

Освещая проблему черной дыры в праве: международное право и заключение лиц под стражу за грани- цей в ходе «войны с терроризмом»

Сильвия Борелли *

Д-р философии, Университет «Universita degli Studi», Милан; приглашенный научный сотрудник, Британский институт международного и сравнительного права, Лондон.

«Наша война с терроризмом начинается с группировки «Аль-Каеда», но этим она не заканчивается. Она не закончится до тех пор, пока не будут обнаружены и уничтожены все террористические группировки, осуществляющие свою деятельность по всему миру». Джордж Буш, Обращение к Совместному заседанию палат Конгресса и американскому народу 20 сентября 2001 г.

Краткое содержание

Тысячи человек были заключены под стражу за границей в связи с ведением «войны с терроризмом» – как в период вооруженных конфликтов в Аф-

* Автор хотел бы выразить свою благодарность Саймону Оллесону за его полезные замечания в ходе работы над этой статьей.

ганистане и Ираке, так и в результате транснациональных правоприменительных операций. Данная работа содержит доводы в пользу того, что, независимо от противоположных позиций, которых придерживаются некоторые государства, положения о защите, предусмотренной международным гуманитарным правом и (или) международным правом прав человека, остаются применимыми в отношении этих лиц, где бы они не содержались под стражей. Кроме того, в работе рассматриваются недавние решения, вынесенные национальными судами и международными органами, в которых, как представляется, подтверждаются международные стандарты.



«Глобальная война с терроризмом», ведущаяся Соединенными Штатами и их союзниками после 11 сентября, уже по определению переходит национальные границы. Сам характер «противника» в этой, т. н. «войне» предполагает, что государства должны предпринимать действия против международных террористических организаций не только на своей территории, но зачастую и за пределами своих государственных границ, на суверенных территориях других государств. Если в прошлом большая часть антитеррористических действий носила характер внутренних правоприменительных операций, осуществляемых правительствами на своей собственной территории, то после 11 сентября большинство операций в «войне с терроризмом» осуществлялось за национальными границами государств, возглавляющих кампании, зачастую, хотя и не всегда, с согласия и при сотрудничестве государств, чьей суверенной территорией являлось место проведения операций.¹ Из-за экстерриториального характера этих операций во многих случаях захваченные лица заключались под стражу вооруженными силами или невоенными правоприменительными органами, действующими за пределами своей государственной территории.

«Заключение под стражу за границей» в очень широком смысле может быть определено, как лишение лица свободы против его воли² представителями государства, действующими за пределами суверенной терри-

1 Например, удар, нанесенный беспилотной крылатой ракетой в Йемене, убившей шесть человек, подозреваемых в терроризме: J. Risen and J. Miller. «U.S. is reported to kill al Qaeda leader in Yemen», *New York Times*, 5 November 2002. Кажется, что Йемен предварительно согласился на осуществление этой акции и сотрудничал с теми, кто ее проводил, хотя в репортажах содержались определенные нюансы: см., например, W. Pincus, «Missile strike carried out with Yemeni cooperation», *Washington Post*, 6 November 2002.

2 В этом отношении, определение никоим образом не ограничено содержанием под стражей осужденных преступников или подозреваемых перед судебным разбирательством, но включа-

тории этого государства. В данной работе следует считать, что указанный термин также распространяется на исключительные ситуации, когда лицо задерживается третьим государством по требованию и при эффективном контроле со стороны агентов другого государства.

Заключение под стражу за границей является отнюдь не новым явлением; международное гуманитарное право явным образом предусматривает, что государства будут задерживать лиц за пределами своих государственных территорий, особенно в ходе международного вооруженного конфликта и военной оккупации, и в некоторых обстоятельствах требует такого задержания. Кроме этого, в ходе проведения транснациональных правоприменительных операций люди зачастую оказываются под стражей органов государства иного, нежели территориальное государство, например, при переводе из-под стражи в одном государстве под стражу в другом государстве в случаях экстрадиции/выдачи.

Однако данное явление представляет особый интерес в связи с «войной с терроризмом» не только из-за беспрецедентного числа лиц, заключенных под стражу за пределами территории государств, удерживающих их, но и потому, что случаи такого заключения под стражу, помимо прочего, привели и к возникновению правового противоречия в вопросе о том, какие международные правовые нормы, предусматривающие защиту (если таковые вообще существуют), применимы к лицам, содержащимся под стражей. После 11 сентября некоторые государства начали санкционировать задержание лиц за границей, не признавая в то же время применимость правовых гарантий, которые в силу как внутреннего, так и международного права, являются общепризнанными в качестве средств защиты лиц, лишенных свободы.

Независимо от того, в каких пределах и можно ли считать эти аргументы правомерными в рамках внутригосударственного законодательства, неоспоримым является то, что в соответствии с международным правом они по сути своей порочны. Позиция, заключающаяся в том, что, удерживая под стражей лиц в ходе «войны с терроризмом» за пределами национальной территории государства, государственные власти могут обойти некоторые или все гарантии и ограничения, налагаемые на дей-

ет любую форму лишения свободы, в том числе содержание под стражей военнопленных во время вооруженного конфликта, интернирование в период военной оккупации и административное задержание (например, нелегальных иммигрантов в ожидании высылки), а также такие виды задержания *de facto*, которые не могут быть с легкостью отнесены к любой из этих традиционных категорий. Это определение также достаточно широко, чтобы включить случаи, когда да агенты какого-либо государства задерживают и заключают под стражу лицо за пределами территории государства, которое они представляют, независимо от согласия и сотрудничества государства, на территории которого осуществляется задержание.

ствия государств, заложенные в международном гуманитарном праве (МГП)³ и (или) в международном праве прав человека⁴, не оправдана.

Практическое значение точного определения, какие нормы применимы в отношении обращения с лицами, лишёнными свободы в ходе «войны с терроризмом», неоднократно подчеркивалось в течение последних трех лет и особенно Международным Комитетом Красного Креста. В сентябре 2004 г. МККК напомнил, что на основании «его многолетнего опыта посещения мест содержания под стражей в очень разных и быстро меняющихся обстоятельствах» было очевидно, что «произвол и правонарушения можно предотвратить только путем определения четких правовых рамок, которых необходимо строго придерживаться»⁵.

Общая цель данной работы заключается в том, чтобы попытаться выяснить, какие же нормы международного права применимы к лицам, содержащимся под стражей за границей в ходе «войны с терроризмом», и, в частности, показать, что несмотря на доводы, выдвигаемые некоторыми государствами, указанные лица не оказываются в «правовой черной дыре»⁶, лишённые какой бы то ни было международной правовой защиты. Мы начинаем с рассмотрения такого явления, как экстерриториальное заключение под стражу в связи с «войной с терроризмом». Затем, в основном разделе статьи, обсуждается применимость норм МГП и международного права прав человека к лицам, задержанным за границей в ходе «войны с терроризмом», при этом сопоставляются позиции по этому вопросу раз-

3 В частности, защита лиц, лишённых свободы, предусмотренная Третьей Женевской конвенцией от 12 августа 1949 г. об обращении с военнопленными (далее ЖК III); Четвертой Женевской конвенцией от 12 августа 1949 г. о защите гражданского населения во время войны (далее ЖК IV); Дополнительным Протоколом к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающимся защиты жертв международных вооружённых конфликтов (Протоколом I), от 8 июня 1977 г. и вступившим в силу 7 декабря 1978 г. (далее «ДПП»).

4 В центре внимания – основные документы международного права прав человека или региональные документы, которые являются особо уместными, поскольку применимы к одному из основных действующих лиц: Международный пакт о гражданских и политических правах, Нью-Йорк, 16 декабря 1966 г., (далее МПГПП); Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, Рим, 4 ноября 1950 г., (далее «ЕКПЧ»); American Convention on Human Rights, San José, 22 November 1969, OAS Treaty Series, No. 36 (далее «АКПЧ») Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания; Нью Йорк, 10 декабря 1984 г., (далее «КПП»).

5 International Committee of the Red Cross, «ICRC reactions to the Schlesinger Panel Report», 8 September 2004, para. I (A), доступно на в Интернете по адресу: <http://www.icrc.org> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.)

6 См. материалы Апелляционного суда Великобритании по делу *R (on the application of Ferroz Abbasi and another) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598, где он выражает свою озабоченность (at para. 64) по поводу того, как заявитель содержался под стражей в Гуантанамо, при этом отметив, что «г-н Аббаси в настоящее время вследствие произвола содержится в «правовой черной дыре», что очевидно противоречит основным принципам, признанным (американской и английской) юрисдикциями и международным правом. См. также Johan Steyn, «Guantánamo Bay: The legal Black hole» (the 27th FA Mann Lecture, November 25, 2003), перепечатано в *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004, p. 1.

личных государств, которые, в основном, и осуществляют экстерриториальные задержания. За кратким анализом характера «войны с терроризмом» следуют подразделы, рассматривающие применимость МГП к лицам, захваченным во время вооруженных конфликтов в Афганистане и Ираке, вопрос о продолжающейся применимости права прав человека в ситуации вооруженного конфликта, принципы, касающиеся экстерриториального применения права прав человека, и принцип *non-refoulement* (принцип отказа от высылки). В последнем разделе сделан краткий обзор последних событий, которые, как представляется, демонстрируют, что, видимо, подтверждается традиционное понимание того, что положения о защите, предусматриваемой МГП и международным правом прав человека, применимы ко всем лицам, содержащимися под стражей государством, независимо от места их содержания.

В центре внимания – применимость двух потенциально связанных отраслей права; поэтому, отсутствует подробный анализ содержания материально-правовой защиты, предусмотренной международным правом прав человека и МГП, хотя ссылки на эти нормы обязательно делаются.⁷

Явление экстерриториального задержания в ходе «войны с терроризмом»

В результате военных операций и операций по обеспечению безопасности, которые осуществляли США с начала военных действий в Афганистане и Ираке, всего силами США было задержано 50000 человек.⁸

Тысячи людей были захвачены в плен войсками Коалиции во время конфликта в Афганистане. Первоначально они содержались под стражей Коалиционными войсками в Афганистане или на кораблях военно-морских сил США, находящихся в регионе. С тех пор подавляющее большинство пленных были переданы новым афганским властям. Однако некоторые из них до сих пор находятся в местах содержания под стражей, контролируемых войсками Коалиции и расположенных на территории Афганистана и Пакистана.⁹

7 Более подробное рассмотрение материально-правовых гарантий см. в S. Borelli, «The treatment of terrorist suspects captured abroad: Human rights and humanitarian law», Al Bianchi (ed.), *Enforcing International Law Norms against International Terrorism*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 39.

8 «Final report of the independent panel to review DoD detention operations», 24 August 2004, доступен в Интернете по адресу: <<http://news.findlaw.com/wp/docs/dod/abughrabrt.pdf>>, p. 11 (последнее посещение 10 февраля 2005 г.).

9 См. Amnesty International, *Report 2004*, «United States of America», доступен в Интернете по адресу: <www.amnesty.org>; см. также Human Rights First, «Ending secret detentions», June 2004, pp. 3-4, доступен в Интернете по адресу: <www.humanrightsfirst.org/us_law/PDF/EndingSecretDetentions_web.pdf>, (10 февраля 2005 г.), где перечисляется большое количество выявленных и предполагаемых мест содержания под стражей как в Афганистане, так и в других местах. В не-

Кроме того, с начала 2002 г. Соединенные Штаты перевели сотни людей, подозреваемых в том, что они являются участниками «Аль-Каеды» или движения «Талибан», на американскую базу в Заливе Гуантанамо. Согласно заявлениям высокопоставленных должностных лиц Министерства обороны США, задержанные были переведены в Гуантанамо либо потому что это было важно в «разведывательных целях», либо считалось, что они «продолжают представлять собой значительную угрозу» для Соединенных Штатов. «Те немногие, которых мы выбрали, попали в Гуантанамо для выяснения их ценности в разведывательных целях».¹⁰

Аналогичным образом, согласно официальным источникам, к концу октября 2004 г. более восьми тысяч лиц удерживались вооруженными силами США на территории самого Ирака.¹¹ Сразу же по завершении там «основных операций» в мае 2003 г.¹², США создали в Ираке сеть тюрем и других мест содержания под стражей, где находятся и подвергаются допросам лица¹³, арестованные во время военных действий. В то время как большинство пленных, захваченных в период конфликтов в Афганистане и Ираке, содержатся под стражей Соединенными Штатами, меньшее их число было взято в плен другими силами Коалиции.¹⁴

давнем докладе независимой правозащитной организации утверждается, что, помимо содержания пленных на печально известной базе Гуантанамо, «Соединенные Штаты, возможно, содержат под стражей лиц почти в сорока тюрьмах за границей – в Афганистане, Ираке и в других местах»: см. Human Rights Watch, «The United States' 'disappeared'. The CIA's long-term 'ghost detainees'», Briefing Paper, October 2004, p. 4.

