



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2005/9
16 June 2005

RUSSIAN
Original: FRENCH

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

Вопрос об отправлении правосудия военными трибуналами

**Доклад, представленный Специальным докладчиком
г-ном Эммануэлем Деко**

Резюме

На своей шестьдесят первой сессии Комиссия по правам человека уделила внимание проводимому исследованию вопроса об отправлении правосудия военными трибуналами в двух дополняющих друг друга резолюциях: резолюции 2005/30 о целостности судебной системы и резолюции 2005/33, озаглавленной "Независимость и беспристрастность судей, присяжных заседателей и ассессоров и независимость адвокатов", принятых 19 апреля 2005 года. В последней резолюции, принятой без голосования, принимается к сведению "представленный Подкомиссии по поощрению и защите прав человека доклад г-на Эммануэля Деко об отправлении правосудия военными трибуналами (E/CN.4/Sub.2/2004/7), включающий проект принципов отправления правосудия военными трибуналами" (пункт 11), и отмечается, "что доклад г-на Деко, содержащий обновленный вариант проекта принципов, будет представлен на рассмотрение Комиссии на ее шестьдесят второй сессии" (пункт 12).

Тем самым Комиссия одновременно определяет концептуальные рамки и сроки проведения исследования, уточняя, что его обновленный вариант должен быть ей представлен в 2006 году. Представление исследования ознаменует окончание работы, проводимой Подкомиссией на протяжении нескольких лет, начиная с подготовки г-ном Луи Жуане вопросника для его доклада пятьдесят третьей сессии Подкомиссии (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, приложение), за которым следовали его доклад пятьдесят четвертой сессии (E/CN.4/Sub.2/2004/4) и доклады г-на Эммануэля Деко пятьдесят пятой (E/CN.4/Sub.2/2003/4) и пятьдесят шестой сессиям (E/CN.4/Sub.2/2004/7).

В своих вышеупомянутых резолюциях Комиссия напомнила концепцию, лежащую в основе этого исследования, и, в частности, подчеркнула, что "целостность судебной системы должна соблюдаться при любых обстоятельствах" (резолюция 2004/32).

Таким образом, развитие "военного правосудия" следует рассматривать, исходя из общих принципов надлежащего отправления правосудия. Положения, касающиеся надлежащего отправления правосудия, распространяются на всех. Иными словами, как неоднократно подчеркивала Комиссия по правам человека, военное правосудие должно стать "неотъемлемой частью общей судебной системы". При этом речь идет о минимальных нормах, имеющих универсальное значение, которые оставляют возможность для определения более строгих внутренних норм. Аналогичным образом в докладе рассматривается лишь вопрос о военных трибуналах, хотя сама Комиссия упоминает о "специальных уголовных трибуналах", оставляя этот не менее важный вопрос, а также более широкий вопрос о специальных судах для другого исследования.

Такой подход позволил разработать "принципы, регулирующие отправление правосудия военными трибуналами", в соответствии с резолюцией 2003/8 Подкомиссии. В основе этих принципов лежат рекомендации последнего доклада г-на Жуане (E/CN.4/Sub.2/2002/4, пункт 29 и следующие). Они были дополнены, расширены и пересмотрены по мере рассмотрения последующих докладов и представлены здесь в их последнем варианте. Таким образом, цель этого последнего предлагаемого Подкомиссии консолидированного варианта состоит в том, чтобы представить в ответ на резолюции Комиссии "проект принципов отправления правосудия военными трибуналами".

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Пункты</i>
Введение	1 - 9
I. ПРОЕКТ ПРИНЦИПОВ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ ВОЕННЫМИ ТРИБУНАЛАМИ.....	10 - 61
Принцип № 1: Создание военных судебных органов на основе конституции или закона	10 - 11
Принцип № 2: Соблюдение норм международного права	12
Принцип № 3: Применение гуманитарного права	13 - 14
Принцип № 4: Отсутствие у военных судебных органов компетенции по рассмотрению дел гражданских лиц	15 - 16
Принцип № 5: Отказ от несения военной службы по соображениям совести.....	17 - 20
Принцип № 6: Отсутствие у военных трибуналов компетенции по рассмотрению дел несовершеннолетних в возрасте до 18 лет	21 - 23
Принцип № 7: Функциональная компетенция военных судебных органов	24 - 26
Принцип № 8: Рассмотрение дел лиц, совершивших серьезные нарушения прав человека	27 - 30
Принцип № 9: Ограничение действия принципа неразглашения военной тайны	31 - 34
Принцип № 10: Режим военных тюрем.....	35 - 36
Принцип № 11: Гарантия habeas corpus.....	37 - 39

