



Дело «Ханан (Hanan) против Германии»¹

(Жалоба № 4871/16)

ПОСТАНОВЛЕНИЕ²

г. Страсбург, 16 февраля 2021 г.

По делу «Ханан против Германии» Европейский Суд по правам человека, заседая Большой Палатой в составе:

Йона Фридрика Кьельбро, *Председателя Большой Палаты Суда*,

Линос-Александра Сицилианоса,

Ксении Туркович,

Пауля Лемменса,

Йонко Грозева,

Хелен Келлер,

Алеша Пейхала,

Фариса Вехабовича,

Карла Ранзони,

Мартиньша Митса,

Тима Эйке,

Латифа Гусейнова,

Ладос Чантурии,

Арнфинна Бордсена,

Эрика Веннерстрёма,

Саадет Юксель,

Ани Зайберт-Фор, *судей*,

а также при участии Йохана Каллеварта, *заместителя Секретаря Большой Палаты Суда*,

рассмотрев дело в закрытых заседаниях 26 февраля и 2 декабря 2020 г.,

вынес в последнюю указанную дату следующее Постановление:

ПРОЦЕДУРА

1. Дело было инициировано жалобой № 4871/16, поданной против Федеративной Республики Германия в Европейский Суд по правам человека (далее – Европейский Суд) в соответствии со статьей 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) гражданином Афганистана Абдулом Хананом (далее – заявитель) 13 января 2016 г.

¹ Перевод с английского ООО «Развитие правовых систем».

² Настоящее Постановление вступило в силу 16 февраля 2021 г. в соответствии с положениями пункта 1 статьи 44 Конвенции (*примеч. редактора*).

2. Интересы заявителя представлял адвокат В. Калек (*W. Kaleck*), практикующий в г. Берлине. Власти Германии (далее также – власти государства-ответчика) были представлены двумя Уполномоченными при Европейском Суде, А. Виттлинг-Фогель (*A. Wittling-Vogel*) и Н. Венцель (*N. Wenzel*), сотрудниками Федерального министерства юстиции и защиты прав потребителей.

3. Заявитель утверждал, что власти государства-ответчика не провели эффективного расследования, как того требует статья 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте, по факту нанесения авиаудара 4 сентября 2009 г. вблизи г. Кундуза (*Kunduz*), Афганистан, в результате которого погибли, *inter alios*, двое сыновей заявителя. Ссылаясь на статью 13 Конвенции во взаимосвязи со статьей 2 Конвенции, заявитель также утверждал, что в его распоряжении отсутствовали эффективные внутригосударственные средства правовой защиты для оспаривания постановления Генерального прокурора при Федеральном верховном суде (*Generalbundesanwalt*) о прекращении уголовного расследования.

4. Жалоба была передана в производство Пятой Секции Европейского Суда (пункт 1 правила 52 Регламента Европейского Суда). 2 сентября 2016 г. уведомление о жалобе было направлено властям Германии. 27 августа 2019 г. Палата этой Секции Европейского Суда в следующем составе: Йонко Грозева, Председателя, Ангелики Нуссбергер, Андре Потоцкого, Карла Ранзони, Мартиньша Митса, Латифа Гусейнова, Ладос Чантурии – судей, а также при участии Клаудии Вестердийк, Секретаря Секции Европейского Суда, уступила юрисдикцию в пользу Большой Палаты Европейского Суда. Ни одна из сторон не возражала против этого (статья 30 Конвенции и правило 72 Регламента Европейского Суда).

5. Состав Большой Палаты Европейского Суда был определен в соответствии с положениями пунктов 4 и 5 статьи 26 Конвенции и правила 24 Регламента Европейского Суда. Кроме того, было принято решение рассмотреть жалобу по существу одновременно с изучением вопроса о ее приемлемости (пункт 1 статьи 29 Конвенции). Во время второго заседания запасные судьи Фарис Вехабович и Арнфинн Бордсен заменили судей Андре Потоцкого и Роберта Спано, которые не могли принимать участие в дальнейшем рассмотрении дела (пункт 3 правила 24 Регламента Европейского Суда). В ходе производства по делу Йон Фридрих Кьельбро сменил Линос-Александра Сицилианоса на посту Председателя Большой Палаты Европейского Суда.

