



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2004/7
14 June 2004

RUSSIAN
Original: FRENCH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Подкомиссия по поощрению
и защите прав человека

Пятьдесят шестая сессия
Пункт 3 предварительной повестки дня

ОТПРАВЛЕНИЕ ПРАВОСУДИЯ, ГОСПОДСТВО ПРАВА И ДЕМОКРАТИЯ

Вопрос об отправлении правосудия военными трибуналами*

Доклад, представленный Эммануэлем Деко**

* Настоящий документ был представлен конференционным службам после установленной даты без объяснительной записки, которая необходима в соответствии с пунктом 8 резолюции 53/208 В Генеральной Ассамблеи в случае представления докладов конференционным службам после установленных сроков.

** Примечания воспроизводятся на языке оригинала.

Резюме

В своей резолюции 2003/8 Подкомиссия по поощрению и защите прав человека просила г-на Деко представить ей на ее пятьдесят шестой сессии обновленный вариант его доклада (E/CN.4/Sub.2/2003/4) и продолжать свою работу в целях разработки принципов, регулирующих отправлении правосудия военными трибуналами.

Настоящий документ представляет собой обновленный вариант, запрошенный Подкомиссией, и в нем учтены замечания, высказанные на пятьдесят пятой сессии Подкомиссии, а также последние события и новые элементы, касающиеся данной темы.

В этой связи семинар экспертов, в том числе военных, организованный Международной комиссией юристов (МКЮ) в январе 2004 года в Женеве в соответствии с пожеланием, выраженным Подкомиссией в ее резолюции 2003/8, позволил провести весьма полезное обсуждение рекомендаций, содержащихся в докладе. Следует пожелать, чтобы в течение нынешнего года под эгидой Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека можно было в том же духе провести новый семинар экспертов, организованный МКЮ. Кроме того, региональные семинары будут, несомненно, в равной мере полезными для того, чтобы, по возможности, составить наиболее разностороннюю базу данных и рассмотреть последние события, имевшие место на различных континентах, что также позволит подвести общий итог обсуждению данного вопроса в соответствии с общим рабочим планом, представленным на пятьдесят третьей сессии Подкомиссии, касавшимся "аспектов состояния теории и правовой практики международных, региональных и национальных органов" (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3).

Отмечая необходимость обеспечения того, чтобы "такие трибуналы являлись неотъемлемой частью общей судебной системы", как это подчеркнула Комиссия по правам человека в своей резолюции 2003/39 и уточнила в резолюции 2004/32, доклад содержит ряд принципов отправления правосудия военными трибуналами, сформулированных на основе рекомендаций, содержащихся в докладе, представленном г-ном Жуане на пятьдесят четвертой сессии (E/CN.4/Sub.2/2002/4, пункты 30 и последующие), впоследствии исправленных и дополненных в докладе г-на Деко пятьдесят пятой сессии (E/CN.4/Sub.2/2003/4). Эти принципы, вытекающие из понятия надлежащего отправления правосудия, касаются таких юрисдикционных полномочий, как процедурные гарантии, распространяющиеся на военное правосудие просто в силу фундаментального понятия "единство правосудия", в соответствии с методикой анализа, использованной в предыдущих докладах.

На данном этапе коллективного анализа было бы очень полезно провести максимально широкие консультации по этим принципам с участием государств, а также международных и неправительственных организаций, а равно и всех сторон, участвующих в дискуссиях, с тем чтобы докладчик смог учесть все высказанные на данную тему замечания и своевременно представить Комиссии по правам человека консолидированный вариант доклада.

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Пункты</i>
Введение	1 - 9
I. ПРИНЦИПЫ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ ВОЕННЫМИ ТРИБУНАЛАМИ	10 - 58
Принцип № 1: создание военных трибуналов на основе конституции или закона	10 - 13
Принцип № 2: функциональная компетенция военных судебных органов	14 - 16
Принцип № 3: рассмотрение дел лиц, совершивших серьезные нарушения прав человека	17 - 19
Принцип № 4: ограничение действия принципа неразглашения военной тайны	20 - 24
Принцип № 5: гарантия habeas corpus	25 - 27
Принцип № 6: право на компетентный независимый и беспристрастный суд	28 - 30
Принцип № 7: гласность судебного разбирательства	31 - 32
Принцип № 8: гарантии права на защиту и справедливое разбирательство	33 - 36
Принцип № 9: доступ потерпевших к производству по делу	37
Принцип № 10: обжалование в обычных судебных органах	38 - 39
Принцип № 11: должное подчинение и ответственность вышестоящего лица	40 - 43

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<i>Пункты</i>
Принцип № 12: отказ от несения военной службы по соображениям совести	44 - 48
Принцип № 13: упразднение компетенции военных трибуналов по рассмотрению дел детей и несовершеннолетних в возрасте до 18 лет	49 - 51
Принцип № 14: режим военных тюрем	52
Принцип № 15: применение гуманитарного права	53
Принцип № 16: запрещение смертной казни	54 - 55
Принцип № 17: пересмотр кодексов военной юстиции	56 - 58
II. РЕКОМЕНДАЦИИ	59 - 61

Введение

1. В своей резолюции 2003/8 Подкомиссия по поощрению и защите прав человека, с удовлетворением приняв к сведению представленный г-ном Эммануэлем Деко доклад по вопросу об отправлении правосудия военными трибуналами (E/CN.4/Sub.2/2003/4) и, в частности, содержащиеся в нем рекомендации, просила докладчика продолжать свою работу в целях разработки принципов, регулирующих отправление правосудия военными трибуналами, и представить ей на ее пятьдесят шестой сессии обновленный вариант своего доклада.
2. Настоящий документ является запрошенным Подкомиссией обновленным вариантом. В нем рассматриваются результаты работы, проделанной по вопросу об отправлении правосудия военными трибуналами после появления вопросника, составленного г-ном Луи Жуане и содержащегося в его докладе пятьдесят третьей сессии Подкомиссии (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, приложение), в частности доклада г-на Жуане, представленного пятьдесят четвертой сессии (E/CN.4/Sub.2/2002/4), и доклада г-на Деко, представленного пятьдесят пятой сессии (E/CN.4/Sub.2/2003/4), с учетом недавних событий и появившихся новых элементов, связанных с данной темой.
3. В этой связи в своей резолюции 2003/8 Подкомиссия приветствовала инициативу Международной комиссии юристов (МКЮ) об организации в Женеве в течение года семинара экспертов в соответствии с предложением, выдвинутым г-ном Жуане в своем докладе пятьдесят третьей сессии Подкомиссии, в котором он предложил "рассмотреть с целью содействия подготовке окончательного доклада идею проведения семинара экспертов, включая военных экспертов, посвященного имевшим место изменениям, в частности достигнутому прогрессу, в деле решения проблемы отправления правосудия военными трибуналами" (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, предложение 1). Г-н Жуане вновь выдвинул это предложение в своем докладе пятьдесят четвертой сессии (E/CN.4/Sub.2/2002/4, пункт 4, примечание), а г-н Деко - в своем докладе пятьдесят пятой сессии (E/CN.4/Sub.2/2003/4, пункт 3). Это семинар, проведенный МКЮ 26-28 января 2004 года под названием "Права человека и отправление правосудия военными трибуналами", стал особенно плодотворным, поскольку объединил экспертов, юристов и военных, представлявших все юридические системы и географические регионы, а также представителей дипломатических миссий и неправительственных организаций (НПО), базирующихся в Женеве. В частности, он позволил Докладчику принять во внимание самый разнообразный опыт и провести исключительно открытые дискуссии по формулировкам рекомендаций, содержащихся в его последнем докладе (E/CN.4/Sub.2/2003/4, пункт 74 и последующие). Докладчик выражает МКЮ свою самую искреннюю благодарность за столь полезную инициативу.

4. Следует надеяться, что после опубликования настоящего доклада на организованном МКЮ в том же духе под эгидой Верховного комиссара по правам человека новом семинаре экспертов можно будет провести углубленную дискуссию по пересмотренным принципам, которые в нем содержатся. Кроме того, региональные семинары, несомненно, будут столь же полезными для создания, по возможности, базы наиболее разнообразных данных, а также подведения итогов недавних событий, имевших место на различных континентах. Как он подчеркивал в своем предыдущем докладе, обобщенная информация, касавшаяся африканского и азиатского регионов, была бы особенно полезной для содействия достижению общей цели, о которой идет речь, в соответствии с общим планом работы, представленным пятьдесят третьей сессии, который направлен на разработку "аспектов состояния теории и правовой практики международных, региональных и национальных органов". Резолюция 2003/8 также призвала правительства, компетентные органы системы Организации Объединенных Наций, специализированные учреждения, региональные межправительственные организации и НПО предоставлять г-ну Деко информацию по данному вопросу.