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<i>Пункты</i>
Принцип № 12: Право на компетентный, независимый и беспристрастный суд	40 - 43
Принцип № 13: Гласность судебного разбирательства	44 - 45
Принцип № 14: Гарантии прав на защиту и справедливое разбирательство	46 - 48
Принцип № 15: Доступ потерпевших к производству по делу.....	49
Принцип № 16: Обжалование в обычных судебных органах	50 - 52
Принцип № 17: Должное подчинение и ответственность вышестоящего лица.....	53 - 55
Принцип № 18: Запрещение смертной казни	56 - 58
Принцип № 19: Пересмотр кодексов военной юстиции.....	59 - 61
II. РЕКОМЕНДАЦИИ	62 - 65

Введение

1. На своей шестидесятой первой сессии Комиссия по правам человека уделила внимание проводимому исследованию по вопросу об отправлении правосудия военными трибуналами в двух дополняющих друг друга резолюциях: резолюции 2005/30 и резолюции 2005/33, принятых 19 апреля 2005 года.
2. В своей резолюции 2005/30 о целостности судебной системы, принятой 52 голосами при 1 воздержавшемся (Соединенных Штатов Америки, которые попросили провести голосование), причем никто не голосовал против, Комиссия, отмечая резолюцию 2004/27 Подкомиссии по поощрению и защите прав человека от 12 августа 2004 года, "принимает к сведению [...] доклад, представленный Специальным докладчиком Подкомиссии по поощрению и защите прав человека по вопросу об отправлении правосудия военными трибуналами (E/CN.4/Sub.2/2004/7)" (пункт 1) и "просит Специального докладчика Подкомиссии по вопросу об отправлении правосудия военными трибуналами продолжать учитывать настоящую резолюцию в ходе своей дальнейшей работы" (пункт 10).
3. Эта резолюция содержит весьма важные положения, уточняющие предыдущие резолюции Комиссии по этому вопросу, в частности резолюцию 2004/32 от 19 апреля 2004 года. Так, например, Комиссия утверждает, что "в соответствии с пунктом 5 Основных принципов независимости судебных органов каждый человек имеет право на судебное разбирательство в обычных судах или трибуналах, применяющих установленные юридические процедуры, и что не должно создаваться трибуналов, не применяющих должным образом установленных юридических процедур в целях подмены компетенции обычных судов или судебных органов" (пункт 3). Она "призывает государства, где существуют военные суды или специальные уголовные трибуналы для рассмотрения дел уголовных правонарушителей, обеспечить, чтобы такие суды являлись неотъемлемой частью общей судебной системы и чтобы такие суды применяли такие признанные в соответствии с международным правом надлежащие нормы процессуального права, как гарантии на справедливое судебное разбирательство, включая, в частности, право на обжалование осуждения и приговора" (пункт 8). Следует отметить, что американская поправка, направленная на восстановление слов "where required by applicable law" ("где их создание требуется в соответствии с применимым правом"), внесенных в прошлом году в резолюцию 2004/32, принятую без голосования, была отклонена 41 голосом против 1 при 11 воздержавшихся.
4. Исследование упоминается также в резолюции 2005/33, озаглавленной "Независимость и беспристрастность судей, присяжных заседателей и ассессоров и независимость адвокатов", которая была принята без голосования. Эта резолюция

является еще более конкретной, поскольку она "принимает к сведению представленный Подкомиссии по поощрению и защите прав человека доклад г-на Эммануэля Деко об отправлении правосудия военными трибуналами (E/CN.4/Sub.2/2004/7), включающий проект принципов отправления правосудия военными трибуналами" (пункт 11) и "отмечает, что доклад г-на Деко, содержащий обновленный вариант проекта принципов, будет представлен на рассмотрение Комиссии на ее шестьдесят второй сессии" (пункт 12).

5. При этом Комиссия одновременно определяет концептуальные рамки и сроки проведения исследования, уточняя, что его обновленный вариант будет ей представлен в 2006 году. Представление исследования ознаменует окончание работы, проводимой Подкомиссией на протяжении нескольких лет, начиная с вопросника, подготовленного г-ном Луи Жуане для его доклада пятьдесят третьей сессии Подкомиссии (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, приложение), за которым следовали его доклад пятьдесят четвертой сессии (E/CN.4/Sub.2/2002/4) и доклады г-на Эммануэля Деко пятьдесят пятой (E/CN.4/Sub.2/2003/4) и пятьдесят шестой сессии (E/CN.4/Sub.2/2004/7). Во исполнение своего решения 2002/103 от 12 августа 2002 года Подкомиссия сама провела обстоятельное обсуждение этого вопроса, в частности в ходе своей последней сессии, и приняла без голосования резолюцию 2003/8 от 13 августа 2003 года и резолюцию 2004/27 от 12 августа 2004 года. Следует также особо отметить принятие 20 августа 2004 года 20 голосами против 1 при 3 воздержавшихся резолюции 2004/25, представленной г-жой Франсуазой Хэмпсон, о вынесении смертного приговора гражданским лицам военными судами или судами, в состав которых входят один или более военнослужащих.