6. Заявитель и власти Германии представили замечания о приемлемости и по существу дела (пункт 1 правила 59 Регламента Европейского Суда).

7. Кроме того, комментарии третьих сторон были получены от властей Дании, Франции,

Норвегии, Швеции и Соединенного Королевства, а также от Центра по правам человека Эссекского университета (*Human Rights Centre of the University of Essex*), Института международных исследований Католического университета «Сакро Куоре» г. Милана (*Institute of International Studies of the Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*), организаций «Правовая инициатива открытого общества» (*Open Society Justice Initiative*) и «Райтс Вотч» (*Rights Watch*) (Соединенное Королевство), которым Председатель Большой Палаты Европейского Суда разрешил представить письменные замечания (пункт 2 статьи 36 Конвенции, а также пункт 1 правила 71 и пункт 3 правила 44 Регламента Европейского Суда). Стороны ответили на замечания третьих сторон в ходе устных выступлений на слушании (пункт 1 правила 71 и пункт 6 правила 44 Регламента Европейского Суда).

8. Открытое слушание по делу состоялось во Дворце прав человека в г. Страсбурге 26 февраля 2020 г. (правило 71 и пункт 3 правила 59 Регламента Европейского Суда). Председатель Большой Палаты Европейского Суда разрешил участвовать в устном слушании по делу в Большой Палате Европейского Суда властям Франции и Соединенного Королевства, а также организации «Райтс Вотч» (Соединенное Королевство).

В заседании Большой Палаты Европейского Суда приняли участие:

(a) со стороны властей Германии:

А. Виттлинг-Фогель,

Н. Венцель, Уполномоченные Германии при Европейском Суде,

Х. Кригер (*H. Krieger*), консультант,

С. Вайнкауф (*S. Weinkauff*),

С. Зом (*S. Sohm*),

М. Виттенберг (*M. Wittenberg*),

Дж. Дрола (*J. Drohla*),

К. Ричер (*C. Ritscher*),

Д. Гмель (*D. Gmel*),

С. Гейне (*S. Heine*),

К. Барте (*C. Barthe*), советники;

(b) со стороны заявителя:

В. Калек, адвокат,

Д. Аканде (*D. Akande*), консультант,

Ф. Джессбергер (*F. Jessberger*),

К. Мелони (*C. Meloni*),

А. Шюллер (*A. Schüller*),

И. Сыченкова (*I. Sychenkova*), советники;

(c) со стороны вступивших в производство по делу властей Франции:

Ф. Алабрюн (*F. Alabrune*), Уполномоченный Франции при Европейском Суде,

Э. Леблон (*E. Leblond*),

Р. Штаммингер (*R. Stamminger*),

Э. Гуин (*E. Guin*), советники;

(d) со стороны вступивших в производство по делу властей Соединенного Королевства:

Ч. Викрамасингхе (*C. Wickremasinghe*), Уполномоченный Соединенного Королевства при Европейском Суде,

Сэр Джеймс Эди (*Sir James Eadie*), королевский адвокат (QC), консультант,

Дж. Сордс (*J. Swords*), советник;

(e) со стороны вступившей в производство по делу организации «Райтс Вотч» (Соединенное Королевство):

С. Вордсворт (*S. Wordsworth*), королевский адвокат (QC), консультант,

Ч. Йегинсу (*C. Yeginsu*),

Г. Шумахер (*G. Schumacher*), советники.

Европейский Суд заслушал выступления А. Виттлинг-Фогель, Х. Кригера, В. Калека, Д. Аканде, Ф. Алабрюна, сэра Джеймса Эди и С. Вордсворта, а также ответы Х. Кригера, В. Калека, Д. Аканде, сэра Джеймса Эди и Ф. Алабрюна на вопросы судей.