5. О концепции, лежащей в основе настоящего исследования, говорила Комиссия в своей резолюции 2003/39 по вопросу о целостности судебной системы, в которой она приняла к сведению "доклад по вопросу об отправлении правосудия военными трибуналами (E/CN.4/Sub.2/2002/4), представленный г-ном Луи Жуане Подкомиссии по поощрению и защите прав человека на ее пятьдесят четвертой сессии", и подчеркнула, что "принцип целостности судебной системы должен соблюдаться при любых обстоятельствах". В этой связи в резолюции говорится, что Комиссия:

"1. *вновь заявляет*, что каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право, на основе полного равенства, на справедливое и публичное разбирательство дела независимым и беспристрастным судом;

2. *вновь заявляет также*, что каждый человек имеет право на судебное разбирательство в обычных судах или трибуналах, применяющих установленные нормы процессуального права, и что суды, не использующие такие установленные нормы процессуального права, не должны создаваться в целях подмены компетенции обычных судов или трибуналов;

[...]

9. *призывает* государства, где существуют военные суды для рассмотрения дел уголовных правонарушителей, обеспечить, чтобы такие суды являлись неотъемлемой частью общей судебной системы и применяли установленные нормы процессуального права".

6. В своей резолюции 2004/32, принятой без голосования 19 апреля 2004 года, Комиссия, "принимая к сведению резолюцию 2003/8 Подкомиссии от 13 августа 2003 года" и "подчеркивая, что целостность судебной системы должна соблюдаться при любых обстоятельствах [...] принимает к сведению доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов (E/CN.4/2004/60 и Add.1), а также представленный г-ном Эммануэлем Деко Подкомиссии по поощрению и защите прав человека доклад по вопросу об отправлении правосудия военными трибуналами (E/CN.4/Sub.2/2003/4)". Комиссия уточняет свою обычную формулировку и призывает "государства, где существуют военные суды или специальные военные трибуналы для рассмотрения дел уголовных правонарушителей, обеспечить, чтобы такие суды, где их создание требуется в соответствии с применимым международным правом, являлись неотъемлемой частью общей судебной системы и чтобы такие суды применяли такие международно признанные нормы надлежащего процессуального права, как гарантии справедливого судебного разбирательства, включая, в частности, право на обжалование осуждения и приговора" (пункт 7). Данная формулировка теряет лаконичность, которая была ей свойственна в резолюции 2003/39, где Комиссия "призывает государства, где существуют военные суды для рассмотрения дел уголовных правонарушителей, обеспечить, чтобы такие суды являлись неотъемлемой частью общей судебной системы и применяли установленные нормы процессуального права" (пункт 9). Не понятно, что она выигрывает с точки зрения ясности, поскольку фраза "while required by applicable law" не кажется более точной по-английски, чем по-французски ("lorsque le droit applicable l'exige"). В заключение Комиссия "просит г-на Деко учитывать настоящую резолюцию в ходе своей дальнейшей работы" (пункт 9).

7. Именно в этом смысле уместно рассмотреть понятие "применимого права". С точки зрения общих принципов надлежащего отправления правосудия, действительно, важно подойти к вопросу о разработке "военного правосудия". Принципы Всеобщей декларации прав человека, а также Международного пакта о гражданских и политических правах, равно как и региональные конвенции или другие соответствующие документы, исключают всякую двусмысленность, когда речь идет о сфере правосудия. Положения о надлежащем отправлении правосудия представляют собой общую норму. Иными словами, военное правосудие должно являться, если использовать формулировку

Комиссии, "неотъемлемой частью общей судебной системы". Этот вариант предполагает знак равенства между крайними позициями, поскольку стремится одновременно сделать военное правосудие отчасти временным и оперативным правосудием, не входящим в категорию общего права, т.е. создать из него "культ", правосудие, стоящее над основополагающими принципами правового государства, и предполагает его "дьяволизацию", с учетом совсем недавнего исторического опыта, имевшего место на многих континентах. Альтернатива проста: либо военное правосудие следует принципам надлежащего отправления правосудия и становится правосудием, как и другие системы правосудия, либо оно стремится стать "исключительным правосудием", отдельной системой, выходящей за рамки норм и принципа взаимозависимости и взаимоограничения, что открывает возможности для разного рода злоупотреблений, и оно остается правосудием лишь на бумаге... Между созданием культа и дьяволизацией существует путь упорядочения, путь включения военного правосудия в "цивилизацию", который и лежит в основе текущего процесса.

8. Таким образом, попытавшись выяснить в своем предыдущем докладе (E/CN.4/Sub.2/2003/4) множество задач данного исследования, с тем чтобы можно было придать определенную структуру необходимым публичным дебатам, докладчик теперь считает возможным перейти к новому этапу, цель которого в соответствии с резолюцией 2003/8 Подкомиссии заключается в "разработке принципов, регулирующих отправление правосудия военными трибуналами". В основе этих принципов лежат рекомендации, содержащиеся в последнем докладе г-на Жуане (E/CN.4/Sub.2/2002/4, пункты 29 и последующие) и дополненные в докладе, представленном пятьдесят пятой сессии (E/CN.4/Sub.2/2003/4). Они были вновь пересмотрены в свете замечаний, изложенных экспертами, в частности военными, по случаю международного семинара, организованного МКЮ в январе 2004 года. Перечень этих принципов представляется вместе с короткими комментариями, призванными уточнить их содержание и сферу охвата.

9. На данном этапе коллективного анализа было бы весьма полезно провести максимально широкие консультации по этим принципам с участием государств, а также международных организаций и НПО, равно как и всех сторон, участвующих в дискуссиях, с тем чтобы докладчик смог учесть все высказанные на данную тему замечания и своевременно представить Комиссии консолидированный вариант доклада.

I. ПРИНЦИПЫ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ ВОЕННЫМИ ТРИБУНАЛАМИ

ПРИНЦИП № 1

Создание военных трибуналов на основе конституции или закона

Военные трибуналы, если таковые существуют, могут создаваться только на основе конституции или закона, с учетом уважения принципа разделения властей. Военные трибуналы должны являться неотъемлемой частью общей судебной системы и применять международно признанные нормы надлежащего процессуального права, гарантирующие справедливое судебное разбирательство.

10. Принятые в 1985 году Основные принципы независимости судебных органов гласят, что "независимость судебных органов гарантируется государством и закрепляется в конституции или законах страны. Все государственные и другие учреждения обязаны уважать и соблюдать независимость судебных органов" (пункт 1). Принцип разделения властей неотделим от необходимости наличия статутных гарантий, предусмотренных на самом высоком уровне иерархии правовых норм, т.е. в конституции или законе, с тем чтобы исключить всякую возможность подмены компетенции органов правосудия исполнительной или военной властью.

11. Вопрос, касающийся принципа легитимности военных судебных органов, здесь не рассматривается, о чем говорилось в нашем предыдущем докладе (E/CN.4/Sub.2/2003/4, пункт 71), представленном после доклада г-на Жуане (E/CN.4/Sub.2/2002/4, пункт 29). Здесь речь идет о законности военного правосудия. В этой связи практика "узаконивания" военных трибуналов, существующая во многих странах, не должна ставить их вне общего права, над законом, а скорее, наоборот, вписывать их в принципы правового государства, начиная с принципов разделения властей и иерархии норм. В этом смысле этот первый принцип неотделим от всего комплекса последующих принципов. Важно подчеркнуть целостность правосудия. Как это отмечали гг. Станислав Черниченко и Уильям Трит в своем заключительном докладе по вопросу о праве на справедливое судебное разбирательство, представленном Подкомиссии в 1994 году: "Суды, которые не используют установленные надлежащим образом процедуры судопроизводства, не должны создаваться с целью замены обычных судов или трибуналов". Или еще: "Суд является независимым от исполнительной власти. Исполнительная власть не должна вмешиваться в действия суда, а суд не может быть орудием исполнительной власти против какого-либо гражданина"¹.