- 10 См. «Press briefing by White House Counsel Judge Alberto Gonzales ...», Office of the Press Secretary of the White House, 22 June 2004 г, доступно в Интернете по адресу: <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/06/20040622-14.html>> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.). С 11 января 2002 г., когда была привезена первая группа узников, на военно-морской базе США в Гуантанамо содержалось более 750 человек.
- 11 См. В. Graham, «Offensives create surge of detainees», *Washington Post*, 27 November 2004.
- 12 См. «Remarks by the President from the USS Abraham Lincoln...» 1 May 2003, доступно в Интернете по адресу: <www.whitehouse.gov> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.).
- 13 См. Human Rights Watch, «Iraq: Background on US detention facilities in Iraq», 7 May 2004, доступно в Интернете по адресу: <<http://hrw.org/english/docs/2004/05/07/iraq8560.htm>>. В докладе содержится перечень десяти основных мест заключения и «некоторое число иных мест заключения, расположенных в лагерях США для военнопленных, в качестве временных мест содержания для проведения первичных и вторичных допросов». См. также Human Rights First, «Ending secret detentions» op. cit. (9 выше).
- 14 В ходе недавнего изучения доклада Великобритании перед Комиссией против пыток делегация Великобритании следующим образом описала операции Соединенного Королевства по задержанию лиц в Ираке и Афганистане: «Первоначально, лица, задержанные британскими войсками в Ираке, были помещены в тюрьму США в лагере Букка. (...) С 15 декабря 2003 г. лица, интернированные Великобританией, были помещены в контролируемую Великобританией дивизионную тюрьму для временного содержания в Шайбахе на юге Ираке. Она является единственным местом содержания под стражей в Ираке, в котором содержатся все лица, интернированные Великобританией». «Хотя число лиц, интернированных Великобританией, в какой-то момент времени составляло несколько сот, мы регулярно пересматривали их дела и отпускали лиц, которые более не представляли для нас никакой угрозы. На 14 ноября 2004 г. в Шайбахе содержались под стражей лишь 10 интернированных»; «В Афганистане у нас есть только одно временное место содержания под стражей в Кэмп Саутер в Кабуле, которое в на-

Однако число лиц, содержащихся под стражей за границей в рамках «войны с терроризмом», не ограничивается теми, кто был взят в плен во время военных операций, возглавляемых США в Афганистане, и во время войны в Ираке, а также во время последующей оккупации войсками Коалиции. С 11 сентября 2001 г. производились другие аресты и задержания в ходе правоприменительных операций, осуществляемых по всему миру государствами, участвующими в борьбе с международным терроризмом.¹⁵ Лица, захваченные Соединенными Штатами, в ряде случаев были переданы в руки компетентных властей соответствующего государства территориальной юрисдикции; во многих случаях, однако, они были переведены в Залив Гуантанамо или иные места содержания под стражей, находящиеся за пределами территории Соединенных Штатов, местонахождение которых не разглашается.¹⁶

Помимо озабоченности, которую вызывают условия содержания под стражей и обращение с лицами, задержанными за границей вооруженными силами США или правоприменительными органами Соединенных Штатов, более серьезные опасения связаны с настойчивыми сообщениями о переводах лиц, которые удерживаются Соединенными Штатами в качестве подозреваемых в терроризме и молчат на допросах, в зарубежные страны для дальнейшего допроса. Хотя в некоторых случаях переведенное лицо изначально было обнаружено на территории Соединенных Шта-

стоящее время пустует. Это место содержания под стражей использовалось менее пятнадцати раз со времени его постройки». Opening address, 17 November 2004 г., доступно в Интернете по адресу: <<http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/UKOpening.pdf>>, paras. 93; 96-97 (последнее посещение 10 февраля 2005 г.).

- 15 В конце января 2003 г. в своем Обращении о положении дел в стране Президент США заявил, что «более 3000 лиц, подозреваемых в терроризме, были арестованы во многих странах. Многим другим была уготована иная судьба. Иначе говоря, они больше не представляют проблемы для Соединенных Штатов и наших друзей и союзников». См. G.W. Bush, «State of the Union Address», 28 January 2003, доступно в Интернете по адресу: <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/01/20030128-19.html>> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.).
- 16 Согласно новостным сообщениям, поступившим вскоре после нападения 11 сентября, Президент Соединенных Штатов подписал секретное распоряжение, уполномочивающее ЦРУ вернуть за пределами США сеть секретных центров для содержания под стражей и проведения допросов, где к представляющим большой интерес заключенным можно было бы применять методiku допросов, которая запрещена по законодательству Соединенных Штатов. Правительство США заключило с рядом иностранных правительств соглашения о «статусе сил», позволяющие Соединенным Штатам создавать центры (под контролем ЦРУ) для допросов и гарантирующие иммунитет персоналу США и частным подрядчикам; см. J. Barry, M. Hirsh and M. Isikoff, «The roots of torture», *Newsweek*, 24 May 2004; D. Priest and J. Stephens, «Secret world of US interrogation: Long history of tactics in overseas prisons is coming to light», *Washington Post*, 11 May 2004. См. также D. Priest and S. Higham «At Guantánamo, a prison within a prison», *Washington Post*, 17 December 2004: «ЦРУ, предположительно, содержит около трех десятков лидеров группировки «Аль-Каеда» под стражей в засекреченных местах (...) Места содержания под стражей, контролируемые ЦРУ, кроме специально выделенной зоны в Заливе Гуантанамо, были размещены в закрытой зоне авиабазы Баграм в Афганистане, на судах, находящихся в море, и на Британском острове Диего Гарсиа в Индийском океане».

тов,¹⁷ целый ряд лиц, подозреваемых в терроризме и схваченных агентами США, действующими на территории третьего государства, были сразу же переведены в другие страны посредством процедур выдачи, которые не предусматривают соблюдения даже минимальных норм, предписанных применимыми международными процедурами экстрадиции.¹⁸ Некоторые страны, принимающие подозреваемых, имеют крайне негативную репутацию в вопросе соблюдения прав человека и, в частности, применяют пытки и иные незаконные методы допроса.¹⁹ Кроме того, известен ряд случаев незаконной выдачи лиц государствами представителям США, находящимся за пределами США, которые затем передавали лицо (или лица) третьим государствам.²⁰ Наконец, случаи, вызывающие наибольшую озабоченность, связаны с лицами, которые «исчезли» после захвата вооруженными силами США или передачи им, и чье местонахождение абсолютно неизвестно.²¹

Что касается США, то кажется ясным, что решение арестовывать людей за границей в рамках «войны с терроризмом» обусловлено, по крайней мере частично, тем, что до тех пор, пока они содержатся за пределами государственной территории, у военных и иных органов руки не будут связаны нормами, касающимися правовой защиты в национальном (и международном) праве, как это могло бы быть в случае содержания их под стражей на своей территории. Это явным образом следует из ряда внутренних меморандумов консультативно-правового характера, адресованных администрации Буша, которая постоянно пытается доказать, что либо Соединенные Штаты не связаны определенными обязательствами, либо некоторые международные обязательства просто не применимы к новой парадигме «вой-

- 17 См., например, D. Priest, «Top justice aide approved sending suspect to Syria» *Washington Post*, 19 November 2003, где сообщается о гражданине Канады (сирийского происхождения), который был арестован в момент пересадки в аэропорту США и через Иорданию перевезен в Сирию, где он (согласно его заявлению) подвергается пыткам.
- 18 См. D. Priest and B. Gellman, «US decries abuse but defends interrogations: Stress and duress tactics used on terrorism suspects held in secret overseas facilities», *Washington Post*, 26 December 2002; см. также Amnesty International, *op.cit.* (примечание 9).
- 19 В число этих стран входят, например, Египет, Сирия, Иордания, Саудовская Аравия и Марокко. См. R. Chandrasekaran and P. Finn, «US behind secret transfer of terror suspects», *Washington Post*, 11 March 2002.
- 20 См., например, статью C. Whitlock, «A secret deportation of terror suspects», *Washington Post*, 25 July 2004, в которой описана выдача двух лиц, подозреваемых в связях с группировкой «Аль-Каеда», которые были арестованы в Швеции, а затем незаконно переданы в руки агентов ЦРУ, а затем - Египту, где, предположительно, они подверглись пыткам. См. также статью D. van Natta and S. Mekhennet, «Germans claim of kidnapping brings investigation of US link», *New York Times*, 9 January 2005, описывающую предполагаемый арест и заключение под стражу в Македонии гражданина Германии, который затем был передан в руки агентов США и переправлен в Афганистан для допроса, на которых, как он утверждает, к нему применялись пытки.
- 21 См. Human Rights Watch, *loc. cit.* (примечание 9). См. также Priest and Higham, *op.cit.* (примечание 16).

ны с терроризмом», либо указанные обязательства не применимы к представителям Соединенных Штатов, действующим за границей.²²

Правовые основания из международных документов

Предварительные рассуждения: многоликий характер «войны с терроризмом»

Любая попытка четко разъяснить нормы, применимые к лицам, задержанным в ходе «войны с терроризмом», должна начинаться с признания многоликости характера такой «войны»²³.

Независимо от того, насколько привлекательной оно могло бы оказаться для средств массовой информации или в качестве ораторского приема в политических рассуждениях, понятие «войны с терроризмом» – т. е. вооруженного конфликта²⁴, инициированного против свободно организованной транснациональной террористической сети – не выдерживает анализа с точки зрения международного права.²⁵ Однако же неоспоримо

- 22 По-видимому, основная мотивация перевода заключенных на базу Гуантанамо заключалась в том, что она является «юридическим эквивалентом космического пространства» в праве»; см. работу Barry, Hirsh and Isikoff, *op. cit.* (примечание 16), (в которой цитируется чиновник администрации). Внутренний меморандум от 28 декабря 2001 г. из Управления юридического советника при Министерстве Юстиции выразил точку зрения, согласно которой национальные суды США не обладают юрисдикцией ни рассматривать вопрос о правомерности содержания под стражей лиц, заключенных в Гуантанамо, ни принимать к рассмотрению жалобы, касающиеся дурного обращения с ними (*там же*). Помимо этого, были сообщения в прессе о существовании иных, неизданных меморандумов, в которых говорится о том, что в тех случаях, когда «правительственные должностные лица (...) рассматривают применение процедур, которые могут привести к нарушению ими американского законодательства, запрещающего пытки и унижающее обращение, или Женевских конвенций, они не будут нести никакой ответственности, если можно доказать, что заключенные формально содержатся под стражей в другой стране». Такой совет, по всей видимости, был основан на том, что «ответственность будет нести эта другая страна»; см. J. Risen, D. Johnston and N.A. Lewis, «Harsh CIA methods cited in top al Qaeda interrogations», *New York Times*, 13 May 2004.
- 23 Вопрос о характере «войны с терроризмом» с правовой точки зрения является предметом широкого обсуждения в научных кругах: см., например, J. Fitzpatrick, «Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on terrorism», *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 345, in particular, pp. 346-350; C. D. Greenwood, «International law and the 'war against terrorism'», *International Affairs*, Vol. 78, 2002, p. 301; G. Abi-Saab, «Introduction: The proper role of international law in combating terrorism» in A. Bianchi (ed.), *Enforcing International Law Norms Against International Terrorism*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. xiii.
- 24 В течение некоторого времени понятие «война» не признавалась в контексте МГП, поскольку было заменено понятием «вооруженного конфликта» как международного, так и немеждународного характера. См. статью 2, общую для Женевских конвенций, и C. D. Greenwood, «The concept of war in modern international law», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, 1987, p. 283.
- 25 Возобновившиеся усилия в борьбе против международного терроризма, которая началась после 11 сентября, нельзя в целом характеризовать в качестве вооруженного конфликта, как он определяется современным международным правом: транснациональный характер операций, проводимых в контексте «войны с терроризмом», в сочетании с тем фактом, что в настоящий момент в проведение этих операций вовлечена международная коалиция, однозначно исключает возможность квалифицировать эту «войну», как внутренний вооруженный конфликт. Не может она квалифицироваться и как международный вооруженный конфликт, поскольку общепризнано, что международное право не признает возможность международного вооружен-

и то, что в более широком контексте «войны с терроризмом» два международных вооруженных конфликта *stricto sensu* (в прямом смысле) имели место, а именно, конфликты в Афганистане и Ираке.²⁶

Однако, по мнению тех, кто применяет это понятие, «война с терроризмом» распространяется далеко за пределы конфликтов в Афганистане и Ираке и охватывает все антитеррористические операции, имевшие место с сентября 2001 г. В то время как большая часть этих операций проводилась на территории соответствующих государств и силами этих государств, ряд таких операций носил транснациональный характер и осуществлялся с привлечением правоприменительных организаций и вооруженных сил нескольких государств. С точки зрения международного права последние не являются частью какой-либо «войны» или какого-либо вооруженного конфликта, и их следует считать правоприменительными операциями международного масштаба против транснациональной преступной организации.²⁷

Поэтому необходимо проводить различие между захватом в плен и задержаниями, которые имели место в условиях вооруженного конфликта *stricto sensu* (в прямом смысле), т. е. в период конфликтов в Афганистане и Ираке и последующей оккупации, с одной стороны, и арестами и задержаниями, которые имели место в ходе проведения правоприменительных операций, с другой.

Несмотря на существующие различные точки зрения, положения МГП, регулирующие международные вооруженные конфликты (и военную оккупацию) были в полной мере применимы к конфликтам в Ираке и Афганистане.²⁸ Кроме того, как будет более подробно рассмотрено ниже, ряд

ного конфликта, возникшего между государством (или группой государств) и частной организацией, не являющейся государством (см., например, Greenwood, *op. cit.* (примечание 23), и G. Abi-Saab, *op. cit.* (примечание 23), с. xvi: «Согласно международному праву, «война» или «вооруженный конфликт» обязательно включает признанные субъекты международного права, могущие быть распознанными по территориальному признаку ...». См. также A. Cassese «Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law», *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, p. 993.

26 В отношении конфликта в Афганистане см. Borelli, *op. cit.* (примечание 7), с. 40-41. Однако следует отметить, что не все комментаторы называют конфликт в Афганистане международным; некоторые называют его «интернационализированным» вооруженным конфликтом: см. A. Roberts, «Counter-terrorism, armed force and the laws of war», *Survival*, Vol. 44, 2002, p. 7. Об этом см. H-P. Gasser, «Internationalized non-international armed conflicts: Case studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon», *American University Law Review*, Vol. 33, No. 1, Fall 1983, pp. 145-61, и Дж. Г. Спюарт, К единому определению вооруженного конфликта в международном гуманитарном праве: анализ интернационализированного вооруженного конфликта. Международный журнал Красного Креста, 2003, с. 129.