ФАКТЫ

I. ПРЕДВАРИТЕЛЬНАЯ ИНФОРМАЦИЯ

9. Заявитель родился в деревне Омар-Кель, Афганистан, и проживает там.

10. После атак 11 сентября 2001 г. Соединенные Штаты Америки совместно с Соединенным Королевством 7 октября 2001 г. начали военную операцию в Афганистане, получившую название «Несокрушимая свобода». Данная операция включала уничтожение лагерей подготовки террористов и инфраструктуры, захват лидеров «Аль-Каиды»¹ и отстранение талибов² от власти.

11. 16 ноября 2001 г. Парламент Германии санкционировал участие до 3 900 военнослужащих Германии в операции «Несокрушимая свобода». В состав контингента входили около 100 военнослужащих специального назначения, которые впоследствии принимали участие в контртеррористической операции в Афганистане.

12. В начале декабря 2001 года 25 известных лидеров Афганистана провели встречу в г. Бонне под эгидой Организации Объединенных Наций, чтобы выработать план управления страной. Они создали Временную администрацию Афганистана и избрали ее лидера. В соглашении от 5 декабря 2001 г. (см. ниже § 71) участники конференции обратились к международному сообществу за помо-

¹ Здесь и далее упоминается организация, которая признана в Российской Федерации террористической и запрещена в соответствии с Решением Верховного Суда Российской Федерации от 14 февраля 2003 г. № ГКПИ 03-116, вступившим в силу 4 марта 2003 г. (примеч. редактора).

² Здесь и далее упоминаются члены движения «Талибан», которое признано в Российской Федерации террористическим и запрещено в соответствии с Решением Верховного Суда Российской Федерации от 14 февраля 2003 г. № ГКПИ 03-116, вступившим в силу 4 марта 2003 г. (примеч. редактора).

щью в поддержании безопасности в Афганистане и решили создать Международные силы содействия безопасности (далее – МССБ).

13. 20 декабря 2001 г. Совет Безопасности ООН санкционировал создание МССБ, которые должны были оказывать содействие Временной администрации Афганистана в поддержании безопасности в г. Кабуле и соседних регионах, чтобы Временная администрация и Организация Объединенных Наций могли действовать в условиях безопасности. В то время как МССБ в основном сосредоточились на поддержании безопасности, силы, участвовавшие в операции «Несокрушимая свобода», продолжали проводить силовые мероприятия по борьбе с терроризмом и боевиками.

14. 22 декабря 2001 г. Парламент Германии санкционировал участие военнослужащих Германии в составе МССБ (см. ниже § 91).

15. 11 августа 2003 г. было вынесено решение о том, что НАТО принимает на себя командование МССБ, и впоследствии зона ответственности МССБ была расширена за пределы г. Кабула. К концу 2006 года МССБ отвечали за весь Афганистан.

16. После того как командование МССБ перешло к НАТО, штаб-квартира МССБ (далее – штаб МССБ) и командующий МССБ также перешли под управление Командования НАТО объединенными силами союзников и Верховного главнокомандующего объединенными вооруженными силами НАТО в Европе. Под управлением штаба МССБ находились пять региональных командований (далее – РК), которые координировали все гражданские и военные операции, проводимые воинскими формированиями Групп восстановления провинций¹ (далее – ГВП) в своей зоне ответственности. Хотя за штабом МССБ и командующим МССБ сохранялся оперативный контроль, ГВП в части тактического управления находились под управлением соответствующего регионального командования.

17. Вооруженные силы Германии были развернуты под командованием РК «Север», которым руководили представители Германии. В период, относившийся к обстоятельствам дела, командующим РК «Север» был V., бригадный генерал Вооруженных сил Германии, а ГВП «Кундуз», которая входила в состав РК «Север», командовал К., полковник Вооруженных сил Германии.

