат выразил мнение, что военнослужащие Канадских вооруженных сил обязаны соблюдать положения главы 5 Руководства по Женевским конвенциям в своих действиях по отношению к гражданским лицам, с которыми сталкиваются Канадские вооруженные силы, и что, в частности, они обязаны по возможности защищать гражданских лиц от любых актов насилия. При рассмотрении вопроса о том, должен ли был Броклбэнк знать, что в ходе миссии по поддержанию мира на солдатах лежит обязанность проявлять заботу по отношению к гражданским лицам, членам суда следовало сообщить, что нет необходимости доказывать, что Броклбэнк на самом деле знал об обязанности согласно разделу 124 […]. На суде были представлены доказательства того, что Броклбэнку было сообщено об обязанности защищать гражданских лиц во время лекций, которые читались его взводу. Обычный солдат знал бы об этой обязанности. По моему мнению, миссия по поддержанию мира — это военная операция, осуществляемая вооруженными силами с целью предотвратить военные действия, и, следовательно, она подпадает под действие Женевских конвенций, расширенных Протоколами 1977 г. […]

ТРЕТЬЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОБЖАЛОВАНИЯ

[…]

[96.] На суде Броклбэнк показал, что спрашивал Мэтчи о пытках Ароне и что Мэтчи ответил, что Сокс велел ему «хорошенько его избить, только не убивать». Во время перекрестного допроса Броклбэнк показал, что ничего не предпринял в связи с избиением, потому что считал, что таков был приказ. Истец утверждает, что судья-адвокат сделал ошибку в праве, наставляя членов суда в отношении применимости защиты ссылкой на приказ начальника. Даже если Броклбэнку не хватило мужества, чтобы направить пистолет на Мэтчи и остановить его, он мог бы обратиться за помощью. Он этого не сделал.

[97.] В деле «Р. против Финта» […] Верховный суд признал, что военнослужащие могут прибегать к защите ссылкой на исполнение приказа начальника. Эта защита не может быть использована в тех случаях, когда обсуждаемые приказы являются явно незаконными — за исключением ситуаций, когда обстоятельства преступления таковы, что перед обвиняемым не стоит нравственный выбор следовать или нет приказу. Ответчик признает, что перед Броклбэнком стоял нравственный выбор, но утверждает, что обсуждаемые приказы не являлись явно незаконными. Чтобы приказ являлся явно незаконным, он должен иметь такой характер, чтобы против него восставала совесть любого здравомыслящего человека. Учитывая более низкое звание Броклбэнка, защита заявляет, что он не мог оценить законность приказа.

[98.] Если бы Броклбэнку приказали помочь в надругательствах над Ароне, это был бы, на мой взгляд, явно незаконный приказ. В результате для защиты ссылкой на исполнение приказа начальника отсутствовала доказательная база […].

[99.] Предлагаемый довод защиты, по сути, кажется, не базируется на исполнении Броклбэнком приказа, отданного начальником: единственный приказ, полученный Броклбэнком от Мэтчи, заключался в том, чтобы пойти к яме и отдать ему пистолет. Скорее это довод о невмешательстве на основании предположения, что вышестоящий офицер получил приказ. Приводимый здесь довод состоит в том, что Броклбэнк добросовестно предполагал, что Мэтчи имел право избивать Ароне, поскольку Мэтчи заявил, что Сокс одобряет эти действия, пока пленного не убивают. По существу, истец ссылается на добросовестное предположение, опровергающее mens rea преступления. […]

ОБСУЖДЕНИЕ

1. a. (пп. 62, 63, 89 и 90) Признает ли Суд, что международное гуманитарное право (МГП) применяется в отношении действий, совершенных против Ароне? Судья Декари развивает свои доводы, как обещает в п. 25? Каково мнение судьи Уайлера? Как вы считаете? В Сомали был вооруженный конфликт? Там проводились военные операции? Был ли там вооруженный конфликт, в котором участвовали Канадские вооруженные силы? Являлась ли Канада стороной в вооруженном конфликте? Если вооруженного конфликта не было, достаточно ли этого, чтобы прийти к выводу, что Конвенция IV не применялась? (См. статью 2 Конвенции IV.)

   b. (п. 62, прим. 32) Мог ли Суд принять решение о том, что в Сомали происходил вооруженный конфликт, в отсутствие подтверждающего это документа от министра иностранных дел?

2. Какие нормы МГП нарушила Канада в отношении обращения с Ароне? (См. статьи 27, 31 и 32 Конвенции IV.)

3. Броклбэнк стоял выше в иерархии, чем те, кто пытал и убил Ароне?

4. a. (пп. 5 и 49) Ароне являлся пленным Канады? Несла ли Канада ответственность за обращение с Ароне, или эта ответственность целиком лежала на тех, кто задержал Ароне? (См. статью 29 Конвенции IV.)

   b. Несет ли Канада ответственность за действия Сьюарда, Сокса, Брауна, Мэтчи и Броклбэнка? Даже если они действовали в нарушение установленных Канадой правил? Даже если они действовали в нарушение полученных ими приказов? (См. статью 91 Протокола I.) Ограничивалась ли ответственность Канады тем, чтобы обеспечить отсутствие дурного обращения с Ароне со стороны ее представителей, или от нее также требовалось убедиться, что и третьи стороны не подвергают Ароне дурному обращению? (См. статью 27 Конвенции IV.)

   c. (пп. 5, 47 и 49—52) Кто из участников (Сьюард, Сокс, Браун, Мэтчи и Броклбэнк) задержал или сторожил Ароне? Те, кто задержал или сторожил Ароне, обязаны были только не подвергать его дурному обращению, или они также были обязаны защищать его? (См. статью 27 Конвенции IV.)