27 См. C. D. Greenwood, «The law of war (international humanitarian law)», в M.D. Evans (ed.) *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 793, где говорится о «подпольном террористическом движении, прибегающем к преступному насилию».

28 В этом отношении можно отметить, что, несмотря на продолжающиеся ссылки на «войну с терроризмом», на настоящий момент не существует никаких международных вооруженных кон-

положений международного права прав человека были и остаются применимыми к лицам, заключенным под стражу в этом контексте.

И, наконец, в том, что касается правоприменительных операций, проводимых вне рамок двух вооруженных конфликтов, хотя положения МГП и не применимы к таким операциям,²⁹ международное право прав человека применимо в полной мере.³⁰

Содержание под стражей в связи с вооруженным конфликтом (военной оккупацией): применимость положений международного гуманитарного права, предусматривающих защиту

Хотя в начале двух вооруженных конфликтов в Афганистане и Ираке все вовлеченные государства являлись участниками Женевских конвенций,³¹ основные государства – члены Коалиции заняли очень разные позиции по вопросу о применимости положений этих Конвенций, предусматривающих защиту. В то время как Соединенное Королевство не оспаривало общую применимость Женевских конвенций к конфликтам в Афганистане и Ираке³², США заняли весьма противоречивую позицию (в частности, в отношении конфликта в Афганистане), основанную на своеобразной предпосылке о том, что военные операции в Афганистане осуществлялись в рамках двух различных «войн».

Применимость Женевских конвенций к первой «войне» между силами Коалиции и движением «Талибан» не оспаривалась.³³ Однако подход

фликтов в чистом виде: конфликт в Афганистане закончился (хотя никакого официального заявления об окончании войны сделано не было); аналогичным образом 1 мая 2003 г. было объявлено об окончании крупномасштабных боевых операций в Ираке, и оккупация закончилась, когда власть была официально передана иракскому временному правительству 28 июня 2004 г. См. *op. cit.* (примечание 12) и Council Resolution 1546 (2004). Следует отметить, что военнопленные должны быть освобождены «тотчас же» по окончании военных действий (ЖК III, ст. 118(1)), если им не предъявлено обвинение в совершении преступлений (ст. 119(5)). Лица, находящиеся под защитой ЖК IV, которые были интернированы во время конфликта, должны быть освобождены как можно скорее по окончании военных действий (ст. 133); однако, лица, продолжающие находиться под стражей после окончания вооруженного конфликта остаются под защитой ЖК IV до их освобождения (ЖК IV, ст. 6(4)).

29 Хотя положения МГП, касающиеся защиты лиц, и неприменимы, некоторые права, предоставленные государствам (например, содержать под стражей без предъявления обвинения или интернировать) также неприменимы.

30 С учетом возможности частичных ограничений, предусмотренной условиями соответствующего документа. См. ниже, «Применимость права прав человека в период вооруженных конфликтов или чрезвычайных ситуаций».

31 О ратификации Женевских конвенций см. <www.icrc.org>.

32 Хотя Соединенное Королевство придерживается той точки зрения, что применимость Конвенций к Ираку прекратилась в момент передачи власти в Ираке Временному правительству 28 июня 2004 г.; в частности, см. письменный ответ г-на Хуна от 1 июля 2004 г. (423 HC Deb. (2003-2004), 419w).

33 George W. Bush, Memorandum on 'Humane treatment of Taliban and al-Qaeda detainees', 7 February 2002, para. 2(b); доступно в Интернете по адресу: <http://pegc.noip.info/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf>.

США к вопросу о статусе лиц, задержанных в период указанного конфликта, не согласовывался с такой позицией и фактически лишал формальное признание применимости Конвенций какого бы то ни было практического значения: 27 февраля 2002 г. США заявили, что, хотя в принципе Женевские конвенции и применимы к членам движения «Талибан», бойцы движения «Талибан», взятые в плен в Афганистане, не могли считаться военнопленными на основании Третьей Женевской конвенции, поскольку они являлись «незаконными комбатантами», так как не удовлетворяли требованиям статьи 4 указанной Конвенции.³⁴

Что же касается другой «войны», которая велась на афганской территории против группировки «Аль-Каеда», позиция администрации заключалась в том, что «никакие положения Женевы [sic.] не применимы к нашему конфликту с группировкой «Аль-Каеда» ни в Афганистане, ни в любой другой точке мира, поскольку, помимо прочего, группировка «Аль-Каеда» не является Высокой Договаривающейся Стороной Женевы [sic.]»³⁵, следовательно, члены группировки «Аль-Каеда» не могут считаться военнопленными.³⁶ Таким образом, по мнению администрации США все лица, захваченные во время конфликта в Афганистане, являются, «незаконными комбатантами»³⁷, которые не «имеют никаких прав в соответствии с Женевской конвенцией [sic.]»³⁸

В отношении лиц, взятых в плен во время конфликта в Ираке и последующей оккупации, у США был иной подход. С первых дней конфликта Соединенные Штаты признали, что Женевские конвенции в полной мере применимы к лицам, взятым в плен во время конфликта в Ираке.³⁹

34 Там же, п. 2 (d).

35 Там же, п. 2 (a).

36 Там же, п. 2 (d). См. также A. Gonzales, «Decision reapplication of the Geneva Convention on prisoners of war to the conflict with al Qaeda and the Taliban, Memorandum for the President», 25 January 2002, доступно в Интернете по адресу: <http://pegc.no-ip.info/archive/White_House/gonzales_memo_20020125.pdf>.

37 В существующих военных уставах и наставлениях США два термина, имеющие, по-видимому, одинаковое значение, а именно, «незаконные комбатанты» и «нелегальные комбатанты», применяются в отношении лиц, которые рассматриваются как не являющиеся лицами из состава вооруженных сил одной из сторон в конфликте и не имеющие права участвовать в военных действиях против другой стороны. US Army, *Operational Law Handbook*, JA 422, pp. 18-19; and US Navy, *Commander's Handbook of the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M, paragraph 12.7.1.

38 Министр обороны, материалы пресс-конференции, 11 января 2002 г., доступно в Интернете по адресу: <<http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/briefings.html>>. (последнее посещение 10 февраля 2005 г.).

39 См., например, материалы пресс-конференции Гонзалеса, Хейнеса, Дель'Орто и Александера, доступные в Интернете по адресу: <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/06/20040622-14.html>> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.). Изложенная позиция заключалась в том, что «право Женевы было бы автоматически применимо» к конфликту, поскольку он представлял собой «традиционную войну», «конфликт между двумя государствами, являющимися участниками Женевских Конвенций» (там же). В заявлении, сделанном в апреле 2003 г., правительство США заверило о своем намерении соблюдать статью 5 ЖК III, обращаясь со все-

Недавно ставшие известными свидетельства указывают на изменение позиции Соединенных Штатов: проект консультативного заключения, подготовленный Министерством юстиции в марте 2004 г.⁴⁰, выражает точку зрения, согласно которой иракских граждан, находящихся в плену у сил Коалиции, следует считать военнопленными, но некоторые неиракские пленные, захваченные американскими силами в Ираке, лишены права на защиту, предусмотренную Женевскими конвенциями, и поэтому могут быть перемещены с оккупированной территории и переведены за границу для допросов, и, кроме того, содержащиеся под стражей иракские граждане могут быть перемещены из Ирака на «короткий, но не бессрочный период, в целях допроса». Выводы, изложенные в этом проекте, были приняты администрацией.⁴¹

Кажется, что в отношении лиц, захваченных за границей вне рамок конфликтов в Ираке и Афганистане, а в результате правоприменительных операций, осуществленных США и иными иностранными государствами, никаких специальных заявлений сделано не было. Из этого, однако, можно сделать вывод, что позиция США аналогична позиции, занятой в отношении членов группировки «Аль-Каеда», захваченных в Афганистане, и что, хотя они якобы взяты в плен в связи с «войной», защита, предусмотренная Женевскими конвенциями, на них не распространяется.

Позиция США противоречит общепринятым принципам, касающимся применения МГП. Официальный комментарий к Женевским конвенциям исходит из того, что существует «общий принцип, который заложен во всех четырех Женевских конвенциях 1949 г.», а именно, что во время вооруженного конфликта или военной оккупации:

ми участниками военных действий, взятыми в плен в Ираке, как с военнопленными, если и до тех пор, пока компетентный трибунал не постановит, что они не имеют права на статус военнопленного: см., например, «Briefing on Geneva Convention, EPW and War Crimes», 7 April 2003, доступно в Интернете по адресу: <www.defenselink.mil/transcripts/2003/t04072003_t407genv.html>.

40 См. J. Goldsmith, Assistant Attorney General, «(Draft) memorandum to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, re: Possibility of relocating certain 'protected persons' from occupied Iraq», 19 March 2004, доступно в Интернете по адресу: <http://pegc.no-ip.info/archive/DOJ/20040319_goldsmith_memo.pdf>. (последнее посещение 10 февраля 2005 г.). Более ранний меморандум под заголовком «The President's power as Commander in Chief to transfer captured terrorists to the control and custody of foreign nations» (22 марта 2002 г.) не был опубликован и его полное содержание неизвестно.

41 См. Слушание в Сенате Судебного комитета по вопросу об утверждении кандидатуры Альберто Р. Гонзалеса на пост Генерального прокурора, 6 января 2005 г., текст доступен в Интернете по адресу: <www.nytimes.com/2005/01/06/politics/06TEXT-GONZALES.html> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.). Что касается более ранних докладов, см. D. Jehl, «Prisoners: US action bars right of some captured in Iraq», *New York Times*, 26 October 2004; D. Priest, «Memo lets CIA take detainees out of Iraq», *Washington Post*, 23 October 2004, в котором сообщается, что «около десятка заключенных [были переведены] из Ирака за последние шесть месяцев».

«Каждое лицо, находящееся во власти противника, должно иметь статус, предусмотренный международным правом: такое лицо является либо военнопленным и, согласно этому статусу, на него распространяется действие Третьей конвенции, либо гражданским лицом, находящимся под защитой Четвертой конвенцией, или опять же лицом из состава медицинского персонала вооруженных сил, находящимся под защитой Первой конвенцией. Никакого «промежуточного статуса» не существует; никакое лицо во власти противника не может быть вне действия права»⁴².

Пока признается такое толкование, ответ на вопрос «какие нормы применимы к лицам, захваченным во время войн в Ираке и Афганистане?» относительно прост: любое лицо, взятое в плен во время этих конфликтов и оккупации Ирака, имеет право на определенную степень защиты согласно системе Женевского права, хотя степени предусмотренной защиты могут быть разными в зависимости от того, считается ли лицо военнопленным или гражданским лицом.

В частности, что касается лиц из состава регулярных вооруженных сил противника, общий принцип заключается в том, что любое такое лицо из состава вооруженных сил стороны, участвующей в конфликте, является комбатантом, а любой комбатант, взятый в плен стороной противника, является военнопленным. Статья 4 А (1) Третьей Женевской конвенции предусматривает, что взятые в плен лица из состава «вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте, а также личный состав ополчения и добровольческих отрядов, входящих в состав этих вооруженных сил», являются военнопленными, в то время как согласно статье 4 А (2) лица из состава «других ополчений и добровольческих отрядов», взятые в плен противником, являются военнопленными, если они: (а) имеют во главе лицо, ответственное за своих подчиненных, (б) имеют определенный отличительный знак, (в) открыто носят оружие и (г) соблюдают в своих действиях законы и обычаи войны. Статья 4 А (3) уточняет, что лица из состава вооруженных сил противника должны считаться военнопленными, независимо от того, признает ли удерживающая их сторона то правительство или власть, которым они подчиняются.

Важно отметить, что, как это следует из структуры и внутренней логики положения, вышеуказанные условия статьи 4 А (2) применимы только к лицам из состава «других ополчений и добровольческих отрядов», но не к лицам, относящимся к иным категориям лиц, находящихся под защитой статьей 4 А. Следовательно, согласно статье 4 А (2) только членам

42 O. Uhler and H. Coursier (eds.), *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: Commentary*, ICRC, Geneva, 1950, Commentary to Art. 4, p. 51.

«других ополчений» может быть на законном основании отказано в праве на статус военнопленных, если они не удовлетворяют одному из указанных условий.⁴³

Члены вооруженных сил движения «Талибан», захваченные во время войны в Афганистане, бесспорно относятся к категории, описанной в статье 4 А (3), поскольку они являлись лицами из состава «регулярных вооруженных сил, считающих себя в подчинении правительства или власти, не признанных держащей в плену державой». Вероятно, позиция США, напротив, основана на предпосылке о том, что согласно статье 4 А (3) Третьей Женевской конвенции комбатанты, чтобы получить право на статус военнопленного, должны удовлетворять условиям, изложенным в статье 4 А (2)⁴⁴. Даже если допустить, что условия, определяющие то, что можно было бы назвать «ополчениями и добровольческими отрядами» (согласно статье 4 А (2)), применимы к иным категориям комбатантов, из текста статьи 4 явно следует, что в любом случае, чтобы лишить заключенного его статуса военнопленного, необходимо доказать, что *это конкретное лицо лично* не соблюдало законы войны. Таким образом, общий вывод о том, что никто из захваченных членов движения «Талибан» не имеет права на статус военнопленного из-за «альянса» движения «Талибан» с террористической организацией, основано на неверном толковании статьи 4.⁴⁵

Что касается членов группировки «Аль-Каеда», захваченных в Афганистане, они не являлись лицами из состава вооруженных сил ни одной из воюющих сторон. Они могли бы быть отнесены ко второй категории, описанной в статье 4 А, поскольку они являлись «добровольческими отря-

43 Однако следует отметить эволюцию критериев статуса комбатанта, изложенных в ДПП, ст. 44 (3).