18. Наряду с организационной структурой МССБ дисциплинарное и административное управ-

ление и контроль оставались за соответствующими государствами, которые направили своих военнослужащих (см. ниже § 75). Таким образом, военные формирования, входившие в состав ГВП «Кундуз», находились под командованием и контролем полковника К., который, в свою очередь, находился под командованием и контролем бригадного генерала V. Последний также командовал всем вооруженным контингентом, прибывшим из Германии, в составе МССБ в Афганистане и находился – через командующего оперативными формированиями объединенных сил Бундесвера – под командованием Федерального министерства обороны.

19. В период, относившийся к обстоятельствам дела, в состав РК «Север» входили около 5 600 военнослужащих, из них 4 245 из Германии. Около 1 500 военнослужащих входили в состав ГВП «Кундуз», включая два специальных оперативных подразделения из Германии.

20. После апреля 2009 года ситуация в области безопасности в провинции Кундуз ухудшилась. В частности, во время выборов в августе и сентябре 2009 года увеличилось количество нападений на войска МССБ, в результате которых пострадали несколько человек. Согласно заявлению полковника К., сделанному в парламентской комиссии Германии, военнослужащие ожидали нападения каждый раз, когда они покидали свою базу.

II. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

А. Авианаудар 4 сентября 2009 г.

21. 3 сентября 2009 г. боевики захватили два бензовоза, убив одного из двух водителей. Позднее в тот же день бензовозы застряли на песчаном берегу реки Кундуз, примерно в семи километрах от базы ГВП «Кундуз». Боевики привлекли жителей близлежащих деревень для того, чтобы вытащить бензовозы из песка. Боевики приказали им выкачать из бензовозов часть топлива.

22. Около 20.00 осведомитель сообщил ГВП «Кундуз» об угоне бензовозов. Примерно в 21.00 ГВП «Кундуз» получила официальное уведомление об этом инциденте. В 21.55 самолету, ранее выполнявшему другую операцию, было приказано определить местонахождение бензовозов. Около 00.15 разведывательный самолет обнаружил бензовозы. На видеозаписи, переданной с самолета в командный центр, были видны два бензовоза, а также несколько машин у берега реки и множество людей рядом. В течение ночи капитан X., который находился в командном центре вместе со старшими сержантами W. и Y., неоднократно привлекал дежурного переводчика, чтобы получить непосредственную информацию от осведомителя, который первым сообщил ГВП «Кундуз» об угоне, и/или передать ему вопросы полковника К. Примерно в 00.30 осведомитель сообщил о частичном опу-

¹ В состав Групп восстановления провинций (иногда также упоминаются как провинциальные группы реконструкции (примеч. редактора)) входили военные и гражданские специалисты, работающие в провинциях Афганистана в целях обеспечения безопасности при проведении работ и оказании гуманитарной помощи или при выполнении задач по восстановлению в районах с продолжающимся конфликтом или низким уровнем безопасности // <https://www.nato.int/docu/review/2007/issue3/english/art2.html>

стошении бензовозов вооруженными боевиками, а также об отсутствии гражданских лиц на песчаном берегу реки. Описание осведомителя соответствовало обстановке, которую можно было увидеть на видеозаписи. В 00.48 у разведывательного самолета закончилось топливо, и он вернулся на базу. Вскоре после этого старший сержант W. связался со штабом МССБ и попросил прислать другой самолет. Ему сказали, что поддержка с воздуха может быть оказана только в случае «соприкосновения с противником», то есть в ситуации, когда войска МССБ будут реально контактировать с боевиками. Около 1.00 полковник К. объявил, что «войска находятся в “соприкосновении с противником”», хотя соприкосновения с противником в буквальном смысле слова не было, и два самолета F-15 ВВС США были направлены к берегу реки, где два бензовоза по-прежнему стояли в песке и из них продолжали откачивать топливо.

