



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2005/14
21 June 2005

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Подкомиссия по поощрению и защите прав человека

Пятьдесят седьмая сессия

Пункт 3 предварительной повестки дня

ОТПРАВЛЕНИЕ ПРАВОСУДИЯ, ГОСПОДСТВО ПРАВА И ДЕМОКРАТИЯ

**Рабочий документ по вопросу о взаимосвязи между правом прав человека и
международным гуманитарным правом, подготовленный Франсуазой Хэмпсон и
Ибрахимом Саламой***

* Учитывая объем настоящего документа, который превышает ограничения, установленные Генеральной Ассамблеей, сноски в конце документа распространяются в полученном виде лишь на языке представления.

Резюме

Настоящий рабочий документ состоит из двух частей. В первой части, подготовленной г-ном Саламой, в целом рассматривается вопрос о взаимосвязи между правом прав человека и международным гуманитарным правом, определяются возможные направления дальнейших исследований, в частности, в том, что касается предотвращения нарушений и институциональных мер в ответ на такие нарушения в конфликтных ситуациях. Во второй, подготовленной г-жой Хэмпсон, рассматривается вопрос о том, могут ли два этих правовых режима применяться одновременно в свете юриспруденции договорных органов по правам человека и специальных процедур. Автор полагает, что в тех случаях, когда применимо международное гуманитарное право, органы по правам человека должны принимать его во внимание. Далее в части II автор рассматривает вопрос о том, в какой степени право прав человека применимо экстерриториально, опять же в свете практики органов по правам человека. В заключительной части документа определены направления возможных дальнейших исследований. Авторы считают весьма желательным создать для рассмотрения этих вопросов рабочую группу Подкомиссии.

СОДЕРЖАНИЕ

| | <i>Пункты</i> | <i>Стр.</i> |
|---|---------------|-------------|
| Введение | 1 | 4 |
| Часть первая..... | 2 - 37 | 4 |
| Введение | 1 - 4 | 4 |
| I. Предпосылки и проблематика | 5 - 8 | 5 |
| II. Потенциал взаимного усиления | 9 - 23 | 7 |
| III. Прецеденты и аналогии..... | 24 - 29 | 11 |
| IV. Выводы | 30 - 37 | 14 |
| Часть вторая | 38 - 94 | 17 |
| Введение | 38 - 40 | 17 |
| I. История и природа ПВК/МГП и ППЧ | 41 - 50 | 18 |
| II. Применимость ППЧ и ПВК/МГП | 51 - 77 | 20 |
| III. Экстерриториальная применимость ППЧ | 78 - 92 | 28 |
| IV. Нерассмотренные вопросы | 93 - 94 | 33 |

Введение

1. В решении 2004/118 Подкомиссия обратилась к Франсуазе Хэмпсон и Ибрахиму Салами с просьбой подготовить рабочий документ по вопросу о взаимосвязи между правом прав человека и международным гуманитарным правом. Настоящий документ представлен в ответ на эту просьбу.

Часть первая

Введение

2. "Что касается провозглашенных законов, то ни одно поколение не наследовало таких богатств, какие достались нам. На наше счастье, сформировался комплекс норм, которые можно считать международным биллем о правах человека, в том числе впечатляющие стандарты защиты наиболее слабых среди нас, включая жертв конфликта и преследований... Однако без осуществления на практике наши декларации остаются пустым звуком. Без реальных действий наши обещания ничего не значат". Эти слова Генерального секретаря ООН, содержащиеся в его докладе "При большей свободе: к развитию, безопасности и правам человека для всех"¹, описывают дилемму правозащитного движения, трагедию жертв нарушений прав человека и нарушений международного гуманитарного права (МГП) и вызов для Подкомиссии по поощрению и защите прав человека, над которым ей надо серьезно задуматься.

3. Вооруженный конфликт по определению попирает базовую идею современного права. Обеспечение минимального соблюдения прав человека и уважение достоинства во время вооруженных конфликтов продолжает оставаться важнейшей задачей международного сообщества. Трудности, связанные с примирением таких противоречивых понятий, как порядок и беспорядок, право и сила, человеческое достоинство и война, лишь усугублялись развитием науки, появлением оружия массового уничтожения, терроризмом и многими другими транснациональными явлениями современности. И худшим из этих явлений, несомненно, остается расширяющаяся пропасть между моральным прогрессом и техническим развитием. Правозащитному сообществу, которое призвано принять этот вызов и ликвидировать пропасть, в первую очередь требуется постоянно черпать вдохновение в неразрывных связях между правом прав человека (ППЧ), МГП и международным правом беженцев, все из которых происходят из одного и того же начала - заботы об обеспечении человеческого достоинства во все времена, во всех местах и при всех обстоятельствах. И для того чтобы вдохнуть новую жизнь в МГП, нельзя ни на минуту забывать о том, ради чего оно собственно существует.

4. В отличие от основных конвенций ППЧ, нормы МГП не являются объектом мониторинга со стороны договорных органов или каких-либо иных действенных механизмов с обязательными для выполнения решениями, которые бы следили за их выполнением и содействовали, формулируя как общие, так и конкретные замечания, его прогрессивному развитию. В эпоху, когда права человека стали определяющей темой для международного сообщества и ключевым фактором формирования международной политики, совершенно недопустимо и неоправданно, чтобы искусственные разграничения и псевдоправовые аргументы скрывали столь существенные различия в уровне охраны прав. Даже, если кто-то не согласен с некоторыми его последствиями, главный вектор следующего заявления Генерального секретаря остается бесспорным: "Никогда нельзя допускать, чтобы какой бы то ни было правовой принцип - даже суверенитет - выступал в качестве прикрытия геноцида, преступлений против человечности и массовых людских страданий"².

I. Посылки и проблематика

5. Сколь бы внушительным ни казался существующий арсенал юридических инструментов, призванных защищать гражданское население во время вооруженных конфликтов, в реальных условиях он не обеспечивает достаточной защиты. Международное сообщество по-прежнему является свидетелем широкомасштабных проявлений жестокости и массового нарушения прав человека. В этом плане взаимосвязь между МГП и ППЧ является парадоксальной в том смысле, что, хотя международное сообщество все больше осознает конвергенцию двух этих сводов норм, потенциал их взаимодополняемости используется все еще недостаточно.

6. Понятие *lex specialis* не ставит ППЧ и МГП в положение "или - или" в том, что касается совокупности обоих сводов норм, которые представляют собой две взаимно поддерживающие друг друга отрасли одной и той же дисциплины. Большинству злодеяний, совершенных людьми в истории, будь то во время вооруженных конфликтов или в мирное время, положили начало тенденции и идеологии, спорадические действия или иные события, сыгравшие роль спускового механизма, которые позднее вылились в тягчайшие преступления, которые когда-либо видело человечество. Так, начало холокосту положила расистская идеология и спорадические события, на которые никто не реагировал до тех пор, пока не были совершены всем известные злодеяния. Если говорить о механизмах отслеживания и раннего предупреждения, то здесь позиции МГП явно слабы. Поэтому настоятельно необходимо изучить возможности институционального взаимного дополнения и усиления между двумя этими сводами норм.

7. Нет сомнений, что 60 лет тому назад средства связи не были столь развиты, как сегодня, но надо признать, что и в наши дни при избытии информации, которую мы можем получить по всем темам и событиям, международная реакция на многие широко распространенные нарушения прав человека может запаздывать по одной простой причине: из-за отсутствия эффективных специализированных систем мониторинга, обеспечивающих законное международное вмешательство в случае наиболее серьезных и безотлагательных ситуаций. Здесь мы имеем в виду не только реформированный Совет Безопасности, в любых обстоятельствах без какой-либо дискриминации выполняющий положения Устава. Столь же важно укреплять механизмы МГП, которые обеспечивали бы соблюдение его норм до того, как нарушения создадут угрозу для международного мира и безопасности. Записанное в преамбулу Устава торжественное обещание "не допустить этого впредь" нарушалось и в Руанде, и в других местах.

8. Одно из существенных отличий между МГП и ППЧ заключается в том, что на страже норм ППЧ стоят, помимо прочего, неправительственные организации (НПО), а также национальные правозащитные институты, осуществляющие мониторинг соблюдения этих норм. Эти органы, наряду с общественным мнением и гражданским обществом в целом, играют решающую роль, заставляя государства действовать в соответствии с международными нормами и стандартами в области прав человека. Понятно, что все эти структуры имеют меньше доступа к информации и меньше свободы взаимодействия с реалиями вооруженных конфликтов. Поэтому отсутствие возможности осуществления мониторинга следует восполнять за счет более эффективного использования в условиях вооруженного конфликта правозащитных механизмов. Расхождения между нормами ППЧ и МГП не исключают необходимости институционального взаимодополнения между двумя этими ветвями одной и той же дисциплины, направленными на достижение одной и той же цели: обеспечивать уважение человеческого достоинства во всех обстоятельствах. Некоторые из расхождений между нормами МГП и ППЧ, а также природа вооруженных конфликтов влияют на роль НПО, которым бывает весьма не просто действовать во время вооруженных конфликтов. Невзирая на соображения безопасности, некоторые понятия МГП, такие, как "военная необходимость" и "сопутствующий ущерб" совсем не просто воспринять в "традиционном" контексте ППЧ. Поэтому для сотрудников некоторых НПО может потребоваться организовать специальную подготовку, с тем чтобы они могли более эффективно обеспечивать на практике необходимую взаимодополняемость норм и стандартов МГП и ППЧ.

II. Потенциал взаимного усиления

9. Если нарушение МГП по определению представляет собой нарушение прав человека, то обеспечение соблюдения норм МГП необязательно означает соблюдение всех прав человека. Полное соблюдение всех прав человека в конечном итоге должно привести к тому, чтобы необходимость прибегать к средствам защиты, обеспечиваемым нормами МГП, вообще отпала. Резолюция 2005/63 Комиссии по правам человека "Защита прав человека гражданских лиц во время вооруженных конфликтов" зиждется на трех послылках, заключающихся в том, что "право прав человека и международное гуманитарное право дополняют и укрепляют друг друга", что "защита, обеспечиваемая правом прав человека, продолжает действовать в условиях вооруженных конфликтов с учетом тех случаев, когда международное гуманитарное право применяется как *lex specialis*", и, наконец, что "поведение, которое нарушает международное гуманитарное право... может также представлять собой нарушение прав человека". Именно по этим трем основным направлениям МГП и ППЧ дополняют и укрепляют друг друга. Такая взаимодополняемость не является лишь теоретической, а распространяется и на правоприменительную практику. Мы согласны с Розмари Аби-Сааб.

"Если гуманитарное право и право прав человека преследуют одну и ту же цель, а именно: защитить индивида от любых посягательств на его личность как во время вооруженных конфликтов, так и в мирное время, неудивительно, что две эти ветви международного права должны дополнять друг друга... Это - двусторонний процесс, когда подход, характерный для гуманитарного права, может дополнять или заменять подход, присущий праву прав человека при защите индивида в ситуациях, при которых возможности защиты прав человека существенно ограничены или полностью приостановлены... Помимо такого очевидного взаимопроникновения прав человека и гуманитарного права как в плане формулировок и содержания норм, так и в плане их практического применения, взаимосвязь между ними может быть полезной и в контексте применения. Обращение к правам человека как к нормам общего международного права, применяемого в любых ситуациях и превалирующего над договорными обязательствами, поможет определить общие обязательства и возможные их нарушения, открывая таким образом путь к осуждению таких нарушений"³.

10. Резолюция 2005/63 отнюдь не была первым знаком признания взаимодополняемости МГП и ППЧ; она лишь обозначила происходящий по нарастающей процесс сближения двух ветвей одной дисциплины. Известно много примеров, когда в различных ситуациях, складывающихся в отдельных странах, Комиссия дает мандаты, включающие вопросы МГП, специальным докладчикам, ознакомительным миссиям и комиссиям по

расследованию, создаваемым на специальных сессиях или специальных заседаниях. Проводимая Комиссией работа по установлению стандартов охватывала также такие вопросы МГП, как положение детей в условиях вооруженного конфликта.

11. Фактически данная резолюция представляет собой отражение настоятельной растущей необходимости в выработке как для МГП, так и для ППЧ инновационного подхода, ориентированного на интересы жертв. Как отмечает Х.-Й. Хайнтце:

"В юридической литературе совершенно справедливо отмечается, что защита прав человека не только зиждется на той же философии, что и международное гуманитарное право, но и может использоваться для восполнения пробелов в международном гуманитарном праве. Слаборазвитость механизмов применения международного гуманитарного права, которые следует охарактеризовать как достаточно неэффективные, относится к числу их наиболее слабых мест. Поэтому неудивительно, что и Международный комитет Красного Креста, и представители научных кругов неоднократно пытались использовать механизмы применения договоров в области прав человека, разоружения и охраны окружающей среды, заключенных в рамках ООН, в качестве возможных систем обеспечения соблюдения международных договорно-правовых документов [с помощью] процедур представления государствами соответствующих докладов"⁴.

12. Повышение эффективности МГП и его институциональная взаимодополняемость с ППЧ отнюдь не требуют изменения в обязательном порядке существующих норм или введения новых стандартов. При правильном использовании и полном применении существующие механизмы могут обеспечить достижение этой цели. Так, создание специальных международных уголовных трибуналов и Международного уголовного суда стало ответом на грубые массовые нарушения как МГП, так и ППЧ в различных регионах мира; судебное преследование лиц, виновных в совершении этих грубых нарушений, в определенной степени может иметь сдерживающий эффект.