44 По мнению властей США, отказ предоставить этим лицам статус военнопленных объясняется тем, что «Участники движения «Талибан» не отличали себя наглядно от гражданского населения Афганистана. Более того, в своих действиях они не соблюдали законы и обычаи войны. Вместо этого они сознательно принимали незаконные террористические цели группировки «Аль-Каеда» и оказывали поддержку в их достижении; A. Fleischer, «Special White House announcement re: Application of Geneva Conventions in Afghanistan», 7 February 2002. См. также «White House Fact Sheet: Status of detainees at Guantánamo», 7 February 2002, оба текста доступны в Интернете по адресу: <www.whitehouse.gov> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.). Критику см. в: G.H. Aldrich, «The Taliban, al Qaeda, and the determination of illegal combatants», *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 894; или см. работу R. Wedgwood, «Al Qaeda, terrorism, and military commissions», *там же*, p. 335, в которой утверждается, что «эти материальные характеристики» (перечисленные в ст. 4Аb) являются необходимыми даже для того, чтобы считаться «вооруженными силами» и «регулярными вооруженными силами».

45 Как высказался один из авторов по этому вопросу, «предоставление группировке «Аль-Каеда» убежища и выражение ей сочувствия – деяния дурные, но они не могут быть приравнены к несоблюдению законов войны в ходе ведения военных действий». Aldrich, *op. cit.* (примечание 44), с. 895. См. также R.K. Goldman and B.D. Tittemore, «Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: Their status and rights under international humanitarian and human rights law», *ASIL Task Force on Terrorism Paper*, December 2002; доступно в Интернете по адресу: <www.asil.org> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.), с. 8-14; или см. Wedgwood, *op. cit.* (примечание 44), с. 335.

дами», но, являясь таковыми, они, в отличие от членов движения «Талибан», чтобы считаться военнопленными, должны бы были удовлетворять условиям, установленным в статье 4 А (2).

Но как бы не решался вопрос категоризации, определение личного статуса не выносилось никаким «компетентным трибуналом». ⁴⁶ Согласно статье 5 Третьей Женевской конвенции, в случае если «возникает сомнение» относительно того, удовлетворяют ли комбатанты противника критериям статуса военнопленного, то удерживающая в плену держава должна предоставить задержанным покровительство «настоящей Конвенции до тех пор, пока их положение не будет определено компетентным судом». Кроме того, статья 5 требует не только того, чтобы статус комбатанта, попавшего в руки противника, был установлен компетентным судом, но и того, чтобы отдельное постановление было вынесено в каждом конкретном случае. Поэтому общее решение в отношении статуса группы задержанных или целой категории комбатантов противника не соответствует требованию статьи 5, в частности, в тех случаях, когда такое решение выносит исполнительная власть.

Следовательно, члены группировки «Аль-Каеда», захваченные на театре военных действий, когда они сражались, участвуя в конфликте на стороне вооруженных сил противника, должны были бы считаться военнопленными до тех пор, пока их статус не был бы установлен компетентным судом. ⁴⁷ Но, даже если бы было вынесено постановление о том, что конкретное лицо не имеет права на статус военнопленного, то такое лицо все равно бы пользовалось некоторой защитой, предусмотренной системой Женевского права. В частности, взятые в плен комбатанты противника, не удовлетворяющие критериям статуса военнопленного, должны все равно оставаться «покровительствуемыми лицами» в соответствии с Четвертой Женевской конвенцией. ⁴⁸ Категория «покровительствуемых лиц» по условиям Конвенции включает не только лиц, не участвующих в воен-

46 Следует отметить, что суды по рассмотрению статуса комбатанта, учрежденные Министерством обороны США в ответ на решение Верховного суда по делу *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S.Ct. 2633 (2004) для решения вопроса о присвоении задержанным статуса «комбатанта противника» и состоящие из трех «нейтральных должностных лиц» (см. «Order Establishing Combatant Status Review Tribunals», 7 July 2004, доступно в Интернете по адресу: <<http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf>> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.)), оказались недостаточными для этих целей, как это было признано в деле *Hamdan v. Rumsfeld*, 8 ноября 2004 г., (Memorandum Opinion) (D.Ct., D.C.) (доступно в Интернете по адресу: <www.findlaw.com>), с.17-19.

47 По этому вопросу см. решение по делу *Hamdan v. Rumsfeld*, op. cit. (примечание 46).

48 Ст. 4, устанавливая сферу применения ЖК IV, указывает, что она предоставляет защиту тем, кто «в какой-либо момент и каким-либо образом находится в случае конфликта или оккупации во власти Стороны, находящейся в конфликте, или оккупирующей державы, гражданами которой они не являются».

ных действиях, но также т. н. «непривилегированных воюющих»,⁴⁹ т. е. лиц, участвовавших в боевых действиях, но которым компетентный суд отказал в праве на статус военнопленных на основании статьи 4 Третьей Женевской конвенции. Основным последствием отказа в праве на статус военнопленного является то, что такие лица не пользуются привилегиями комбатанта и их можно преследовать в судебном порядке только за то, что они участвовали в боевых действиях.⁵⁰ С другой стороны, граждане стороны противника, которые не имеют права на статус военнопленного и, соответственно, являются «покровительствуемыми лицами» на основании Четвертой Женевской конвенции, получают определенную защиту, которой лишены военнопленные, включая, в частности, абсолютное запрещение их депортации с оккупированной территории.⁵¹

Однако менее ясной остается ситуация с членами группировки «Аль-Каеда» или иных террористических групп, захваченными в плен в Афганистане или Ираке, которые не удовлетворяют критериям статуса военнопленного на основании статьи 4 А Третьей Женевской конвенции и не являются гражданами государства, на территории которого они были захвачены. Применение Четвертой Женевской конвенции к таким лицам зависит от их гражданства: статья 4 (2) этой Конвенции исключает из категории «покровительствуемых лиц»:

«[граждан] какого-либо государства, не связанного настоящей Конвенцией [...], [граждан] какого-либо нейтрального государства [...] и [граждан] какого-либо совоюющего государства [...] до тех пор, пока государство, гражданами которого они являются, имеет нормальное дипломатическое представительство при государстве, во власти которого они находятся».⁵²

Следовательно лица, которые взяты в плен на поле боя и не имеют права на статус военнопленного на основании статьи 4 Третьей Женевской конвенции, а также являются гражданами государств, с которыми

49 См. R. Baxter, «So-called 'unprivileged belligerency': Spies, guerrillas and saboteurs» *British Yearbook of International Law*, Vol. 28, 1951, p. 323; см. также К.Дёрман, Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой комбатантов», *Международный журнал Красного Креста*, 2003 г., с. 51.

50 См., например, Goldman and Tittmore, *op. cit.* (примечание 45), p. 4-5.

51 ЖК IV, ст. 49; следует отметить, что нарушение этого запрета является «серьезным нарушением» на основании ст. 147 ЖК IV. По вопросу о запрете и ограниченных исключениях из него, см. Н.-П. Gasser, «Protection of the civilian population», in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 209, at 252-254.

52 Ст. 4 также безоговорочно исключает из-под защиты Конвенции лиц, которые, хотя в принципе и подпадают под определение, содержащееся в первой части, имеют право на защиту, предусмотренную одной из трех остальных Женевских конвенций (ч. 4). Кроме того, граждане государства, которое не связано обязательствами по условиям Конвенции, не пользуются ее защитой (ч. 2).

держащая в плену держава поддерживает нормальные дипломатические отношения, не пользуются защитой Четвертой Женевской конвенции.⁵³

Совершенно независимо от той потенциальной защиты, которую можно получить по дипломатическим каналам, даже те лица, которые не пользуются защитой Четвертой Женевской конвенции из-за своего гражданства, в любом случае имеют право на «гарантированный минимум»⁵⁴ справедливого и гуманного обращения, предусмотренного в статье 3 (общей для Женевских конвенций), а также на защиту, предусмотренную статьей 75 Протокола I.⁵⁵

Защита, предоставляемая задержанным лицам в соответствии с международным правом прав человека

Некоторые заключенные во время «войны с терроризмом», однако, не попадают под защиту системы Женевского права. К первой и наиболее многочисленной категории относятся лица, захваченные в ходе правоприменительных операций, осуществляемых США и их союзниками по всему миру после 11 сентября 2001 г. Как уже говорилось, эти операции не могут быть квалифицированы, как элемент «вооруженного конфликта» в рамках значения, которое придается этому термину международным правом. В этом отношении утверждение Соединенных Штатов о том, что «никакие положения Женевы [sic.] не применимы к нашему конфликту с группировкой «Аль-Каеда»⁵⁶, являясь, бесспорно, правильным, в данном случае несущу-

53 По этому вопросу см. Дёрман, *op.cit.* (примечание 49). Исключение явно основано на той предпосылке, что лица будут более эффективно защищены своими государствами посредством предоставления дипломатической защиты. Хотя в существующей политической обстановке такая предпосылка, возможно, и не выглядит особенно основательно, Великобритания, по крайней мере, частично добилось успеха, обеспечив освобождение нескольких своих граждан, заключенных в Заливе Гуантанамо, между тем, как другие правительства добились либо освобождения своих граждан при условии, что по возвращении они будут подвергнуты судебному преследованию, либо гарантий, что в случае судебного разбирательства их граждане не будут приговорены к смертной казни.

54 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, ICJ Reports* 1986, p. 114, para. 218.

55 ДП I, ст. 75, применяется в отношении любого лица, оказавшегося в руках стороны в конфликте, если это лицо не пользуется более благоприятным обращением по условиям Конвенций или самого Протокола. Хотя США не являются участником Протокола I, они заявили, что считают себя обязанными соблюдать содержащиеся в нем нормы, которые отражают обычное международное право, и уже давно признали в качестве обычной нормы его ст. 75. См. M. J. Matheson, «The United States position on the relation of customary international law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions», *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, 1987, pp. 419 ff., в частности с. 420 и 427; см. более позднюю работу: W.H. Taft IV (Legal Adviser to the US Department of State), «The law of armed conflict after 9/11: Some salient features», *Yale Journal of International Law*, Vol. 28, 2003, pp. 321-322.

56 См. выше текст, сопровождающий примечание 35.

щественно: Женевские конвенции не применяются по очень простой причине – «война с терроризмом» не является вооруженным конфликтом.

Однако независимо от вопроса о применимости норм МГП, основные права любого человека, задержанного по причинам, связанным с «войной с терроризмом», включая лиц, задержанных в результате правоприменительных операций вне контекста вооруженного конфликта, находятся под защитой международного права прав человека.

В том, что касается международного права прав человека, США в прошлом последовательно не признавали экстерриториальное применение обязательств в области прав человека.⁵⁷ Они также отрицали применимость прав человека во время вооруженного конфликта,⁵⁸ и недавно повторно подтвердили эти свои позиции в отношении заключенных в Заливе Гуантанамо.⁵⁹

Правительство Соединенного Королевства заняло более нюансированную позицию, позволяющую считать, что Европейская конвенция по правам человека неприменима к действиям британских войск за границей. В частности, такая позиция отрицает применимость Конвенции в отношении Ирака на том основании, что эта страна находится вне территории, на которую распространяется действие Конвенции, и что в любом случае британские войска не осуществляли контроль требуемой степени.⁶⁰

Ни один из доводов, выдвинутых в пользу неприменимости международного права прав человека, не является достаточным для того, чтобы обосновать неприменимость норм ППЧ к лицам, задержанным за границей в связи с «войной с терроризмом». В ответ на такую аргументацию далее будут рассмотрены соображения, касающиеся факторов, влияющих на степень защиты, предоставляемой международным правом прав человека лицам, задержанным за границей.

Первый вопрос касается применимости в период вооруженного конфликта международного права прав человека к лицам, которые находятся и под защитой МГП. Второй, более сложный вопрос касается того, в какой мере государство связано своими международными обязательства-

57 См. *op. cit.* (примечание 77).

58 См., например, позицию, которую США отстаивали перед Межамериканской комиссией по правам человека в деле *Coard et al. v. United States*, Case No. 10.951, Report No. 109/99, *Annual Report of the IACHR 1999*, para. 38.

59 По вопросу о применимости в период вооруженного конфликта см. «Additional response of the United States to request for precautionary measures on behalf of the detainees in Guantánamo Bay», 15 July 2002, по обоим этим вопросам см. также материалы Министерства обороны США «Working group report on detainees interrogations in the global war on terrorism: Assessment of legal, historical, policy, and operational considerations», 6 March 2003.

60 См., например, письменные ответы г-на Стро, от 17 мая 2004 г., 421 HC Deb. (2003-2004), col. 674w-675w, и от 19 мая 2004 г., 421 HC Deb. (2003-2004), col. 1084w.

ми в области прав человека в тех случаях, когда его представители действуют за пределами его собственной территории, а, следовательно, за пределами нормальной суверенной юрисдикции такого государства (применимость принципа *ratione loci*). И, наконец, т. н. принцип *non-refoulement* также, очевидно, имеет отношение к лицам, содержащимся под стражей во время «войны с терроризмом».