23. Самолет F-15 достиг воздушного пространства над песчаным берегом примерно в 1.10. Пилоты и командный центр начали обсуждать возможность применения 500- или 2 000-фунтовых бомб и вероятность ущерба для гражданских объектов, находящихся у берега. В ответ на неоднократные вопросы полковника К. осведомитель подтвердил, что рядом с берегом не было гражданских лиц. Отказавшись от предложений пилотов провести «демонстрацию силы», пролетев над бензовозами на малой высоте, чтобы разогнать людей, полковник К. приказал нанести удар по бензовозам, которые по-прежнему стояли не двигаясь. Две 500-фунтовые бомбы были сброшены в 1.49.

24. Сразу после авиаудара самолет F-15 произвел первую разведку. Кроме того, на следующее утро около 8.00 место авиаудара было обследовано беспилотным самолетом.

25. В результате авиаудара были уничтожены два бензовоза и убиты, *inter alios*, два сына заявителя: Абдул Баян (*Abdul Bayan*) и Несарулла (*Nesarullah*). Им было 12 и восемь лет соответственно. Общее количество жертв авиаудара так и не было точно установлено (см. ниже §§ 40 и 65–69). Власти Германии произвели *ex gratia* выплаты в размере 5 000 долларов США на человека семьям 91 убитого и 11 раненых.

В. Расследование авиаудара

1. Расследование, проведенное на месте инцидента

26. Позднее тем же утром, получив сообщение об авиаударе, бригадный генерал V. направил следственную группу военной полиции Германии (*Feldjäger*) из г. Мазари-Шариф в провинцию Кундуз для оказания содействия ГВП «Кундуз» в расследовании авиаудара.

27. В 12.13 того же дня подразделение ГВП «Кундуз» выехало на место авиаудара, куда прибыло в 12.34. Члены следственной группы из г. Мазари-Шариф, которые покинули свою базу в 12.24. и еще не прибыли на базу ГВП «Кундуз», не участвовали в осмотре места происшествия. Сотрудники подразделения ГВП «Кундуз» увидели, что место происшествия сильно изменилось: на нем осталось лишь несколько поврежденных автомобилей, и не было тел. В ходе осмотра подразделение, находившееся под защитой около 100 сотрудников афганских сил безопасности, подверглось нападению, но после того, как был открыт ответный огонь, расследование удалось продолжить. Подразделение вернулось на базу в 14.23, после чего в 14.45 началось совещание, посвященное обсуждению результатов осмотра, в котором приняли участие полковник К., а также прибывшие к тому времени члены следственной группы военной полиции, направленные из г. Мазари-Шариф.

28. 4 и 5 сентября 2009 г. члены ГВП «Кундуз», представители военной полиции и Группы первоначального реагирования МССБ (см. ниже § 65) посетили больницы и деревни в этом районе и опросили нескольких человек относительно авиаудара. Полковник К. участвовал в некоторых беседах и знал о последних изменениях, касавшихся расследования.

29. 9 сентября 2009 г. военная полиция представила доклад бригадному генералу V.

2. Расследование, проведенное органами прокуратуры Германии

30. В день авиаудара главный юрисконсульт Вооруженных сил Германии проинформировал прокуратуру г. Потсдама (где находится оперативное командование Бундесвера) об авиаударе. 7 сентября 2009 г. органы прокуратуры начали предварительное расследование, которое впоследствии было передано в прокуратуру г. Лейпцига (где в то время находилось место службы полковника К.), а затем в Генеральную прокуратуру г. Дрездена (вышестоящую по отношению к прокуратуре г. Лейпцига). После дальнейшей подготовительной работы, которая включала в себя обмен мнениями с Федеральным министерством обороны относительно правовых рамок развертывания вооруженных сил в Афганистане и потенциального наличия обстоятельств, исключающих ответственность (*Rechtfertigungsgrund*), 5 ноября 2009 г. Генеральный прокурор г. Дрездена обратился к Генеральному прокурору при Верховном суде с запросом о возбуждении уголовного дела в отношении данного происшествия ввиду возможного привлечения к ответственности в соответствии с Кодексом преступлений против международного права Германии (см. ниже §§ 94–95 и 101). К тому времени Федеральная генеральная прокуратура

Германии уже занималась определением своей компетенции, начав предварительное расследование 8 сентября 2009 г.