   d. (пп. 24, 25, 28, 53—67, 88 и 93) Ароне находился под охраной Броклбэнка? По мнению Суда? По мнению судьи Уайлера? Если нет,

можно было бы наказать Броклбэнка, если бы он подверг Ароне дурному обращению? Если бы он охранял Ароне, должен ли был Броклбэнк как представитель Канады соблюдать обязательство Канады по защите гражданских лиц, находящихся во власти Канады? Существует ли, кроме того, общая обязанность каждого солдата защищать всех гражданских лиц, даже не содержащихся под стражей? Только если они находятся во власти стороны, к которой принадлежит солдат? (См. статью 27 Конвенции IV.) Является ли невыполнение этой обязанности серьезным нарушением? (См. статью 147 Конвенции IV и статью 86(1) Протокола I.)

e. (пп. 48—61, 64, 86, 89 и 90) На Броклбэнка было возложено «задание» выполнять статью 27 Конвенции IV? По международному праву? По канадскому законодательству? Это задание было достаточно четко сформулированным и поддающимся контролю для того, чтобы его невыполнение стало наказуемым? Является ли знание нормы необходимым условием для наказания в случае ее нарушения?

f. (п. 60) Статья 27 Конвенции IV применяется только к жителям оккупированных территорий? Гражданское лицо, находящееся в плену, все еще является покровительствуемым гражданским лицом? В чем заключается различие между текстом статьи 27 и п. 5 главы 6 учебника, процитированным в п. 60?

g. (пп. 5 и 97—99) Мог ли Броклбэнк отказаться, когда его начальник Мэтчи приказал ему отдать пистолет? Лежала ли на нем обязанность отказаться? По мнению судьи Уайлера? Был бы Броклбэнк соучастником в убийстве Ароне, если бы Мэтчи убил этого человека из пистолета Броклбэнка? Можно ли назвать пыткой то, что Мэтчи проделал с пистолетом Броклбэнка? Был ли Броклбэнк соучастником в пытке?

h. (пп. 11 и 99) Если Броклбэнк верил, что капитан Сокс приказал подвергнуть Ароне дурному обращению, мог ли этот приказ оправдать невыполнение его обязанности защищать Ароне? (См. статью 33 Статута МУС [См. **Прецедент № 15**] и пп. 98—99 особого мнения судьи Уайлера.)

i. Что должен был сделать Броклбэнк, когда увидел Ароне?

j. (пп. 64—65) Был бы Броклбэнк признан виновным, если бы Суд признал применимость Женевских конвенций?

5. В достаточной ли степени Канада выполнила свое обязательство преследовать в судебном порядке лиц, совершивших серьезные нарушения,

привлекая к суду непосредственных исполнителей за нарушение МГП и вышестоящих должностных лиц за небрежное исполнение их воинского долга? Чтобы нормы МГП были соблюдены, должны ли были осудить и вышестоящих офицеров как соучастников пыток или подстрекателей? МГП всего лишь требует, чтобы совершение серьезных нарушений было наказуемо, но оставляет на усмотрение национального законодательства решение о том, совершили ли вышестоящие лица то же нарушение, что и их подчиненные, или отдельное нарушение, заключающееся в небрежном исполнении их долга в качестве командиров?

6. Каковы объективные факторы, которые могли привести этих лиц к совершению преступлений?

Прецедент № 170, Канада, «Р. против Болэнда»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Court Martial Appeal Court of Canada, CMAC-374, Ottawa, Ontario, May 16, 1995; примечания не приводятся.]

Военный апелляционный суд Канады
Оттава, Онтарио, вторник, 16 мая 1995 г.

между:

ЕЕ ВЕЛИЧЕСТВОМ КОРОЛЕВОЙ, Истцом
и

V89 944 991
СЕРЖАНТОМ БОЛАНДОМ, МАРКОМ АДАМОМ, Ответчиком

РЕШЕНИЕ

Главный судья СТРЕЙЕР […]

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

[…] Ответчик сержант Боланд командовал одним из подразделений 4-го взвода. Мэтчи и Браун входили в это подразделение. 4-м взводом командовал капитан Сокс. Взвод входил во 2-ю десантную роту под командованием майора Сьюарда.

Мэтчи было предъявлено обвинение, однако позже его признали неспособным предстать перед судом. Браун был осужден за непредумышленное убийство и пытки. Его приговорили к пяти годам тюремного заключения; его виновность и приговор были подтверждены этим Судом.

Боланду было предъявлено два обвинения. Первое заключалось в пытках Ароне — преступлении, запрещенном разделом 269.1 Уголовного кодекса и включенном, согласно разделу 130 Закона о национальной обороне, в число преступлений по этому Закону. Второе обвинение состояло в небрежном исполнении воинского долга. Боланд признал себя виновным по обвинению в пытках. По обвинению в пытках судебное преследование не осуществлялось. [...]