Применимость международного права прав человека в период вооруженного конфликта

Несмотря на противоположные точки зрения, выражаемые все более ограниченным числом государств⁶¹, уже прочно устоялся принцип современного международного права, гласящий, что применимость международного права прав человека не ограничена лишь мирным временем, и что наличие вооруженного конфликта не оправдывает прекращение действия гарантий основных прав человека. Этот принцип, подтвержденный Международным Судом ООН в Консультативном заключении по вопросу о ядерном оружии в 1996 г.⁶², недавно был вновь сформулирован Судом следующим образом:

«Защита, предусмотренная конвенциями по правам человека, не прекращается в случае вооруженного конфликта, за исключением случая применения положений об отступлении от обязательств, содержащихся в статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах. Что касается взаимоотношений между международным гуманитарным правом и правом прав человека, возможны три ситуации: некоторые права предусматриваются исключительно международным гуманитарным правом; другие права – только правом прав человека; есть и такие, которые могут предусматриваться в обеих указанных отраслях международного права».⁶³

Аналогичным образом, в деле, касающемся военных операций, осуществляемых силами США в Гренаде, Межамериканская комиссия, отвергнув утверждение США о том, что «действия в полной мере и исключительно регулировались правом международных вооруженных конфликтов»⁶⁴, постановила:

«Несмотря на то, что международное гуманитарное право в первую очередь имеет отношение к военному времени, а международное право

61 Включая Соединенные Штаты (см. примечание 77) и, в особенности, Израиль (см. примечание 80).

62 *Законность угрозы ядерным оружием или его применения, Консультативное заключение, Док. А/51/218* с. 16, п. 25.

63 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 July 2004* г. (далее «Wall»), para. 106.

64 *Coard, op. cit.* (примечание 58), para. 35.

прав человека наиболее полно применяется в мирное время, потенциальное применение одного из них не обязательно исключает или вытесняет применение другого. Существует прочная связь между правом прав человека и гуманитарным правом, поскольку у них «общее ядро прав, не допускающих никаких отступлений от обязательств, и общая цель обеспечить защиту жизни и достоинства человека», и при применении этих сводов правовых норм возможно существенное дублирование».⁶⁵

Хотя все договоры по правам человека общего характера содержат положение, позволяющее государствам ограничивать или частично отменять действие предусмотренных договорами гарантий в той мере, которая необходима, чтобы противостоять угрозам существованию государства в случае чрезвычайного положения или вооруженных конфликтов⁶⁶, существует ряд прав, отступление от которых не допускается ни при каких обстоятельствах. Перечень таких прав, не допускающих отступлений, варьируется от документа к документу. Однако такие права, как право не быть произвольно лишенным жизни, право на физическую неприкосновенность и право не подвергаться пыткам или жестокому, бесчеловечному или унижительному обращению являются общепризнанными в качестве прав, не допускающих отступлений, которые государства должны уважать и соблюдение которых должны обеспечивать при *всех* обстоятельствах.⁶⁷

Помимо возможности отступить от обязательств в соответствии с условиями соответствующего документа⁶⁸, точное содержание прав че-

65 Там же, п. 39 (сноски пропущены). Принцип применимости обязательств по правам человека в период вооруженного конфликта уже признавался ранее органами мониторинга Американской конвенции. См., например, постановление Комиссии по делу *Abella v. Argentina*, Case No. 11.137, Report No. 5/97, Annual Report of the IACHR 1999 *paras.* 158-161; IACHR, Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 doc. 9 rev. 1, 26 February 1999.

66 Например, ЕКПЧ, ст. 15(1), и АКПЧ, ст. 27(1). Хотя соответствующее положение (ст. 4) Международного пакта о гражданских и политических правах не упоминает явным образом «войну» или «вооруженный конфликт», бесспорно, что содержащаяся в ней ссылка на «чрезвычайное положение» включает ситуации «вооруженного конфликта». См. Комиссия по правам человека, *Общий Комментарий No. 29, Чрезвычайные ситуации (статья 4)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), п. 3; см. также *Общий комментарий No. 31, Характер общих юридических обязательств государств-участников Пакта*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), п. 11.

67 Подавляющему большинству этих прав соответствуют минимальные стандарты МПП. См., например, Borelli, *op. cit.* (примечание 7).

68 В международных соглашениях по правам человека ограничение или частичная отмена достигаются путем заявления или сообщения по этому вопросу, сделанных компетентным органом, как правило, доверенным лицом (см., например, ЕКПЧ, ст. 15 (3); МППП, ст. 4 (3); АКПЧ, ст. 27 (3)). В то время, как некоторые государства, вовлеченные в «войну с терроризмом», сделали соответствующие заявления, например, частичные ограничения, введенные Великобританией в отношении ст. 5 (1) ЕКПЧ и ст. 9 (4) МППП (доступно в Интернете по адресам: <www.conventions.coe.int> и <www.ohchr.org>, соответственно) 18 декабря 2001 г. по вопросу об аресте иностранных лиц, подозреваемых в терроризме на основании Закона о борьбе с терроризмом, преступности и безопасности 2001 г., США не сделали подобного заявления в отношении каких-либо подписанных ими международных документов по правам человека.

ловека по международному праву прав человека может быть разным в период вооруженного конфликта из-за одновременной применимости положений *lex specialis*, которые содержатся в применимых нормах МГП. Как было отмечено Международным судом в Консультативном заключении о ядерном оружии, даже содержание некоторых прав, не допускающих отступлений (в частности, права на жизнь), может быть разным в контексте вооруженного конфликта.⁶⁹ Однако этот вопрос почти не имеет отношения к вопросу о содержании под стражей, поскольку право на жизнь полностью сохраняет свое действие в отношении лиц, не являющихся активными участниками боевых действий, если учитывать, что МГП параллельно запрещает произвольно лишать жизни лиц, не принимающих активного участия в военных действиях. Аналогичным образом, применимость МГП не приведет к его применению в качестве *lex specialis* в отношении запрета на пытки, поскольку в нем параллельно предусмотрен абсолютный запрет.

И, наконец, помимо материальных прав, которые явным образом провозглашены в качестве не допускающих отступлений, при любых обстоятельствах должен соблюдаться и ряд процессуальных прав, способствующих эффективной защите прав, не допускающих отступлений. К ним относится право обращения во внутригосударственные судебные органы по вопросу о нарушении прав, не допускающих отступлений, и право *habeas corpus*. Некоторые основные аспекты права на справедливое судебное разбирательство также, как правило, считаются неотменяемыми.⁷⁰ Опять же, в тех случаях, когда оно применимо, МГП может повлиять на содержание процессуальных прав, не допускающих отступлений, предусматриваемых международным правом прав человека, если оно предусматривает иные нормы. Например, справедливость судебного разбирательства в отношении военнопленного скорее будет определяться нормами, изложенными в МГП, нежели нормами, изложенными в международном праве прав человека.⁷¹

69 «Законность угрозы ядерным оружием или его применения», *op. cit.* (примечание 62), с. 16, п. 25. См. также «*The Wall*», *op. cit.* (примечание 63), para.106; Coard, *op. cit.* (примечание 58) para. 39; and Human Rights Committee, *General Comment No. 29*, *op. cit.* (примечание 66), para. 3.

70 Например, право на разбирательство независимым и беспристрастным судом, а также презумпция невиновности. См. Human Rights Committee *No. 29*, *op. cit.* (примечание 66), para. 16, а также *Habeas Corpus in Emergency Situations (Articles 27(2), 25(1) and 7(6) of the American Convention on Human Rights)*, Консультативное Заключение ОС-8/87, Inter-Am.Ct.H.R., Series A, No. 8 (1987); *Юридические гарантии в чрезвычайных ситуациях (статьи 27(2), 25 и 8 Американской конвенции по правам человека)*, Advisory Opinion ОС-9/87, Inter-Am.Ct.H.R., Series A, No. 9 (1987). *Judicial Guarantees in States of Emergency (Article 27 (2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion ОС-9/87, Inter-Am. Ct.H.R., Series A, No. 9 (1987).

71 См., например, в отношении военнопленных - ЖК III, ст. 99-107. В отношении лиц, принимавших участие в военных действиях, но не имеющих права на статус военнопленных, см. ДП I, ст. 45(3) и 75.

Экстерриториальная применимость международного права прав человека

Большинство договоров по правам человека содержат явно выраженное требование того, чтобы государства – участники обеспечивали всем находящимся под его юрисдикцией лицам свободное пользование правами и свободами, предусмотренными в этих договорах⁷².

В целях применения международного права прав человека понятие «юрисдикция» приобретает значение, которое шире, чем значение, в котором оно употребляется обычно в рамках прочих отраслей международного права.⁷³ Когда в органы мониторинга за соблюдением прав человека поступила просьба определить, является ли конкретное действие, совершенное агентами государства за пределами его территории, осуществлением «юрисдикции» с целью выполнения обязательств в сфере прав человека, то ответ заключался в том, что государства «связаны обязательствами обеспечить осуществление (...) прав и свобод всех лиц, над которыми они осуществляют власть и в отношении которых несут ответственность, независимо от того, осуществляется ли такая власть на их собственной территории или за ее пределами»,⁷⁴ и что «в принципе, вопрос стоит не о гражданской принадлежности предполагаемой жертвы или ее конкретном географическом местонахождении, а о том, соблюдало ли государство при определенных обстоятельствах права подчиняющегося ему лица».⁷⁵ Признавая первичный территориальный характер юридической компетенции каждого государства, органы мониторинга за соблюдением прав человека выявили, что в «исключительных»⁷⁶ или «особых»⁷⁷

72 Например, АКПЧ, ст. 1 (1), и ЕКПЧ, ст. 1. Исключением из этого правила является ст. 2 (1) МПТПП, согласно которой каждое государство обязуется гарантировать права, содержащиеся в Конвенции, лицам, находящимся «в пределах его территории и под его юрисдикцией», что на самом деле предусматривает необходимость кумулятивного удовлетворения критериям. Такое толкование было твердо отклонено как Комиссией по правам человека, так и МС ООН. См. Human Rights Committee, *General Comment No. 31*, op. cit. (примечание 66), para. 10; *The Wall*, op. cit. (примечание 63), paras. 108-113, in particular, para. 109.

73 См. по этому вопросу P. de Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Giappichelli, Turin, 2002.

74 European Commission of Human Rights, *Cyprus v. Turkey*, Decision on Admissibility, 26 May 1975, опубликовано в *European Human Rights Reports*, Vol. 4, 1982, p. 586, para. 8.

75 Coard, op. cit. (примечание 58), para. 37.

76 В том, что касается ЕКПЧ, см., например, судебные решения Большой Коллегии по делам *Loizidou v. Turkey, Merits*, ECHR Reports 1996-VI, para. 52, *Cyprus v. Turkey, Merits*, ECHR Reports 2001-IV, para. 77, *Banković v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Decision on Admissibility, ECHR Reports 2001-XII, para. 59, и дело *Ilascu v. Moldova and Russia*, Judgment of 8 July 2004, para. 314. См. недавнее постановление суда по делу *Issa v. Turkey, Merits*, Judgment of 16 November 2004.

77 В том, что касается МПТПП, см., например, Comment of the Committee on the Report of the United States, в котором Комиссия заявила, что «... изложенная правительством точка зрения о том, что действие Пакта не простирается экстерриториально ни при каких обстоятельствах (...), противоречит последовательному толкованию, которого придерживается по этому вопросу Комис-

условиях действия государств – участников гуманитарного договора, предпринятые ими за пределами их территорий или приводящие к результатам за пределами их территорий, могут быть приравнены к осуществлению ими своей «юрисдикции» в рамках значения, предусмотренного положениями, касающимися вопроса о юрисдикции.

Анализ соответствующих прецедентов, которые рассматривались международными и региональными органами по правам человека, показывает, что «исключительные обстоятельства», оправдывающие экстерриториальное действие обязательств в сфере прав человека, могут быть приблизительно подразделены на следующие широкие категории.

а) *Осуществление государством своей власти и контроля над территорией за пределами своей государственной территории*

В соответствии с правом прав человека государство может нести ответственность за действия, которые были предприняты, хотя и за пределами его государственной территории, но на территории, находящейся в его власти и под его контролем. Существуют некоторые ситуации, в которых уровень контроля со стороны государства может оказаться достаточным для того, чтобы считать обязательства по правам человека применимыми экстерриториально, включая обязательства, касающиеся обращения с лицами, содержащимися под стражей.

Первой такой ситуацией, несомненно, является военная оккупация.⁷⁸ В своем Консультативном заключении по вопросу о *Стене* Международный суд отметил, что Израиль, в качестве оккупирующей державы, осуществлял территориальную юрисдикцию в отношении оккупированных палестинских территорий и поэтому должен был выполнять свои обязательства по международному праву прав человека в отношении каждого лица, проживающего на этих территориях.⁷⁹ Аналогичным подходом пользуется Комитет по правам человека в своих комментариях по вопросу

сия и согласно которому в особых обстоятельствах лица могут оказаться в сфере действия предметной юрисдикции государства - участника, даже находясь за пределами его территории»; UN Doc. CCPR/C/79/Add 50 (1995), para. 19. См. также *General Comment No 31*, op. cit. (примечание 66), и решения по делам, касающимся ответственности Уругвая, предусмотренной Пактом за нарушения, допущенные его агентами на иностранной территории, которые рассматриваются ниже (см. текст примечания 98).

78 Определение термина «оккупация», содержащееся в ст. 42 Гаагского положения о законах и обычаях сухопутной войны (приложение к Конвенции (IV) о законах и обычаях сухопутной войны, Гаага, 18 октября 1907 г., Международное право. Ведение военных действий. Сборник Гаагских конвенций и иных соглашений, МККК, Москва, 1999 г. с. 31), исходит из того, «действительно» ли территория находится во власти оккупирующей стороны, а сам термин «оккупация» явно применим лишь к тем территориям, «где эта власть установлена и в состоянии проявлять свою деятельность».