31. Что касается хода расследования, письмом от 27 ноября 2009 г. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде потребовал, чтобы оперативное командование Бундесвера предоставило все факты, относящиеся к рассматриваемому авиаудару, для дальнейшего уточнения. Через три дня оперативное командование Бундесвера направило значительное количество докладов. 16 декабря 2009 г. оно предоставило дополнительную документацию. В письме от 8 декабря 2009 г. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде запросил копии файлов, представленных в комиссию парламента по расследованию (см. ниже § 69), которые впоследствии были ему переданы. Он также получил копии протоколов заседаний указанной комиссии. 21 декабря 2009 г. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде направил оперативному командованию Бундесвера широкий перечень вопросов, на которые были даны ответы в письме от 8 февраля 2010 г. Письмо с дополнительными вопросами 23 февраля 2010 г. было направлено в Федеральное министерство обороны Германии, которое ответило на них.

32. 12 марта 2010 г. на основе фактических данных, установленных к этому времени, Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде возбудил уголовное дело против полковника К. и старшего сержанта W., который помогал полковнику К. в ночь авиаудара. С 22 по 25 марта 2010 г. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде допросил двух подозреваемых и двух свидетелей (капитана X. и старшего сержанта Y.), которые присутствовали в командном центре на базе в Кундузе в соответствующий период времени. Кроме того, он изучил собранные документы и видеозаписи с самолета.

33. 16 апреля 2010 г. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде прекратил расследование уголовного дела вследствие отсутствия достаточных оснований для подозрения в том, что подозреваемые могут быть привлечены к уголовной ответственности в соответствии с Кодексом преступлений против международного права Германии или Уголовным кодексом Германии. Он установил, что ситуация в Афганистане в период, относившийся к обстоятельствам дела, по крайней мере в северной части страны, где были дислоцированы Вооруженные силы Германии, представляла собой вооруженный конфликт немеждународного характера по смыслу международного гуманитарного права, несмотря на привлечение международных военных сил. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде отметил, что власти Афганистана дали согласие на развертывание МССБ в порядке, допустимом в соответствии с международным правом, и МССБ вели боевые

действия от имени властей Афганистана. Движение «Талибан» и связанные с ним группы, подробно описанные в решении, следовало квалифицировать как «сторону конфликта» в соответствии с международным правом. Наличие этого вооруженного конфликта немеждународного характера повлекло за собой применение норм международного гуманитарного права (см. также статью 25 Основного закона Германии, см. ниже § 93) и Кодекса преступлений против международного права Германии. Военнослужащие Германии, входившие в состав МССБ, были комбатантами в составе регулярных вооруженных сил и, следовательно, не несли уголовной ответственности за военные действия, разрешенные международным правом. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде пришел к выводу, что ответственность полковника К. в соответствии с Кодексом преступлений против международного права Германии, в частности его подпунктом 3 пункта 1 статьи 11 (см. ниже § 95), была исключена, поскольку у полковника К. не было необходимого умысла убить или причинить вред гражданским лицам или повредить гражданские объекты. Ответственность в соответствии с Уголовным кодексом Германии за убийство, а также за другие преступления исключалась, поскольку законность авиаудара, согласно международному праву, являлась обстоятельством, исключающим ответственность.

34. 19 апреля 2010 г. был издан пресс-релиз, в котором приводились основные выводы Генерального прокурора при Федеральном верховном суде и указывалось, что большая часть фактической информации является засекреченной. Отредактированная версия постановления о прекращении производства по уголовному делу была подготовлена 13 октября 2010 г.