Заявление об обстоятельствах, с учетом отличающихся показаний Боланда, звучит следующим образом. Утром 16 марта сержанту Боланду, который плохо себя чувствовал, на совещании, в котором участвовали командиры подразделений и командир взвода, было сказано, что должны быть приняты определенные шаги в отношении угрозы проникновения в лагерь сомалийских шпионов. Командирам подразделений передали, что командир роты сказал: «Обращайтесь с ними плохо, если надо, только схватите». Боланд решил не передавать этого своим людям. Его подразделение отвечало тем вечером за охрану, включая охрану тех пленных, которых могли задержать. Этих пленных должны были поместить в пустой пулеметный блиндаж рядом с воротами в лагерь. После того, как Ароне был задержан патрулем под командованием капитана Сокса за границами канадского лагеря, его доставили в подразделение Боланда. В это время в карауле стоял Мэтчи, и рядовой Браун присутствовал, когда пленного помещали в блиндаж. На тот момент у пленного были связаны лодыжки и запястья, а под локти за спиной была просунута дубинка. Незадолго до 21.00 Боланд прибыл, чтобы сменить Мэтчи. Боланд приказал освободить лодыжки Ароне и ослабить наручники на руках. Согласно заявлению об обстоятельствах, пока Боланд находился там, «другой солдат» закрепил полицейскую дубинку, привязав к одному ее концу веревку, перекинув эту веревку через потолочную балку и привязав ее к другому концу дубинки. (Боланд заявляет, что Ароне сидел на земле, руки его были связаны, а за локти была продета дубинка, хотя неясно, когда именно это происходило.) Пока Боланд присутствовал там, Мэтчи вновь связал лодыжки Ароне. Он снял с Ароне «юбку» (род легкой одежды, которую носят сомалийские мужчины) и обвязал ее вокруг головы Ароне. Затем он начал лить воду на голову Ароне. Боланд велел Мэтчи прекратить это, иначе Ароне задохнется. (Из версии Боланда можно предположить, что Мэтчи лил воду на щеку Ароне, пытаясь его напоить. Боланд также намекает, что повязка на глаза была надлежащей мерой безопасности, хотя не объяснялось, почему пленного провели без повязки через расположение канадских войск, а затем завязали ему глаза после того, как он увидел внутреннюю часть блиндажа.) Мэтчи некоторое

время оставался в блиндаже, пока Боланд стоял в карауле с 21.00 до 22.00. Затем Мэтчи ушел, а позже вернулся с Брауном, который прибыл около 21.55, чтобы сменить Боланда. В присутствии Боланда Браун ударил Ароне кулаком в челюсть. (Боланд в своем рассказе упомянул лишь, что Браун что-то сказал Ароне.) Когда дежурство Боланда закончилось в 22.00, он сказал Брауну и Мэтчи: «Мне все равно, что вы будете делать, только не убейте его». (По словам Боланда, он сказал: «Не убейте его», — и это было сказано «в шутку, саркастически».)

Мэтчи остался с Брауном на некоторое время после 22.00, и в течение этого времени, по отзывам, оба били и пинали Ароне. Мэтчи ушел и отправился в палатку капрала Маккея, где пил пиво. Боланд пришел в ту же палатку и выпил пива с Мэтчи и Маккеем. Мэтчи сказал, что Браун бьет Ароне и что он, Мэтчи, собирается прижечь ступни Ароне сигаретой. Сообщается, что Боланд сказал: «Не делай этого, останется слишком много следов. Приложи его телефонным справочником». (Боланд подтвердил, что такое обсуждение имело место, однако сказал, что не поверил Мэтчи, и думал, что тот всего лишь пытался спровоцировать их реакцию. Он сказал, что его собственный ответ был саркастическим, и обсуждение телефонного справочника было «шуткой, трепом», поскольку никаких справочников у них не было.) В том же разговоре Боланд сказал Мэтчи о распоряжениях вышестоящих офицеров относительно того, что вполне можно дурно обращаться с пленными, на что Мэтчи ответил: «О, да!» И снова, расставаясь, Боланд сказал Мэтчи: «Мне все равно, что вы будете делать, только не убейте его». (Боланд признал, что сказал это, но объяснил это так: «Я был болен и устал от разговора, так что я просто отмахнулся от него этими словами».) В этот момент должно было быть очевидным, что Мэтчи планировал вернуться в блиндаж. Сам Боланд пошел спать, не заходя в блиндаж. Мэтчи действительно вернулся в блиндаж около 22.45 и начал — с согласия или с помощью Брауна — до смерти избивать Ароне.

Некоторые другие свидетельства, представленные в пользу Боланда во время допроса или перекрестного допроса, указывают на то, что при подобных обстоятельствах командир подразделения имел право пойти спать, и что о любых проблемах, с которыми сталкивалось дежурное подразделение, следовало докладывать дежурному офицеру, каковым в данном случае был сержант Грести. Боланд показал, что считал Брауна «слабым» солдатом, от которого он не ожидал агрессивного обращения с пленным. Он также утверждал, что не знал об агрессивных наклонностях Мэтчи, которого только что перевели в его подразделение. Однако есть другие свидетельства, доказывающие, что Боланд «знал, что он [Мэтчи] из себя представляет», и что «Мэтчи довольно широко прославился в 4-м взводе [...]». И прославился «склонностью к рукоприкладству».

Боланд действительно подтвердил, в своих показаниях во время главного допроса, что действовал небрежно. [...]

Как было указано выше, обвинение в более общем смысле заявляет, что наложенное Общим военным судом наказание в размере 90 дней совершенно недостаточно, и тюремное заключение должно продлиться, по крайней мере, полтора года. […]

АНАЛИЗ

[…]

Достаточность наказания

[…] Если не учитывать недостаточные наставления, данные судьей-адвокатом, я не считаю возможным сказать, что члены суда могли обоснованно установить наказание всего лишь в 90 дней, какое бы мнение они ни составили о надлежащим образом представленных им доказательствах. Как минимум следует признать, что ответчик никогда не оспаривал конкретные детали своего преступления, а именно, что он не смог, как обязан был, обеспечить защиту Ароне. В собственных показаниях во время главного допроса он в нескольких случаях подтвердил, что был небрежен. Печальный, но непреложный факт состоит в том, что эта небрежность привела к смерти пленного. Даже если рассматривать доказательства с самой благоприятной для ответчика точки зрения, члены суда обязаны прийти к выводу, что у Боланда были серьезные основания для озабоченности в связи действиями Мэтчи и Брауна в отношении беспомощного пленного. Даже если бы члены суда поверили, что он не видел, как Браун впервые ударил пленного, и даже если бы они пришли к выводу, что Боланд не поверил заявлению Мэтчи, что Браун ударил пленного после его, Боланда, ухода, Боланд признал, что считал Брауна «слабым» солдатом, в отношении которого, конечно, нельзя было рассчитывать, что он окажет сопротивление активным действиям Мэтчи. Он признал, что видел, как Мэтчи совершал действия, угрожавшие жизни пленного, когда зажал ему нос и лил на него воду. Позже он слышал, как Мэтчи говорил, что собирается прижигать пленного сигаретой. Таким образом, у него были веские основания для опасений относительно поведения Мэтчи. В некоторых показаниях, — даже полученных от свидетелей защиты, — говорилось, что у Мэтчи сложилась определенная репутация. Однако было ясно, что Боланд сказал, по крайней мере, один раз, а вероятно, и два раза в присутствии Мэтчи: «Мне все равно, что вы будете делать, только не убейте его». Он не отдал Мэтчи надлежащего приказа охранять пленного и оставил его без надзора. Также не оспаривался тот факт, что Боланд отвечал за то, чтобы принять все разумные шаги для обеспечения содержания пленного надлежащим образом. Боланд не выполнил этой обязанности, что имело весьма тяжелые последствия.