6. Специальный докладчик также учел последние события и новые элементы, связанные с рассматриваемой темой. В этой связи проведенный Международной комиссией юристов (МКЮ) 26-28 января 2004 года семинар 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, базирующихся в Женеве. Вслед за ним в течение 2005 года должен быть проведен еще один семинар экспертов, организованный МКЮ, с тем чтобы дать возможность провести обсуждение пересмотренных принципов, приводимых в настоящем докладе, что соответствует пожеланию Подкомиссии, которая в своей резолюции 2004/27 "приветствует предпринятую Международной комиссией юристов инициативу по организации второго семинара военных и других экспертов по вопросу об отправлении правосудия военными трибуналами и поддерживает другие инициативы подобного рода". Эта же резолюция призывает "правительства, компетентные органы системы Организации Объединенных

Наций, специализированные учреждения, региональные межправительственные организации и неправительственные организации предоставлять или продолжать предоставлять г-ну Деко информацию по данному вопросу".

7. Комиссия напоминает о концепции, которая лежит в основе этого исследования, в своих предыдущих резолюциях, в частности, когда она подчеркивает, что "целостность судебной системы должна соблюдаться при любых обстоятельствах" (резолюция 2004/32). Поэтому развитие "военного правосудия" следует рассматривать именно в рамках общих принципов надлежащего отправления правосудия. Применительно к правосудию принципы Всеобщей декларации прав человека, Международного пакта о гражданских и политических правах, региональных конвенций и других соответствующих документов являются однозначными. Положения, касающиеся надлежащего отправления правосудия, распространяются на всех. Иными словами, как неоднократно подчеркивала Комиссия по правам человека, военное правосудие должно стать "неотъемлемой частью общей судебной системы". При этом речь идет о минимальных нормах, имеющих универсальное значение, которые оставляют возможность для определения более строгих внутренних норм. Аналогичным образом, в докладе рассматривается лишь вопрос о военных трибуналах, хотя сама Комиссия упоминает о "специальных уголовных трибуналах", оставляя этот не менее важный вопрос, а также более широкий вопрос о специальных судах, для другого исследования.

8. Вариант, принятый для этого исследования об отправлении правосудия военными трибуналами, предполагает знак равенства между крайними позициями, для обеих из которых характерно стремление сделать военное правосудие отчасти временным и оперативным правосудием, не входящим в категорию общего права, т.е. сделать его "сакральным", поставив над основополагающими принципами правового государства, или "демонизировать" его, 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 становится "исключительным правосудием", отдельной системой, выходящей за рамки принципа взаимозависимости и взаимоограничения, что открывает возможности для разного рода злоупотреблений, оставаясь правосудием лишь на бумаге... Между сакральностью и демонизацией существует путь упорядочения, путь включения военного правосудия в "цивилизацию", который и лежит в основе текущего процесса.

9. Такой подход позволил разработать "принципы, регулирующие отправление правосудия военными трибуналами", в соответствии с резолюцией 2003/8 Подкомиссии. В основе этих принципов лежат рекомендации последнего доклада г-на Жуане

(E/CN.4/Sub.2/2002/4, пункт 29 и следующие). Они были дополнены, расширены и пересмотрены по мере рассмотрения последующих докладов, в результате чего список принципов расширился с 13 до 17, а затем до 19 - и представлен здесь в их последнем варианте. Чтобы не повторять содержание предыдущих докладов, в частности доклада E/CN.4/Sub.2/2004/7, поясняющие комментарии были сокращены. Таким образом, цель этого консолидированного варианта, предлагаемого для рассмотрения Подкомиссией, состоит в выполнении задачи, поставленной Комиссией, которая "отмечает, что доклад г-на Деко, содержащий обновленный вариант проекта принципов, будет представлен на рассмотрение Комиссии на ее шестьдесят второй сессии" (резолюция 2005/33). Будет принята формулировка, устраивающая Комиссию, использующую выражение "проект принципов", или - в английском тексте, - очевидно, более четкое выражение "draft principles".

I. ПРОЕКТ ПРИНЦИПОВ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ ВОЕННЫМИ ТРИБУНАЛАМИ

ПРИНЦИП № 1

Создание военных судебных органов на основе конституции или закона

Военные судебные органы, если таковые существуют, могут создаваться только на основе конституции или закона, с учетом уважения принципа разделения властей. Они должны являться неотъемлемой частью общей судебной системы.