13. Тем не менее самым слабым местом обязательств государства в рамках международного уголовного права является отсутствие мониторинга шагов, предпринимаемых государством с целью выполнения своих международных обязательств по организации судебного преследования на национальном уровне. И, хотя право прав человека "заимствовало" у МГП принцип *aut dedere aut judicare*, соблюдение этого принципа по-прежнему не отслеживается. Государства по очевидным политическим, юридическим или финансовым причинам могут медлить с организацией судебного преследования своих граждан за преступления, совершенные во время вооруженного конфликта, а в случае передачи дел национальным судам они могут пытаться влиять на

беспристрастность собственной судебной системы в отношении таких дел. В некоторых случаях режимы-правопреемники ставили примирение выше ответственности, в результате чего грубые нарушения МГП и прав человека остались безнаказанными.

14. Вот лишь два примера областей, где правозащитные механизмы могут восполнить защитный вакуум. МГП располагает достаточно ограниченными возможностями в плане применения уголовных санкций. Любые меры по обеспечению соблюдения норм МГП применяются лишь с согласия сторон конфликта, т.е. зависят от баланса сил или от их собственных национальных судов, возможности которых в таких ситуациях, как известно, ограничены. Лишь правозащитные механизмы в любой ситуации стоят на правовом фундаменте и, как правило, могут применяться в большинстве случаев, где требуется защита прав. Осуществляя этот общий мандат в условиях вооруженных конфликтов, правозащитные механизмы могут продемонстрировать, что ППЧ и МГП являются различными ветвями одной дисциплины и что первоначальное видение Устава ООН требует их институциональной взаимодополняемости⁵.

15. Важным концептуальным и правовым основанием институциональной взаимодополняемости МГП и ППЧ является также Декларация Мартенса, которая гласит, что независимо от обязательств по договорному праву в период вооруженных конфликтов все гражданские лица "остаются под защитой и действием принципов международного права, проистекающих из установившихся обычаев, из принципов гуманности и из требований общественного сознания" (статья 1, пункт 2 Дополнительного протокола к четырем Женевским конвенциям 1949 года). Данное положение МГП потенциально имеет огромное практическое и институциональное значение.

16. Так, в своем Консультативном заключении относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения при вооруженных конфликтах Международный Суд высказал мнение, что Декларация Мартенса "оказалась эффективным способом учета быстрого развития военной техники" (пункт 78 Заключения). "Принципы гуманности и требования общественного сознания" - это не просто морально-нравственные ориентиры; они стали юридически обязательным мерилom, с которым мы подходим к оценке всех действий, событий и шагов, связанных с соблюдением прав человека.

17. В своем несогласном особом мнении судья Шахабуддин (стр. 22-23) заявил, что Декларация Мартенса является не только подтверждением обычного права, но и возводит "принципы гуманности и требования общественного сознания" в ранг юридических принципов. Фактически он процитировал заявление Военного трибунала Соединенных Штатов в Нюрнберге по делу Круппа в 1948 году о том, что данный принцип превратился "в правовое мерило, применяемое там и тогда, где и когда конкретные положения

Конвенции... не охватывают конкретные случаи...". Для судьи Виранантри Декларация Мартенса уже означает, что "позади уже сформулированных специальных норм лежит свод общих принципов, достаточных для применения к тем ситуациям, которые еще не урегулированы".

18. Очевидно, что с развитием ППЧ возрастает частота возможных нарушений Декларации Мартенса. Чем шире сфера действия норм и стандартов в области прав человека, тем шире применяются "принципы гуманности и требования общественного сознания". Поэтому мы согласны с мнением, что Декларация Мартенса переворачивает классический постулат международного права. Ни в отношении ППЧ, ни в отношении МГП нельзя утверждать, что все, что конкретно не запрещено законом, разрешено на практике⁶.

19. Принуждение государств через соответствующие правозащитные механизмы выполнять свои обязательства по обеспечению судебного преследования лиц, нарушивших нормы МГП, несомненно повышает эффективность МГП, обеспечивая необходимое сдерживание лиц, виновных в нарушении прав человека в худших формах, совершенных в существенно более опасном для гражданских лиц контексте вооруженного конфликта. Фактически продвижение вперед в направлении признания личной уголовной ответственности за нарушение *jus in bello* пока что не сопровождалось строгим мониторингом выполнения государствами своих обязательств по обеспечению того, чтобы такая личная ответственность подкреплялась эффективной правовой санкцией.

20. В том же контексте взаимодополняемости вопрос о возмещении ущерба жертвам нарушений прав человека представляет собой еще одну важную область, где нормы и механизмы в области прав человека могли бы существенно способствовать облегчению страданий жертв нарушений как норм ППЧ, так и норм МГП, независимо от того, произошли эти нарушения в мирное время или в период вооруженных конфликтов.

21. Еще одной важной областью, где возрастает конвергенция и взаимодополняемость МГП и ППЧ, является все более частое рассмотрение Советом Безопасности вопросов, связанных с нарушениями норм МГП и ППЧ, которые создают угрозу для международного мира и безопасности. Этот факт заставил Генерального секретаря включить в свои последние предложения по реформированию ООН рекомендацию о том, что "Верховный комиссар должен играть более активную роль в обсуждениях Совета Безопасности и предлагаемой Комиссии по миростроительству с уделением особого внимания осуществлению соответствующих положений резолюций Совета Безопасности"⁷.

22. Мы, конечно же, согласны с этой рекомендацией, так как она подчеркивает актуальность обеспечения прав человека как важнейшего элемента предотвращения конфликтов и миростроительства. Этот тезис может применяться лишь в том случае, когда доказано, что нарушения прав человека достигли таких масштабов, что стали создавать угрозу международному миру и безопасности. Кроме того, Верховный комиссар по правам человека может играть "более активную роль" в этой области лишь тогда и в той мере, в какой это потребует Совет Безопасности. Выполняя свою роль в этой весьма чувствительной области, Верховный комиссар будет пользоваться кредитом доверия лишь в том случае, если его работа основана на максимально эффективном использовании договорных органов по правам человека и специальных процедур. Эти механизмы образуют "гуманитарный арсенал" Верховного комиссара, ее "регулярную армию защиты", ее институциональную основу, а также источник выводов и легитимности.

23. Другими словами, чтобы играть всевозрастающую роль в вопросах мира и безопасности под углом зрения прав человека, Управление Верховного комиссара должно осуществлять мониторинг соответствующих норм и стандартов МГП, согласовывая свои действия с МККК. Речь идет не просто о придании Верховным комиссаром дополнительного политического или морального веса обсуждению в Совете Безопасности, каковым она в силу Устава и резолюции о создании Управления действительно обладает. Значение вклада Верховного комиссара должно заключаться в том, чтобы придать надлежащее институционализированное правозащитное измерение обсуждаемым вопросам, представлять достоверные сведения, полученные через правозащитные механизмы, предлагать средства правовой защиты из арсеналов МГП и ППЧ, продемонстрировав, таким образом, правозащитные составляющие мер по урегулированию конфликтов и миростроительству на технически проработанной базе.

III. Прецеденты и аналогии

24. Анализ многочисленных исследований, в которых рассматриваются практика функционирования правозащитных механизмов в области МГП и многочисленные прецеденты, показал, что в целом наблюдается растущая тенденция воспринимать вопросы МГП через общую призму МГП и ППЧ. Подходы и методы в этом плане зависят от особенностей каждой конкретной ситуации.

25. Совет Безопасности все шире практикует совместное рассмотрение вопросов, относящихся к МГП и ППЧ. Важным прецедентом в этом плане является мандат Специального советника Генерального секретаря по предотвращению геноцида, предусматривающий тесное сотрудничество с Верховным комиссаром и использование

специальных процедур, касающихся прав человека. Совет Безопасности предложил Генеральному секретарю "передавать Совету информацию и аналитические материалы, поступающие из системы Организации Объединенных Наций, о случаях серьезных нарушений международного права, включая международное гуманитарное право и право, касающееся прав человека, и о возможных конфликтных ситуациях, возникающих, в частности, вследствие этнических, религиозных и территориальных споров, нищеты и недостаточного развития, и выражает свою решимость серьезным образом рассматривать такую информацию и аналитические материалы о ситуациях, которые он сочтет представляющими угрозу международному миру и безопасности"⁸.

26. Еще одним важным прецедентом, из которого можно почерпнуть аналогии, полезные для достижения общих целей ППЧ и МГП, является резолюция 1591 (2005) Совета Безопасности, касающаяся Дарфура. В этой резолюции Совет рассматривает и отслеживает выполнение обязательств не только правительством Судана, но и физическими лицами, которые, по мнению Комитета, созданного в соответствии с правилом 28 временных правил процедуры Совета, и по информации, поступающей из различных источников, "препятствуют мирному процессу, представляют собой угрозу для стабильности в Дарфуре и регионе, совершают нарушения норм международного гуманитарного права и права в области прав человека или другие злодеяния".

27. В свете этого прецедента возникает очевидный вопрос: насколько чудовищными должны быть злодеяния, чтобы Совет Безопасности принял меры на основании обоих правовых режимов по обеспечению соблюдения норм МГП и норм в области прав человека? Возникает еще одна проблема: даже если мы и согласимся в интересах аргументации с тем, что человеческие страдания можно квалифицировать по шкале злодеяний, все равно будет недопустимо, чтобы международное сообщество, обладающее впечатляющим арсеналом норм и стандартов в области прав человека и международного гуманитарного права, сохраняло молчание, бездействовало или неэффективно противостояло самым первым признакам того, что в любой части мира могло бы вылиться в массовые нарушения прав человека. Это и есть, по нашему мнению, недостающее звено и новое право - право на институциональную защиту, право жертв вооруженного конфликта на полную защиту со стороны всех соответствующих учреждений, которые могут и должны прямо или косвенно облегчить их страдания.

28. Для обеспечения соблюдения прав человека во всех странах и при любых обстоятельствах следует призвать соответствующие правозащитные механизмы осуществлять мониторинг всех случаев вооруженных конфликтов как национального, так и международного характера, с тем чтобы обнаруживать и сдерживать любые возможные

нарушения ППЧ и МГП. Мы согласны с Хансом-Йоахимом Хайнтце, который отметил, что:

"Исследования свидетельствуют о том, что происходит слияние защитных мер, предусмотренных правом прав человека, и защитных мер, предусмотренных международным гуманитарным правом. Оба эти свода правовых норм могут применяться в период вооруженных конфликтов для обеспечения максимально возможной защиты в смысле Декларации Мартенса. Важнейшим практическим следствием этого является возможность добиваться соблюдения международного гуманитарного права. Поскольку правоприменительные механизмы этого права недостаточны и не предвидится, что в соответствии с нормами этого права государства будут составлять доклады и появляться процедуры представления индивидуальных жалоб, возрастает практическое значение процедур, существующих в рамках права прав человека. Решения, ставшие первой робкой попыткой применения международного гуманитарного права, показали, что, хотя описанная выше практическая деятельность органов в области прав человека все еще носит ограниченный характер, она тем не менее представляет собой весьма желанное дополнение к довольно ограниченному арсеналу международных средств обеспечения соблюдения норм международного гуманитарного права сторонами вооруженных конфликтов. Это наглядно свидетельствует о том, что конвергенция права прав человека и международного гуманитарного права является и практически осуществимой, и полезной"⁹.

29. Еще одной областью, где ППЧ и МГП дополняют друг друга, является борьба против пыток. Случаи пыток могут иметь место как в мирное время, так и в период вооруженных конфликтов. Структуры, действующие в рамках МГП, и механизмы по правам человека должны согласовывать свои действия для обеспечения максимально эффективной защиты жертв пыток. И международное гуманитарное право, и право прав человека каждое по-своему способствовали усилению борьбы против пыток. Мы согласны с мнением, что "нынешнее состояние международного права свидетельствует, что механизмы гуманитарного права и права прав человека, если их применять вместе, обеспечивает полный набор норм и процедур, необходимых для предотвращения, юридического оформления и пресечения пыток. Сегодня слабые места в одной сфере зачастую удается восполнить, используя инструменты, принадлежащие к другой сфере"¹⁰.

IV. Выводы

30. Исходя из вышеизложенных соображений, необходимо рассмотреть следующие вопросы и варианты.

31. С принятием в 1948 году Всеобщей декларации прав человека достоинство человеческой личности становится главной отправной точкой международной правовой системы. Этот факт привел к созданию международной системы защиты, обеспечиваемой соответствующими нормами и институтами. Эта система продолжает развиваться, несмотря на идеологические противоречия, избирательность и политизацию, которые являются неотъемлемой частью политики в области прав человека и гуманитарной политики. Такие негативные факторы должны уравниваться активизацией роли договорных органов, специальных процедур, Подкомиссии по поощрению и защите прав человека и НПО, которые имеют возможность влиять на нормы и стандарты в области прав человека больше, чем в какой-либо иной отрасли международного права. Эти защитники торжественного обещания "не допустить этого впредь" могут и должны поддержать усиливающуюся тенденцию двух этих традиций, а именно ППЧ и МГП, к конвергенции, которая была бы продумана технически, полезна на практике и реально осуществима. В большинстве случаев оба свода норм применяются параллельно, однако в некоторых случаях их применение может носить дополняющий характер¹¹. Наличие двух взаимно поддерживающих друг друга сводов норм может лишь усилить защиту прав человека при любых обстоятельствах - цель, которую профессор Джордж Аби-Сааб считает "величайшим завоеванием послевоенного международного права"¹².