12. А contrario, вопрос о применимости гарантий военного правосудия к военным трибуналам, создаваемым исполнительной властью, сохраняется полностью. Фактически речь идет о минимальных гарантиях, и даже в кризисных ситуациях, в частности по смыслу статьи 4 Международного пакта о гражданских и политических правах, отступления государств-участников по общему праву не должны быть "несовместимыми с их другими обязательствами по международному праву" и не влечь за собой "дискриминации исключительно на основе расы, цвета кожи, пола, языка, религии или социального происхождения". Если статья 14 прямо не фигурирует в числе "основ" прав, не допускающих отступлений, наличие эффективных судебных гарантий представляет собой элемент, свойственный уважению принципов Пакта и, в частности, положений статьи 4, как это подчеркивалось Комитетом по правам человека в его замечании общего порядка № 29 (2001)². В отсутствие этих основополагающих гарантий речь может идти о чистом и простом отказе в правосудии.

13. Следует также напомнить о том, что международное гуманитарное право устанавливает минимальные гарантии в области судебного правосудия³. В пункте 4 статьи 75 Протокола I к Женевским конвенциям изложены фундаментальные гарантии в области судебного правосудия, которые должны уважаться даже в ходе международных конфликтов, и говорится о "беспристрастном и соответствующим образом учрежденном суде", который, как отмечалось Международным комитетом Красного Креста (МККК), "обеспечивает необходимость максимально беспристрастного отправления правосудия даже в чрезвычайных обстоятельствах вооруженного конфликта, когда человеческая жизнь порой мало чего стоит"⁴. В пункте 2 статьи 6 Протокола II о нем говорится как о "суде, обеспечивающем основные гарантии независимости и беспристрастности". По мнению МККК: «Здесь подтверждается принцип, в соответствии с которым каждый человек, обвиняемый в совершении правонарушения в ходе конфликта, имеет право на надлежащее разбирательство. Это право обеспечивается только в том случае, если приговор выносится "судом, обеспечивающим основные гарантии независимости и беспристрастности"»⁵. Если соблюдение этих судебных гарантий является обязательным в ходе вооруженных конфликтов, трудно понять, как эти гарантии не могут в абсолютной степени соблюдаться в отсутствии вооруженного конфликта. Необходимость защиты прав в мирное время должна иметь большее, если не равное, значение необходимости защиты, признаваемой во время войны.

ПРИНЦИП № 2

Функциональная компетенция военных судов

Военные суды в принципе не должны обладать компетенцией рассматривать дела гражданских лиц. При любых обстоятельствах государство должно заботиться о том, чтобы дела гражданских лиц, обвиняемых в совершении уголовных преступлений, независимо от их характера, рассматривались гражданскими судами. Компетенция военных трибуналов должна быть ограничена рассмотрением правонарушений исключительно военного характера, совершенных военнослужащими. Военные суды могут рассматривать дела лиц, уподобляемых военнослужащим, связанные исключительно с их действиями в качестве лиц, уподобляемых военнослужащим.

14. В своем замечании общего порядка № 13 (1984) [пункт 4] по статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах Комитет по правам человека отметил "существование во многих странах военных и специальных судов, которые рассматривают дела гражданских лиц, что может привести к серьезным проблемам в том, что касается справедливого, беспристрастного и независимого отправления правосудия. Весьма часто причины создания таких судов заключаются в том, чтобы допустить применение исключительных процедур, которые не соответствуют обычным нормам правосудия. Хотя Пакт и не запрещает такие категории судов, тем не менее предусматриваемые им условия четко указывают, что рассмотрение гражданских дел такими судами может осуществляться на весьма исключительной основе и проводиться в условиях, при которых действительно полностью соблюдаются все гарантии, предусмотренные в статье 14". Практика Комитета в течение 20 лет, в частности выраженная в его ответах на индивидуальные сообщения или заключительных замечаниях по докладам различных стран, была направлена лишь на повышение его бдительности, с тем чтобы ограничить компетенцию военных трибуналов рассмотрением дел по преступлениям и правонарушениям исключительно военного характера, совершаемым военнослужащими. Многие докладчики по темам и странам также занимали очень жесткую позицию, подчеркивая принципиальное отсутствие компетенции в отношении рассмотрения дел гражданских лиц. Кроме того, практика Европейского суда по правам человека, Межамериканского суда по правам человека, Межамериканской комиссии по правам человека и Африканской комиссии по правам человека и народов в этом отношении аналогична⁶.

15. Напротив, компетенция военных трибуналов в отношении рассмотрения дел военнотружущих или уподобляемых им лиц аналогичным образом не должна считаться отходом от принципа общего права, в соответствии с какой-либо юридической привилегией или формой правосудия. Она должна оставаться исключительной и отвечать только лишь требованиям, обусловленным воинской службой. Это понятие представляет собой "ось" военного правосудия, когда речь идет, в частности, о полевых операциях, когда территориальный судья не может осуществлять свои полномочия. Только такая функциональная необходимость может оправдывать ограниченное, но неизбежное существование военного правосудия. Фактически национальный судья не имеет возможности активно и пассивно осуществлять свои личные полномочия по практическим соображениям, связанным с удаленностью от места совершения деяния, тогда как местный судья, обладающий территориальной компетенцией, сталкивается с юрисдикционными иммунитетами.

16. В данном оперативном контексте, несомненно, существует серая зона, которую следует лучше изучить с целью уточнения категории уподобляемых лиц. Проводимая Подкомиссией работа по итогам исследования г-жи Франсуазы Хэмпсон по вопросу о сфере деятельности и ответственности вооруженных сил, гражданской полиции Организации Объединенных Наций, международных служащих и экспертов, принимающих участие в операциях по поддержанию мира, несомненно, будет содействовать уточнению этих понятий. Кроме того, расширение практики участия военизированных формирований или служащих по контрактам частных лиц в международных оккупационных режимах или операциях по поддержанию мира должно придать новую остроту вопросу о юридическом статусе и ответственности этих лиц.

ПРИНЦИП № 3

Рассмотрение дел лиц, совершивших серьезные нарушения прав человека

При любых обстоятельствах компетенция военных судов должна уступать место компетенции обычных судов при расследовании дел, преследовании и осуждении лиц, совершивших серьезные нарушения прав человека, таких, как внесудебные казни, насильственные исчезновения, пытки.

17. С учетом функционального понятия компетенции военных трибуналов сегодня все более четко обозначается идея, в соответствии с которой рассмотрение дел лиц, совершивших серьезные нарушения прав человека, не может осуществляться военными трибуналами в той степени, в какой эти деяния, в силу самого своего характера, могут быть отделены от выполняемых функций. Более того, военные органы, возможно, могут

быть склонны к тому, чтобы не давать ход таким делам. Поэтому важно, чтобы гражданские суды с самого начала непосредственно проводили расследования, разбирательства и выносили решения по делам лиц, совершивших эти преступления. Проведение предварительного расследования гражданским судьей представляет собой решающий этап, позволяющий исключить все формы безнаказанности. Компетенция гражданского судьи должна также обеспечивать полное уважение прав потерпевших на всех этапах процедуры.

18. Это решение было принято во внимание Генеральной Ассамблеей при принятии Декларации о защите всех лиц от насильственных исчезновений, в которой говорится, что дела обвиняемых в таких преступлениях "рассматриваются только в компетентных обычных судах каждого государства, а не в каких-либо других специальных трибуналах, в частности военных судах"⁷. Деяния, составляющие преступление исчезновения, не могут считаться совершенными во исполнение военных функций. Подкомиссия⁸, а также Комиссия⁹ приняли множество резолюций, подтверждающих этот принцип, закрепленный практикой органов по наблюдению за выполнением договоров¹⁰. В своем исследовании по вопросу о безнаказанности, проведенном по просьбе Комиссии по правам человека¹¹, независимый эксперт г-жа Диана Орендличер ссылается на этот принцип и отмечает, что многие страны добились прогресса в его применении¹².

19. Помимо таких тяжких нарушений со стороны некоторых военных или авторитарных режимов, как насильственные исчезновения, внесудебные казни и систематические пытки, можно поразмыслить об установлении границ понятия нарушений прав человека. Здесь также лучшим руководящим принципом должна являться необходимость обеспечения справедливого разбирательства в независимом и беспристрастном суде и полной гарантии прав потерпевших: даже когда речь идет о единичном деянии, можно рассмотреть вопрос о желании военной иерархии полностью пролить свет на совершенные деяния, которые могут нанести ущерб корпоративному духу или репутации армии.