Я не нахожу в наставлениях судьи-адвоката или в приговоре ничего, что показывало бы, что Общий военный суд должным образом учел принци-

пиальную государственную политику, лежащую в основе обязанности военнослужащего сержантского состава охранять личность или жизнь гражданского лица, являющегося пленным Канадских вооруженных сил, особенно от ожидаемых жестокостей или пыток со стороны их собственных солдат. Таково это дело. Здесь не было смягчающих обстоятельств, таких как присутствие вооруженного или опасного пленного или хотя бы пленного, которого невозможно физически контролировать. Эти события произошли не в пылу сражения. Ничто не указывало на то, что этот пленный причинил какой-либо ущерб гражданину или военному имуществу Канады: на самом деле его схватили не в канадском лагере, но в соседнем заброшенном лагере. Никто не ставит под сомнение тот факт, что в целом канадские силы действовали в Сомали в сложных и иногда опасных обстоятельствах, как и проблемы со здоровьем, которые в тот момент испытывал сам Боланд. Тем не менее эти обстоятельства требуют поддержания, скорее, более, чем менее строгой дисциплины, особенно со стороны тех, кто командует другими лицами.

Будет только справедливо отметить хорошие — в некоторых отношениях необыкновенно хорошие — характеристики в личном деле ответчика как до отъезда в Сомали, так и в самом Сомали. Он участвовал в нескольких учениях, требовавших большого мужества и инициативности. В отчетах говорится, что после признания его виновным и вынесения приговора он показал, что мыслит позитивно, и получил хорошую аттестацию. (Хотя его автоматически понизили в звании до рядового после того, как он был приговорен к тюремному заключению, с тех пор он дослужился до звания капрала.) Он также понес значительные денежные потери в связи с понижением в звании. К сожалению, ничто из этого не может в достаточной мере компенсировать — для целей вынесения приговора — его неспособность обеспечить безопасность пленного, приведшую к очень серьезным последствиям.

Приводился также тот довод, что старшие офицеры несут еще большую ответственность за эту прискорбную ситуацию и что Боланд не должен нести это бремя. Упоминается приказ или послание, как говорят, переданное от командира роты и одобрявшее дурное обращение с пленными. В случае Боланда этот довод о большей ответственности старших офицеров оказывается обоюдоострым. Рядового Брауна, одного из участников самого низкого звания, осудили за непредумышленное убийство и пытки и приговорили к пяти годам заключения. Боланда, его непосредственного командира, признавшего себя виновным в небрежности в связи с тем, что он не предотвратил преступные действия Брауна, приговорили к 90 дням тюрьмы. Эти два приговора, кажется, не соответствуют друг другу. Если говорить об оправдании на основании «приказа» вышестоящего лица о дурном обращении с пленными, Боланд, к его чести, понял, что это ненадлежащий приказ и, по крайней мере, в какой-то момент решил не передавать его дальше. Следовательно, он вряд ли может ссы-

латься на него как на обстоятельство, освобождающее от ответственности. Что касается ответственности начальников Боланда, обвинений, приговоров и наказаний, касающихся различных офицеров, по крайней мере, некоторые из них находятся на стадии обжалования, то их придется рассматривать отдельно в соответствующее время.

Также приводился довод о том, что, поскольку Боланд уже отбыл свое наказание, суд не должен возвращать его в тюрьму. Этот вопрос, конечно, следует серьезно обдумать, но не следует придавать ему силу правовой нормы, особенно в случае, когда первоначальное наказание составляло всего 90 дней. Согласиться с тем, что при подобных обстоятельствах такое лицо не может быть возвращено в тюрьму по результатам обжалования, означало бы, что обжалование подобных приговоров обвинением вообще бессмысленно, ведь процесс обжалования неизбежно занимает больше времени, чем сам срок наказания. Этого обстоятельства самого по себе недостаточно, чтобы отказать в увеличении срока наказания. В то же время очевидно, что обжалование обвинением таких коротких наказаний должно рассматриваться гораздо быстрее, чем в данном случае, и Суд готов помочь в этом, если его попросят.

Я согласен с заявлением обвинения, что само преступление может вполне служить основанием для полутора лет заключения. Однако я полагаю, что, с учетом всех обстоятельств, включая хорошие характеристики ответчика до и после рассматриваемых событий и тот факт, что возвращение его в тюрьму станет более тяжелым наказанием, чем если бы он отбыл весь свой приговор за один раз, следует вынести приговор о тюремном заключении сроком на один год.

РЕШЕНИЕ

Ходатайство обвинения о разрешении обжаловать приговор удовлетворяется, обжалование разрешается, и срок тюремного заключения будет увеличен до одного года.

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Какие нормы МГП нарушила Канада в отношении обращения с Ароне? (См. статьи 27, 31 и 32 Конвенции IV.)