32. В ожидании дальнейших исследований, посвященных средствам достижения этой цели, можно было бы в качестве первого шага рекомендовать Комиссии поручить лицам, отвечающим за все тематические специальные процедуры Комиссии, в пределах своих мандатов обращать внимание на ситуации, связанные с реальными или потенциальными вооруженными конфликтами, и включать соответствующие вопросы МГП при рассмотрении этих ситуаций и подготовке соответствующих докладов. "По тому, как обстоят дела сегодня, представляется жизненно важным многократно использовать уже существующие процедуры. Учитывая, что сферы, где с целью защиты применяются право прав человека и международное гуманитарное право, пересекаются, такое многократное использование представляется вполне возможным"¹³. Может также оказаться полезным рекомендовать Комиссии обратиться ко всем государствам-членам, находящимся в состоянии вооруженного конфликта, направить постоянные приглашения лицам, имеющим тематические мандаты, выполнив, таким образом, свое обязательство "при любых обстоятельствах соблюдать и заставлять соблюдать" четвертую Женевскую конвенцию в соответствии с общей статьей 1 Женевских конвенций.

33. Можно также предложить договорным органам по правам человека подумать о возможной целесообразности запрашивать у государств-членов дополнительные доклады, конкретно рассматривающие вопросы прав человека как в ситуациях, характеризующихся внутренней напряженностью, так и ситуациях международных вооруженных конфликтов. Во всех случаях сфера применения любого правозащитного механизма при рассмотрении вопросов МГП должна быть ограничена гуманитарным компонентом рассматриваемого вопроса и не включать в себя какие-либо политические аспекты. Такое методологическое и юрисдикционное ограничение абсолютно необходимо, для того чтобы избежать политизации МГП.

34. Может также оказаться полезным рассмотреть вопрос о том, чтобы рекомендовать Комиссии предложить государствам-участникам четырех Женевских конвенций 1949 года регулярно проводить тематические совещания с целью рассмотрения конкретных проблем общего характера, которые влияют на применение этих конвенций. Полезным прецедентом в этом плане может стать проведенное в 1998 году в Женеве совещание экспертов по рассмотрению конкретных проблем, связанных с применением четвертой Женевской конвенции. Это было тематическое совещание, на котором не рассматривались какие-либо конкретные ситуации, и именно в таком ключе в будущем могли бы проводиться подобные совещания. На такие периодические совещания экспертов следует приглашать лиц, отвечающих за соответствующие специальные процедуры, касающиеся прав человека, с тем чтобы они могли более полно понять обсуждаемые проблемы и извлечь для себя пользу из обмена опытом между различными структурами и организациями, занимающимися гуманитарной деятельностью.

35. Для того, чтобы нам в Комиссии по правам человека лучше понять связи между ППЧ и МГП, было бы полезно рассмотреть вопрос о создании рабочей группы Подкомиссии (возможно, взамен существующей рабочей группы, которая выполнила возложенные на нее задачи и вскоре прекратит свою деятельность), которая рассматривала бы междисциплинарные вопросы, вытекающие из МГП в связи с правом прав человека, и выступала бы в качестве консультативного органа для активизации с этой целью взаимодополняющего и структурированного диалога с государствами-членами, МККК и НПО. В расширяющемся международном сообществе, лишенном законодательной власти и стоящем перед экзистенциальными вызовами, такие структурированные междисциплинарные дискуссии важны как никогда прежде.

36. Координация и взаимодополняемость действий, осуществляемых в рамках специальных процедур, касающихся прав человека, в связи с вооруженными конфликтами и деятельностью МККК, может быть достигнута именно с помощью такого

структурированного диалога. Для этого не потребуется менять методы работы МККК. Имеется полная ясность в отношении соответствующих мандатов различных действующих лиц и международная координация гуманитарных акций, осуществляемых по различным направлениям, лишь повысит ее эффективность. Как отметил г-н Соммагура, бывший председатель МККК, в своем обращении к 26-й Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца 4 декабря 1995 года, "растущие масштабы стоящей перед нами задачи и увеличение числа учреждений требуют, как никогда ранее, активизировать процесс консультаций и сотрудничества между различными организациями, осуществляющими гуманитарную деятельность. Внутри движения Красного Креста и Красного Полумесяца роль координатора гуманитарных операций в условиях вооруженных конфликтов играет МККК. Координируя деятельность как между участниками движения, так и с другими партнерами, работающими в этой области, МККК осуществляет этот постоянный процесс консультаций в духе открытости, взаимодополнения и солидарности, уважая должным образом специфические полномочия каждой структуры".

37. В отсутствие в сфере действия МГП постоянно действующего органа по мониторингу важную роль в интерпретации норм МГП могут играть специальные международные уголовные суды, а также МУС (в будущем), равно как и соответствующие органы Организации Объединенных Наций и даже некоторые национальные суды. На международном уровне не существует никаких структур, которые могли бы воспользоваться этими важными результатами работы судебных органов. Поэтому было бы полезно составить подборку таких судебных прецедентов и интерпретирующих решений в качестве вспомогательного источника "мягкого права", потенциального индикатора будущих норм обычного права и практического инструмента, позволяющего определять "принципы гуманности и требования общественного сознания". Такой процесс поступательного развития МГП можно активизировать путем создания в составе Подкомиссии предлагаемой рабочей группы по правам человека в условиях вооруженных конфликтов. Это лишь один пример того, каким образом такой форум мог бы восполнить недостающие звенья между сообществом МГП и сообществом ППЧ, равно как и заполнить существующие брешы в системе защиты прав. Такой новый форум для проведения консультаций и диалога должен выступать в роли экспертного органа, который проводил бы лишь тематические исследования и через Подкомиссию готовил для Комиссии предложения относительно путей и средств усиления институциональной взаимодополняемости между двумя важными сводами норм и инструментов, в фокусе которых находится человеческое достоинство, не упуская при этом из внимания различия между нормами двух этих сводов и их особенности.

Часть вторая

Введение

38. Во второй части настоящего документа вначале уточняется терминология и уже затем рассматривается история и природа двух правовых режимов. Далее в документе рассматриваются вопросы, касающиеся возможности одновременного применения двух этих сводов норм. В качестве отдельного, но связанного с основной темой вопроса, в документе рассматривается вопрос о том, в какой степени право прав человека применимо за пределами национальной территории стороны конфликта. И наконец, в нем определяются конкретные вопросы, которые могут создать трудности.

Терминология

39. Для описания норм, применяемых в период конфликтов, иногда используются три различных термина: "законы войны", "право вооруженных конфликтов" и "международное гуманитарное право"¹⁴. В настоящем рабочем документе для описания всех норм, конкретно применимых в условиях конфликтов, используется сокращение ПВК (право вооруженных конфликтов)/МГП. Эти нормы регулируют то, что происходит во время конфликтов. Они существуют совершенно отдельно от норм, которые регулируют законность применения вооруженной силы. В настоящем документе эти нормы вообще не рассматриваются. Нормы, применимые во время конфликтов, применяются независимо от законности применения вооруженной силы.

40. В этой части доклада рассматривается право прав человека в отличие от прав человека в более общем смысле. Как таковое оно включает и право, установленное договорами в области прав человека, и нормы, установленные в результате функционирования уставных механизмов. Большая часть механизмов, как, например, специальные процедуры, действует в соответствии с очень конкретными мандатами¹⁵, однако мандаты Комиссии и Подкомиссии сформулированы весьма широко. В настоящем документе сокращение ППЧ будет использоваться для обозначения права прав человека в соответствии с приведенным выше определением.

I. История и природа ПВК/МГП и ППЧ

A. История правовых режимов

41. История норм, регулирующих поведение в период конфликтов, существенно отличается от ППЧ¹⁶.

42. Эта история ПВК/МГП свидетельствует о следующем:

- что данный свод норм имеет очень давнее происхождение;
- о том, в какой степени положения договоров регулируют по крайней мере международные конфликты;
- об относительно недавнем признании существования важного корпуса обычного права, относящегося к немеждународным конфликтам;
- о готовности государств распространить применение договоров ПВК/МГП, за исключением положений, касающихся статуса комбатантов, на немеждународные конфликты; и
- о том, что по крайней мере до недавнего времени практически отсутствовал механизм обеспечения соблюдения соответствующих норм, если не считать внутреннее уголовное право.

43. Начало нормам того, что на международном уровне принято понимать под ППЧ, было положено на национальном уровне. Иногда они были составной частью традиционного национального права, как в случае принципа хабеас корпус в Англии, а иногда частью конституционных уложений, как в случае Декларации прав человека и гражданина во Франции. Несомненно, самым важным шагом в развитии международного ППЧ стало включение прав человека в Устав Организации Объединенных Наций с соответствующим упоминанием Комиссии по правам человека, а также принятие Всеобщей декларации прав человека. Начиная с 1945 года был разработан комплекс договоров в области прав человека, действующих на региональном и международном уровне. Комиссия по правам человека сыграла важнейшую роль в создании других механизмов, таких, как тематические и страновые докладчики и рабочие группы.

44. К наиболее характерным чертам ППЧ, отличающим его от ПВК/МГП, относятся:

- его относительная молодость на международном уровне;
- создание механизма для мониторинга и/или обеспечения соблюдения норм наряду с разработкой материальных норм; и
- создание механизмов, обладающих юрисдикцией над всеми государствами - членами Организации Объединенных Наций, а не только над государствами, которые ратифицируют договоры.

В. Природа правовых режимов

45. При том, что конечные цели обоих правовых режимов в значительной степени близки, пути, с помощью которых достигаются эти цели в рамках этих правовых режимов, различаются коренным образом. Вряд ли было бы возможным объединить два этих корпуса норм; впрочем, это было бы и нежелательно, так как привело бы к утрате преимуществ правовых режимов, каждый из которых предназначен для достижения своих конкретных целей. При том что оба этих режима призваны не допустить чрезмерных смертей, ран и разрушений, отправной точкой ПВК/МГП является право солдата применять смертоносную силу¹⁷. Отправной же точкой ППЧ является запрещение произвольного лишения жизни и обязательство защищать право на жизнь¹⁸. Различный правовой характер двух этих режимов нашел свое отражение в целом ряде важных юридических различий, которые легко не заметить.

46. ППЧ, в отличие от уголовного права, является по своей сути гражданским. Оно состоит из обязательств государств, которые должны реализовываться через конституцию, внутренние законы, нормативные акты, практику и меры политики¹⁹. В фокусе находятся взаимоотношения между жертвой и государством, а не лицо, виновное в нарушении.

47. На межгосударственном уровне соблюдение норм ПВК/МГП может быть обеспечено как выполнение обязательств в рамках международного гражданского права, например через Международный Суд²⁰. Положения самих договоров, а также содержание и природа материальных норм ясно свидетельствуют о том, что обеспечивать их соблюдение предполагается главным образом посредством внутреннего уголовного права, внутреннего уголовного права третьих государств и международного уголовного права²¹. Здесь в фокусе находится не жертва, а нарушение и лицо, совершившее его. Уголовное право включает как военное, так и гражданское уголовное право. И дело здесь не в том,

что отсутствует механизм обеспечения соблюдения норм ПВК/МГП. Дело скорее в том, что применяется он недостаточно часто.

48. Основополагающая разница между гражданским и уголовным процессами отражена также в обычно применимых процессуальных нормах и правилах доказывания, а также в бремени и стандартах доказывания.

49. Предусматривая возможность требовать возмещения ущерба на межгосударственном уровне, ПВК/МГП не содержат конкретных положений, предусматривающих возможность предъявления требований частными лицами, однако же ПВК/МГП не содержит и положений, которые препятствовали бы этому²². Возможно, одна из причин все более широкого использования предусматриваемого ППЧ права индивидуального обращения для петиционеров, представляющих жалобы в связи с нарушением норм ППЧ, которые являются одновременно нарушением норм ПВК/МГП, заключается в том, что они не располагают какими-либо эффективными альтернативными средствами восстановления нарушенных прав, предусмотренных ПВК/МГП²³. Этот вопрос нашел отражение в Уставе Международного уголовного суда²⁴. Однако еще не ясно, как это будет работать на практике.

50. Очевидно, что, хотя два этих правовых режима могут принимать существенно различающиеся формы, они предназначены для решения аналогичного круга вопросов и носят взаимодополняющий характер. Это было подтверждено Комиссией, которая в своей резолюции 2005/63 заявила, что "право прав человека и международное гуманитарное право дополняют и укрепляют друг друга" и что "защита, обеспечиваемая правом прав человека, продолжает действовать в условиях вооруженных конфликтов с учетом тех случаев, когда международное гуманитарное право применяется как *lex specialis*", подчеркнув в первом пункте "... что поведение, которое нарушает международное гуманитарное право... может также представлять собой грубое нарушение прав человека". Поэтому представляется необходимым рассмотреть вопрос о применимости обоих правовых режимов, с тем чтобы определить, существуют ли обстоятельства, при которых применимы оба эти свода норм.

II. Применимость ППЧ и ПВК/МГП

51. Ответ на вопрос о том, существует ли не академическая, а практическая взаимосвязь между двумя правовыми режимами, зависит от ответов на два других вопроса. Первый вопрос состоит в том, не исключают ли ППЧ и ПВК/МГП друг друга. Второй, отдельный, хотя и связанный с первым вопрос, - это вопрос о том, в какой степени государство

должно соблюдать свои обязательства в отношении прав человека за пределами национальной территории. Этот вопрос будет рассмотрен отдельно.