ПРИНЦИП № 4

Ограничение действия принципа неразглашения военной тайны

Не следует затушевывать основную цель норм, позволяющих ссылаться на военную тайну, с тем чтобы препятствовать осуществлению правосудия или ущемлять права человека. Ссылка на принцип неразглашения военной тайны может применяться под наблюдением независимых контрольных инстанций, когда

речь идет о защите в строго необходимой степени информации, касающейся национальной обороны. Принцип неразглашения военной тайны не может использоваться:

а) когда речь идет о мерах лишения свободы, что ни в коем случае не должно оставаться в тайне в том, что касается личности или места нахождения лиц, лишенных свободы;

б) для затруднения проведения расследований, разбирательств и делопроизводства, имеющих уголовный или дисциплинарный характер, или для недопущения принятия последующих мер;

с) для отказа судьям и уполномоченным законом органам в осуществлении судебных функций, связанных с доступом к документам и зонам, объявленным секретными по соображениям национальной безопасности, или для ограничения такого доступа;

д) в целях недопущения предания гласности решений трибуналов;

е) в целях недопущения эффективного использования средства защиты *habeas corpus* и других аналогичных средств судебной защиты.

20. Этот принцип говорит сам за себя. Ссылка на неразглашение военной тайны не должна приводить к "тайному" содержанию под стражей лица, являющегося объектом судебного преследования, уже осужденного или подвергнутого той или иной мере лишения свободы. Комитет по правам человека в своем замечании общего порядка № 29, касающемся чрезвычайных положений (статья 4 Пакта), отметил, что "ни при каких обстоятельствах государства-участники не могут ссылаться на статью 4 Пакта для оправдания таких своих действий в нарушение положений гуманитарного права или императивных норм международного права, как, например, взятие заложников [...], произвольные лишения свободы [...]"¹³, и что "запрет в отношении взятия заложников, похищений или тайных задержаний не допускает отступления. Абсолютный характер запрещения подобных деяний, даже во время чрезвычайного положения, обусловлен статусом этих норм как норм общего международного права"¹⁴.

21. Осуществление прав на защиту предполагает возможность каждого лица, подвергаемого судебному преследованию, "сноситься с выбранным им самим защитником", согласно пункту 3 b) статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, а также, исходя из принципа гуманности и с целью эффективного

соблюдения вышеупомянутого обязательства, со своими родными и близкими. Кроме того, в пункте 4 статьи 9 Пакта эта норма сводится к уважению прав на защиту, начиная со свободного права выбора защитника. Если говорить в более общем плане, то пункт 1 статьи 17 Пакта гласит, что "никто не может подвергаться произвольным или незаконным посягательствам на [...] тайну его корреспонденции", оставляя открытой возможность контактов задержанного со своими родственниками, близкими или своим защитником. Во многих международных нормах подчеркивается обязанность ставить в известность семьи лиц, лишенных свободы, а также их защитников об их арестах или переводах¹⁵. Комитет по правам человека¹⁶, Комитет против пыток¹⁷ и Рабочая группа по насильственным или недобровольным исчезновениям¹⁸ неоднократно подчеркивали важность этого обязательства. Комитет по правам человека в своем замечании общего порядка № 20 (1992) подчеркивал, что "для обеспечения эффективной защиты содержащихся под стражей лиц необходимо принимать меры к тому, чтобы они содержались в местах, официально признанных в качестве мест содержания под стражей, а их фамилии и места содержания под стражей, равно как и фамилии лиц, ответственных за их содержание под стражей, указывались в реестре, доступном для заинтересованных лиц, в том числе для родственников и друзей". Комитет добавляет, что "следует также принимать меры в целях запрещения содержания под стражей без права переписки и общения" (пункт 11).

22. В случае кризиса гуманитарным правом предусматриваются возможности общения с внешним миром, согласно части V Женевской конвенции об обращении с военнопленными. Важно напомнить, что в статье 32 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года о защите жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) в качестве общего принципа, касающегося пропавших без вести или скончавшихся лиц, устанавливается "право семей знать судьбу своих членов". Это право было подтверждено Генеральной Ассамблеей во многих ее резолюциях по вопросу о насильственных исчезновениях. Это право было подтверждено в циркулярном письме Генерального секретаря о соблюдении международного гуманитарного права силами Организации Объединенных Наций¹⁹.

23. Следует также подчеркнуть, что лица, лишенные свободы, должны содержаться в официальных местах содержания под стражей, а власти должны вести реестр лиц, содержащихся под стражей²⁰. Что касается общения между лицами, лишенными свободы, и их защитниками, то следует напомнить о том, что в Принципах, касающихся роли юристов, предусматривается, что "всем арестованным, задержанным или заключенным в тюрьму лицам, предоставляются надлежащие возможности, время и условия для

посещения юристом, сношения и консультации с ним без задержки, вмешательства или цензуры и с соблюдением полной конфиденциальности. Такие консультации могут проводиться в присутствии должностных лиц по поддержанию порядка, но без возможности быть услышанными ими"²¹.

24. За неимением таких фундаментальных гарантий возникает большой риск столкнуться с ситуацией насильственного исчезновения или произвольного задержания, в которой отсутствуют всякие возможности эффективного использования как внутренних, так и международных мер защиты. В этом случае принцип неразглашения тайны лишь маскирует отказ в правосудии.

ПРИНЦИП № 5

Гарантия habeas corpus

При любых обстоятельствах все лица, лишённые свободы, имеют право воспользоваться в трибунале таким средством правовой защиты, как *habeas corpus*, с тем чтобы трибунал незамедлительно обосновал законность задержания и распорядился об освобождении, если задержание незаконно. Право предоставления ходатайства о применении *habeas corpus* или какого-либо другого аналогичного средства судебной защиты должно рассматриваться в качестве неотъемлемого права личности, гарантии обеспечения которого должны при всех обстоятельствах входить в сферу исключительной компетенции обычных судов. При всех обстоятельствах судья должен иметь доступ ко всем местам содержания под стражей, где может находиться лишённое свободы лицо, без каких бы то ни было исключений.

25. То, что было сказано о доступе к независимому защитнику, применимо *mutatis mutandis* и по отношению к доступу к судье посредством подачи ходатайства *habeas corpus*. Право на доступ к правосудию - "право на право" - является одной из основ господства права. Как об этом говорится в пункте 4 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах: "Каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, принадлежит право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно". Во время войны в полном объеме применяются гарантии, предусматриваемые гуманитарным правом, в частности четвертой Женевской конвенцией.

26. Гарантия *habeas corpus* также связана с пунктом 3 статьи 2 Пакта. Комитет по правам человека в своем замечании общего порядка № 29, касающемся чрезвычайного положения (статья 4 Пакта), отметил, что "пункт 3 статьи 2 Пакта обязывает государства - участники Пакта обеспечивать средства правовой защиты от любого нарушения положений Пакта. Эта клаузула не упоминается в пункте 2 статьи 4 среди не допускающих отступлений положений, но является договорным обязательством, вытекающим из всего Пакта в целом. Хотя даже во время чрезвычайного положения и в той степени, в какой подобные меры требуются в связи с остротой положения, государство-участник может корректировать практическое функционирование своих процедур, регулирующих использование судебных и иных средств правовой защиты, оно должно выполнять закрепленное в пункте 3 статьи 2 Пакта основополагающее обязательство обеспечивать, чтобы то или иное средство правовой защиты было эффективным. [...] По мнению Комитета, эти принципы и положения об эффективных средствах судебной защиты требуют соблюдения основополагающих судебных гарантий и во время чрезвычайного положения. [...] В контексте защиты не допускающих отступления прав право обратиться в суд, с тем чтобы он принял безотлагательное решение относительно законности задержания, не должно ущемляться принимаемым государством-участником решением отступить от положений Пакта"²².

27. Не допускающий отступлений характер *habeas corpus* также признается во многих международных нормах декларативного характера²³. Комиссия по правам человека в своей резолюции 1992/35 "*Habeas corpus*" настоятельно призвала государства сохранить возможности использования *habeas corpus* даже в условиях чрезвычайных ситуаций. Межамериканский суд по правам человека отмечал, что использование таких средств судебной защиты неотъемлемых прав, как *habeas corpus*, не допускает никаких отступлений²⁴.

ПРИНЦИП № 6

Право на компетентный, независимый и беспристрастный суд

В тех случаях, когда существуют военные судебные органы, их организация и функционирование должны в полной мере обеспечивать право любого лица на компетентный, независимый и беспристрастный суд, гарантируя, в частности, статутную независимость судей по отношению к военной иерархии. Лица, отбираемые для выполнения функций судей в военных судебных органах, должны быть честными и компетентными и иметь необходимое юридическое образование и квалификацию. Присутствие гражданских судей в составе военных трибуналов может лишь укрепить беспристрастность этих судебных органов.