2. Боланд стоял выше в иерархии, чем те, кто пытал и убил Ароне?

3. а. Боланд знал или имел в своем распоряжении информацию, которая должна была дать ему возможность прийти к заключению, что его подчиненные собираются совершить нарушение МГП? Принял ли он

все практически возможные меры для предотвращения этого нарушения? (См. статью 86(2) Протокола I.)

b. Боланд нес ответственность за это преступление только как командир или он также являлся соучастником, сообщником или подстрекателем?

c. Как вы объясните, принимая во внимание обстоятельства, описанные в решении по делу Боланда, тот факт, что власти отказались от обвинения в пытках, несмотря на то, что Суд счел в деле Сьюарда, что Боланд «имел достаточные основания знать, что Ароне угрожает непосредственная опасность со стороны его людей, и имел возможность вмешаться, однако не сделал этого» (См. **Прецедент № 171**)?

d. Правильную ли проверку по МГП применил Суд для оценки осведомленности и умысла Боланда? Предусматривает ли МГП такие проверки? Оставляет ли оно государствам полную свободу в этом отношении?

e. Являются ли пытки серьезным нарушением МГП? (См. статьи 50/51/130/147 соответственно четырех Женевских конвенций.) Канада нарушила МГП, не преследуя Боланда в судебном порядке за пытки? (См. статьии 49/50/129/146 соответственно четырех Женевских конвенций.)

4. В достаточной ли степени Канада выполнила свое обязательство преследовать в судебном порядке лиц, совершивших серьезные нарушения, привлекая к суду непосредственных исполнителей за нарушение МГП и вышестоящих должностных лиц за небрежное исполнение их воинского долга? Чтобы нормы МГП были соблюдены, должны ли были осудить и вышестоящих офицеров как соучастников пыток или подстрекателей? МГП всего лишь требует, чтобы совершение серьезных нарушений было наказуемо, но оставляет на усмотрение национального законодательства решение о том, совершили ли вышестоящие лица то же нарушение, что и их подчиненные, или отдельное нарушение, заключающееся в небрежном исполнении их долга в качестве командиров?

5. Кажется ли вам подобающим приговор, вынесенный Боланду? Какие факторы необходимо принять во внимание?

6. Каковы объективные факторы, которые могли привести этих лиц к совершению преступлений?

Прецедент № 171, Канада, «Р. против Сьюарда»

ПРЕЦЕДЕНТ

[**Источник**: Court Martial Appeal Court of Canada, CMAC-376; примечания не приводятся.]

Военный апелляционный суд Канады [...]

между:

ЕЕ ВЕЛИЧЕСТВОМ КОРОЛЕВОЙ, Истцом
и

МАЙОРОМ А. Г. СЬЮАРДОМ, Ответчиком

ОСНОВАНИЯ ДЛЯ РЕШЕНИЯ

ГЛАВНЫЙ СУДЬЯ СТРЕЙЕР

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

Ответчик являлся офицером, командовавшим 2-й десантной ротой Канадского воздушно-десантного полка, когда он находился в Сомали в декабре 1992 г. в рамках миссии по поддержанию или восстановлению мира. Он в целом отвечал за обеспечение безопасности в городе Белет-Уен и на окрестной территории площадью примерно 100 квадратных километров; полковой лагерь находился рядом с городом.

У канадцев возникали проблемы в связи с тем, что сомалийцы проникали в их лагерь. При захвате в плен их обычно содержали под стражей до тех пор, пока в город не направлялся патруль, который мог захватить их с собой и передать местной полиции.

Утром 16 марта 1993 г. ответчик майор Сьюард проводил совещание командиров подразделений, на котором он отдавал приказы и давал задания командирам взводов. Среди последних был капитан Сокс, командир 4-го взвода, который отвечал за охрану главных ворот и за захват шпионов, проникающих в этот район. Капитан Сокс показал, что майор Сьюард сказал ему в тот раз насчет шпионов: «Мое задание было захватывать шпионов и подвергать их дурному обращению». Капитан Рейнелт, заместитель ответчика, также присутствовавший на совещании, заявил,

что майор Сьюард сказал: «Можете обращаться с ними плохо». Капитана Сокса удивило это распоряжение, и он попросил разъяснений. Он показал, что получил следующее разъяснение:

> «Мне просто сказали, что это означало применять силу, и еще было что-то насчет «преподать им урок».

По словам ответчика, первоначально он сказал, дав капитану Соксу распоряжение патрулировать район в поисках шпионов, следующее:

> «Меня не волнует, если вы обойдетесь с ними плохо, я только хочу, чтобы этих шпионов поймали».

Далее он показал, что, когда капитан Сокс попросил разъяснений относительно того, хочет ли он, чтобы шпионов подвергли дурному обращению, его ответ был:

> «Нет. Обращайтесь с ними плохо, если надо. Я не хочу, чтобы применялось оружие. Не хочу стрельбы [...]».

Капитан Рейнелт показал, что хотя, что слова «обращайтесь плохо» ему показались неудачными, он понял: майор Сьюард имел в виду,

> что в целях поимки можно применять любое насилие, необходимое для задержания пленного.

Когда один из его командиров подразделений, сержант Хилльер, спросил его, что значит «плохо обращаться», Сокс показал, что он сказал Хилльеру, что «ему это объяснили опять же как «применять силу».

Сьюард в показаниях на суде над ним признал, что в его «подготовке как офицера пехоты или [в] канадской доктрине [...] не было ничего, что допускало бы использование слов «плохое обращение» при отдании приказов».

Позже капитан Сокс провел собственное совещание с уоррент-офицером своего взвода и командирами подразделений, включая сержанта Боланда, отвечавшего за группу 3. Он показал, что, передавая информацию с совещания, проведенного майором Сьюардом, он сказал своим людям, что

> «Мы должны были разослать постоянные патрули, и что нам поручили захватывать пленных и плохо с ними обращаться».