10. Основные принципы независимости судебных органов¹ 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 судов, здесь не рассматривался, о чем говорилось в наших предыдущих докладах (E/CN.4/Sub.2/2003/4, пункт 71, и E/CN.4/Sub.2/2004/7, пункт 11), представленных 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 Подкомиссией 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"².

ПРИНЦИП № 2

Соблюдение норм международного права

Военные трибуналы должны при любых обстоятельствах применять нормы и процедуры, признанные на международном уровне в качестве гарантирующих справедливое судебное разбирательство, включая нормы международного гуманитарного права.

12. Военные трибуналы, если таковые существуют, должны при любых обстоятельствах соблюдать принципы международного права в области справедливого судебного разбирательства. По существу, 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 должны влечь за собой "дискриминацию исключительно на основе расы, цвета кожи, пола, языка, религии или социального происхождения". Если статья 14 прямо не входит в "основное ядро" прав, не допускающих отступлений, наличие эффективных судебных гарантий представляет собой непреложный элемент уважения принципов Пакта, и в частности положений статьи 4, как это подчеркивалось Комитетом по правам человека в его замечании общего порядка № 29³. При отсутствии этих основополагающих гарантий мы имеем дело просто-напросто с отказом в правосудии. Эти гарантии уточняются в нижеследующих принципах.

ПРИНЦИП № 3

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.

13. Международное гуманитарное право устанавливает также минимальные гарантии в судебной области. В пункте 4 статьи 75 Протокола I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года предусматриваются основные гарантии в области судебного разбирательства, которые должны соблюдаться даже во время международных конфликтов, и говорится о "беспристрастном и соответствующим образом учрежденном суде", что, как отметил Международный комитет Красного Креста (МККК), "подчеркивает необходимость максимально беспристрастного отправления правосудия, даже в чрезвычайных обстоятельствах вооруженного конфликта, когда человеческая жизнь мало чего стоит"⁴. В пункте 2 статьи 6 Протокола II говорится 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 отсутствие вооруженного конфликта. Защита прав в мирное время должна обеспечиваться в большей, если не в равной, степени, нежели во время войны.

14. 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, предусматриваемых 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 № 4

Отсутствие у военных судебных органов компетенции по рассмотрению дел гражданских лиц

Военные судебные органы 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.

15. В своем замечании общего порядка № 13 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".

16. Практика Комитета по правам человека 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. Как отмечается в Основных принципах независимости судебных органов,

"Каждый человек имеет право на судебное разбирательство в обычных судах или трибуналах, применяющих установленные юридические процедуры. Не должно создаваться трибуналов, не применяющих установленных должным образом юридических процедур, в целях подмены компетенции обычных судов или судебных органов" (пункт 5).

ПРИНЦИП № 5

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.

17. 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.

18. 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 правах⁷. Комитет по правам человека весьма недвусмысленно привязал отказ от несения военной службы по соображениям совести к принципу свободы совести, закрепленному в статье 18 Пакта⁸. В последнее время он неоднократно выражал свою обеспокоенность по поводу наказания военными трибуналами лиц, отказывающихся от несения военной службы по соображениям совести⁹. 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 несения¹⁰.

19. 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.

20. В своей резолюции 2004/35 об отказе от военной службы по соображениям совести, принятой без голосования 19 апреля 2004 года, Комиссия, "ссылаясь на все свои предыдущие резолюции по этому вопросу, в частности на резолюцию 1998/77 от 22 апреля 1998 года, в которой она признала право каждого человека на отказ от несения военной службы по соображениям совести в качестве законного осуществления права на свободу мысли, совести и религии, закрепленного в статье 18 Всеобщей декларации прав человека и статье 18 Международного пакта о гражданских и политических правах и в замечании общего порядка № 22 (1993 год) Комитета по правам человека", "принимает к сведению подборку и анализ передовой практики, содержащейся в докладе Управления Верховного комиссара ООН по правам человека (E/CN.4/2004/55), и "призывает государства, которые еще этого не сделали, провести обзор своего действующего законодательства и практики в отношении отказа от несения военной службы по соображениям совести в свете ее резолюции 1998/77 с учетом информации, содержащейся в упомянутом докладе". Она также "призывает государства в качестве части процесса постконфликтного миростроительства рассмотреть вопрос об объявлении и реальном осуществлении в законодательстве и на практике амнистий и мер по восстановлению в правах тех лиц, которые отказались нести военную службу по соображениям совести".

ПРИНЦИП № 6

Отсутствие у военных трибуналов компетенции по рассмотрению дел несовершеннолетних в возрасте 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)¹¹. Таким образом, на них ни при каких обстоятельствах не должна распространяться компетенция военных судов.