28. Это основополагающее право находит свое выражение в статье 10 Всеобщей декларации прав человека: "Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право на основе полного равенства на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом". В статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, как и в региональных конвенциях, подробно изложено его практическое содержание. Что касается понятия независимого и беспристрастного суда, то объективное, но также и субъективное содержание независимости и беспристрастности подтверждается множеством примеров из судебной практики. В частности, акцент делается на теории видимости, согласно английской поговорке, в соответствии с которой "justice should not only be done, but should be seen to be done" ("правосудие должно не только вершиться, но необходимо видеть, как оно вершится"). Также важно подчеркнуть, что Комитет по правам человека отмечал, что "право быть судимым независимым и беспристрастным судом является абсолютным правом, не предполагающим никаких исключений"²⁵.

29. Статутная независимость судей по отношению к военной иерархии должна строго соблюдаться, при недопущении какой-либо прямой или косвенной субординации, что предполагает организацию и функционирование самих органов правосудия и развитие карьеры военных судей. Понятие беспристрастности представляется еще более сложным в свете теории видимости, поскольку подсудимый обоснованно может видеть в военном судье офицера, склонного быть "судьей и стороной" при рассмотрении всех дел, когда под сомнение ставятся военные структуры, а не специального судью, выступающего в том же качестве, что и любой другой.

30. Следует также подчеркнуть требование, касающееся компетентности судей, привлекаемых к работе военных судебных органов, в частности относительно того, чтобы они имели такое же юридическое образование, что и профессиональные судьи. Юридическая и деонтологическая компетентность военных судей, а также понимание ими своих полномочий и обязанностей являются неотъемлемым компонентом их независимости и беспристрастности.

ПРИНЦИП № 7

Гласность судебного разбирательства

Как и в случае общеуголовных преступлений, гласность судебного разбирательства должна быть нормой, и проведение закрытых судебных заседаний должно оставаться совершенно исключительным явлением и быть объектом особого и мотивированного решения, подлежащего контролю за обеспечением законности.

31. В текстах, цитировавшихся выше, отмечается, что "каждый человек имеет право на то, чтобы его дело было рассмотрено справедливо и гласно". Гласность обсуждений является одним из основополагающих элементов справедливого судопроизводства. Ограничениями этого принципа могут быть лишь те, которые предусматриваются в общеуголовном праве, как об этом говорится в пункте 1 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах: "Печать и публика могут не допускаться на все судебное разбирательство или часть его по соображениям морали, общественного порядка или государственной безопасности в демократическом обществе или когда того требуют интересы частной жизни сторон, или - в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо, - при особых обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия [...]". Все эти допущения, в частности ссылка на соображения "государственной безопасности", должны толковаться строго и применяться лишь в случае необходимости в "демократическом обществе".

32. Кроме того, в Пакте уточняется, что "любое судебное постановление по уголовному или гражданскому делу должно быть публичным, за исключением тех случаев, когда интересы несовершеннолетних требуют другого [...]" (пункт 1 статьи 14). Это не касается - по крайней мере, в принципе - дел, рассматриваемых военными трибуналами. Мотивировка принимаемых органами правосудия решений также является самым условием всякой возможности использования средств правовой защиты и любого эффективного контроля в данной области.

ПРИНЦИП № 8

Гарантия права на защиту и справедливое разбирательство

Осуществление права на защиту должно быть в полной мере гарантировано в военных судебных органах. При любых судебных разбирательствах в военных судебных органах должны, в частности, обеспечиваться следующие гарантии:

- а) каждый обвиняемый в уголовном преступлении считается невиновным, пока его виновность не будет доказана согласно закону;**
- б) каждый обвиняемый должен быть незамедлительно и подробно уведомлен о вменяемом ему в вину правонарушении, а до начала и в ходе слушаний его дела ему должны быть предоставлены все права и средства, необходимые для его защиты;**
- с) человек может быть подвергнут наказанию за уголовное преступление только на основании индивидуальной уголовной ответственности;**
- д) каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет право быть судимым без неоправданной задержки и в его присутствии;**
- е) каждый обвиняемый в уголовном преступлении имеет право защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если он не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет средств для оплаты этого защитника;**
- ф) никто не может быть принужден к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным;**
- г) каждый обвиняемый в правонарушении имеет право допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос своих свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него;**
- h) каждый, кто осужден за какое-либо преступление, имеет право на то, чтобы его осуждение и приговор были пересмотрены вышестоящей судебной инстанцией согласно закону;**
- і) каждый осужденный должен быть проинформирован в момент оглашения приговора о своих правах воспользоваться средствами судебной и иной защиты, а также о сроках, когда он может ими воспользоваться.**

33. В своем замечании общего порядка № 13 (1984) [пункт 4] Комитет по правам человека отметил, что "Положения статьи 14 применяются ко всем, как обычным, так и специальным, судам и трибуналам, охватываемым этой статьей". В своей практике и в

замечании общего порядка № 29 Комитет по правам человека рассматривал в качестве не допускающих отступлений несколько процедурных прав и судебных гарантий, содержащихся в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. На своей восьмидесятой сессии, проходившей 16 марта - 3 апреля 2004 года, Комитет постановил подготовить новое замечание общего порядка по статье 14 Пакта, в частности для того, чтобы обновить замечание общего порядка № 13.

34. Со своей стороны международное гуманитарное право определяет минимальные гарантии в судебной области²⁶. В пункте 4 статьи 75 Протокола I к Женевским конвенциям повторяются судебные гарантии, провозглашенные в пунктах 2 и 3 статьи 14, а также в статье 15 Пакта. Последний не допускает каких-либо отступлений в силу пункта 2 статьи 4 Пакта. Следует подчеркнуть, что в своем замечании общего порядка № 29 (пункт 16) Комитет по правам человека отметил, что "поскольку некоторые элементы права на справедливое судебное разбирательство ясно гарантируются во время вооруженных конфликтов в соответствии с международным гуманитарным правом, Комитет не видит никаких оправданий для отступления от этих гарантий во время других чрезвычайных ситуаций".

35. Положения пункта 3 d) статьи 14 Пакта должны применяться в полной мере: "Каждый обвиняемый в уголовном преступлении имеет право [...]: быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если он не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточных средств для оплаты этого защитника". Кроме того, в Основных принципах, касающихся роли юристов, предусматривается, что "каждый человек имеет право обратиться к любому юристу за помощью для защиты и отстаивания его прав и защиты его на всех стадиях уголовного разбирательства" и что "правительства обеспечивают, чтобы компетентные власти немедленно информировали каждого человека о его праве пользоваться помощью юриста по своему выбору при аресте или задержании либо при обвинении его в совершении уголовного преступления"²⁷.

36. Практика юридической помощи со стороны военных адвокатов, особенно в том случае, когда они назначаются, ставилась под сомнение как не соответствующая принципу уважения прав на защиту. Даже просто с точки зрения упомянутой теории "видимости" присутствие военных адвокатов подрывает доверие к этим судебным органам. Тем не менее опыт показывает, что эволюция функции военного адвоката в сторону строгой независимости - если она оказывается реальной, несмотря на изначальную двусмысленность понятия "военный адвокат", - стремится к тому, чтобы

гарантировать обвиняемому эффективную защиту, с учетом функциональных ограничений, свойственных военному правосудию, в особенности в тех случаях, когда оно осуществляется на экстерриториальной основе. Если требование, предполагающее свободный выбор защитника, должно оставаться принципом, обвиняемый должен иметь возможность обратиться за помощью к выбранному им самим защитнику, если он не желает использовать услуги военного адвоката. Именно поэтому, вместо того чтобы выступать за чистое и простое упразднение функции военного адвоката, более целесообразным представляется принятие во внимание происходящей эволюции при двойном условии: сохранение принципа свободного выбора защитника обвиняемым, гарантия строгой независимости военного адвоката.