52. Исторически, по крайней мере в академических кругах, ответ на первый вопрос вызывал разногласия. В 70-е годы было опубликовано большое количество научной литературы по данному вопросу. Приверженцы ПВК/МГП были склонны утверждать, что ППЧ применяется лишь в мирное время и что ПВК/МГП является единственным сводом норм, применимых в период конфликтов²⁵. Те же, кто изначально занимался правами человека, были склонны полагать, что ППЧ может применяться при любых обстоятельствах, хотя и в иной форме²⁶.

53. Этот вопрос получил подлинно практическую значимость тогда, когда органам по правам человека, особенно тем, которые занимаются индивидуальными жалобами, пришлось рассматривать сообщения о нарушениях, которые произошли в период конфликта и которые непосредственно связаны с этим конфликтом. Вместо того чтобы рассматривать данный вопрос в свете хронологического развития прецедентного права, давайте построим анализ на институциональной основе.

54. Теоретически мы видим три возможности: i) применимость ПВК/МГП автоматически означает, что оно применяется вместо ППЧ; ii) применимость ПВК/МГП никак не влияет на применимость и применение ППЧ или, промежуточный вариант, iii) каждый свод норм остается применимым и применяется с учетом другого свода норм.

55. Центральный вопрос здесь - применимость ППЧ в условиях конфликта. Тем не менее следует помнить о том, что у органов, применяющих ПВК/МГП, таких, как Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, Международный уголовный трибунал и МККК также может возникать необходимость в рассмотрении вопроса о сохраняющейся применимости ППЧ²⁷. Взаимодополняемость носит обоюдный характер.

56. Начиная с 1968 года, с принятием Генеральной Ассамблеи резолюции 2444 (XXIII) о правах человека в период вооруженных конфликтов, Генеральная Ассамблея в своих резолюциях, касающихся вооруженных конфликтов неоднократно использовала терминологию прав человека²⁸. В последние годы Совет Безопасности все чаще говорит о соблюдении в период конфликтов, и прав человека, и международного гуманитарного права²⁹. Это вполне можно считать свидетельством политического признания того факта, что оба правовых режима могут применяться в одной и той же ситуации.

57. Международный Суд дважды рассматривал этот вопрос: в первый раз в Консультативном заключении относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения³⁰ и, относительно недавно, в Консультативном заключении относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории³¹. Во втором заключении Суд конкретно обозначил правовые режимы, применимые в рассматриваемой ситуации. Суд подтвердил, что де-юре применяется четвертая Женевская конвенция, а затем рассмотрел вопрос о применимости ППЧ.

"В более общем плане Суд считает, что защита, обеспечиваемая конвенциями о правах человека, не прекращается во время вооруженного конфликта, за исключением того, что вытекает из положений об отступлении такого рода, которое содержится в статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах. Что касается взаимосвязи между международным гуманитарным правом и стандартами в области прав человека, то существуют таким образом три возможные ситуации: одни права могут быть исключительно вопросами международного гуманитарного права; другие могут быть исключительно вопросами стандартов в области прав человека; третьи могут быть вопросами, охватываемыми обеими этими отраслями международного права. Чтобы ответить на поставленный перед ним вопрос, Суд должен принять во внимание обе эти отрасли международного права, а именно стандарты в области прав человека и - как *lex specialis* - международное гуманитарное право"³².

Очевидно, что *lex specialis* применяется не вместо ППЧ. Это скорее свидетельствует о том, что органы по правам человека должны интерпретировать нормы в области прав человека в свете ПВК/МГП.

Международные договорные органы

58. Международным договорным органам приходилось самим рассматривать данный вопрос. Объем документа позволяет проанализировать лишь комментарии Комитета по правам человека (КПЧ) и Комитета по экономическим, социальным и культурным правам (КЭСКП). Следует, однако, отметить, что прямо или косвенно рассмотрением этого вопроса пришлось заниматься и другим договорным органам³³.

59. При подготовке этого Заключения Суд полагался на текущую практику КПЧ, тем самым одобряя ее. Взаимосвязь между ППЧ и ПВК/МГП часто возникает в контексте отступления от обязательств.

60. В 2001 году Комитет по правам человека принял Замечание общего порядка № 29 (2001) относительно отступления от обязательств в связи с чрезвычайным положением³⁴. Прежде всего Комитет по правам человека четко указал, что Пакт может быть применим в ситуациях, когда применимо право вооруженных конфликтов³⁵. Далее Комитет разъяснил свои полномочия в отношении других правовых режимов, которые могут применяться наряду с Пактом³⁶.

61. Комитет также отмечает, что при рассмотрении вопроса о необходимости той или иной конкретной меры, отступающей от Пакта, можно принимать во внимание право вооруженных конфликтов³⁷. Это все же не объясняет, каким образом Комитет будет толковать те или иные действия или меры, которые не противоречат праву вооруженных конфликтов, но, весьма вероятно, нарушают право прав человека. Наиболее важными вопросами в этой связи являются не допускающее отступлений запрещение произвольного лишения жизни (статья 6) и потенциально допускающее отступления запрещение произвольного задержания (статья 9). Что касается прав задержанного лица, то Комитет полагает, что они играют жизненно важную роль, в том что касается недопускающего отступлений запрета пыток, жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания. В результате этого Комитет рассматривает конкретные элементы статьи 9, которая потенциально допускает отступление, как фактически не допускающие отступлений³⁸. В Замечании общего порядка приводится пример того, как работает этот принцип³⁹.

62. Замечание общего порядка ясно предусматривает применение права вооруженных конфликтов в двух целях: для определения того, запрещено ли государству принимать определенную меру, и для определения необходимости меры, которую государство хотело бы принять в чрезвычайном положении. В обоих случаях результатом является обеспечение соответствия нормам права вооруженных конфликтов. В Замечании общего порядка указывается, что Комитет по правам человека может рассматривать любые сведения о нарушениях прав человека в пределах своей юрисдикции даже в условиях вооруженных конфликтов. Это не объясняет, в каком объеме он может прибегать к праву вооруженных конфликтов для интерпретации сферы применения того или иного субстантивного обязательства; например, для определения того, что представляет собой произвольное лишение жизни. Предполагается, что в соответствии с Консультативным заключением Международного Суда КПЧ должен принимать во внимание ПВК/МГП при определении того, было ли произвольным лишение жизни в обстоятельствах, когда применимо ПВК/МГП. Этот принцип должен применяться даже в условиях немеждународных вооруженных конфликтов.

63. КЭСКО со всей очевидностью полагает, что государства несут ответственность за такую политику даже в ситуациях, когда применимо ПВК/МПП, поскольку он пытался призвать Израиль к ответу за политику, проводимую на оккупированных территориях⁴⁰. Также ясно, что Израиль утверждает, что в тех случаях, когда применимо ПВК/МПП, оно вытесняет собой ППЧ.

Специальные международные процедуры

64. Многие мандаты имеют отношение к проблемам, возникающим в условиях конфликта, таким, как пытки, казни без надлежащего судебного разбирательства, произвольные и внесудебные казни; произвольное содержание под стражей; перемещение лиц внутри страны и исчезновения. Страновые мандаты включают или включали Афганистан, Ирак, Судан, Сомали, Либерию и Палестинские территории, оккупированные с 1967 года. В докладах о конфликтных ситуациях, подготовленных в соответствии со страновыми мандатами, и в резолюциях Генеральной Ассамблеи, касающихся этих мандатов, обычно упоминаются и право прав человека, и право вооруженных конфликтов, причем, как правило, в достаточно общих выражениях⁴¹.

65. Часто бывает, что лица, имеющие мандат, могут доложить о поступивших сведениях и представленном правительством ответе на них, но при этом не могут вынести какое-либо суждение, поскольку факты оспариваются. Однако одна из специальных процедур отличается в этом плане. Характер мандата по этой процедуре предполагает, что с ее помощью можно сделать выводы, поскольку сведения о предполагаемом нарушении касаются применения закона, существование которого не может быть оспорено. Речь идет о Рабочей группе по произвольным задержаниям.

66. В своем докладе за 2002 год Рабочая группа сформулировала общее мнение в отношении содержания заключенных в Гуантанамо (см. E/CN.4/2003/8)⁴². В нем говорится, что существуют сомнения в отношении статуса заключенных, который может быть определен лишь судом, как это предусматривается в статье 2 третьей Женевской конвенции, а не посредством решения исполнительного органа. Другими словами, Рабочая группа сослалась на ПВК/МПП. Если суд решит, что то или иное лицо не имеет права на статус военнопленного (ВП), данное лицо перейдет под защиту МППП, в частности статей 9 и 14⁴³. Рабочая группа четко заявила, что она не компетентна определять, имеет ли тот или иной заключенный право на статус военнопленного. В заключении не говорится, во-первых, ни о том, имеют ли положения Пакта отношение к интерпретации третьей Женевской конвенции (например, о характеристиках "компетентного суда" в соответствии со статьей 5 третьей Женевской конвенции), ни о том, должна ли Рабочая группа иметь мандат для обеспечения того, чтобы содержание

под стражей соответствовало нормам Конвенции, в том случае, если она применяется вместо Пакта.

67. Соединенные Штаты прислали ответ (E/CN.4/2003/8/Add.1)⁴⁴. В нем сразу же говорится, что Рабочая группа не имеет мандата на рассмотрение вопросов права войны. В ответе не рассматривается вопрос о возможном применении ППЧ к заключенным, которые не находятся под защитой ПВК/МГП. Соединенные Штаты просто утверждают, что, хотя ПВК/МГП и не защищает заключенных, применим именно этот свод норм, а право прав человека по этой причине не применимо.

68. Позднее Рабочей группе пришлось рассмотреть дело четырех заключенных Гуантанамо⁴⁵. Рабочая группа установила, что их содержание под стражей осуществляется в нарушение Всемирной декларации прав человека и статьи 9 МПГПП⁴⁶. Это предполагает, что заключенные, которые не находятся под защитой третьей Женевской конвенции, будут защищаться правом прав человека.

69. В этой связи представляется, что, хотя два государства (Израиль и Соединенные Штаты Америки) полагают, что в тех случаях, когда применимо право вооруженных конфликтов, право прав человека не применяется, Международный Суд, международные договорные органы и специальные международные процедуры не считают, что это взаимоисключающие режимы. В тех случаях, когда применимо право вооруженных конфликтов, право прав человека также может применяться, особенно, когда частные лица не получают защиты, предусмотриваемой в последнем из упомянутых сводов норм. Большинство государств, если судить по их ответам договорным органам и специальным процедурам, непосредственно не занимают такую взаимоисключающую позицию, оставляя за собой при этом права оспорить возможность применения ППЧ в конкретных ситуациях.

70. Представляется необходимым рассмотреть вопрос о том, могут ли Израиль и Соединенные Штаты Америки опираться на принцип последовательного отказа для того, чтобы утверждать, что по крайней мере, по их мнению, применимость ПВК/МГП исключает применимость ППЧ. Первая сложность заключается в определении того, может ли этот принцип применяться в области ППЧ. Существуют другие примеры, когда применимость обычной нормы международного права может быть изменена, когда речь идет о договорах гуманитарного характера⁴⁷. По сути имеются серьезные сомнения в отношении того, насколько они последовательны в своем отказе⁴⁸. Ни Израиль, ни Соединенные Штаты не делали никаких конкретных оговорок и заявлений, исключающих возможность применения ППЧ в тех случаях, когда применяется ПВК/МГП. Можно было бы ожидать не только оговорок при ратификации, но и возражений на замечания общего

порядка, которые прямо или косвенно касаются этого вопроса. Это в первую очередь относится к Соединенным Штатам Америки, которые подвергли критике замечание общего порядка № 24, но не представили никаких комментариев в отношении замечаний общего порядка № 29 и 31. Кроме того, инструкции вооруженным силам государства, которые содержат ссылки на применение ППЧ, вряд ли согласуются с последовательным отказом. Даже если полагать, что данная доктрина применима, она не будет применяться к тем положениям ППЧ, которые приобрели статус *ius cogens*.

Региональные договорные органы

71. Объем настоящего документа позволяет рассмотреть, и то весьма бегло, решения, принятые двумя региональными органами⁴⁹. Межамериканская комиссия по правам человека и Межамериканский суд по правам человека обладают юрисдикцией в соответствии с Американской конвенцией о правах человека⁵⁰. Кроме того, Межамериканская комиссия обладает юрисдикцией в соответствии с Уставом Организации американских государств (ОАГ) и Американской декларацией о правах человека⁵¹. Комиссия подготовила страновые доклады, многие из которых посвящены конфликтным ситуациям. Суд подготовил два консультативных заключения в отношении конфликтных ситуаций⁵². В этом контексте можно назвать три наиболее важных дела, рассмотренных в соответствии с Конвенцией: *дело Абелла*⁵³, *дело Лас Пальмерас*⁵⁴ и *дело Бамака Веласкеса*⁵⁵. Межамериканская комиссия недвусмысленно проявила готовность применять применимые нормы ПВК/МГП. Суд постановил, что соответствующие положения Женевских конвенций могут быть приняты во внимание при интерпретации Американской конвенции, однако Комиссия и Суд могут установить лишь нарушение ППЧ, но не ПВК/МГП⁵⁶. Это, по-видимому, свидетельствует о том, что ПВК/МГП будет основой для анализа предусмотренного Конвенцией права, а не просто будет использоваться для подтверждения анализа на основе ППЧ.