21. 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. Этот режим защиты а fortiori исключает компетенцию военных трибуналов, когда речь идет о несовершеннолетних гражданских лицах.

22. Крайним случаем представляется положение призываемых на военную службу несовершеннолетних лиц в той мере, в какой в соответствии с пунктом 3 статьи 38 Конвенции допускается призыв несовершеннолетних в возрасте 15-18 лет, когда государства не ратифицировали факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах. В то же время 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.

23. Как представляется, только гражданские судебные органы способны учитывать все необходимые требования надлежащего отправления правосудия в таких обстоятельствах в соответствии с целями Конвенции о правах ребенка. Комитет по правам ребенка при подготовке заключительных замечаний по национальным докладам придерживается очень четкой и принципиальной позиции.

ПРИНЦИП № 7

Функциональная компетенция военных судов

Компетенция военных судов 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.

24. Компетенция военных трибуналов в отношении рассмотрения дел военнослужащих или уподобляемых им лиц 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.

25. Особое внимание следует уделять проведению различия между комбатантами и некомбатантами и защите гражданского населения во время войны по смыслу Женевских конвенций 1949 года и двух Дополнительных протоколов 1977 года. Так, например, в статье 66 четвертой Женевской конвенции предусматривается, что "оккупирующая держава может предать обвиняемых своим, надлежащим образом созданным неполитическим военным судам, при условии их нахождения на оккупированной территории. Суды второй инстанции будут заседать преимущественно в оккупированной стране". В статье 67 добавляется, что "суды могут применять только изданные в законном порядке постановления, действовавшие до совершения правонарушения и соответствующие основным принципам права, в частности принципу соразмерности наказания". В статье 71 подчеркивается, что "компетентные судебные органы оккупирующей державы не могут выносить ни одного приговора без рассмотрения дела в установленном процессуальном порядке".

26. Аналогичным образом, следует поднять вопрос о положении военнослужащих и уподобляемых им лиц, в частности гражданской полиции, принимающих участие в операциях по поддержанию мира, а также военизированных формирований или служащих по контрактам частных лиц, участвующих в международных оккупационных режимах.

ПРИНЦИП № 8

Рассмотрение дел лиц, совершивших серьезные нарушения прав человека

При любых обстоятельствах компетенция военных судов должна уступать место компетенции обычных судов при расследовании дел о серьезных нарушениях прав человека, таких, как внесудебные казни, насильственные исчезновения, пытки, и уголовном преследовании и осуждении лиц, совершивших эти преступления.

27. 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 могут быть склонны к тому, чтобы не давать ход таким делам, ссылаясь на целесообразность уголовного преследования, прибегая к отказу в возбуждении уголовного дела или играя на "признании себя виновным" в ущерб жертвам. 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.

28. 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"¹². Деяния, составляющие преступление исчезновения, не могут считаться совершенными во исполнение военных функций. Рабочая группа по насильственным или недобровольным исчезновениям напомнила об этом принципе в своем последнем докладе, сославшись на необходимость рассмотрения соответствующих дел только "компетентными гражданскими судами"¹³. В Межамериканской конвенции 1994 года о насильственных исчезновениях лиц этот принцип воспроизводится в статье IX. Этот принцип воспроизводится также Комиссией по правам человека. Так, например, в ее резолюции 1994/67, озаглавленной "Силы гражданской обороны", оговаривается, что "преступления, связанные с нарушениями прав человека, совершаемыми такими силами, должны подпадать под компетенцию гражданских судов" (пункт 2 f)). Подкомиссия приняла несколько резолюций, подтверждающих этот принцип¹⁴.

29. Значение этого принципа было расширено в обновленном Сводном перечне принципов защиты и поощрения прав человека посредством борьбы с безнаказанностью: "Юрисдикция военных судов должна распространяться лишь на специфические воинские правонарушения, совершенные военнослужащими, за исключением нарушений прав человека, которые подпадают под юрисдикцию обычных национальных судов или, в соответствующих случаях, когда речь идет о тяжких преступлениях по международному праву, под юрисдикцию какого-либо международного или интернационализованного уголовного суда"¹⁵.

30. Следует прежде всего отметить, что практика и доктрина Комитета по правам человека, Комитета против пыток, Комитета по правам ребенка, Межамериканского суда по правам человека и Межамериканской комиссии по правам человека, а также тематические и страновые процедуры Комиссии по правам человека Организации Объединенных Наций по этому вопросу едины: военные трибуналы не обладают компетенцией по рассмотрению дел военных, виновных в совершении серьезных нарушений прав человека в отношении гражданских лиц¹⁶.