ПРИНЦИП № 9

Доступ потерпевших к производству по делу

Без ущерба для принципа № 3, касающегося сфер компетенции военных трибуналов, военные судебные органы не должны отказывать жертвам преступлений или их законным представителям в праве на участие в судебном разбирательстве. Судебные процедуры военных судебных органов должны обеспечивать эффективное уважение прав потерпевших от преступлений - или их законных представителей, - гарантирующее, в частности, чтобы они:

- а) обладали правом заявить о преступных деяниях и обращаться в военные трибуналы, с тем чтобы возбудить соответствующие дела;**
- б) обладали широким правом участия в судебных разбирательствах и могли бы участвовать в них в качестве стороны в процессе, гражданского истца, третьей стороны или потерпевшего в деле, возбужденном в порядке частного обвинения;**
- с) могли применять средства судебной защиты, для того чтобы оспорить вынесенные против них решения и постановления военных трибуналов;**
- д) были защищены от всех форм дурного обращения и всех актов запугивания или репрессалий, которые могут явиться следствием их жалобы или участия в судебных разбирательствах.**

37. Во многих странах потерпевшего "отчуждают" от следствия, если речь идет о компетенции военного судебного органа. Это вопиющее неравенство перед законом следует устранить или, пока этого не произойдет, строго ограничить. Потерпевший или его представители должны по меньшей мере иметь право присутствовать на судебных заседаниях с предварительным доступом ко всем материалам дела.

ПРИНЦИП № 10

Обжалование в обычных судебных органах

Во всех случаях, когда военные трибуналы не упразднены, их компетенция не должна быть шире компетенции суда первой инстанции. Следовательно, средства обжалования, в частности в апелляционном порядке, должны использоваться в гражданских судах. В любом случае спор по вопросу о законности должен разрешаться вышестоящим гражданским судом.

Споры о компетенции и подсудности между военными трибуналами и обычными судами должны разрешаться вышестоящими судебными органами общеуголовной системы в составе независимых, беспристрастных и компетентных судей, в частности верховными или конституционными судами.

38. Если функциональная компетенция военных судов низшей инстанции и может обосновать их сохранение в отдельных, остаточных случаях, то ничто, как представляется, не может оправдать существование параллельной иерархии военных трибуналов, действующих вне системы общеуголовной юстиции. Наоборот, насущные интересы надлежащего отправления правосудия военными трибуналами предполагают, что возможности обжалования, в частности, в связи со спорами о законности, должны реализовываться в гражданских судах. Поэтому на стадии подачи апелляционной жалобы или - по меньшей мере - кассации военные суды должны быть "неотъемлемой частью обычной судебной системы". Эта возможность использовать средства правовой защиты в вышестоящих гражданских судах должна быть открыта как для обвиняемых, так и потерпевших, что предполагает участие последних в производстве, особенно на стадии судебного разбирательства.

39. Аналогичным образом должен существовать беспристрастный судебный механизм разрешения споров о подсудности или компетенции. Этот принцип имеет особую важность, поскольку он обеспечивает недопущение того, чтобы военные трибуналы становились параллельной системой правосудия, неподконтрольной судебной власти. Интересно отметить, что эта рекомендация²⁸ была сформулирована Специальным

докладчиком по вопросу о пытках и Специальным докладчиком по вопросу о внесудебных казнях, казнях без надлежащего судебного разбирательства или произвольных казнях.

ПРИНЦИП № 11

Должное подчинение и ответственность вышестоящего лица

Без ущерба для принципа № 3, касающегося сферы компетенции военных трибуналов:

а) на "должное подчинение" нельзя ссылаться с целью освобождения военнослужащего от индивидуальной уголовной ответственности, возникшей в результате совершения тяжких нарушений прав человека, таких, как внесудебные казни, насильственные исчезновения и пытки, военных преступлений или преступлений против человечности;

б) то обстоятельство, что тяжкие нарушения прав человека, такие, как внесудебные казни, насильственные исчезновения и пытки, военные преступления или преступления против человечности, были совершены подчиненным, не освобождает вышестоящего начальника от уголовной ответственности, если он не использовал имеющиеся в его распоряжении меры для того, чтобы воспрепятствовать совершению этих преступлений или пресечь, а также знал, что преступление совершается или может быть совершено.

40. Принцип должного подчинения, на который зачастую ссылаются в судах, в частности военных, должен быть, с точки зрения контроля законности, ограничен следующими пределами: тот факт, что лицо, совершившее нарушение, действовало по приказу вышестоящего начальника, не должен освобождать его от уголовной ответственности. Самое большое, это обстоятельство можно было бы воспринимать как основание для рассмотрения вопроса о смягчении наказания, но отнюдь не для отнесения факта наличия такого приказа к числу "смягчающих обстоятельств". С другой стороны, нарушения, совершенные подчиненным, не освобождают его вышестоящих начальников от уголовной ответственности, если они знали или имели основание знать, что их подчиненный совершал или готовился совершить подобные нарушения, но не приняли имевшиеся в их распоряжении меры для того, чтобы воспрепятствовать этим нарушениям, или для наказания совершившего их лица.

41. Важно подчеркнуть, что, с точки зрения уголовного преследования и привлечения к уголовной ответственности, на приказ, отданный вышестоящим начальником или государственным органом, нельзя ссылаться с целью оправдания внесудебных казней, насильственных исчезновений, пыток, военных преступлений и преступлений против человечности, а также для освобождения лиц, виновных в их совершении, от их индивидуальной уголовной ответственности. Этот принцип подтверждается многими международными документами²⁹. Если говорить о государствах в отдельности, то этот запрет непосредственно закреплён в законах многих государств, и многие суды отклоняли "должное подчинение" как основание для освобождения от уголовной ответственности. Если говорить о военном уголовном праве, то, как подчеркивал один автор, "обязанность подчиняться не является абсолютной [...] принцип пассивного и слепого подчинения утратил свою силу в военном уголовном праве [и, если говорить об исполнении приказов, которые явно влекут за собой совершение уголовных преступлений] обязанность подчиняться уступает место обязанности не подчиняться"³⁰.

42. Международное право содержит положение об уголовной ответственности вышестоящего начальства за серьезные нарушения прав человека, военные преступления и преступления против человечества, совершенные лицами, находящимися в их подчинении и/или под эффективным контролем. Принцип уголовной ответственности командования, проявляющего халатность, признается во многих международных договорах, международной судебной практике, а также во многих национальных законах.

43. Подкомиссия специально сохранила эти два принципа, когда готовила проект международной конвенции о защите всех лиц от насильственных исчезновений (статья 9)³¹.

ПРИНЦИП № 12

Отказ от несения военной службы по соображениям совести

Статус лиц, отказывающихся от несения военной службы по соображениям совести, должен определяться под контролем независимого и беспристрастного гражданского судебного органа при соблюдении всех гарантий справедливой процедуры, независимо от того, на каком этапе несения военной службы данный вопрос возникает.

44. Как отмечала Комиссия по правам человека в своей резолюции 1998/77, государствам следует создать независимые и беспристрастные полномочные органы, поручив им определять обоснованность отказа от несения военной службы по

соображениям совести на основании истинного характера их убеждений. Военные трибуналы по определению являются в этих вопросах "судьей и стороной". Лица, отказывающиеся от несения военной службы по соображениям совести, являются гражданскими лицами, на которых должна распространяться компетенция гражданских судебных органов под контролем судьи обычного суда.

45. Однако в тех случаях, когда право на отказ от несения военной службы по соображениям совести не признается законом, такие лица считаются дезертирами, и к ним применяется военный уголовный кодекс. Организация Объединенных Наций признала отказ от несения военной службы по соображениям совести в качестве одной из форм осуществления законного права на свободу мысли, совести и религии, признанного и гарантированного такими документами, как Всеобщая декларация прав человека и Международный пакт о гражданских и политических правах³². В Пакте эта тема целиком не затрагивается и лишь уточняется, что не считается принудительным трудом: "какая бы то ни была служба военного характера, а в тех странах, в которых признается отказ от военной службы по политическим и религиозно-этическим мотивам, какая бы то ни была служба, предусматриваемая законом для лиц, отказывающихся от военной службы по таким мотивам" (подпункт с ii) пункта 3 статьи 8). Пакт не содержит каких-либо указаний о способах предоставления такого правового статуса и, тем более, определения судьбы отказников вне режима, предусмотренного законом. Но Комитет по правам человека весьма недвусмысленно привязал отказ от несения военной службы по соображениям совести к принципу свободы совести, закрепленному в статье 18 Пакта³³. В последнее время он неоднократно выражал свою обеспокоенность по поводу наказания военными трибуналами лиц, отказывающихся от несения военной службы по соображениям совести³⁴. По его мнению, правом на отказ от несения военной службы по соображениям совести можно пользоваться не только до начала несения военной службы или зачисления в ряды вооруженных сил, но также во время или даже после ее несения³⁵.