79 *The Wall*, op. cit. (примечание 63), п. 111, касательно МПГПП. См. также там же, para. 112, касательно Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, Нью-Йорк, 16 декабря 1966 г., UNTS, Vol. 993, 3), и п. 113 касательно Конвенции о правах ребенка, Нью-Йорк, 20 ноября 1989 г., UNTS, Vol. 1577, 44.

применимости МПГПП в случае военной оккупации.⁸⁰ Поэтому государства, участвовавшие в оккупации Ирака после вооруженного конфликта, были обязаны выполнять свои обязательства в области прав человека на контролируемых ими территориях.

Вторая ситуация (во многих отношениях похожая на описанную выше) возникает в тех случаях, когда государство размещает свои войска на иностранной территории по приглашению государства территориальной юрисдикции или иных органов или образований, фактически осуществляющих контроль над указанной территорией. Было бы логично именно таким образом характеризовать положение войск Коалиции в Афганистане и Ираке после передачи полномочий местным властям, из чего следует, что их обязательства по правам человека применимы в полной мере по отношению к лицам, задержанным войсками Коалиции в этих государствах.

Хотя в случае военной оккупации уровень контроля обуславливает применимость обязательств в области прав человека (в результате чего государство должно осуществлять юрисдикцию, как если бы оккупированная территория являлась его суверенной территорией), в прочих случаях «военного присутствия на иностранной земле» вопрос о фактическом осуществлении государством своей юрисдикции следует решать применительно к каждому конкретному случаю.

Турецкая военная интервенция в северный Кипр в 1974 г. и продолжающееся присутствие турецких вооруженных сил обусловили (в рамках европейской системы) наличие судебной практики, обладающей очевидным значением в установлении того, можно ли считать государство – участника Европейской конвенции ответственным за нарушения, допущенные на иностранной территории в ходе военных операций, если они все же не являются оккупацией. Европейский суд постановил, что в целях ре-

80 См., например, Замечания Комиссии по поводу первоначального доклада Израиля, в которых Комиссия высказала свою глубокую озабоченность тем фактом, что «Израиль продолжает отрицать существование обязанности выполнять в полной мере положения Пакта на оккупированных территориях», UN Doc. A/53/40 (1998), para. 306. Комиссия подтвердила свою позицию в своих комментариях к последнему докладу Израиля следующим образом: «... в существующих условиях положения Пакта применяются в интересах населения Оккупированных Территорий, в отношении всех действий властей или агентов государства-участника на данных территориях, затрагивающих осуществление прав, предусмотренных в Пакте, и являющихся предметом государственной ответственности Израиля согласно принципам публичного международного права»; UN Doc. C/CP/CO/78/ISR (2003), para. 11. Также обратите внимание на комментарии 1991 г., при обсуждении третьего доклада Ирака, в которых Комитет высказал свою «особую озабоченность» тем фактом, что доклад не коснулся событий в Кувейте после 2 августа 1990 г., принимая во внимание «очевидную ответственность Ирака (согласно международному праву) за соблюдение прав человека в период его оккупации этой страны»; UN Doc. A/46/40 (1991), para. 652.

шения вопроса о фактическом осуществлении государством своей юрисдикции в таких обстоятельствах было бы совершенно неправильно определять законность военных операций на основании норм, касающихся применения силы и (или) территориальной целостности, поскольку «обязательство обеспечивать соблюдение на такой территории прав и свобод, предусмотренных в Конвенции, следует из факта наличия такого контроля, независимо от того, осуществляется ли он непосредственно его вооруженными силами или через подчиненные ему местные органы власти».⁸¹

Кроме того, в отношении «степени» контроля, который государство должно осуществлять на указанной территории, чтобы возникла его ответственность по условиям Конвенции, Европейский Суд пояснил, что «необязательно устанавливать, осуществляет ли фактически сторона – участник полный контроль за политикой и действиями властей на территории, находящейся за пределами ее собственной государственной территории, поскольку даже *общий контроль* над такой территорией уже может привести к возникновению ответственности соответствующего государства–участника».⁸²

В случае полного управления территорией за пределами государства ответственность этого государства «не ограничивается ответственностью за действия его солдат или должностных лиц на этой территории, но включает ответственность и за действия местных органов управления, которые существуют благодаря [его] военной и иной поддержке».⁸³ Более того, представляется, что ответственность в этих ситуациях распространяется на нарушения не только «негативных» обязанностей не нарушать права, находящиеся под защитой, но и процессуальных «позитивных» обязанностей, которые Европейский суд вывел из Конвенции.⁸⁴

Третья ситуация, в которой может возникнуть «экстерриториальная» ответственность государства, имеет место в тех случаях, когда оно

81 *Loizidou Merits, op. cit.* (примечание 76), para. 52 (где цитируются *Loizidou v. Turkey, Preliminary Objections*, ECHR Series A, No. 310 (1995), para. 62).

82 Там же, п. 56 (курсив автора).

83 Дело *Ilascu*, *op. cit.* (примечание 76), para. 316 (со ссылкой на выдержки из дела *Cyprus v. Turkey, op. cit.* (примечание 76), цитировано ниже в примечании 84). Сравните, однако, с более ограничительным подходом, избранным Судом в деле *Banković*, *op. cit.* (примечание 76), п. 71.

84 См., например, в деле *Cyprus v. Turkey, Merits*, *op. cit.* (примечание 76), п. 77: «Принимая во внимание общий эффективный контроль над северным Кипром, ответственность [Турции] не может быть сведена к ответственности лишь за действия ее собственных солдат или должностных лиц на севере Кипра, а должна также включать ответственность за действия местной администрации, которая существует в результате оказания ей военной и иной поддержки со стороны Турции. Отсюда следует, что согласно статье 1 Конвенции юрисдикция Турции должна распространяться на обеспечение всех материальных прав, изложенных в Конвенции и тех дополнительных Протоколах, которые она ратифицировала, а нарушения этих прав могут быть поставлены в вину Турции» (курсив мой), и там же п. 131-136.

осуществляет эффективный и исключительный контроль над (как правило, относительно небольшой) территорией за пределами своей собственной страны с официального согласия государства территориальной юрисдикции. К подобным гипотетическим ситуациям относятся, например, ситуации, когда два государства заключают международное соглашение, согласно которому одна сторона приобретает право разместить военную или иную базу на участке земли, принадлежащей другой стороне. Сюда относятся как квази-постоянные британские «суверенные» базы на Кипре и военно-морская база США в Заливе Гуантанамо, так и менее постоянные соглашения о размещении войск за границей. Такая категория соглашений имеет особое значение для целей настоящего анализа, учитывая, что с 11 сентября 2001 г. США разместили военные базы, контингент которых насчитывает около шестидесяти тысяч человек, в Афганистане, Пакистане, Киргизии, Узбекистане и Таджикистане, помимо уже существовавших ранее баз в Кувейте, Катаре, Турции и Болгарии. Не менее важно упомянуть военно-морскую базу США на британской территории Диего Гарсиа в Индийском океане.

Все аспекты юрисдикции и полномочий в отношении баз в стране их размещения, как правило, изложены в соглашениях о статусе базы и в документах, обычно именуемых «соглашениями о статусе сил». Хотя Межамериканская комиссия и обсуждала вопрос о юрисдикции в отношении весьма необычной базы в Заливе Гуантанамо,⁸⁵ международным органам по мониторингу за соблюдением прав человека не было представлено на рассмотрение ни одного случая правонарушений на базах нормального типа. Однако можно лишь догадываться, что и степень ответственности за деятельность на соответствующей базе, и то, на какие государства такая ответственность возлагается, по большому счету зависит от объема юрисдикции, сохранившегося за страной, где размещается база. Что касается Залива Гуантанамо, например, хотя теоретически Куба все еще сохраняет абсолютные суверенные права на эту территорию, все же именно США осуществляют «исключительный контроль и юрисдикцию»⁸⁶, поэтому, выполнение как позитивных, так и негативных обязанностей, вытекающих из международных норм права прав человека, должно обязательно являть-

85 Inter-American Commission on Human Rights, Precautionary Measures in Guantánamo Bay, 12 May 2002, ILM, Vol. 41 (2002), 532.

86 Agreement between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval Stations, 16/23 February 1903, 6 Bevans 1113, Art. III. См. также дополнительное соглашение от 2 июля/2 октября 1903 г., 6 Bevans 1120; аренда была предоставлена бессрочно на основании Соглашения о взаимоотношениях с Кубой (Treaty on Relations with Cuba, Washington, 29 May 1934, 48 Stat 1682, Art. III).

ся ответственностью США.⁸⁷ В тех случаях, когда государству, которому принадлежит база, предоставляется юрисдикция в более ограниченном объеме (например, когда уголовная юрисдикция в отношении солдат сохраняется за этим государством только в части, касающейся их действий, совершенных ими в ходе выполнения своих должностных обязанностей), позитивные обязанности, вытекающие из международных документов (например, обязанность проводить эффективное расследование в связи с обеспечением права на жизнь)⁸⁸, могут оставаться, по крайней мере в некоторой степени, возложенными на государство территориальной юрисдикции. Но в каждом случае это будет зависеть от конкретного нарушения, по которому поступила жалоба, и от условий отдельного соглашения, заключенного с принимающим государством.⁸⁹

Что касается ЕКПЧ, ограничение сферы экстерриториального применения Конвенции в силу осуществления общего контроля может возникнуть из регионального характера документа. Представляется, что решение Европейского суда по делу Банковича⁹⁰ ограничило ранее существовавшую широкую интерпретацию термина «юрисдикция», вытекающую из ЕКПЧ. В ответе на представленные заявителями доводы о том, что Европейская конвенция должна применяться к бомбардировкам, совершенным силами НАТО в Сербии, для того, чтобы не допустить «вакуума, который, к сожалению, имеет место в конвенционной системе защиты прав человека»⁹¹, Суд, подчеркнув «особый характер Конвенции, как конституционального документа *Европейского* общественного порядка» и «по существу региональное назначение конвенционной системы»⁹², указал, что:

«Конвенция – многостороннее соглашение, действующее (...) в региональном, по существу, контексте и именно в правовом пространстве (*espace juridique*) договаривающихся государств. (...) Конвенция не пред-

87 См., например, *Precautionary Measures in Guantánamo Bay, op.cit.* (примечание 85), где Межамериканская Комиссия предоставила меры защиты на основании того, что заключенные в Заливе Гуантанамо «находятся полностью во власти и под контролем правительства Соединенных Штатов», и подтвердила, что «установление ответственности государства за нарушения норм международных права прав человека в отношении конкретного лица зависит не от национальной принадлежности этого лица или его конкретного географического местонахождения, а скорее от того, находится ли такое лицо при особых обстоятельствах во власти и под контролем государства» (примечание 7).

88 См., например, касательно позитивной обязанности, вытекающей из ЕКПЧ, ст. 2, дело *McCann and Others v. United Kingdom*, ECHR, Series A, No. 324 (1995).

89 Даже в том случае, когда ответственность не установлена, исходя из факта контроля над территорией, она все же может существовать из-за физического контроля над лицом, о чем будет говориться далее).

90 *Banković, op. cit.* (примечание 76).

91 Там же, para. 79.

92 Там же, para. 80 (курсив в оригинале).

назначена для применения во всем мире, даже в отношении действий, совершаемых договаривающимися государствами».⁹³

По существу, смысл этого решения заключается в том, что оно налагает общее пространственное ограничение на применимость Конвенции; вышеуказанная позиция Соединенного Королевства (в части неприменимости ЕКПЧ к действиям его сил в Ираке) явно основана на такой аргументации.

Однако в самом последнем деле по вопросу о юрисдикции Суд, кажется, свел почти на нет значение ограничения, введенного, видимо, в постановлении по делу Банковича. В деле «Исса против Турции»⁹⁴ по заявлению родственников курдов, которые жили на севере Ирака и были убиты лицами из состава вооруженных сил Турции на иракской территории, Суд не учитывал в разбирательстве по делу тот факт, что жертвы находились за пределами *espace juridique* (правового пространства) действия Конвенции⁹⁵, и аргументация Суда действительно не предполагает, что понятие *espace juridique* явилось бы помехой в установлении ответственности Турции, если бы было представлено достаточное доказательство причастности Турции. Суд постановил, что:

«Суд не исключает возможность того, что в результате этой военной акции государство-ответчик временно осуществляло эффективный общий контроль над частью территории северного Ирака. Следовательно, если существует достаточно доказательств того, что в соответствующее время жертвы находились в пределах этой конкретной территории, то из этого логически вытекает, что они находились в сфере юрисдикции Турции, а не Ирака, который не является договаривающимся государством и совершенно очевидно находится вне правового пространства (*espace juridique*) договаривающихся государств.»⁹⁶

Представляется, что Суд говорит здесь, что, как только установлено, что государство осуществляет «общий контроль» над некоторой территорией за пределами своей собственной, то эта территория автоматически подпадает под юрисдикцию указанного государства и, следовательно, попадает в правовое пространство (*espace juridique*) Конвенции, независимо от ее фактического географического положения или того факта, что она остается территорией другого государства, не являющегося участником Конвенции.

93 Там же, para. 80.

94 *Issa Merits, op. cit.* (примечание 76).

95 Суд вынес решение по делу на том основании, что в соответствующее время Турция не осуществляла «эффективный общий контроль» над всей территорией северного Ирака (*там же*, para. 75) и отсутствовали достаточные доказательства того, что турецкие войска проводили операции на указанной территории (*там же*, para. 81).

96 Там же, para. 74.