ПРИНЦИП № 9

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 зонами ограниченного доступа;

d) в целях недопущения предания гласности судебных решений;

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

31. 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 [...]" (пункт 11), 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" (пункт 13).

32. 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).

33. В случае кризиса гуманитарным правом предусматриваются возможности общения с внешним миром, согласно части V Женевской конвенции об обращении с военнопленными. В решении по делу *Кипр против Турции*, принятом Европейским судом по правам человека в 2001 года, положение семей, лишенных информации о судьбе своих близких, квалифицировалось как "бесчеловечное обращение" по смыслу статьи 3 Европейской конвенции по правам человека¹⁷. Аналогичный подход был принят Комитетом по правам человека, Межамериканским судом и Межамериканской комиссией

по правам человека. 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".

34. Следует также подчеркнуть, что лица, лишённые свободы, должны содержаться в официальных местах содержания под стражей, а власти должны вести реестр лиц, содержащихся под стражей¹⁸. Что касается общения между лицами, лишёнными свободы, и их защитниками, то следует напомнить о том, что в Принципах, касающихся роли юристов, предусматривается, что "всем арестованным, задержанным или заключённым 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"¹⁹.

ПРИНЦИП № 10

Режим военных тюрем

Военные тюрьмы должны соответствовать международным нормам, в частности Минимальным стандартным правилам обращения с заключёнными, Основным принципам обращения с заключёнными и Своду принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, и быть доступными для внутренних и международных механизмов инспекции.

35. В военных тюрьмах должны соблюдаться международные нормы общего права при эффективном контроле со стороны имеющихся внутренних и международных механизмов инспекции. Подобно тому, как военное правосудие не может отступать от принципов надлежащего отправления правосудия, военные тюрьмы не должны быть свободными от соблюдения международных норм, направленных на защиту лиц, подвергаемых задержанию или заключению. В соответствии с вышеупомянутыми принципами и во исполнение принципа "разбивки по категориям", закреплённого в Минимальных стандартных правилах обращения с заключёнными, гражданское лицо не должно содержаться под стражей в военной тюрьме. Это относится как к помещениям для лиц, совершивших дисциплинарные проступки, так и к военным тюрьмам и другим местам содержания под военным контролем и касается всех содержащихся под стражей,

независимо от того, находятся ли они в предварительном заключении или же отбывают свой срок после осуждения за военные правонарушения.

36. В связи с этим следует призывать государства к ратификации в как можно более короткий срок Факультативного протокола к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. В пункте 2 статьи 4 Протокола уточняется, что "лишение свободы означает любую форму содержания под стражей или тюремного заключения или помещения лица в государственное или частное место содержания под стражей, которое это лицо не имеет права покинуть по собственной воле, по приказу любого судебного, административного или иного органа".

ПРИНЦИП № 11

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 любых обстоятельствах судья должен иметь доступ ко всем местам содержания под стражей, где может находиться лишённый свободы лицо, без каких бы то ни было исключений.

37. 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.

38. Гарантия *habeas corpus* также связана с пунктом 3 статьи 2 Пакта. Комитет по правам человека в своем замечании общего порядка № 29 (пункты 14 и 16), 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".

39. Не допускающий отступлений характер *habeas corpus* также признается во многих международных нормах декларативного характера²⁰. 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 отступлений²¹.

ПРИНЦИП № 12

Право на компетентный, независимый и беспристрастный суд

Организация и функционирование военных судебных органов должны в полной мере обеспечивать право любого лица на компетентный, независимый и беспристрастный суд на всех стадиях разбирательства как на стадии следствия, так и на стадии рассмотрения в суде. Лица, отбираемые для выполнения функций судей в военных судебных органах, должны быть честными и компетентными и иметь необходимое юридическое образование и квалификацию. Статус военных судей должен гарантировать их независимость и беспристрастность, в частности по отношению к военной иерархии, военные суды ни в коем случае не могут использовать процедуры, предполагающие участие секретных или анонимных судей и прокуроров.

40. 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"²².

41. 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. Присутствие гражданских судей в составе военных трибуналов может лишь укрепить беспристрастность этих судебных органов.

42. 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.

43. Система секретных и анонимных военных судей и прокуроров была подвергнута резкой критике, в частности в Комитете по правам человека, Комитете против пыток и выступлениях Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов. Комитет по правам человека отметил, что система секретных или анонимных военных

трибуналов не гарантирует ни независимость, ни беспристрастность судей, а также не обеспечивает соблюдение презумпции невиновности²³.

ПРИНЦИП № 13

Гласность судебного разбирательства

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

44. 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".