46. В 1985 году во всестороннем практическом исследовании, подготовленном для Подкомиссии, Асбьёрн Эйде и Чама Мубанга-Шипойя сформулировали точные рекомендации под данному вопросу: *"2 а) государствам следует иметь или создать независимые обладающие правом вынесения решения органы для определения обоснованности отказа от несения военной службы по соображениям совести в соответствии с национальным законодательством по каждому конкретному случаю. Всегда должно обеспечиваться право на подачу апелляции в независимый гражданский судебный орган. б) По заявлениям должны проводиться слушания, и заявителям необходимо обеспечивать право быть представленными адвокатом и вызывать свидетелей"*³⁶.

47. Следует, по меньшей мере, как это уже предусматривалось в рекомендации № R (87) 8 Комитета министров Совета Европы, соблюдать следующие положения:

"Рассмотрение просьбы должно сопровождаться всеми необходимыми гарантиями справедливого судебного разбирательства.

Проситель должен иметь право обжалования решения, вынесенного по первой инстанции.

Апелляционный орган должен быть независимым от военной администрации и иметь состав, обеспечивающий его независимость"³⁷.

48. Когда просьба об определении статуса лица, отказывающегося от несения воинской службы по соображениям совести, представляется до начала воинской службы, ничто не должно препятствовать осуществлению компетенции независимого судебного органа, находящегося под контролем гражданского судьи обычного суда. Данный вопрос может показаться более сложным в том случае, когда просьба об определении статуса представляется во время несения военной службы, лицо уже носит военную форму и на него распространяется военное законодательство. Тем не менее такая просьба не должна влечь за собой наказание *ipso facto* как акт неповиновения или дезертирства, исключающее рассмотрение ее существа, а должна рассматриваться в рамках той же процедуры независимой судебной инстанцией, обеспечивающей все гарантии справедливой процедуры. Как уже отмечалось г-ном Димитриу Мазилу в его заключительном докладе по вопросу о правах человека и молодежи, представленном Подкомиссии: *"призывники должны иметь право в любое время отказываться нести воинскую службу по соображениям совести, поскольку такой отказ является осуществлением основного права на свободу мысли, совести и религии"*³⁸. Это обоснование может распространяться на всех военнослужащих, находящихся в армии по призыву или контракту, которые, будучи гражданами в военной форме, должны иметь возможность осуществлять свои основополагающие права, начиная со свободы совести³⁹.

ПРИНЦИП № 13

Упразднение компетенции военных трибуналов по рассмотрению дел детей и несовершеннолетних в возрасте до 18 лет

Несовершеннолетние, относящиеся к категории уязвимых лиц, должны подвергаться уголовному преследованию и суду только при строгом соблюдении гарантий, предусмотренных Конвенцией о правах ребенка и Минимальными

стандартными правилами Организации Объединенных Наций, касающимися отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила)⁴⁰. Таким образом, ни при каких обстоятельствах на них не должна распространяться компетенция военных судов.

49. В статье 40 и статье 37 d) Конвенции о правах ребенка перечислены конкретные гарантии от уголовного преследования, распространяющиеся на несовершеннолетних в возрасте до 18 лет, с учетом их возраста, помимо гарантий общеуголовной системы, о которых уже говорилось. Эти положения предусматривают возможность производства по делам несовершеннолетних не судами общеуголовной системы, а с помощью органов и процедур, которые лучше приспособлены для защиты интересов ребенка. Тем более этот режим защиты исключает компетенцию военных трибуналов, когда речь идет о несовершеннолетних гражданских лицах.

50. Крайним случаем представляется положение призываемых на военную службу несовершеннолетних лиц в той мере, в какой в соответствии с пунктом 3 статьи 38 допускается призыв несовершеннолетних в возрасте 15-18 лет. В мирное время должны применяться общие положения Конвенции о правах ребенка. В случае вооруженного конфликта статья 38 предусматривает применение принципов международного гуманитарного права. В этой связи особое внимание следует уделять положению детей-солдат в случаях совершения военных преступлений или массовых нарушений прав человека. Как представляется, только гражданские судебные органы способны учитывать все необходимые требования надлежащего отправления правосудия в таких обстоятельствах с учетом принципа № 3 в соответствии с целями Конвенции о правах ребенка.

51. Комитет по правам ребенка занял очень четкую принципиальную позицию, когда высказывал заключительные замечания по национальным докладам. Говоря об одном государстве-участнике, Комитет "с озабоченностью отметил, что даже дети в возрасте от 11 до 14 лет могут не подпадать под действие Закона о судах по делам несовершеннолетних в том случае, если они обвиняются в совершении преступления, входящего в компетенцию судов по делам о государственной безопасности или военных судов, или же если они проживают в районах, где введено чрезвычайное положение"⁴¹. В другом случае Комитет настоятельно призвал "государство-участник, которое ввело запрет на вербовку детей в качестве солдат, обеспечить, чтобы военные суды не вершили правосудие над детьми"⁴². Очевидно, что такие ситуации являются неприемлемыми как с точки зрения общих принципов надлежащего отправления правосудия, так и конкретных требований защиты прав несовершеннолетних.

ПРИНЦИП № 14

Режим военных тюрем

Военные тюрьмы должны соответствовать международным нормам и быть доступными для внутренних и международных механизмов инспекции.

52. В военных тюрьмах должны соблюдаться общие международные нормы права при сопутствующих эффективных механизмах внутреннего и международного контроля. В этой связи государствам следует как можно скорее ратифицировать Факультативный протокол к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

ПРИНЦИП № 15

Применение гуманитарного права

Во время вооруженных конфликтов к военным судебным органам в полной мере применяются принципы гуманитарного права и, в частности, положения Женевской конвенции об обращении с военнопленными.

53. Следует напомнить положения статьи 84 третьей Женевской конвенции 1949 года: "Только военные суды могут судить военнопленного, если только законодательство держащей в плену Державы не предоставляет специально право гражданским судам судить лиц, принадлежащих к составу вооруженных сил этой Державы, за то же преступление, в котором обвиняется военнопленный. Ни в коем случае военнопленный не будет судиться каким бы то ни было судом, который не предоставляет основных общепризнанных гарантий независимости и беспристрастности и, в частности, судебная процедура которого не обеспечивает подсудимому прав и средств защиты, предусмотримых статьей 105". Все положения Конвенции направлены на обеспечение гарантированного строгого равенства обращения "теми же судами и в том же порядке, какие установлены для лиц, принадлежащих к составу вооруженных сил держащей в плену Державы" (статья 102). В случае возникновения сомнений относительно квалификации того или иного лица в качестве военнопленного, "лица, принявшие то или иное участие в военных действиях и попавшие в руки противника, будут пользоваться покровительством настоящей Конвенции до тех пор, пока их положение не будет определено компетентным судом" (статья 5).

ПРИНЦИП № 16

Запрещение смертной казни

Кодексы военной юстиции должны отражать международную тенденцию постепенной отмены смертной казни как в мирное, так и в военное время. При любых обстоятельствах смертная казнь не может применяться:

- a) в отношении преступлений, совершенных лицами в возрасте до 18 лет;**
- b) в отношении беременных женщин;**
- c) в отношении матери и ребенка младенческого возраста; или**
- d) в отношении лиц, страдающих психическими расстройствами.**

54. Отмеченная эволюция в направлении постепенной отмены смертной казни, в том числе в отношении международных преступлений, должна распространяться на сферу военной юстиции, которая предоставляет меньше гарантий, нежели обычные судебные органы, тем более что по своей природе судебная ошибка является в данном конкретном случае непоправимой.

55. В частности, запрещение применения смертной казни в отношении уязвимых лиц, особенно несовершеннолетних, должно соблюдаться при всех обстоятельствах в соответствии с пунктом 5 статьи 6 Международного пакта о гражданских и политических правах, в котором ясно говорится, что "смертный приговор не выносится за преступления, совершенные лицами моложе 18 лет [...]".

ПРИНЦИП № 17

Пересмотр кодексов военной юстиции

Кодексы военной юстиции должны периодически и систематически пересматриваться на независимой и транспарентной основе с целью обеспечения того, чтобы компетенция военных судов отвечала строгой функциональной необходимости и не посягала на полномочия, которые могут и должны принадлежать гражданским судам общей юрисдикции.

56. С учетом того, что единственное обоснование существования военных судебных органов связано с практической необходимостью, касающейся, в частности, операций по поддержанию мира или экстратерриториальных ситуаций, следует периодически проверять, продолжает ли такая функциональная необходимость сохраняться.