72. Прежнему составу Европейской комиссии, а также прежнему и нынешнему составу Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) приходилось рассматривать сообщения о нарушениях Европейской конвенции о правах человека во время международного вооруженного конфликта⁵⁷, во время весьма напряженного немеждународного вооруженного конфликта⁵⁸ и в условиях, можно было, по крайней мере, предположить о том, что должна применяться общая статья 3 Женевских конвенций⁵⁹. Кроме того, в настоящее время суд рассматривает дела, связанные с операциями по поддержанию мира. Суд никогда не ссылался на применимость ПВК/МГП. Иногда суд заявлял, что ему известна ситуация, при которой Конвенция применяется, но делал это в контексте применения ППЧ⁶⁰. Тем не менее в некоторых случаях представляется возможным обнаружить понимание того, какого рода анализ проводился бы в рамках ПВК/МГП⁶¹.

Есть определенная причина, специфическая для Европейской конвенции, по которой положения ПВК/МГП необходимо принимать во внимание. Дело в том, что положения, касающиеся незаконного лишения жизни и незаконного содержания под стражей, сформулированы не так, как в статьях 6 и 9 МПГПП. В ЕКПЧ включен исчерпывающий перечень единственных оснований, лишь по которым можно прибегать к потенциально смертоносной силе, и оснований, по которым можно содержать лицо под стражей. При таких обстоятельствах непризнание применимости ПВК/МГП по крайней мере в тех случаях, когда государство не заявило об отступлении от своих обязательств, дает нелепые результаты⁶².

73. До сих пор в нашем анализе мы исходили из того, что ПВК/МГП применимо. Хотя во многих ситуациях очевидно и то, что оно применимо, и то, какие именно разделы его применимы, дело не всегда обстоит именно так. В зависимости от того, представляет ситуация собой международный вооруженный конфликт, напряженный немеждународный конфликт или вооруженный конфликт немеждународного характера, применяются различные нормы⁶³. Установление применимости ПВК/МГК сопряжено с двумя различными категориями проблем. Первая категория - в основном политическая. Особенно когда речь идет о внутреннем конфликте, государства зачастую не желают признавать применимость общей статьи 3 Женевских конвенций. Замечание общего порядка № 29 дает основания полагать, что КПЧ эта проблема известна⁶⁴.

74. Вторая трудность носит более принципиальный характер. Могут существовать юридические основания для того, чтобы оспорить применимость ПВК/МГП. С наибольшей вероятностью они могут возникнуть на минимальном пороге применимости общей статьи 3 и на линии, разделяющей применимость этой статьи и Дополнительного протокола II к Женевским конвенциям. Существуют и другие ситуации, где могут возникать трудности, как, например, при определении момента, когда конфликт в Афганистане перешел из разряда международного в немеждународный⁶⁵.

75. Не существует никакого органа, который определял бы характер конфликта и применимость ПВК/МГП во время боевых действий. Хотя, как правило, для договорного органа или для специальной процедуры бывает ясно, применимо ли ПВК/МГП и должно ли оно применяться в качестве *lex specialis*, могут быть ситуации, где определить это будет более сложно.

76. Прецедентное право наглядно свидетельствуют о том, что

- ППЧ с учетом возможных отступлений остается применимым в ситуациях, когда применимо ПВК/МГП;

- в условиях конфликта, особенно в ситуациях, возникающих на поле боя, органам по правам человека следует интерпретировать нормы ППЧ в свете ПВК/МГП в качестве *lex specialis*;
- сложности, скорее всего, возникнут в том случае, если орган по правам человека не примет ПВК/МГП во внимание;
- представляется маловероятным, что принцип последовательного отказа является применимым как в принципе, так и по факту; и
- лица, представляющие договорные органы и соответствующие специальные процедуры, должны либо пройти специальную подготовку в области ПВК/МГП, если, по их мнению, такие знания им необходимы, либо заручиться поддержкой экспертов в области ПВК/МГП⁶⁶.

77. В связи с одновременной применимостью ПВК/МГП в принципе нет оснований проводить различия между внутренними и международными конфликтами. Вопрос в том, заменяет применимость ПВК/МГП применимость ППЧ или нет. Подавляющее большинство свидетельств говорит в пользу того, что не заменяет. Однако различие между международным и немеждународным конфликтами может быть результатом ответа на следующий вопрос. Если бы дело обстояло так, что государство было бы обязано соблюдать обязательства в области прав человека лишь в пределах национальной территории, то ПВК/МГП и ППЧ могли бы одновременно быть применимы лишь в условиях, во-первых, внутренних конфликтов, и, во-вторых, в связи с действиями в пределах национальной территории в период международного вооруженного конфликта.

III. Экстерриториальная применимость ППЧ

78. Во многих случаях возможность "пересечения" ППЧ и ПВК/МГП возникает в ситуациях, когда конфликт происходит на национальной территории. Вопрос об экстерриториальной применимости ППЧ не возникает. Однако существуют и другие случаи, когда вооруженные силы какого-либо государства якобы нарушают ППЧ за пределами национальной территории. Они могут участвовать в международном или немеждународном конфликте, присутствуя в рамках операции по поддержанию мира или же присутствуя на постоянной или временной основе с согласия принимающего государства. Другими словами, вопрос об экстерриториальной применимости ППЧ включает, помимо прочего, конфликтные ситуации. Он даже не ограничивается вооруженными силами. Другие государственные агенты, в частности дипломатический

персонал, могут осуществлять за пределами национальной территории действия, которые якобы являются нарушением ППЧ.

79. Те, кто оспаривают применимость ППЧ за пределами национальной территории, выдвигают три самостоятельных аргумента. Первый заключается в том, что ППЧ предназначено лишь для применения в отношениях между государством и его гражданами⁶⁷. Уязвимость этого аргумента заключается в том, что совершенно ясно, что иностранцы, находящиеся на национальной территории, находятся под защитой ППЧ⁶⁸. Далее высказывается мнение, что в международном праве предусмотрены другие пути защиты иностранных граждан от экстерриториальных действий государства⁶⁹. Однако, если ППЧ применяется в отношении иностранцев, находящихся в пределах национальной территории, это означает, что тот факт, что они являются иностранцами сам по себе отнюдь не является поводом для лишения их защиты средствами ППЧ. Некоторые полагают, что особый контекст, в котором применяется ППЧ, определяется характером контроля, осуществляемого государством на своей территории, а также контроля над частными лицами и населением в целом. Однако, если оно осуществляет такой же или похожий контроль за пределами национальной территории, то в этом случае нет никаких причин проводить различия на такой основе.

80. Второй аргумент касается последствий того факта, что государства не отступали от норм ППЧ, осуществляя военные операции за пределами своей территории⁷⁰. Это якобы свидетельствует о том, что государства не предполагают, что их обязательства по ППЧ должны выполняться за пределами национальной территории. Против этого аргумента есть два возражения. Во-первых, тот факт, что они не отступали от обязательств, не означает, что от них не требуется сделать это, если они хотели бы получить выгоду. В том единственном деле, когда данный вопрос возник непосредственно, Европейская комиссия по правам человека установила, что Конвенция была применима за пределами национальной территории и что применяются все положения этой Конвенции, поскольку государство не сделало никаких изъятий⁷¹. Во-вторых, государства в целом не возражали против экстерриториального применения вне военной сферы, например, в случае действий дипломатического персонала или задержания лиц с государственными агентами⁷².

81. Третий аргумент касается не общего принципа применимости, а обстоятельств, при которых ППЧ может быть применимо экстерриториально. Утверждается, что в законодательстве или практике нет никаких оснований полагать, что ППЧ в принципе не применимо за пределами национальной территории, однако есть вопросы в отношении того, при каких обстоятельствах и в каком объеме в этих обстоятельствах применимо ППЧ⁷³.

82. Большинство договоров о правах человека содержат положения, в соответствии с которыми государства обязуются обеспечить защиту соответствующих прав для всех, кто находится под их юрисдикцией. Конкретно это может быть сформулировано по-разному⁷⁴. Поэтому вопрос заключается в том, когда именно лицо "находится под юрисдикцией" государства, при том что акт, являющийся предметом жалобы, произошел за пределами национальной территории? Юрисдикция предполагает притязание на власть де-факто и де-юре. Власть может быть законодательной, судебной или исполнительной. В Замечании общего порядка № 31 (2004 год) КПЧ заявил, что "...Государство-участник обязано уважать и обеспечивать любому лицу, находящемуся в пределах компетенции или эффективного контроля этого государства-участника, права, признаваемые в Пакте, даже если лицо не находится на территории государства-участника"⁷⁵. Судебные решения могут рассматриваться в свете трех критериев: территориального контроля, контроля над личностью заявителя и контроля над совершением якобы имевшего место нарушения. Важно подчеркнуть, что даже в том случае, когда дело фактически вписывается в одну категорию, это может не являться основой для принятия решения органом по правам человека.

Территориальный контроль

83. Территориальный контроль может осуществляться в форме военной оккупации, контроля без оккупации или временного контроля. В случае военной оккупации государство в состоянии обеспечивать соблюдение прав человека так же, как на своей национальной территории⁷⁶. КПЧ и ЕСПЧ отмечают, что оккупирующая держава отвечает за защиту прав человека на оккупированной территории⁷⁷. ЕСПЧ четко заявил, что ответственность государства распространяется не только на действия его собственных агентов, но и всех должностных лиц, как если бы это происходило на его национальной территории. Неясно, основано данное мнение КПЧ на том, что частные лица находятся под юрисдикцией оккупирующей державы или на том, что защита прав человека становится функцией оккупирующей державы в соответствии с правом ответственности государства⁷⁸.

84. ЕСПЧ также признал ответственность государства, которое играет важную роль в делах непризнанного образования, но которое не может рассматриваться как находящееся под оккупацией в соответствии с ПВК/МГП. В деле *"Илашку и другие"* Россия была признана ответственной за действия своих вооруженных сил в Приднестровье⁷⁹. В деле *"Исса и другие против Турции"* ЕСПЧ пошел даже на один шаг дальше и допустил возможность существования временного контроля над территорией⁸⁰.

85. Вопрос о контроле над территорией может возникнуть тогда, когда на вооруженные силы определенного государства возложена ответственность за какой-то конкретный сектор в рамках операции по поддержанию мира⁸¹.

Контроль над личностью заявителя

86. Решения органов по правам человека убедительно свидетельствуют о том, что лицо находится в юрисдикции государства в том случае, если оно задержано агентами данного государства за пределами национальной территории. Они делают акцент на том контроле, который государство осуществляет над задержанным лицом, однако это отнюдь не обязательно является основанием для решения. Так, например, в деле "*Лонеса Бургоса*" КПЧ установил, что супруг заявительницы находился под юрисдикцией Уругвая, когда он, вначале в Аргентине, подвергнулся пыткам уругвайскими силами безопасности⁸². Межамериканской комиссии по правам человека пришлось рассматривать аналогичный случай в связи с лицами, задержанными вооруженными силами Соединенных Штатов Америки во время интервенции в Гренаде. По делу "*Корт и другие*" Комиссия посчитала, что критерием является факт нахождения лица под властью и контролем государства⁸³. Аналогичный критерий был использован в связи с лицами, содержащимися в заключении на базе в Гуантанамо⁸⁴. Соединенные Штаты Америки возражали против осуществления юрисдикции Комиссии, поскольку, по утверждению США, данная ситуация регулируется нормами ПВК/МПП. Аналогичным образом ЕСПЧ установил, что лидер ПКК Оджалан оказался под юрисдикцией Турции сразу же, как только он оказался под контролем турецких сил безопасности в Кении⁸⁵.

87. КПЧ строил свой анализ не на факте задержания.

"Содержащиеся в статье 1 Факультативного протокола упоминания о "подлежащих его юрисдикции лицах" не наносят ущерба приведенному выше выводу, поскольку в данной статье имеется в виду не место, где произошло нарушение, а скорее взаимосвязь между лицом и государством *в отношении нарушений* (курсив автора) каких-либо прав, предусмотренных в Пакте, независимо от того, где они произошли"⁸⁶.

В уже рассмотренных делах жертвы находились в месте содержания под стражей. ЕКПЧ придала понятию "содержание под стражей" более широкое значение в деле "*Исса и другие против Турции*"⁸⁷. Как утверждалось, родственников заявителей, находящихся под исключительным контролем турецких военнослужащих, перевозили с места на место.

88. По делам, связанным с содержанием под стражей, было установлено, что жертва находилась под юрисдикцией в связи с нарушениями, ассоциируемыми с содержанием под стражей, такими, как якобы имевшее место незаконное содержание под стражей или якобы имевшее место плохое обращение. Лицо может находиться под юрисдикцией одного государства по одним мотивам и под юрисдикцией другого государства по другим мотивам. Юрисдикция не относится к таким вопросам, где действует принцип "все или ничего"⁸⁸.

Контроль над совершением предполагаемого нарушения

89. Есть дела, по которым органы по правам человека установили, что жертвы были под юрисдикцией, но эти дела нельзя объяснить на уже рассмотренных основаниях. Имеется два решения Межамериканской комиссии. Первое касается гибели людей в результате якобы имевшего место обстрела психиатрической клиники во время интервенции США в Гренаде⁸⁹. Второе решение касается гибели людей и нанесения увечий в результате якобы неизбирательных и беспорядочных обстрелов в ходе операции США в Панаме⁹⁰. Принимая во внимание, что в Американской декларации не содержится юрисдикционной оговорки и что США не поднимали вопрос об экстерриториальности, Комиссия приняла это решение *proprío motu*. Комиссия постановила, что она полномочна рассматривать данный вопрос.