б) *Экстерриториальные действия агентов государства в ситуациях, не квалифицируемых как осуществление общего контроля*

«Экстерриториальная» ответственность государства может возникнуть также в ситуации, когда его агенты осуществляют специальные операции на территории другого государства и осуществляют контроль над каким-либо лицом, не осуществляя при этом контроля над территорией, достаточного для того, чтобы применялись обязательства в области прав человека согласно принципам, изложенным в предыдущем разделе. Очевидно, что вышесказанное имеет большое значение в качестве аргумента в пользу применимости норм прав человека ко всем ситуациям, когда какие-либо лица задерживаются за границей агентами государства, независимо от масштаба операций, осуществляемых этим государством на зарубежной территории.⁹⁷

Комитет по правам человека, исходя из положений МПГПП, признала наличие ответственности государства за нарушения прав, находящихся под защитой, совершенные его агентами на территории другого государства, независимо от того, соглашается ли такое другое государство с этими действиями, и отметил, что:

«Статья 2 (1) Пакта возлагает на государство-участника обязательство «уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории под его юрисдикцией лицам права», но не подразумевается, что соответствующее государство – участник не несет ответственности за нарушения прав, предусмотренных Пактом, которые были допущены его агентами на территории другого государства, независимо от согласия или несогласия правительства такого другого государства с этими действиями. (...) Было бы недобросовестно допускать такую интерпретацию ответственности, предусмотренной статьей 2 Пакта, которая позволяла бы государству – участнику совершать на территории другого государства такие нарушения Пакта, которые государство – участник не мог бы совершать на своей собственной территории.»⁹⁸

97 Как, например, в ситуациях, кратко описанных в примечании 20.

98 *Lopez Burgos v. Uruguay* (Comm. No. 52/1979), UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979 (1981), para. 12.3; *Celiberti de Casariego v. Uruguay* (Comm. No. 56/1979), UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979 (1981), para. 10.3. По вопросу о его юрисдикции, позволяющей принимать к рассмотрению жалобы на основании Факультативного протокола, в котором также говорится о «подлежащих его юрисдикции» лицах, Комитет постановил, что «В статье 1 Факультативного протокола, где говорится о «подлежащих его юрисдикции» лицах (...) нет ссылки на место, где было допущено нарушение, а скорее на отношения между лицом и государством в том, что касается нарушения каких бы то ни было прав, предусмотренных Пактом, независимо от места совершения нарушения»; см. *Lopez Burgos*, para. 12.2; *Celiberti de Casariego*, para. 10.2.

Этот принцип был признан и Европейской комиссией по правам человека в весьма широкой формулировке:

«Находясь за границей, уполномоченные агенты государства не только остаются под его юрисдикцией, но и «подчиняют юрисдикции» этого государства любое иное лицо в той степени, в которой они осуществляют власть над таким лицом. Поскольку действия или бездействие государства затрагивают таких лиц, то возникает ответственность государства».⁹⁹

Следует отметить, что в данной ситуации основанием для применения международных обязательств в сфере прав человека, принятых государством, является признание того факта, что в период проведения указанных операций его агенты осуществляли определенный фактический контроль над лицами, и именно на этом основании возникает ответственность государства за нарушения прав личности этими агентами.¹⁰⁰ Однако, в отличие от описанных выше ситуаций, тот факт, что в этих случаях осуществляемый контроль имеет более или менее ограниченный, случайный или особый характер, означает, что от государства не требуется выполнения всего круга обязательств, предусмотренных международным правом прав человека, а лишь соблюдения его негативного обязательства не нарушать права указанных лиц.¹⁰¹

Принцип *non-refoulement* (отказа от высылки)

Помимо ситуаций, описанных в предыдущем разделе, в которых применимость законодательства по правам человека вытекает из того факта, что государство осуществляет достаточный контроль над территорией в целом или над конкретными лицами, существует другой сценарий, по которому государство можно считать ответственным за нарушение его обязательств, предусмотренных международным правом прав человека, даже в тех случаях, когда фактическое нарушение основных прав конкретного лица

99 *Stocké v. Federal Republic of Germany*, ECHR Series A, No. 199, Opinion of the European Commission, p. 24, para. 166.

100 Не было сделано никаких попыток определить степень контроля, которая послужила бы критерием наличия ответственности. Можно отметить, что во всех делах, в которых было признано наличие фактического контроля, имело место фактическое содержание под стражей лица, о котором идет речь; см., например, дело *Öcalan v. Turkey, Merits*, 12 March 2003, para. 93 (NB: в настоящее время разбирательством по делу занимается Большая Коллегия). Следует также отметить, что в деле *Оджалана* Суд не обнаружил какого-либо противоречия между своим установлением того, что заявитель находился в «юрисдикции» Турции, даже находясь в Кении, и принципом «*espace juridique*» (правового пространства), сформулированного в деле *Банковича*.

101 Однако следует отметить, что в своем решении по делу *Al Skeini*, op. cit. (примечание 124) английский апелляционный суд постановил, что вследствие того, что лицо умерло, находясь под стражей британских вооруженных сил, Великобритания должна провести эффективное расследование обстоятельств его смерти.

имеет место за пределами его национальной территории и под юрисдикцией третьего государства. Согласно формулировке Европейского суда по правам человека, «ответственность государства может также возникнуть в связи с действиями, которые в существенной степени и непосредственно затронут права, гарантированные Конвенции, даже если они будут затронуты вне его юрисдикции».¹⁰²

Основным следствием действия этого принципа является то, что государство будет считаться нарушившим свои международные обязательства, если оно передаст какое-либо лицо другому государству, имея веские причины предполагать существование «реального опасения» (согласно формулировке Европейского суда), что в таком другом принимающем государстве передаваемое лицо пострадает от нарушения его основных прав.¹⁰³ В этой связи, Комитет по правам человека заявил, что:

«Если государство – участник примет решение в отношении лица, подпадающего под его юрисдикцию, а обязательным и предсказуемым следствием такого решения является то, что права такого лица, предусмотренные Пактом, будут нарушены в другой юрисдикции, то само государство – участник может считаться нарушившим Пакт. Это следует из того факта, что обязанность государства – участника, предусмотренная статьей 2 Пакта, будет нарушена передачей лица другому государству (независимо от участия такого другого государства в Пакте), где, совершенно очевидно, обращение с лицом не будет соответствовать положениям Пакта, или подобное обращение будет являться основной целью такой передачи».¹⁰⁴

Перечень основных прав, возможное нарушение которых исключает выдачу, включает, по крайней мере, право не подвергаться пыткам или жестокому, бесчеловечному или унижительному обращению¹⁰⁵, основные

102 *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, judgment 4 July 2004, para. 317 (ссылка на дело *Soering v. United Kingdom* Series A, No. 161 (1989), paras. 88-91).

103 См. *Soering*, op. cit. (примечание 102), para. 88; дело *Cruz Varas v. Sweden, Merits*, ECHR Series A, No. 201 (1991), paras. 75-76; см. также *Vilvarajab and Others v. United Kingdom*, ECHR Series A, No. 215 (1991), paras. 107-108, 111. См., в общем, G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Kluwer, Dordrecht, 1991, pp. 79-90; C. Van den Wyngaert, «Applying the European Convention of Human Rights to extradition: Opening Pandora's box?», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39, 1990, p. 757; C.J.R. Dugard and C. Van den Wyngaert, «Reconciling extradition with human rights», *American Journal of International Law*, Vol. 92, 1998, p. 187; S. Borelli, «The rendition of terrorist suspects to the United States: Human rights and the limits of international cooperation», in A. Bianchi (ed.), *Enforcing International Law Norms Against International Terrorism*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 331.

104 *Kindler v. Canada* (Comm. No. 470/1991), UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), para. 6.2.

105 КПП, ст. 3; и см. *Mutombo v. Switzerland* (Comm. No. 13/1993), *Report of the Committee against Torture*, UN. GAOR, 49th Sess., Supp. No. 44, Annex 5, at 45, UN. Doc. A/49/44 (1994); *Kban v. Canada* (Comm. No. 15/1994), *Report of the Committee against Torture*, UN. GAOR, 50th Sess., Supp. No. 44, Annex 5, at 46, UN. Doc. A/49/44 (1994). Европейский суд по правам человека последовательно утверждал, что высылка или депортация запрещены в тех случаях, «когда имеются веские основания предполагать, что соответствующее лицо подвергается реальной опасности применения

права на справедливое судебное разбирательство¹⁰⁶ и право на жизнь и физическую неприкосновенность¹⁰⁷. В определенных случаях риск подвергнуться смертной казни также определяет запрет на экстрадицию.¹⁰⁸

Принцип, который в ряде случаев именуют принципом *non-refoulement*¹⁰⁹, четким образом устанавливается в нескольких документах, касающихся защиты прав человека,¹¹⁰ и, как правило, считается нормой обычного международного права, которое является обязательным для соблюдения всеми государствами, независимо от того, присоединились ли они к какому-либо из соглашений международного права беженцев и международного права прав человека. Хотя некоторые соглашения, включая МПГПП, АКЧП и ЕКЧП, не содержат соответствующих прямо сформулированных положений, органы мониторинга за соблюдением этих соглашений последовательно признавали, что действия государств – участников до известной степени противоречили бы ценностям, лежащим в основании таких соглашений, если бы выдали в таких обстоятельствах какое-либо лицо, подпадающее под их юрисдикцию.¹¹¹ В том, что касается МПГПП, Комитет по правам человека констатировал:

«... из обязательства, предусмотренного статьей 2 и требующего, что-бы государства-участники уважали и обеспечивали права, предусмотренные Пактом, всем лицам на их территории, находящимся под их контролем, вытекает обязательство не выдавать, не депортировать, не изгонять и никаким

к нему [пыток]» (см., например, *Abmed v. Austria, Merits*, ECHR Reports 1996-VI, п. 39), а также иных потенциальных нарушений ст. 3 Европейской Конвенции: см. *D. v. United Kingdom*, ECHR Reports 1997-III. Комитет по правам человека также распространил запрет на ряд ситуаций, связанных со смертной казнью, см. например, *Ng v. Canada* (Comm. No. 469/1991), UN Doc. CCRP/C/49/D/469/1991 (1993), а также *Kindler v. Canada, op. cit.* (примечание 104).

106 См. *Soering, op. cit.* (примечание 102), para. 113. См. также Article 3(f) of the UN Model Treaty on Extradition, согласно которой экстрадиция запрещена, если лицо, экстрадиция которого затребована, «не получило или не получило бы минимальных гарантий надлежащего уголовного судопроизводства, которые предусмотрены Международным пактом о гражданских и политических правах, ст. 14».

107 См., например, решение Европейской комиссии по правам человека по делу *Debwari v. Netherlands*, Report of the Commission of 29 October 1998 г., *European Human Rights Reports*, Vol. 29 (2000), 74, para. 61, и решение Европейского суда по делу *Gonzalez v. Spain*, judgment of 29 June 1999, para. 4 (где дело было проиграно на основании фактов, хотя Суд не исключил возможность опираться таким образом на ст. 2).

108 В настоящее время в рамках Европейской системы этот запрет является абсолютным: см. Протоколы 6 и 13, а также дело *Öcalan Merits, op. cit.* (примечание 100), para. 196 и 198. В рамках иных систем по защите прав человека подобный запрет проистекает из запрета на высылку (*refoulement*) лиц, которым грозят пытки или жестокое, бесчеловечное или унижающее обращение; см., например, решение Комитета по правам человека по делу *Ng v. Canada, op. cit.* (примечание 105).

109 Принцип вытекает из статьи 33 Конвенции о статусе беженцев, Женева, 28 июля 1951 г., Права человека. Сборник международных договоров. ООН, Нью-Йорк и Женева, 1994 г., с. 739.

110 См., например, статью 3 КПП; ст. 33 Конвенции о статусе беженцев (примечание 109).

111 См., например, *Soering, op. cit.* (примечание 102), paras. 88–91; *Ng v. Canada, op. cit.* (примечание 105).

иным образом не перемещать лицо со своей территории, если существуют веские основания предполагать наличие реальной опасности причинения невозместимого ущерба (...) либо в стране, куда лицо должно быть выслано, либо в стране, куда лицо может быть выслано впоследствии».¹¹²

Хотя такую судебную практику можно рассматривать, как расширительное толкование понятия «юрисдикция», более приемлемая точка зрения заключается в том, что признание ответственности соответствующего государства в таких случаях основано всего лишь на признании причинно–следственной связи между действием, совершенным государством в отношении лица, подпадающего под его юрисдикцию, и возможным нарушением основных прав этого лица третьими государствами.¹¹³

Этот принцип применим к любому случаю, в котором лицо, находящееся в рамках юрисдикции государства (независимо от пребывания этого лица на территории такого государства), выводится из–под его юрисдикции. Формальная квалификация действия, посредством которого лицо фактически переводится под юрисдикцию другого государства, не имеет значения для применимости принципа *non-refoulement*, поскольку этот принцип применим в равной степени к случаям экстрадиции, депортации, выдворения нелегальных иммигрантов¹¹⁴ и незаконной выдачи. Кроме того, принцип *non-refoulement* применим к любому лицу, независимо ни от преступлений, совершенных этим лицом в прошлом, ни от опасности, которую это лицо, предположительно, представляет для государства, которое содержит его под стражей.¹¹⁵

Следует также подчеркнуть, что запрет на высылку не только запрещает государствам передавать находящихся под их юрисдикцией лиц государствам, где существует обоснованный риск того, что основные права этих лиц будут нарушены, но и запрещает их выдачу странам, которые, в свою очередь, вероятно, передадут их в руки государствам, где их основные права могут быть нарушены.¹¹⁶

112 Human Rights Committee, General Comment No.31, *op. cit.* (примечание 66), para. 12.

113 См., например, de Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo, op. cit.* (примечание 73), pp. 24-30.