По словам сержанта Боланда, командира группы 3, на которого была возложена ответственность за охрану ворот тем вечером с 18.00 до

24.00, капитан Сокс передал им информацию о том, что «с пленными следует обращаться плохо». После этого совещания командиров подразделений он обсудил это распоряжение с сержантом Ллойдом, другим командиром группы, и они оба сказали, что не будут передавать эту информацию своим группам. Однако позже тем вечером, когда группа Боланда схватила и держала под стражей молодого сомалийца по имени Шидане Абукар Ароне, Боланд сказал старшему капралу Мэтчи, входившему в его группу, что капитан Сокс приказал, чтобы с пленными обращались плохо.

По словам Боланда, Мэтчи на это ответил: «О, да!»

К сожалению, Мэтчи вернулся в блиндаж, где держали Ароне, и он и рядовой Браун забили Ароне до смерти. По словам Брауна, в какой-то момент он убеждал Мэтчи прекратить избиение. Мэтчи отказался, «потому что капитан Сокс хотел, чтобы он был избит, когда мы завтра повезем его в полицейский участок».

Ответчику майору Сьюарду было предъявлено обвинение по двум пунктам: незаконное причинение телесных повреждений Ароне в нарушение раздела 130 Закона о национальной обороне и раздела 269 Уголовного кодекса Канады; и небрежное исполнение возложенного на него воинского долга в нарушение раздела 124 Закона о национальной обороне. Подробное описание этой небрежности таково:

> дав своим подчиненным указание, что пленных можно подвергать дурному обращению, он не смог надлежащим образом осуществить командование своими подчиненными, как требовал его долг.

Он заявил, что не признает себя виновным по обоим пунктам обвинения. Общий военный суд признал его невиновным по первому обвинению, но виновным по второму, и в связи с последним он был приговорен к вынесению строгого выговора.

Первоначально обвинение сделало уведомление об обжаловании решения об оправдании по первому обвинению и приговора по второму обвинению. Ответчик подал встречную апелляцию против осуждения по второму обвинению. Однако при слушании апелляции единственным вопросом, который оспаривала каждая сторона, была адекватность приговора по второму обвинению. Хотя при изложении обстоятельств дела обвинение предлагало усилить наказание, заменив строгий выговор увольнением со службы Ее Величества, в ходе прений адвокат обвинения просил, чтобы наказание увеличили до увольнения с лишением всех прав и привилегий, что является самым строгим наказанием за преступление по разделу 124. […]

АНАЛИЗ […]

Решение по ходатайству об обжаловании и по обжалованию приговора

Суд считает, что в апелляции поднимаются важные вопросы, и поэтому ходатайство об обжаловании приговора должно быть удовлетворено. […]

При истолковании наиболее благоприятным для ответчика образом установленных фактических обстоятельств, представление о которых члены суда получили из материалов дела, логично отметить отдельные наставления, данные судьей-адвокатом членам суда относительно требований к признанию подсудимого виновным по пункту обвинения 2. Например, он заявил членам суда:

> «Если у вас есть разумные основания для сомнения относительно того, что поведение майора Сьюарда или использованные им слова в контексте всех обстоятельств этого дела действительно являлись распоряжением его подчиненным плохо обращаться с пленными, то вы должны толковать эти сомнения в его пользу, и это будет означать, что обвинению не удалось доказать этот важнейший элемент вменяемого в вину преступления».

Тем не менее члены суда признали подсудимого виновным по пункту обвинения 2. Наставляя членов суда относительно понятия «небрежность» в разделе 124, на котором основан второй пункт обвинения, судья-адвокат заявил:

> «Если останавливаться подробнее на факторах, составляющих небрежность, я должен вам сказать, что с точки зрения права предполагаемая небрежность должна выходить за рамки простой ошибки в суждении. Простая ошибка в суждении не является небрежностью. Предполагаемая небрежность должна либо сопровождаться отсутствием рвения при исполнении возложенного на лицо воинского долга, либо представлять собой определенную меру безразличия или халатности со стороны майора Сьюарда в рассматриваемом деле или намеренное непринятие им надлежащих мер предосторожности».

Члены суда явно признали, что подобная небрежность имела место. […]

Короче говоря, надо полагать, члены суда пришли к заключению, что ответчик действительно отдал приказ о «плохом обращении», и что его действия при этом не являются всего лишь ошибкой в суждении. Он сам подтвердил, что шел при этом на «обдуманный риск» и что в его подготовке

или канадской доктрине не было ничего, что допускало бы использование этих слов при отдании приказов.

Основным вопросом в этой апелляции являлось то, в какой степени должны члены Общего военного суда или данного Суда, если вообще должны, принимать во внимание — в целях вынесения приговора — роковые события, последовавшие за отданием этого приказа. В защиту ответчика утверждалось, что, поскольку его оправдали по первому пункту обвинения (по обвинению в причинении телесных повреждений Шидане Абукару Ароне), смерть Ароне вследствие плохого обращения со стороны подчиненных ответчика не может быть обстоятельством, принимаемым во внимание в целях вынесения приговора. Пока члены суда отсутствовали, обвинитель настойчиво доказывал, что по вопросу о вынесении приговора им следует сообщить, что события, последовавшие за отданием ответчиком этого приказа, имеют отношение к делу, в особенности потому, что они отражают упадок дисциплины, которому, надо полагать, поспособствовал этот приказ. Частью этого упадка дисциплины стало избиение до смерти Ароне. Судья-адвокат не согласился с этим мнением и на самом деле сообщил членам суда следующее:

> «[…] Г-н председатель и члены суда, сообщаю вам с точки зрения права, что, поскольку вы признали подсудимого невиновным по первому пункту обвинения, при определении наказания вы не должны учитывать в качестве отягчающего обстоятельства телесные повреждения, нанесенные г-ну Ароне, или его смерть, а также замечания обвинителя на этот счет».