90. Европейские дела главным образом касаются действий дипломатического персонала. Речь в этих делах идет не об ответственности государства за действия, совершенные в помещениях дипломатических представительств. Прежний состав Комиссии установил, что контроль, осуществляемый государственным агентом в отношении действия или решения, которое якобы нарушает права заявителя, является достаточным для того, чтобы заявитель оказался под юрисдикцией данного государства⁹¹. Первоначальное решение о приемлемости по делу "*Исса*" становится более понятным, если рассматривать его как применение такого принципа. Не ясно, было ли решение о приемлемости по делу "*Варнава и другие*" основано на факте содержания под стражей или на каких-то иных основаниях⁹².

91. Привести эти дела к общему знаменателю можно, в частности, посредством анализа, проведенного КПЧ по делу "*Лонеса Бургоса*"⁹³. Другими словами, вопрос о том, находился ли заявитель под юрисдикцией государства, определяется взаимоотношениями между частным лицом, агентами государства и действием, которое якобы явилось нарушением. Если государство контролировало совершение предполагаемого нарушения или если оно предвидело или должно было предвидеть, что заявитель станет жертвой этого действия, то заявитель находился под юрисдикцией этого государства⁹⁴.

92. Есть основание считать установленным, что

- при определенных обстоятельствах государство в соответствии с ППЧ может нести ответственность за действия или бездействие государственных агентов за пределами национальной территории
- если территория находится под военной оккупацией, государство несет ответственность за действия всех должностных лиц, а не только своего собственного персонала;
- при иных обстоятельствах государство несет ответственность лишь за действия или бездействие государственных агентов в тех случаях, когда они контролируют совершение предполагаемого нарушения, и в тех случаях, когда оно предвидело или должно было предвидеть, что действие или бездействие неблагоприятно скажется на жертве.

Следует отметить, что применимость ППЧ отнюдь не означает, что оно было нарушено. Более того, было высказано мнение, что в тех случаях, когда применимо ПВК/МГП, ППЧ должно интерпретироваться в свете других применимых норм.

IV. Нерассмотренные вопросы

93. Существует целый ряд конкретных вопросов, которые не удалось рассмотреть, учитывая объем настоящего рабочего документа, но которые, по-видимому, заслуживают отдельного исследования. Все эти вопросы, связанные не с применимостью, а с применением ППЧ в обстоятельствах, когда применимо и ПВК/МГП. К этим вопросам относятся:

- a) запрещение произвольного лишения жизни и защита права на жизнь:
 - i) обстоятельства, при которых люди могут становиться мишенью;
 - ii) меры предосторожности, которые следует принимать при планировании наступательных действий;
 - iii) взаимосвязь между принципом пропорциональности в ППЧ и запрещением неизбирательных нападений и нападений, которые могли

бы причинить непропорционально большой ущерб гражданским лицам в соответствии с ПВК/МГП;

iv) каков объем обязательств в отношении проведения эффективного расследования фактов лишения жизни и что включает это обязательство в случаях, когда применимо ПВК/МГП;

b) запрещение пыток, жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания:

i) в какой мере методы ведения войны, виды оружия и практика могут приводить к бесчеловечному обращению⁹⁵.

ii) в какой степени можно считать, что коллективные наказания, запрещенные в соответствии с ПВК/МГП, можно считать жестоким или бесчеловечным наказанием;

c) лица, исчезнувшие или пропавшие без вести во время войны: есть ли взаимосвязь между обязательствами по ПВК/МГП в отношении лиц, пропавших без вести во время войны, и обязательством по ППЧ предотвращать, пресекать и расследовать факты исчезновения лиц;

d) содержание под стражей: в какой степени обязательства по ППЧ в отношении содержания под стражей, такие, как право на "хабеас корпус" и право на доступ к адвокату, применимы к обстоятельствам содержания под стражей в соответствии с ПВК/МГП;

e) доступ к медицинской помощи: взаимосвязь между детальными положениями ПВК/МГП в отношении доступа к медицинской помощи и защитой медицинского персонала и ППЧ;

f) право на правовую защиту: применимо ли право на правовую защиту и в условиях конфликта и каковы последствия этого. Могут быть также рассмотрены и другие вопросы;

g) осуществление:

i) мер, призванных предотвратить нарушения;

- ii) мер по обеспечению соблюдения норм после состоявшихся событий;
- h) учреждения:
 - i) НПО и конфликтные ситуации;
 - ii) УВКПЧ и ПВК/МГП;
 - iii) прочие институциональные вопросы.

94. Несомненно, сюда можно добавить и другие вопросы.

Примечания

¹ A/59/2005, 21 March, 2005, paragraph 129.

² Ibid.

³ Rosemary Abi-Saab, Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts. D. Warner (ed) Human Rights and Humanitarian Law, 1997. Kluwer Law International, pp. 122-123.

⁴ Hans-Hoachim Heintze, On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law, ICRC. December 2004, Vol. 86, No. 856, p. 798.

⁵ John Dugard, Bridging the gap between HRsL and humanitarian law. The punishment of offender. International review of the Red Cross, No. 423, p. 445–453.

⁶ Louise Doswald-Beck, International and humanitarian law and the Advisory Opinion of the ICJ on the legality of the threat or use of nuclear weapons, ICRC, International Review of the Red Cross no 316, p 41.

⁷ A/59/2005, paragraph 144.

⁸ S/2004/567, S/RES/1366 (2001) op 10.

⁹ Hans-Joachim Heintze, Ibid, pp. 812,813.

¹⁰ Walter Kälin, The struggle against torture, *International Review of the Red Cross*, No.324, p. 436.

¹¹ As stated by H.J. Heintze “Some obligations in HRsL treaties remain in force during armed conflicts. The result is undoubtedly a substantial overlap of both bodies of law. However, the response of legal opinion to this situation differs. Some authors argue against “advocating a merger of the two bodies of international law” and speak of the theory of complementarity. According to this theory, HRsL law and IHL are not identical bodies of law but complement each other and ultimately remain distinct. This is undoubtedly true, but the point is that they do overlap”, *ibid* p. 794.

¹² George Abi-Saab, Whither the International Community? *European Journal of International Law* 9, 1998, p. 262 .

¹³ Hans-Joachim Heintze, *Ibid*, p. 799.

¹⁴ The “laws of war” has generally fallen disuse. The phrase runs the risk of giving the impression that the rules only apply where war has been declared. “War” is a technical legal term. It is of significance in a domestic legal context. A declaration of war may have the effect of triggering the applicability of certain legislation E.g. rules on trading with the enemy; it may also have an effect on certain clauses in insurance contracts. See generally, McNair & Watts, *The Legal Effects of War*, CUP, 4th Ed., 1966. The international rules are, however, applicable by virtue of the existence of an armed conflict, whether or not war has been declared; Geneva Conventions of 1949, common Article 2; Protocol I of 1977, Article 1.3. Historically, “international humanitarian law” was used to describe the rules on the protection of the victims of war, as opposed to the rules on the conduct of hostilities. Since 1977, when Protocol I to the Geneva Conventions of 1949 addressed both means and methods of warfare and rules on the protection of victims, many commentators have used “international humanitarian law” to include both the rules on the conduct of hostilities and those on the protection of victims. That is the practice of the ICJ, as evidenced for example, in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, judgment of 27 June 1986 and *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004 and of the International Committee of the Red Cross (ICRC). Others, including many armed forces, prefer the term the law of armed conflict to apply to both bodies of rules; E.g. UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, OUP 2004.

¹⁵ Special Procedures refer to any individual or body addressing a human rights issue which report to the Commission on Human Rights. They include Special Rapporteurs (thematic and country), Working Groups, Independent Experts and Representatives of the Secretary-General. The manner of their appointment is not relevant for these purposes.

¹⁶ Rules the function or purpose of which was to regulate the conduct of fighting go back a very long way. They start with the code of Sun Tzu, which is over 2,400 years old; Sun Tzu, *On the Art of War*; <http://www.kimsoft.com/polwar.htm>. Every ancient religion, including the three major monotheistic religions, contains principles restricting the conduct of war, for example by limiting the legitimate targets of attack. In the Middle Ages, principles of chivalry also contributed to the development of rules. In other words, the origin of the rules predates the development of the sovereign State. It should also be noted that many societies where conduct is subject to customary law also have rules regulating the conduct of hostilities; E.g. ICRC, *Spared from the Spear* – relating to Somalia. From the middle of the nineteenth century there has been the development of treaty law, in spasmodic bursts. The Russian authorities, led by the Tsar, played a vital role in the formulation of treaties dealing with the means and methods of warfare; E.g. the Declaration of St Petersburg 1868; for all treaties, see the web-site of the ICRC: www.icrc.org. At the domestic level, a code which was to serve as a model for other States was issued under the orders of President Lincoln during the American Civil War. It is known by the name of its author – the Lieber Code; *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, 24 April 1863. At around the same time, the ICRC was established, as a private association under Swiss law. It acted as a catalyst for the creation of treaties dealing with the protection of victims of war, in other words the wounded and sick, the shipwrecked and prisoners of war. The treaty-making culminated in a series of consolidating and up-dating treaties in 1899 and 1907. There was very limited development in treaty law between 1907 and 1939, notwithstanding significant changes in technology, such as aircraft and submarines. Texts were agreed, such as *Rules concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare*. Drafted by a Commission of Jurists at the Hague, December 1922 - February 1923 and a *Treaty for the Limitation and Reduction of Naval Armaments*, (Part IV, Art. 22, relating to submarine warfare). London, 22 April 1930; these texts were not in force during World War II. One significant text adopted in that period was the 1925 Geneva Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare. There were also further consolidating and up-dating treaties on the wounded and sick and prisoners of war, which appear to have made a significant difference on the western front of the European theatre of war in World War II. The judgment of the Nuremberg Tribunal, together with judgments adopted under Control Council Law No.10 in occupied Germany and those of the Tribunals in the Far East, helped to clarify the rules as they were in 1945. The principles affirmed in the Charter of the Nuremberg Tribunal were endorsed by the General Assembly; *Affirmation of the Principles of International Law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal*. Resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly, 11 December 1946. In 1949, again under the aegis of the ICRC, the four Geneva Conventions were adopted. The first three, which dealt with the wounded and sick, the shipwrecked and prisoners of war, consolidated and up-dated the previous law, in the light of recent experience.

The fourth, the need for which had again been made clear during World War II, dealt with civilians in the power of an opposing belligerent and civilians in occupied territory. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907 contained some provisions on occupation but those dealing with the relations between the occupying power and the civilian population were very rudimentary. The fourth Geneva Convention contains some provisions, in Part II, of application to civilian populations generally and principally concerning access to medical care; the bulk of the provisions, however, deal with civilians in the power of the other side. Until 1977, there had been no successful attempt to up-date the rules on the conduct of hostilities generally. This may have been partly attributable to the reluctance, after both the first and second world wars, to regulate a phenomenon which the League of Nations and later the United Nations were intended to eliminate or control. During this time the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the event of armed conflict was concluded. In 1977 two Protocols to the Geneva Conventions of 1949 were adopted. Protocol I dealt with international armed conflicts. It up-dated provisions on the wounded and sick and, most importantly, formulated rules on the conduct of hostilities. The Protocol deals with the effects on land of land, aerial and naval warfare but does not otherwise address naval warfare. That area of law formed the object of study by a group of governmental experts and academics and resulted in the publication of *International Institute of Humanitarian Law (Louise Doswald-Beck, ed.), San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Grotius Publications, CUP, 1995. Protocol II addressed high-intensity non-international armed conflicts and developed common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949, the first treaty provision to address conflicts not of an international character. In 1980 a convention on certain conventional weapons was adopted. It is usually known as the CCW. Its full title is *Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects*. Geneva, 10 October 1980. The most recent addition to the protocols addresses explosive remnants of war. The Convention was essentially an umbrella, under which sheltered Protocols on certain specific conventional weapons. Since 1990 there have been developments in treaty law and outside that framework. The former include further protocols to the CCW, the modification of the treaty itself to apply in situations both of international and non-international conflict, the Ottawa Convention on anti-personnel mines of 1997, a second protocol to the Hague Convention on Cultural Property, making the Convention applicable in situations of non-international conflict and the adoption of the Statute of the International Criminal Court. It is not enough that treaties are concluded if they are not then ratified. The four Geneva Conventions of 1949 have achieved nearly universal ratification. Protocol I of 1977 has been ratified by over 160 States and Protocol II by nearly 160 States. Nearly 100 States are parties to the 1980 CCW. Mere numbers are not necessarily significant. The Protocols have been ratified by certain specially affected States, such as France, the Russian Federation and the UK but not

ratified by others, such as Iran, Iraq, the PRC and the USA. It is also necessary to remember that ratification is not necessarily accompanied by implementation, in law or in practice. Outside the treaty-making framework, the most important development has been the case-law generated by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), which have provided a model for other bodies, such as the Special Court in Sierra Leone. Finally, 2005 has seen the publication of the ICRC study on customary IHL; Henckaerts & Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, 2 vols., CUP, 2005. The ICRC was mandated to produce the study by a resolution of the 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent in 1995. Weapons of mass destruction, such as chemical, biological and nuclear weapons, are dealt with not as LOAC/IHL issues but are the subject of negotiation in the UN disarmament process.