45. 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 [...]". Это не касается - по крайней мере, в принципе - дел, рассматриваемых военными трибуналами. Мотивировка принимаемых органами правосудия решений в этом случае также является самым условием всякой возможности использования средств правовой защиты и любого эффективного контроля в данной области.

ПРИНЦИП № 14

Гарантия права на защиту и справедливое разбирательство

При любых обстоятельствах 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;**
- d) 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, если у него нет средств для оплаты этого защитника;**
- f) никто не может быть принужден к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным;**
- g) 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) любое заявление или "доказательство", которое, как установлено, было получено в результате пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения, других серьезных нарушений прав человека или незаконных методов, не может использоваться в качестве элемента доказательства в ходе судебного разбирательства;

i) никто не может быть объявлен виновным в правонарушении на основе анонимных свидетельств или секретных доказательств;

j) каждый, кто был объявлен виновным в совершении преступления, имеет право на то, чтобы заявление о признании его виновным и приговор были пересмотрены вышестоящей судебной инстанцией согласно закону;

k) 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.

46. В своем замечании общего порядка № 13 (пункт 4) Комитет по правам человека отметил, что "Положения статьи 14 [Международного пакта о гражданских и политических правах] 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 Пакта. На своей восьмидесятой сессии, состоявшейся в 2004 году, Комитет постановил подготовить новое замечание общего порядка по статье 14 Пакта, в частности для того, чтобы обновить замечание общего порядка № 13.

47. Со своей стороны, международное гуманитарное право определяет минимальные гарантии в судебной области²⁴. 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. Протокол 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".

48. 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", - способствует 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 учесть происходящую эволюцию при двойном условии: сохранение принципа свободного выбора защитника обвиняемым, гарантия строгой независимости военного адвоката.

ПРИНЦИП № 15

Доступ потерпевших к производству по делу

Без ущерба для принципов, касающихся сферы компетенции военных судебных органов, военные трибуналы не должны отказывать жертвам преступлений или их законным представителям в праве на участие в судебном разбирательстве, включая расследование. Судебные процедуры военных трибуналов 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, в частности в качестве 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, противоречащие их правам и интересам;

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.

49. Еще слишком большое распространение имеет практика, когда - в случае компетенции военного судебного органа - потерпевшего отстраняют от следствия и оформляют отказ в возбуждении уголовного дела, руководствуясь целесообразностью, или мировые сделки и соглашения, пренебрегая правами и интересами потерпевших. Это вопиющее неравенство перед законом следует устранить или, пока этого не произойдет, строго ограничить. Потерпевший или его представители после того, как они обратились с соответствующей просьбой, должны обязательно быть представлены на всех стадиях рассмотрения дела и присутствовать на судебных заседаниях с предварительным доступом ко всем материалам дела.

ПРИНЦИП № 16

Обжалование в обычных судебных органах

Во всех случаях, когда военные судебные органы 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.

50. Комиссия выделила этот вопрос в своей резолюции 2005/30 о целостности судебной системы, сославшись *in fine* на "такие признанные в соответствии с международным правом надлежащие нормы процессуального права, как гарантии на справедливое судебное разбирательство, включая, в частности, право на обжалование осуждения и приговора" (пункт 8).

51. 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.

52. Аналогичным образом должен существовать беспристрастный судебный механизм разрешения споров о подсудности или компетенции. Этот принцип крайне важен, поскольку он не допускает превращения военных трибуналов в параллельную систему правосудия, неподконтрольную судебной власти. Интересно отметить, что эта рекомендация²⁵ 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 № 17

Должное подчинение и ответственность вышестоящего лица

Без ущерба для принципов, касающихся сферы компетенции военных судебных органов:

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 их, а также знал, что преступление совершается или может быть совершено.

53. 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.

54. 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 документами.

55. 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.

ПРИНЦИП № 18

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 ни вводиться, ни применяться:

- a) в отношении преступлений, совершенных лицами в возрасте до 18 лет;**
- b) в отношении беременных женщин и матерей, имеющих детей на иждивении;**
- c) в отношении лиц, страдающих психическими и умственными расстройствами.**

56. 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.

57. Хотя в международном праве положений о запрещении смертной казни не существует, в международных документах по правам человека, безусловно, прослеживается стремление к ее отмене²⁶. 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 [...]". Кроме того, согласно резолюции 2005/59 по вопросу о смертной казни (подпункты а), b) и c) пункта 7), запрещается смертная казнь беременных женщин, матерей, имеющих детей на иждивении, и лиц, страдающих психическими или умственными расстройствами.