Единственным случаем, когда судья-адвокат упомянул о позиции обвинителя, стал длинный перечень из примерно 18 факторов, которые члены суда должны рассмотреть при вынесении приговора, включая «последствия его небрежности». Это выражение не получило ни разъяснения, ни развития.

По моему мнению, это было серьезным недостатком наставлений, данных судьей-адвокатом членам суда. Я полагаю, что он не уделил достаточного внимания установленным подробностям преступления, на основании которых ответчик был признан виновным, а именно: он небрежно исполнял свой воинский долг, что заключалось в следующем […] он, дав своим подчиненным указание, что пленных можно подвергать дурному обращению, не смог надлежащим образом осуществить командование своими подчиненными, как требовал его долг.

Этот пункт обвинения касался несостоятельности командования. Доказательства, если толковать их разумно и в некотором смысле наиболее благоприятным для ответчика образом, достаточно полно показывают, что это командование вызвало, в лучшем случае, замешательство во 2-й

десантной роте и, надо полагать, привело в конце концов к превышению полномочий некоторыми из подчиненных ответчика. Это сыграло свою роль не только в убийстве, в соучастии в котором ответчика признали невиновным, но также и в том, что несколько военнослужащих Канадских вооруженных сил совершили серьезные нарушения дисциплины и в конце концов были обвинены в серьезных правонарушениях. Некоторые из них в результате попали в тюрьму. Все эти вопросы вполне имели отношение к обвинению (как оно было подробно изложено) в том, что ответчик «не смог надлежащим образом осуществить командование своими подчиненными». Судья-адвокат особо и всерьез не затрагивал эту тему в своих наставлениях относительно вынесения приговора. Я считаю, что, учитывая очевидные обстоятельства, установленные членами суда, и рассматривая доказательства наиболее благоприятным для подсудимого образом, невозможно предположить, что получившие надлежащие наставления члены суда приняли бы решение о столь незначительном наказании, как строгий выговор.

Судья-адвокат не смог должным образом проинструктировать членов суда в связи с другим важным вопросом, а именно с приговорами, вынесенными другим военнослужащим, уже осужденным в связи с теми же событиями. Он сообщил членам судам, по просьбе обвинителя, о том, что рядового Элвина Кайла Брауна и бывшего сержанта Боланда признали виновными в том, что он описал как «нарушения дисциплины», за что Брауна приговорили к пяти годам тюремного заключения, а капрала Боланда — к 90 дням содержания под стражей. [...] Судья-адвокат ничего не сказал о том, как члены суда могут распорядиться этой информацией. В действительности обстоятельства осуждения и наказания бывшего сержанта Боланда имеют огромное значение для данного дела. И его, и Сьюарда осудили в соответствии с разделом 124 за небрежное исполнение воинского долга. Как и ответчик, Боланд не принимал непосредственного участия в нанесении ранений Ароне. Как и ответчик, Боланд был виновен в том, что не смог должным образом осуществить командование, но ни одного из них не признали виновным в соучастии в собственно пытках и убийстве Ароне. В случае ответчика, учитывая его оправдание по пункту обвинения 1, надо полагать, что было признано, что он не планировал и не мог по всей логике предвидеть, что кто-либо из его подчиненных будет настолько плохо обращаться с каким-либо пленным сомалийцем, что вызовет его смерть. В одном важном моменте позиция ответчика, конечно, менее достойна порицания, чем позиция Боланда: данный Суд признал, что Боланд имел достаточные основания знать, что Ароне угрожает непосредственная опасность со стороны его людей, и имел возможность вмешаться, однако не сделал этого. На самом деле, в некоторых его высказываниях в адрес Мэтчи и Брауна содержалось прямое потворство чрезвычайно дурному обращению с Ароне, кроме разве что его убийства.

Поэтому приговор, вынесенный Боланду, очень важен для сравнения, и это следовало объяснить членам суда, если только не считать, что нельзя сравнивать приговоры, вынесенные офицерам и военнослужащим сержантского состава. Приговор Боланда имеет значение для определения наказания ответчику; также важно отметить, что с момента суда над ответчиком и вынесения ему приговора наказание Боланда было увеличено с трех месяцев содержания под стражей до одного года тюремного заключения. Если приговор Боланда влияет на приговор ответчика, то теперь его следует считать указанием на увеличение наказания последнего.

Я пришел к выводу, что наказание в виде строгого выговора следует отменить, поскольку оно не является подобающим наказанием. Оно явно неоправданно и явно недостаточно, если учесть факты, которые Общий военный суд, надо полагать, обнаружил, факты, вполне доказанные, но не упомянутые в далеком от совершенства выступлении судьи-адвоката, и если учесть критерии, которые были или должны были быть представлены членам суда судьей-адвокатом. Повторюсь, члены суда признали его виновным в небрежном исполнении воинского долга, как оно было описано в пункте обвинения 2, а именно в том,

> «[…] он, дав своим подчиненным указание, что пленных можно подвергать дурному обращению, не смог надлежащим образом осуществить командование своими подчиненными, как требовал его долг». […]

В отрывке, который часто цитируют специалисты по военному праву, главный судья Лэмер в деле «Р. против Женере» сказал:

> «чтобы поддерживать вооруженные силы в состоянии готовности, военные должны эффективно и действенно обеспечивать соблюдение внутренней дисциплины. Нарушения воинской дисциплины следует разбирать быстро и *наказывать за них зачастую следует более строго, чем в случае такого же поведения со стороны гражданского лица*» (курсив наш. — авт.).