¹⁷ E.g. “Members of the armed forces of a Party to a conflict ... are combatants, that is to say, they have the *right* to participate directly in hostilities.”; Protocol I, Article 43.2 (emphasis added).

¹⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 6.

¹⁹ See generally, HRC General Comment 31, The nature of the general legal obligation imposed on States parties, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 March 2004.

²⁰ E.g. *Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. India)*; by decision of 15 December 1973, the case was removed from the list. The treaty law relating to international conflicts envisages the possibility of inter-State civil claims; e.g. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, Article 3; Protocol I of 1977, Article 91.

²¹ The enforcement provisions of the four Geneva Conventions are worded in the same way *mutatis mutandis*. By way of example, the enforcement provisions of the first Convention provide, “Art. 49. The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article. Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a *prima facie* case. Each High Contracting Party shall take measures necessary for the suppression of all acts

contrary to the provisions of the present Convention other than the grave breaches defined in the following Article.

...

Art. 52. At the request of a Party to the conflict, an enquiry shall be instituted, in a manner to be decided between the interested Parties, concerning any alleged violation of the Convention.

...

Once the violation has been established, the Parties to the conflict shall put an end to it and shall repress it with the least possible delay.” Protocol I of 1977 builds on the earlier provisions by providing additional “grave breaches”. In addition, it spells out the responsibility of commanders for the enforcement criminal matters and for co-operation in enforcement (Articles 88 and 89).

²² Kalshoven, F., *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, 40 ICLQ (1991) 827; see also the contributions of Kalshoven, David and Greenwood in H. Fujita, I. Suzuki, K. Nagano (eds), *War and Rights of Individuals*, Nippon Hyoron-sha Co, Ltd. Publishers, Tokyo, 1999. There are usually two different types of problem with such claims. First, if claiming against the offending State, the claim will have to be brought in its own courts. Before the courts of other States, the claim would hit the barrier of sovereign immunity; *Al-Adsani v. the United Kingdom*, 35763/97, ECHR, judgment of 21 November 2001; with regard to claims brought against individual State agents, as opposed to the State itself, see Foakes & Wilmshurst, *State Immunity: the United Nations Convention and its effect*, Chatham House, ILP BP 05/01, May 2005. In many States, rules of domestic law on jurisdiction prevent foreigners bringing claims arising out of the extra-territorial conduct of their armed forces. Second, it is common, at the end of an international conflict, for States to make arrangements for compensation. It is possible that such arrangements will provide for claims to be brought by individuals; e.g under the United Nations Compensation Commission, which deals with claims arising out of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait. Where that is not the case, if there were an independent possibility of individual claims, States would not, by their agreement, be able to determine once and for all their reciprocal commitments. The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (E/CN.4/RES/2005/35), recently adopted by the Commission, need to be understood against this background. Certain States have reservations as to the applicability of the Basic Principles to violations of LOAC/IHL.

²³ There are other reasons why individuals bring claims, such as obtaining vindication of what they have claimed occurred, where the State is denying the applicant’s version of events, or in an attempt to obtain the truth or to secure accountability.

²⁴ A trust fund is to be established for the benefit of victims of crimes under Article 79 of the Statute.

²⁵ E.g. Suter K.D., “An enquiry into the meaning of the phrase “Human Rights in Armed Conflicts”, *Rev. de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, XV (3-4), 1976, p.393; Meyrowitz H., “Le Droit de la guerre et les droits de l’homme”, *Rev. du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, 5, 1972, p.1059.

²⁶ E.g. Meron T., *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, CUP, 1987; *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, OUP, 1989.

²⁷ See for example the use made of human rights in the case of *Tadic*, (IT-94-1) Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeal Chamber, ICTY, 2 October 1995; on the usefulness of HRsL for the ICRC, see Pejic J., *The Law of Armed Conflict: Problems and Prospects*, Chatham House, 18-19 April 2005, summary of proceedings, pp.42-45.

²⁸ *Human Rights in Armed Conflicts. Resolution XXIII adopted by the International Conference on Human Rights. Teheran, 12 May 1968.*

²⁹ E.g. Resolution 1592 on the Situation concerning the Democratic Republic of Congo, S/RES/1592 (2005), adopted on 30 March 2005.

³⁰ ICJ, Advisory Opinion, July 8, 1996, para.25.

³¹ ICJ, Advisory Opinion, 9 July 2004.

³² *Ibid*, para.106.

³³ An article and a protocol to the Convention on the Rights of the Child expressly address an issue which arises in situations of conflict – the conscription or recruitment of child soldiers and their participation in conflict; Convention on the Rights of the Child, Article 38 and second optional protocol. The Convention against Torture addresses a phenomenon that is prohibited in all circumstances. LOAC/IHL prohibits the infliction of torture or cruel or inhuman or degrading treatment or punishment in both international and non-international conflicts. In the case of CEDAW, CERD and the Convention on Migrant Workers, the treaty bodies may have to address the issue indirectly.

³⁴ CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. To the best of the author’s knowledge, no State has commented on the General Comment. This is in contrast to the situation after the HRC adopted General

Comment 24 on reservations to human rights treaties. Three States, France, the UK and the USA, criticised certain paragraphs in that General Comment. Where a State does not object to a General Comment, especially where that particular State has in the past criticised a General Comment, that may be thought to imply, if not approval, at least non-objection. This is particularly important in the case of General Comments 29 and 31; see further below.

³⁵ “The Covenant requires that even during an armed conflict measures derogating from the Covenant are allowed only if and to the extent that the situation constitutes a threat to the life of the nation.”; *ibid*, para.3, emphasis added. The immediately preceding sentence makes it clear that “armed conflict” is being used to describe a situation in which LOAC is applicable; “During armed conflict, whether international or non-international, rules of international humanitarian law become applicable and help, in addition to the provisions in article 4 and article 5, paragraph 1, of the Covenant, to prevent the abuse of a State’s emergency powers.” Dennis, in the context of an article disputing the extra-territorial applicability of HRsL, cites evidence from the negotiating record with regard to ICCPR Article 4 which in fact supports the continued applicability of non-derogable HRsL in time of war. States were expressly trying to ensure that the article was consistent with the general international rules regarding the non-applicability of legal obligations in time of war, unless the obligation provided for continued applicability. The UK legal adviser suggested that the purpose of Article 4 was to prevent States from arbitrarily derogating from human rights obligations “in time of war”. War, unlike armed conflict, is a technical term and can only exist between two States. The annotation prepared by the Secretary-General again suggested that the function of Article 4 was to make express provision for limited continued applicability “in time of war”. This evidence does not address extra-territorial applicability but continued applicability in situations of conflict. Dennis M., “Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, 99 *AJIL* (2005) p. 119 at pp.137-8.

³⁶ “Although it is not the function of the Human Rights Committee to review the conduct of a State party under other treaties, in exercising its functions under the Covenant the Committee has the competence to take a State party’s other international obligations into account when it considers whether the Covenant allows the State party to derogate from specific provisions of the Covenant.”; *ibid*, para.10.

³⁷ “As certain elements of the right to a fair trial are explicitly guaranteed under international humanitarian law during armed conflict, the Committee finds no justification for derogation from these guarantees during other emergency situations.”; *ibid*, para.16.

³⁸ “In order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court to enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention, must not be diminished by a State party’s decision to derogate from the Covenant.”; *ibid*, para.16.

³⁹ *Ibid*, Footnote 9 in para. 16 states in part “See the Committee’s concluding observations on Israel (1998) (CCPR/C/79/Add.93), para. 21: “... The Committee considers the present application of administrative detention to be incompatible with articles 7 and 16 of the Covenant, neither of which allows for derogation in times of public emergency The Committee stresses, however, that a State party may not depart from the requirement of effective judicial review of detention.” It should be noted that certain States, whilst not apparently objecting in principle to the possible applicability of the two legal regimes, have objected to particular manifestations of it. So, for example, the Netherlands objected to attempts by the HRC to raise events in Srebrenica; UN Doc. CCPR/CO/72/NET/Add.1, para. 19 (2003) cited in Dennis; note 35, p.125, footnote 47. This is a particularly interesting case because it is not clear that LOAC/IHL is applicable in peace support operations.

⁴⁰ ICJ, note 31, para.112 – the Court expressly endorsed the Committee’s view.

⁴¹ E.g. Report of the Special Rapporteur (Mr. Felix Ermacora) on the Situation of Human Rights in Afghanistan, A/49/650, November 8, 1994; Situation of Human Rights in Afghanistan, General Assembly Resolution A/RES/49/207, March 6, 1995. See also, Report of the Special Rapporteur on Extra-Judicial, Summary or Arbitrary Executions, E/CN.4/2004/7, December 22, 2003, paras. 26-32; specific situations referred to include belligerent occupation (Israel and the Occupied Territories) and international armed conflict (military operations in Iraq in the spring of 2003, which at some point became a military occupation), as well as internal conflicts; Report of the Independent Expert on the situation of human rights in Afghanistan, Mr. Cherif Bassiouni, E/CN.4/2005/122, 11 March 2005; the Report of John Dugard, the Special Rapporteur on the Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, including Palestine, E/CN.4/2004/6, September 8, 2003, which refers to particular principles of both HRsL and IHL; Report of the Independent Expert on the question of the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism (Mr. Robert K. Goldman), E/CN.4/2005/103, 7 February 2005. The Special Rapporteurs on Extra-Judicial, Summary or Arbitrary Executions routinely include in the reports references to the law of armed conflicts, as well as to human rights law. The difficulties which arise in relation to this particular mandate from a failure to take into account LOAC/IHL are illustrated by a comment of a former Special Rapporteur; “Governments must not resort to aerial bombing, use of snipers or pre-emptive strikes. The international community should take note of this growing tendency to use excessive force;” E/CN.4/2004/7, December 22, 2003, para. 96.2.

⁴² Report of the Working Group on Arbitrary Detention, (E/CN.4/2003/8), December 16, 2002, paras. 61-64. Two separate issues have been of concern to the Working Group: detentions within the USA after 9/11 effected under powers under immigration law and detentions in Guantanamo Bay. The discussion here concerns only the latter category. The United States has provided information in the case of at least some persons detained within the United States; E/CN.4/2004/3/Add.1, p.20, opinion 21/2002. This suggests that it is deliberately drawing a distinction between the two categories of detainees.

⁴³ The United States has ratified the International Covenant on Civil and Political Rights. It has not entered a notice of derogation in relation to its activities since 9/11. On the implications of a failure to derogate, see further below.

⁴⁴ Letter dated 2 April 2003 from the Permanent Mission of the United States of America to the United Nations Office at Geneva addressed to the secretariat of the Commission on Human Rights, E/CN.4/2003/G/73, 7 April 2003.

⁴⁵ Opinion 5/2003, Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2004/3/Add.1, 26 November 2003, pp.33-35; the Opinion was adopted on 8 May 2003. The British position, in relation to those detained in Iraq, is significantly different from that of the US. The UK acknowledges the applicability of the UDHRs to all detainees. It expressly rejects the idea that PoWs and security detainees have protection under human rights treaty law, notably the ICCPR. It does not do this on the basis that the situation is one in which LOAC/IHL is applicable but rather on the basis that those particular detainees are recognised as being protected by Geneva Conventions III and IV and those protections are being afforded them. It did not appear to reject the applicability of the ICCPR to criminal detainees. This approach, unlike that of the US, is consistent with that taken by the ICJ. See generally Report of the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2005/6, 1st December 2004, especially at paras. 6-9. See also the UK's 4th periodic report to CAT, the list of issues, the statement, the response and the concluding observations. It is not clear whether the UK accepts the scrutiny of human rights mechanisms to ensure that the rights under the Geneva Conventions are being respected.

⁴⁶ Opinion 5/2003, Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2004/3/Add.1, 26 November 2003, pp.33-35, para.12. The US refused to provide information about the four cases, interestingly apparently citing reasons of national security rather than lack of jurisdiction; Report of the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2004/3, 15 December 2003, para.19.

⁴⁷ E.g. Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 60.5, dealing with the consequences of a material breach.

⁴⁸ The US Operational Law Handbook 2004 (Berger, Grimes & Jensen, Eds.) contains a chapter dealing expressly with human rights law. It finds those rules of HRsL which represent customary international law to be applicable to US armed forces, including when acting extra-territorially. It states that, for reasons of domestic US law, because the treaties are not self-executing, treaty obligations are not applicable extra-territorially; see further below. In its second periodic report to CAT, 6 May 2005, the US explains the steps it has taken to give effect to its obligations, including in relation to detainees in Iraq, at least some of whom were clearly protected under LOAC/IHL. There is no suggestion that CAT has no jurisdiction on account of the applicability of LOAC/IHL; <http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm#additional>.

⁴⁹ The African Commission on Human and Peoples' Rights has addressed situations of conflict. The African Charter does not contain a derogation clause but the Commission takes the situation in a State into account when dealing with individual applications or country missions.

⁵⁰ OAS.Treaty Series No. 36, 1144 UNTS123, entered into force July 18, 1978.

⁵¹ 119 UNTS 3, entered into force December 13, 1951; amended by Protocol of Buenos Aires, 721 UNTS 324.

⁵² Habeas corpus in emergency situations, Advisory Opinion OC-8/87 of January 30, 1987 and judicial guarantees in states of emergency, Advisory Opinion OC-9/87 of October 6, 1987.

⁵³ *Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report N° 55/97, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 271 (1997).

⁵⁴ *Las Palmeras v. Colombia*, Preliminary Objections, Judgment of February 4, 2000.

⁵⁵ Judgment of November 25, 2000, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 70 (2000).