58. В той же резолюции Комиссия "настоятельно призывает все государства, в которых еще сохраняется смертная казнь [...] обеспечить, чтобы все правовые процедуры, в том числе процедуры, применяемые в судах и трибуналах особой юрисдикции, в особенности процедуры, связанные с правонарушениями, за которые предусмотрена смертная казнь, соответствовали минимальным процессуальным гарантиям, содержащимся в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах" (подпункт е) пункта 7). В связи с этим в резолюции 2004/25 Подкомиссии содержится рекомендация исключить вынесение смертного приговора гражданским лицам военными судами или судами, в состав которых входит один или более военнослужащих. Это также должно распространяться на лиц, отказывающихся от несения военной службы по соображениям совести, судимых военными трибуналами как дезертиры.

ПРИНЦИП № 19

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.

59. 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.

60. 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.

61. 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

62. Как уже подчеркивалось Специальным 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 неправительственными организациями все заинтересованные стороны могли провести углубленное изучение проекта

принципов отправления правосудия военными трибуналами. Можно было бы предусмотреть три основных этапа.

63. Для соблюдения графика, установленного Комиссией, когда она приняла к сведению, что обновленный вариант проекта принципов будет представлен на рассмотрение ее шестьдесят второй сессии, прежде всего необходимо, чтобы свою позицию по представленному ей проекту принципов высказала Подкомиссия, обсудив и, в случае необходимости, пересмотрев его, чтобы затем его утвердить и принять официальное решение о передаче его Комиссии.

64. Представляется также необходимым развернуть обсуждение проекта принципов в его обновленном варианте либо накануне сессии Подкомиссии, чтобы сделать ее работу более насыщенной, либо после сессии. Специальный докладчик не может не выразить свое удовлетворение инициативами, выдвинутыми в связи с этим такими неправительственными организациями, как Международная комиссия юристов, при поддержке Управления Верховного комиссара по правам человека и Международной организации франкоязычных стран, а также государств-членов.

65. Кроме того, широкое распространение проекта принципов позволило бы также обогатить общую дискуссию до того, как Комиссия должна будет в надлежащий момент и в соответствующей форме высказаться по проекту принципов и призвать к его применению всеми соответствующими государствами.

Примечания

¹ Adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985.

² E/CN.4/Sub.2/1994/24, annexe II, principes 17 et 19.

³ Observation générale n° 29, par. 16. Voir aussi l'affaire *Miguel González del Río c. Pérou*, communication n° 263/1987, décision du 20 novembre 1992, CCPR/C/46/D/263/1987 du 28 octobre 1992, par. 5.2.

⁴ CICR, Commentaires du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, par. 3084. Voir aussi *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, *Rules*, ICRC, Cambridge University Press, 2005, p. 356 (règle 100).

⁵ CICR, *ibid.*, 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 Assemblée générale, résolution 33/165 du 20 décembre 1978; Commission des droits de l'homme, résolutions 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^{os} 446/1991 (par. 4.2), 483/1991 (par. 4.2) et 402/1990 (affaire *Henricus Antonius Godefriedus Maria Brinkhof c. Pays-Bas*).

⁸ Observation générale n° 22 (1993).

⁹ Observations 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.

¹⁰ Observations du Comité des droits de l'homme: France, 4 août 1997, CCPR/C/79/Add.80, par. 19, et observations finales du Comité des droits de l'homme: Espagne, 3 avril 1996, CCPR/C/79/Add.61, par. 15.

¹¹ Adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985.

¹² Résolution 47/133 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1992, art. 16, par. 2.

¹³ E/CN.4/2005/65, par. 375.

¹⁴ Par exemple, la résolution 1998/3 du 20 août 1998.

¹⁵ E/CN.4/2005/102/Add.1 du 8 février 2005, principe 29: Restrictions à la compétence des tribunaux militaires. Voir aussi la résolution 2005/81 du 21 avril 2005.

¹⁶ 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.

¹⁷ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 10 mai 2001, par. 156 à 158.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990.

²⁰ Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principe 32, et Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 9.

²¹ 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.

²² Affaire *Miguel González del Río c. Pérou*, communication n° 263/1987, décision du 20 novembre 1992, CCPR/C/46/D/263/1987 du 28 octobre 1992, par. 5.2.

²³ Affaire *Víctor Alfredo Polay Campos c. Pérou*, communication n° 577/1994, décision du 6 novembre 1997, CCPR/C/61/D/577/1994 du 9 janvier 1998, par. 8.8.

²⁴ 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.

²⁵ Rapport conjoint du Rapporteur spécial sur la question de la torture, Nigel Rodley, et du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Bacre Waly Ndiaye: visite des Rapporteurs spéciaux en Colombie (17-26 octobre 1994), E/CN.4/1995/111, par. 120.

²⁶ Voir, notamment, l'article 6 (par. 2 et 6) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 4 (par. 2) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'article 1^{er} des Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort, l'observation générale n° 6 (par. 6).