114 См., например, Cruz Varas, *op. cit.* (примечание 103), para. 70.

115 См., например, по вопросу о риске подвергнуться пыткам: *Chahal v. United Kingdom, Merits*, ECHR Reports 1996-V, para. 80: «деятельность соответствующего лица, какой бы нежелательной или опасной она не была, не может являться существенным соображением» и *Abmed v. Austria, Merits, op. cit.* (примечание 105), para. 41.

116 Этот логический вывод из принципа *non-refoulement* был признан Комиссией по борьбе с применением пыток и изложен следующим образом: «выражение «иное государство» в статье 3 относится к государству, куда предполагается высылка, возвращение или экстрадиция рассматриваемого лица, а также к любому государству, куда высылка, возвращение или экстрадиция заявителя могут быть осуществлены впоследствии» (Committee against Torture, General Comment No. 1, Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (1996),

И, наконец, государство не может уклониться от выполнения своих обязательств в сфере прав человека при передаче лиц, которых оно содержит под стражей, другому государству, даже если они не содержатся и никогда не содержались под стражей на его национальной территории. Если определение юрисдикции по смыслу права прав человека заключается в установлении, находятся ли лица «под властью и контролем» удерживающей державы, то, следуя логике, принцип применим также к передаче задержанных из–под стражи сил Коалиции под стражу местных властей в Ираке и Афганистане. Речь не идет о том, чтобы утверждать, как это сделала Великобритания в Комиссии против применения пыток, что принцип *non-refoulement* в статье 3 КПП не применим к передаче подозреваемых лиц иракским или афганским властям для физического содержания под стражей последних, «поскольку лица, о которых идет речь, полностью подпадают под юрисдикцию либо Ирака, либо Афганистана. Поэтому вопрос об экстрадиции или выдворении не стоит».¹¹⁷

То же самое утверждается в ответе Комиссии, которая, заявив, что «действие защиты, предусмотренной Конвенцией, распространяется на все территории, подпадающие под юрисдикцию государства – участника, и (...) этот принцип охватывает все территории, находящиеся под фактическим эффективным контролем властей государства – участника»,¹¹⁸ отклонила доводы Соединенного Королевства, порекомендовав, чтобы оно «применило статьи 2 и (или) 3, соответственно, к передаче задержанных, содержащихся под стражей государством – участником, под контроль, осуществляемый *de facto* или *de jure* любым иным государством».¹¹⁹

Судебные решения последнего времени: подтверждение применимого права?

Этот краткий анализ изложил принципы, регламентирующие применимость двух сводов правовых норм, которые обеспечивают защиту лицам,

UN Doc. A/53/44, annex IX, para. 2). См. также: *Mutombo v. Switzerland*, op. cit. (примечание 105), para. 10; *Korban v. Sweden* (Comm. No. 88/1997), UN Doc. CAT/C/21/D/88/1997 (1998), para. 7. См. также Human Rights Committee, General Comment No.31 op. cit. (примечание 66), para. 12 (примечание 112).

117 United Kingdom, «Responses to list of issues», p. 22, доступно в Интернете по адресу: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/UKresponses.pdf> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.). Напротив, Соединенное Королевство пояснило, что в Ираке, куда заключенные были переведены временно под стражу США, оно сохранило за собой ответственность на основании меморандума о взаимопонимании с Соединенными Штатами в качестве удерживающей державы в соответствии с Женевскими конвенциями, там же, с. 24–25.

118 «Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: United Kingdom», UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 25 November 2004, para. 4(b).

119 Там же, para. 5(e).

задержанным в ходе «войны с терроризмом». Он показывает, что, независимо от места содержания лиц под стражей, они всегда имеют право на некоторую степень защиты, предусмотренной международным правом прав человека и (в зависимости от обстоятельств, при которых они были схвачены) МПП. Некоторые недавние постановления (международные и, что более важно, внутригосударственные) указывают на тенденцию того, что подтверждается ортодоксальное понимание применимости норм МПП и международного права прав человека.

В том, что касается статуса лиц, захваченных в Афганистане, различие, которое США стремятся провести между «войной» с движением «Талибан» и «войной» с группировкой «Аль-Каеда», было твердо отклонено судьей Окружного суда Округа Колумбия. В деле «Хамдан против Рамсфельда»¹²⁰, Судья Робертсон постановил, что:

«Попытка правительства отделить движение «Талибан» от группировки «Аль-Каеда» (в целях применения Женевской конвенции) не находит обоснования в структуре самих Конвенций, которые начинают действовать, исходя из места конфликта, а не из того, к какой конкретно фракции относят участника боевых действий».¹²¹

Далее судья постановил, что на основании решения компетентного суда задержанным может быть отказано лишь в праве на статус военнопленного и обращении, соответствующем такому статусу, а также то, что президентское постановление и «суды по вопросу о статусе комбатанта» не являются достаточными для этих целей.¹²² В результате, было постановлено, что разбирательство военной комиссией дела заявителя не может иметь места до вынесения такого определения.

Что касается права прав человека и, в частности, рассмотренных выше двух пунктов, а именно, его продолжающейся применимости в период вооруженного конфликта и его экстерриториального применения, представляет интерес ряд решений. В отношении первого пункта в мае 2002 г. Межамериканская комиссия, в которую был направлен запрос об издании распоряжения принять меры предосторожности, касающиеся обращения с лицами, содержащимися под стражей в Заливе Гуантанамо, повторно подтвердила свою позицию в вопросе о продолжающейся применимости обязательств в области прав человека в ситуациях вооруженного конфликта. Комиссия заявила о своей компетенции в этом вопросе, указав, что:

120 *Hamdan v. Rumsfeld, op. cit.* (примечание 46); дело касалось ходатайства, касающегося законности ареста, поданного от имени человека, обвиненного в том, что он являлся шофером и телохранителем Осамы бен Ладена, и представшего перед военным трибуналом, учрежденным по Военному приказу Президент от 11 ноября 2001 г.

121 Там же, с. 15.

122 Там же, с. 18.

«Общепризнано, что право прав человека применимо во всякое время, в мирное время и в обстановке вооруженного конфликта. (...) в условиях вооруженного конфликта, положения о защите, предусмотренной международным правом прав человека и международным гуманитарным правом могут взаимно дополнять и усиливать друг друга (...), поскольку у них общее ядро прав, не подлежащих никакому ограничению, и общая цель защитить жизнь и достоинство человека.»¹²³

В том, что касается второго пункта, позиция Великобритании, согласно которой Европейская конвенция не применима к действиям вооруженных сил Великобритании по содержанию под стражей лиц в Ираке, недавно была частично отклонена английским судом. Дело «Р (по заявлению аль Скенини и других) против Министра обороны»¹²⁴ касалось ненадлежащего обращения с иракцем, находившимся под стражей британских войск в Ираке, и его убийства, а также расстрела пяти других лиц на территории Ирака. После тщательного изучения судебной практики Европейского суда, связанной с толкованием значения термина «юрисдикция» (как он используется в статье 1 ЕКПЧ), включая решение по делу Исссы¹²⁵, Суд пришел к выводу, что с точки зрения применимости Конвенции лицо, умершее в заключении, «находилось в сфере юрисдикции» Соединенного Королевства на том основании, что это лицо содержалось под стражей агентами государства, даже если нарушение имело место на территории за пределами *espace juridique* Конвенции.¹²⁶ Однако в деле других пяти лиц Суд постановил, что Соединенное Королевство не осуществляло «эффективного контроля» над указанной территорией, достаточного, чтобы прийти к выводу о наличии «исключительной» экстерриториальной юрисдикции на этом основании.¹²⁷ Решение по последнему делу можно сравнить с недавним постановлением Парламентской ассамблеи Совета Европы, которое призвало «государства, являющиеся его членами и участвующие в [Многонациональных Силах], признать полную применимость Европейской конвенции по правам человека к их вооруженным силам в Ираке, если и в той степени, с которой эти силы осуществляют эффективный контроль над территорией, где они проводят свои операции.»¹²⁸

123 Inter-American Commission on Human Rights, *Precautionary Measures in Guantánamo Bay*, *op. cit.* (примечание 85).

124 [2004] EWHC 2911 (Adm.), 14 December 2004 (Rix LJ and Forbes J sitting as a Divisional Court of the Queen's Bench Division of the High Court).

125 Там же, paras. 117-222.

126 Там же, para. 286.

127 Там же, para. 281.

128 См. также Резолюцию 1386 (2004), озаглавленную «The Council of Europe's contribution to the settlement of the situation in Iraq» («Вклад Совета Европы в урегулирование положения в Ираке»), принятую 24 июня 2004 г., п. 18.

Хотя позиция США, согласно которой лица, содержащиеся под стражей в Заливе Гуантанамо, не имеют права на судебную защиту в США, первоначально была одобрена одними и не была одобрена другими судами США¹²⁹, в июне 2004 г. Верховный суд в деле «Расул против Буша» постановил, что суды США обладали юрисдикцией, позволяющей рассматривать вопрос о законности ареста лиц, заключенных в Заливе Гуантанамо, на основании уже того факта, что они удерживались государством.¹³⁰ Постановление Верховного суда, хотя в своей основе и опирается исключительно на соображения внутреннего права, все же соответствует выводу Межамериканской комиссии (опять же в решении о мерах предосторожности) о том, что в соответствии с международным правом (в целях применимости Американской декларации прав и обязанностей человека) лица, содержащиеся в заключении в Заливе Гуантанамо, находились под «властью и контролем» США.¹³¹

И, наконец, в деле «Абу-Али против Эшкрофта»¹³² суд США сделал огромный шаг к тому, чтобы привлечь к ответственности должностных лиц в связи с содержанием лиц под стражей за границей третьими государствами от имени США. Судья постановил, что, в принципе, суды США обладают юрисдикцией, позволяющей рассматривать заявления по вопросу о законности ареста, поданную лицом, задержанным иностранным правительством, если при отсутствии неопровержимых доказательств в пользу противного свобода такого лица ограничена Соединенными Штатами, поскольку его арест за границей был инициирован, *inter alia*, учреждениями США, официальные лица США участвовали в его задержании и допросе за границей, и иностранное государство передало бы такое лицо в руки официальных лиц США по просьбе последних.¹³³ Отвергая довод исполнительного органа о том, что ходатайство по вопросу о законности ареста невозможно на том лишь основании, что заявитель был арестован иностранным государством, судья отметил:

129 См., например, дело *Al Odab v. United States*, 321 F 3d 1134 (D.C. Cir., 2003), по которому суд постановил, что суды США не обладали юрисдикцией, позволяющей рассматривать петиции *habeas corpus* (по вопросу о законности ареста), поданные от имени не имеющих гражданства США лиц, содержащихся в Заливе Гуантанамо, на том основании, что материальные права, заложенные в конституции США, не распространяются на лиц, не являющихся гражданами США и находящихся за пределами суверенной территории Соединенных Штатов. См. также дело *Gherebi v. Bush*, 352 F3d 1278 (9th Cir. Cal., 2003), по которому было принято противоположное постановление на том основании, что США осуществляют «территориальную юрисдикцию в отношении Гуантанамо» (1289-1290). Решение было изменено в свете решения Верховного суда по делу *Rasul* и делу *Rumsfeld v. Padilla* (124 S. Ct. 2711); см. 374 F. 3d 727 (9th Cir. Cal. 2004).

130 *Rasul v. Bush; Al Odab v. United States*, 124 S Ct. 2686 (28 June 2004).

131 *Precautionary Measures in Guantánamo Bay*, op. cit. (примечание 85).

132 Дело *Abu Ali v. Ashcroft* (DCt, D.C, 16 December 2004), доступно в Интернете по адресу: <www.dcd.uscourts.gov/04-1258.pdf> (последнее посещение 10 февраля 2005 г.).

133 Там же, с. 1-2.

«Во всей своей полноте такая позиция позволила бы Соединенным Штатам по их собственному усмотрению и без судебного контроля арестовать гражданку Соединенных Штатов и передать ее в руки союзников за границей, чтобы избежать проверки конституционности подобных действий; арестовать гражданку Соединенных Штатов через посредничество зарубежного союзника и попросить союзника подвергнуть гражданку бессрочному содержанию под стражей на какой-либо зарубежной территории по указанию Соединенных Штатов; или даже передать американских граждан иностранным правительствам посредством применения пыток (...). Этот Суд просто не может согласиться с тем, что в соответствии с нашей конституционной системой управления исполнительные органы оставляют себе такую власть, свободную от какого-либо судебного контроля в тех случаях, когда основные права граждан были предположительно нарушены.»¹³⁴

Заключение

После нескольких лет, в течение которых правительства очень вольно обращались с применимыми международными нормами, игнорируя резкую критику, недавние постановления показывают, что положения, предоставляющие защиту, предусмотренную внутренним и международным правом, начинают вновь подтверждаться. Возможно, чрезмерно было бы надеяться, что в результате нескольких судебных постановлений все государства, которых касается эта проблема, в полной мере признают применимость всех соответствующих международных правовых норм. Однако, развитие событий в последнее время можно истолковать как свидетельство того, что правовые институты, в частности, внутренние суды в конце концов начинают оправляться от шока, полученного международной и внутренними правовыми системами 11 сентября.

Уже более трех лет прошло с тех пор, как появились первые задержанные, которые содержались под стражей в нарушение их прав и международного права. Заявления о нарушениях международного права – не слишком большое утешение для тех, чьи права были нарушены за этот период. Однако если речь идет о предотвращении попрания таких важнейших норм и ценностей, как те, которые касаются заключения под стражу за границей во время «войны с терроризмом», то радует даже едва мерцающий свет, пролитый на «правовую черную дыру».

134 Там же, с. 19.