⁵⁶ *Ibid*, para. 209.

⁵⁷ They include the four inter-State cases brought by Cyprus against Turkey, the individual applications brought against Turkey arising out of its occupation of northern Cyprus and arguably Part III, section II of the fourth Geneva Convention was applicable to the facts in *Issa and others v. Turkey*, 31821/96, admissibility decision of May 30, 2000; decision of second

Chamber, 16 November 2004; see also *Bankovic and others v. Belgium and 16 other members of NATO*, 52207/99, Admissibility Decision of 12 December 2001.

⁵⁸ *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, 57947/00, 57948/00 and 57949/00, judgment of 24 February 2005 and two other cases involving three applicants in which judgment was given on the same day. The cases concern incidents which arose during military operations in Chechnya. The Russian Constitutional Court has determined that the situation falls within Protocol II to the Geneva Conventions; Judgment of the Constitutional Court of the Russian Federation of 31 July 1995 on the constitutionality of the Presidential Decrees and the Resolutions of the Federal Government concerning the situation in Chechnya, European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe, CDL-INF (96) 1.

⁵⁹ E.g. at certain times the situation in Northern Ireland and south-east Turkey; the governments in question denied that the situation constituted an “armed conflict”.

⁶⁰ E.g. *Brogan & others v. UK*, ECHR, 11209/84, 11234/84, 11266/84, judgment of November 29, 1988 and *Aksoy v. Turkey*, ECHR, 21987/93, judgment of December 18, 1996, on periods of detention when investigating terrorist crimes; *Kaya v. Turkey*, ECHR, 22729/93, judgment of February 19, 1998, on carrying out autopsies in situations of conflict.

⁶¹ The fact that this occurs in some cases but not others raising a very similar issue suggests that whether LOAC/IHL is used may depend on the individual judge or member of the secretariat responsible for the case e.g. contrast *Ergi*, ECHR, 23818/94, judgment of July 28, 1998 where the legal issue was handled consistently with LOAC/IHL and *Ozkan & others*, ECHR, 21689/93, judgment of April 6, 2004, where no attention at all appears to have been paid to LOAC/IHL; see paras. 103-6 & 305-6. In the Chechen cases, note 58, the ECHR appears to have used a law enforcement test, rather than a LOAC/IHL test in para. 171 but it did take into account the need for precautions in attack. It is not clear whether in non-international conflicts a party can target the fighters of the other side without the need for them to be posing a threat. In international conflicts, combatants can be targeted at any time. It is not clear whether that is also the case for civilians taking a direct part in hostilities in a non-international conflict, particularly since they can only be targeted for such time as they are participating.

⁶² In the first two cases brought by Cyprus against Turkey, the Commission determined that, as Turkey had not derogated, the only grounds for detention were those set out in Article 5 of the Convention. This meant that the detention of PoWs was unlawful; 6780/74 & 6950/75, Report of the Commission, adopted on 10 July 1976; two members of the Commission suggested that LOAC/IHL became applicable by virtue of the facts and should have been taken into account with or without derogation.

⁶³ See history, note 16 above.

⁶⁴ Note 34 and accompanying text.

⁶⁵ In the case of the initial American operations in Afghanistan in October 2001, there is no doubt that there was an international armed conflict between the USA and its allies and the Afghan authorities (the Taliban), assisted by Al Qaida. Common Article 2 of the Geneva Conventions 1949 makes it clear that it is not necessary for a State to recognise its opponent as the legitimate authority; it is sufficient for it to be the de facto authority in control of the State. There was presumably, at the same time, a non-international conflict between the Taliban and the Northern Alliance, unless the latter were fighting as part of the American armed forces. At some point, the American forces were present with the consent of the newly installed authorities. From then on, it would appear that there has been a non-international conflict between the US armed forces and the remnants of the Taliban and Al Qaida; Pejic J., "Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?", LXXV BYIL (2004), forthcoming, p.1. At the time of the drafting of common Article 3, it would appear that the negotiating parties assumed that the conflict occurred between a non-State party and the State whose territory it was; Pictet J. (Ed.) Commentary to the Geneva Conventions of 1949, 4 volumes, 1952, 1960, 1960 and 1958, ICRC; commentary to common Article 3. There is nothing on the face of the provision, however, that precludes its applicability between a non-State group and a State operating with the consent of the territorial State. At what point did the conflict shift from being international to being non-international; was it with the installation of President Karzai, with his endorsement by the Loya Jirga or only after elections? Similar difficulties arise in relation to Iraq. It started out as an international armed conflict and then a belligerent occupation. At what point did the coalition forces cease to be occupying forces or do they in fact remain occupying forces, if the notion of the consent to their presence of sovereign Iraqi authorities is something of an illusion? If an intense military operation occurs during a military occupation, as was the case at Falluja, is that subject to the law and order powers of the occupying power or to the provisions on the conduct of hostilities in Protocol I or customary law? The ICJ addressed the question in an ambiguous way in the Advisory Opinion on the Wall, note 31 at para. 124. It is not clear whether the Court was saying that, at the relevant time, the provisions on the conduct of hostilities were not applicable on the facts or whether it was suggesting that, as a matter of law, once territory is occupied the rules on the conduct of international operations are no longer applicable, presumably meaning that they must take place in accordance with the law and order authority of the occupying power. Further problems arise in the case of isolated individual attacks, such as the attack in Yemen by the American predator drone; Pejic, art. cit., pp. 17-18. It may have been an armed attack but did it constitute an armed conflict?

⁶⁶ LOAC/IHL treaties are not drafted in the same way as HRsL and cannot be interpreted in the same way. The *Abella* case, note 53, shows that a human rights body is perfectly capable of applying LOAC/IHL properly, when it has the requisite expertise.

⁶⁷ US Operational Law Handbook (2004), note 48, pp. 48-49; Dennis M., note 35.

⁶⁸ In addition to general comments 15 and 31 and the case-law before human rights bodies, there is a human rights treaty designed to protect foreigners, the International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers.

⁶⁹ Under the law of state responsibility, States are responsible to other States for the treatment of nationals of the other. This is not based on the individual rights of the victim but rather treats the individual as a species of state property.

⁷⁰ *Bankovic*, note 57; Dennis, note 35.

⁷¹ *Cyprus v. Turkey*, note 62.

⁷² In the second US periodic report to CAT, note 48, the US sets out the measures it has taken to protect detainees in Afghanistan and Iraq. The UK accepted the applicability of HRsL to common criminals in Iraq in its dialogue with the Working Group on Arbitrary Detention, note 45. The 17 respondent Governments in the case of *Bankovic*, note 57, stated that the Convention was applicable to persons detained outside national territory; para. 37.

⁷³ The case-law will be examined in the context of that particular question. The totality of the case-law represents the evidence that applicability of HRsL extra-territorially cannot be rejected in principle. It should also be noted that the ICJ Advisory Opinion, note 31, concerned the applicability of HRsL outside national territory, in territory occupied by Israel. The issue of the circumstances in which a person outside national territory is nevertheless within the jurisdiction for the purposes of HRsL specifically in the context of military operations is the subject-matter of litigation in various States, including Italy and the Netherlands. In the case of the UK, such an issue has arisen in relation to deaths at the hands of British armed forces in Iraq during the period of military occupation; *Al-Skeini et al. v. Sec. of State for Defence*, [2004] EWHC 2911; both sides are appealing the decision of the High Court.

⁷⁴ Under Article 2 of the ICCPR, a State undertakes to respect and ensure the rights of “all individuals within its territory and subject to its jurisdiction”. The HRC has in recent times interpreted “and” disjunctively; general comment 31, note 19. Article 2 of CAT provides that States will take measures to prevent “acts of torture in any territory under its jurisdiction”; it is

unusual in that the focus is not on the individual victim. Article 22 of CAT provides for petitions from “individuals subject to its jurisdiction”. There is no analogous provision in the CDESCR, but the Committee has interpreted the Covenant as applying to an occupying power in occupied territory, a view which has been endorsed by the ICJ. Under Article 1 of the American Convention, States undertake to respect the rights of “all persons subject to their jurisdiction”. There is no general jurisdictional clause in the African Charter on Human and Peoples’ Rights. The Protocol establishing the African Court defines the jurisdiction of the Court but not that of the High Contracting Parties. Under Article 1 of the ECHR, States undertake to “secure to everyone within their jurisdiction” the rights under the Convention.

⁷⁵ Note 19, para.10.

⁷⁶ This is subject to a significant qualification. Under LOAC/IHL, an occupying power is not allowed to change the law in place in the territory, except where it is necessary to do so for its own security; Hague Convention IV (1907), annex Article 43; Geneva Convention IV, Article 64. In a situation of military occupation, by definition the territory “is actually placed under the authority of the hostile army” and “[t]he occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised”; Hague Convention IV (1907), Annex, Article 42; emphasis added.

⁷⁷ HRC Concluding Observations on Periodic Reports of Israel, UN Doc.CCPR/C/79/Add.93, para.10; CCPR/CO/78/ISR, para. 11; of Syria, CCPR/CO/71/SYR, para. 10 and of Morocco CCPR/C/79/Add.113, para.9 and CCPR/CO/82/MAR, 1 December 2004, paras. 8 & 18; ECHR: the inter-State litigation between Cyprus and Turkey culminating in 25781/94, judgment of 10 May 2001 and the individual applications against Turkey arising out of the situation in northern Cyprus such as the case of *Loizidou*, ECHR, 15318/89, judgment of 18 December 1996.

⁷⁸ Contrast concluding observations on the third and fourth periodic reports of Israel, note 77. In the third report, the HRC pointed to “... the long-standing presence of Israel in these territories, Israel’s ambiguous attitude towards their future status, as well as the exercise of effective jurisdiction by Israeli security forces therein”; para.10, emphasis added. In the fourth report, the HRC stated “... the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party’s authorities or agents in those territories that affect the enjoyment of rights enshrined in the Covenant and fall within the ambit of State responsibility of Israel under the principles of public international law”; para.11, emphasis added.

⁷⁹ *Ilascu & others v. Moldova & the Russian Federation*, with Romania intervening, ECHR, 48787/99, Judgment of 8 July 2004; the view of the Court may have been affected by the fact that Russian forces were responsible for the original act of detention.

⁸⁰ ECHR, 31821/96, admissibility decision of May 30, 2000; decision of second Chamber, 16 November 2004.

⁸¹ *Behrami v. France*, 71412/01, ECtHR, 16 September 2003; the case has been communicated to the French government. One child was killed and another injured when a cluster weapon exploded in the French area of operations in Kosovo; see generally HRC, General Comment 31, note 19.

⁸² HRC 29 July 1981, UN Doc.A/36/40, 176; Communication No.52/1979, CCPR/C/13/D/52/197.

⁸³ IACHR Report No. 109/99, Case No. 10,951, 29 September 1999, Ann. Rep. IACHR 1999.

⁸⁴ Center for Constitutional Rights; http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/3-13-02%20IACHRAAdoptionofPrecautionaryMeasures.pdf.

⁸⁵ ECHR, 46221/99, judgment of 12 March 2003; Grand Chamber judgment of May 12, 2005, para.91. This decision postdates that in *Bankovic*, note 57.

⁸⁶ *Lopez Burgos*, note 82, para 12.2, emphasis added. This is further confirmed in the separate opinion of Mr. Tomuschat.

⁸⁷ Note 57.

⁸⁸ E.g. In the *Ilascu* case, note 79, different violations were found against Moldova and Russia; contra *Bankovic*, note 57.

⁸⁹ *Disabled Peoples' International et al v. United States*, Case 9213, Inter-Am. C.H.R. 184, OEA/ser. L/V/II.71, doc. 9 rev. 1 (1987) (Annual Report 1986-1987).

⁹⁰ *Salas and others v. the United States*, IACHR Report No.31/93, Case No. 10,573, 14 October 1993, Ann. Rep. IACHR 1993, 312.

⁹¹ *X v Federal Republic of Germany* (Application No 1611/62; 25 September 1965), 8 Ybk ECHR, p.158 at 169; *WM v Denmark*, 17392/90, admissibility decision of 14 October 1992.

⁹² *Varnava & others v. Turkey*, 16064/90 & others, admissibility decision of April 14, 1998.

⁹³ Note 82.

⁹⁴ Such a test has the additional advantage of being consistent with the law of State responsibility. It also ensures that applicants complaining of the same acts under the same control of the same State agents are treated in the same way, whether the harm occurs within or outside national territory. E.g. *Isiyok v. Turkey*, 22309/93, admissibility decision of 3 April 1995; friendly settlement of 31 October 1997; the alleged violation was the harm that resulted from aerial bombardment. It would seem somewhat strange if whether or not a victim is within the jurisdiction of a State depends on which side of the border the missile falls. It would also ensure that victims of aerial attack would be subject to the same jurisdictional criterion as victims of ground attack. If the test used is control of the victim, as opposed to control over the infliction of the alleged violation, ground forces may be found to be in control of the applicant, as in the *Issa* case, note 57, but it is difficult to see how airborne forces could be, even when that person is intentionally targeted. The difficulty with the admissibility decision of the ECHR in the case of *Bankovic*, note 57, is that it appears to make jurisdiction dependent on the colour of the uniform or on the type of weapon used.

⁹⁵ E.g. the common practice, prohibited under LOAC/IHL, of removing the ears of dead opponents as some form of trophy; e.g. *Akkum, Akan and Karakoc v. Turkey*, ECHR, 21894/93, judgment of March 24, 2005.