Я полагаю, справедливо будет предположить, что в любой хорошо организованной гражданской структуре приказ, отданный руководителем среднего звена и приведший к столь гибельным последствиям для его подчиненных и для организации, вызвал бы более серьезную реакцию, чем просто отрицательный отзыв в его личном деле, что равняется «строгому выговору».

Обвинение просило на суде наказания, включающего в себя увольнение с лишением всех прав и привилегий и «краткий период тюремного заклю-

чения, соответствующий тяжести его преступления». Хотя при изложении обстоятельств дела перед данным Судом обвинение предлагало усилить наказание, заменив строгий выговор увольнением со службы Ее Величества, в ходе прений адвокат обвинения просил, чтобы наказание еще больше увеличили до увольнения с лишением всех прав и привилегий, что является самым строгим наказанием, предусмотренным в разделе 124. Как отмечалось ранее, мы дали адвокату еще одну возможность, отвечая на наши вопросы, опротестовать вероятность наложения максимального наказания или какого-либо менее сурового наказания, которое все же было бы строже первоначального.

Рассмотрев все представленные доводы, я пришел к выводу, что подобающим наказанием был бы краткий срок тюремного заключения, который я бы установил в три месяца, вкупе с увольнением со службы Ее Величества. Это не самое строгое наказание, заключающееся, как того требовало обвинение, в увольнении с лишением всех прав и привилегий, и не максимальный срок тюремного заключения в связи с таким преступлением, который может достигать двух лет. Я полагаю, что это наказание входит в приемлемый диапазон наказаний, особенно учитывая наказание в один год тюремного заключения, наложенное данным Судом на Боланда. Конечно, строгий выговор, решение о котором принял Общий военный суд, не попадает в этот диапазон, если принять во внимание те опасные обстоятельства, при которых этот относительно старший офицер умышленно отдал неоднозначный — и рискованно неоднозначный — приказ. Он не только произнес его, но и, по сути, повторил, когда получил вопрос о его смысле. Хотя было признано, что он лично и непосредственно не связан с избиением и убийством Ароне, в отличие от Боланда, который находился ближе и имел возможность знать, что может произойти, Сьюард был гораздо старше по званию, будучи офицером и командиром всей 2-й десантной роты. Его образование, подготовка и опыт, гораздо большая ответственность, лежавшая на нем как на командире, предполагали более высокую меру заботливости, которую он не проявил.

Хотя я признаю, на основании представленных военному суду доказательств, что 2-я десантная рота действовала в очень сложной ситуации, эта ситуация не включала в себя активные военные действия. Ничто не указывает на то, что проблема шпионов представляла собой серьезную угрозу жизни или безопасности военнослужащих подразделения майора Сьюарда. На что доказательства указывают, так это на существование сложной обстановки для поддержания боевого духа и дисциплины, в которой отдание приказов требовало особой осторожности. Любой вынесенный приговор должен послужить фактором, сдерживающим такое неосторожное поведение со стороны командиров, которое, в конечном счете, является неспособностью выполнить свои обязанности как перед своими подразделениями, так и перед Канадой. […]

Я полагаю, что наказание, заключающееся в трех месяцах тюремного заключения и увольнении, будет подобающим наказанием. […]

Подписано главным судьей Б. Л. Стрейером

ОБСУЖДЕНИЕ

1. Какие нормы МГП нарушила Канада в отношении обращения с Ароне? (См. статьи 27, 31 и 32 Конвенции IV.)

2. Сьюард стоял выше в иерархии, чем те, кто пытал и убил Ароне?

3. a. Сьюард знал или имел в своем распоряжении информацию, которая должна была дать ему возможность прийти к заключению, что его подчиненные собираются совершить нарушение МГП? По мнению Суда? По вашему мнению? Как можно считать, что Сьюард «не планировал и не мог по всей логике предвидеть, что кто-либо из его подчиненных будет настолько плохо обращаться с каким-либо пленным сомалийцем, что вызовет его смерть», если он велел им «плохо обращаться» с пленными? Правильную ли проверку по МГП применил Суд для оценки осведомленности и умысла Сьюарда? (См. статьи 86(2) и 87(3) Протокола I.)

   b. Принял ли Сьюард все практически возможные меры для предотвращения нарушения?

   c. Сьюард нес ответственность за это нарушение только как командир, или он также являлся соучастником, сообщником или подстрекателем? Разве он на самом деле не приказал своим подчиненным совершить нарушение?

   d. Как вы объясните, принимая во внимание обстоятельства, описанные в решениях по трем делам (см. **Прецедент № 169** и **Прецедент № 170**), что Сьюард был признан невиновным по обвинению в том, что «он незаконно причинил телесные повреждения Ароне»? Канада нарушила МГП, оправдав его? Может ли государство нарушить свои международные обязательства посредством оправдательного приговора, вынесенного независимым и беспристрастным судом? Разве для соблюдения международного права недостаточно осуществления судебного преследования? (См. статьи 49/50/129/146 соответственно четырех Женевских конвенций.)

4. В достаточной ли степени Канада выполнила свое обязательство преследовать в судебном порядке лиц, совершивших серьезные нарушения, привлекая к суду непосредственных исполнителей за нарушение МГП и вышестоящих должностных лиц за небрежное исполнение их воинского долга? Чтобы нормы МГП были соблюдены, должны ли были осудить и вышестоящих офицеров как соучастников пыток или подстрекателей? МГП всего лишь требует, чтобы совершение серьезных нарушений было наказуемо, но оставляет на усмотрение национального законодательства решение о том, совершили ли вышестоящие лица то же нарушение, что и их подчиненные, или отдельное нарушение, заключающееся в небрежном исполнении их долга в качестве командиров?

5. Кажется ли вам подобающим приговор, вынесенный Сьюарду? Какие факторы необходимо принять во внимание?

6. Каковы объективные факторы, которые могли привести этих лиц к совершению преступлений?