57. Такой пересмотр кодексов военной юстиции должен проводиться независимым органом, который давал бы рекомендации относительно проведения законодательных реформ с целью ограничения остальных полномочий, в сохранении которых нет необходимости, и в передаче максимально возможной степени гражданских дел на рассмотрение судов общей юрисдикции в интересах недопущения каких-либо случаев двойного вменения.

58. Говоря в более общем плане, такой периодический пересмотр должен гарантировать адекватность и эффективность военной юстиции с точки зрения практической необходимости. Он также будет свидетельствовать о полностью демократическом характере упомянутого института, который должен быть подотчетен в своей деятельности государственным органам и всем гражданам. Это также призвано обеспечить возможность проведения принципиального обсуждения на транспарентной основе в условиях демократического общества вопроса о существовании в том или ином виде военной юстиции.

II. РЕКОМЕНДАЦИИ

59. Как уже подчеркивалось докладчиком, было бы весьма полезным, чтобы в рамках широкомасштабных консультаций между государствами, а также международными организациями, национальными учреждениями по поощрению и защите прав человека и НПО все заинтересованные стороны могли провести углубленное изучение проекта принципов отправления правосудия военными трибуналами.

60. Кроме того, учитывая, что на своей восьмидесятой сессии, проходившей 16 марта - 3 апреля 2004 года, Комитет по правам человека решил подготовить новое замечание общего порядка по статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, докладчик считает, что представление настоящего доклада Комитету станет полезным вкладом в его деятельность по разработке этого нового замечания общего порядка.

61. Следует также рекомендовать проведение Международной комиссией юристов под эгидой Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека второго семинара экспертов, в том числе военных (см. выше, пункты 4 и 10). Некоторые аспекты заслуживают более углубленного изучения - например, содержание принципа *non bis in idem*, а также позитивные коллизии компетенции полномочий между военными и обычными судебными органами; разграничение между дисциплинарными проступками и деликтами и военными преступлениями, а также перечень элементов состава преступления, содержащихся в кодексах военной юстиции, включая те случаи, когда они используются судебными органами общей юрисдикции; полномочия по проведению расследований и преследованию под контролем военной юстиции, а также роль военной полиции до начала разбирательств в военных судебных органах; правовой режим военных тюрем и их место во всей системе военной юстиции; понятие "уподобляемых" лиц, а также участие военизированных формирований или нанимаемых по контрактам частных лиц в международных оккупационных режимах или операциях по поддержанию мира⁴³.

Примечания

- ¹ E/CN.4/Sub.2/1994/24, annexe II, principes 17 et 19.
- ² Observation générale n° 29, par. 16. Voir aussi la communication n° 263/1987, *González del Río c. Pérou*, décision du 20 novembre 1992, CCPR/C/46/D/263/1987, par. 5.2.
- ³ Voir, notamment, le paragraphe 4 de l'article 75 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et le paragraphe 2 de l'article 6 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II).
- ⁴ CICR, Commentaires du paragraphe 4 de l'article 75 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), par. 3084.
- ⁵ Ibid., Commentaires du paragraphe 2 de l'article 6 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), par. 4601.
- ⁶ Voir les nombreux exemples cités par Federico Andreu-Guzman, *Military jurisdiction and international law, Military courts and civilians*, vol. II, Commission internationale de juristes (à paraître).
- ⁷ Résolution 47/133 du 18 décembre 1992, art. 16, par. 2.
- ⁸ Voir, par exemple, la résolution 1998/3 du 20 août 1998.
- ⁹ Résolutions 2003/72 du 25 avril 2003, par. 14, et 2004/72 du 21 avril 2004, par. 16.
- ¹⁰ Voir les nombreux exemples cités par Federico Andreu-Guzman, *Military jurisdiction and international law, Military courts and gross human rights violations*, vol. I, Commission internationale de juristes, Genève, 2004.
- ¹¹ Résolution 2003/72, par. 16.
- ¹² E/CN.4/2004/88, par. 42.
- ¹³ CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, par. 11.
- ¹⁴ Ibid., par. 13.

¹⁵ Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principes 16, 18 et 19; Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10, par. 2; Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, règle 92. Dans le même sens, voir les articles 137 et 138 de la quatrième Convention de Genève.

¹⁶ Voir, notamment, CCPR/C/79/Add.43, par. 15, CCPR/C/79/Add. 95, par. 12, et CCPR/C/79/Add. 81, par. 23.

¹⁷ Voir, notamment, A/54/44, par. 88 à 105.

¹⁸ E/CN.4/1997/34, par. 26 et 30.

¹⁹ ST/SGB/1999/13 du 6 août 1999.

²⁰ Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10, par. 1; Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, règle 7; Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principes 20 et 29; Règles pénitentiaires européennes, règles 7 et 8.

²¹ Principe 8 des Principes de base relatifs au rôle du barreau, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (La Havane, 27 août-7 septembre 1990).

²² CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, par. 14 et 16.

²³ Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principe 32; Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 9.

²⁴ Avis consultatifs OC-8/87, «*L'habeas corpus dans les situations d'urgence*», du 30 janvier 1987, et OC-9/87, «*Garanties judiciaires dans les états d'urgence*», du 6 octobre 1987.

²⁵ Communication n° 263/1987, *González del Río c. Pérou*, décision du 20 novembre 1992, CCPR/C/46/D/263/1987, par. 5.2.

²⁶ Voir, notamment, le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 75, par. 4, et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), art. 6.

²⁷ Principes 1 et 5 des Principes relatifs au rôle du barreau, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (La Havane, 27 août-7 septembre 1990).

²⁸ E/CN.4/1995/111, par. 120.

²⁹ Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 6, par. 1; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 2, par. 3; Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, art. 5; Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7.4); Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (art. 6.4); Statut de Rome de la Cour pénale internationale (art. 33).

³⁰ S. Erman, «Rapport général: l'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre», in *Cinquième Congrès international, Dublin, 25-30 mai 1970, L'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre*, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, vol. 1, Strasbourg, 1971, p. 357.

³¹ E/CN.4/Sub.2/1998/19, annexe.

³² Assemblée générale, résolution 33/165 du 20 décembre 1978; Commission des droits de l'homme, résolution 38 (XXXVI) de 1980, 1987/46 de 1987, 1989/59 de 1989, 1993/84 de 1993, 1995/83 de 1995 et 1998/77 de 1998; Comité des droits de l'homme, observation générale n° 22 (1993); décisions du Comité des droits de l'homme relatives aux communications n°s 446/1991 (par. 4.2), 483/1991 (par. 4.2) et 402/1990 (affaire *Henricus Antonius Godefriedus Maria Brinkof c. Pays-Bas*).

³³ Observation générale n° 22 (1993).

³⁴ Observations finales du Comité des droits de l'homme: Arménie, 19 novembre 1998, CCPR/C/79/Add.100, par. 18, et Observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël, 21 août 2003, CCPR/CO/78/ISR, par. 24.

³⁵ Observations finales du Comité des droits de l'homme: France, CCPR/C/79/Add.80, 4 août 1997, par. 19, et Observations finales du Comité des droits de l'homme: Espagne, CCPR/C/79/Add.61, 3 avril 1996, par. 15.

³⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: E.85.XIV.1.

³⁷ Recommandation n° R (87) 8 relative à l'objection de conscience au service militaire obligatoire, adoptée par le Comité des ministres le 9 avril 1987. Voir aussi le rapport de M. Dick Marty, *Exercice du droit à l'objection de conscience au service militaire dans les États membres du Conseil de l'Europe*, APCE, Doc. 8809 du 13 juillet 2000.

³⁸ E/CN.4/Sub.2/1992/36, par. 104.

³⁹ Voir aussi la résolution 2004/35 sur l'objection de conscience au service militaire adoptée par la Commission des droits de l'homme le 19 avril 2004.

⁴⁰ Adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985.

⁴¹ Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Turquie, 9 juillet 2001, CRC/C/15/Add.152, par. 65.

⁴² Observations finales du Comité des droits de l'enfant: République démocratique du Congo, 9 juillet 2001, par. 75.

⁴³ Les travaux de la Sous-Commission à la suite de l'étude de M^{me} Françoise Hampson sur le champ des activités et de la responsabilité des forces armées, de la police civile des Nations Unies, des fonctionnaires internationaux et des experts participant à des opérations de soutien à la paix contribueront également à préciser ces questions importantes.