35. В постановлении указывалось, что были изучены следующие доказательства:

«...доклад командующего МССБ о результатах расследования со всеми приложениями;

– документы НАТО/МССБ (типовой порядок проведения операций, правила ведения боевых действий, тактические директивы, матрица оценки разведывательных данных, специальные инструкции для воздушных и космических операций);

– доклад военной полиции от 9 сентября 2009 г. с 44 приложениями (включая фотографии и видеоматериалы);

– письменные показания полковника К. от 5 сентября 2009 г. на имя начальника штаба Вооруженных сил Германии;

– доклад полковника N., члена группы по расследованию обстоятельств дела, от 6 сентября 2009 г.;

– доклад представителя провинции Кундуз Президенту Афганистана от 4 сентября 2009 г.;

– доклад Президенту Афганистана афганской комиссии по расследованию;

- список потенциальных жертв авиаудара среди гражданского населения, подготовленный Миссией Организации Объединенных Наций по содействию Афганистану (МООНСА);

- доклад НПО от 5 сентября 2009 г. [засекречен];

- доклад Группы первоначального реагирования МССБ от 6 сентября 2009 г.;

- протоколы бесед ГВП “Кундуз” с афганской комиссией по расследованию, с местными представителями и с делегацией Группы первоначального реагирования;

- письменные ответы оперативного командования Вооруженных сил Германии от 8 февраля 2010 г. на вопросы Генерального прокурора при Федеральном верховном суде от 21 декабря 2009 г.;

- документы, содержащиеся в 164 папках, предоставленных Федеральным министерством обороны;

- протоколы заседаний парламентского комитета по обороне, заседавшего в качестве первой комиссии по расследованию, в ходе которых были допрошены двое подозреваемых и капитан Х.;

- допросы двух подозреваемых, а также свидетелей капитана Х. и старшего сержанта У. Генеральным прокурором при Верховном суде;

- протокол радиопереговоров между пилотами самолета F-15 и старшим сержантом W., а также соответствующие видеоматериалы».

36. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде решил, что необходимо разъяснить, в частности, два аспекта: субъективную оценку ситуации полковником К., когда он отдал приказ о нанесении авиаудара, и точное количество лиц, погибших или получивших телесные повреждения в результате этого удара.

37. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде признал достоверной версию полковника К., согласно которой он в момент отдачи приказа о нанесении авиаудара предполагал, что вблизи бензовозов находятся только боевики движения «Талибан», а не гражданские лица. Это подтверждалось большим количеством объективных обстоятельств, показаниями лиц, которые находились в командном центре, и видеозаписями с самолета до и во время авиаудара.

38. Учитывая, что авиаудар произошел в 1.49 во время Рамадана и что ближайшая деревня находилась на расстоянии не менее 850 метров в районе, который считался оплотом боевиков, присутствие там гражданских лиц казалось маловероятным с точки зрения объективного наблюдателя. Кроме того, имелось предупреждение разведки о запланированном нападении на базу военнослужащих Германии с использованием транспортных средств, начиненных взрывчатыми веществами. Многочисленные аналогичные нападения уже совершались в Афганистане за несколько месяцев до 4 сентября 2009 г. У полковника К. не было оснований сомневаться в достоверности разведывательных данных, сообщенных осведомителем.

Он работал с тем же осведомителем всего несколько дней назад, и предоставленная им информация была точной. Капитан Х., через которого полковник К. связывался с осведомителем как минимум семь раз для уточнения развития ситуации и подтверждения того, что на месте происшествия присутствовали только боевики, со своей стороны считал осведомителя надежным источником информации. Разведывательные данные, сообщенные осведомителем, соответствовали видеозаписи с самолета. Действия полковника К. соотносились с осмотрительностью, проявленной им ранее при принятии решений, которые могли повлечь за собой случайные жертвы среди гражданского населения.

39. Все остальные лица, находившиеся на командном пункте, убедительно утверждали, что они действовали исходя из предположения о том, что в указанном месте находились только боевики, а не гражданские лица. Маловероятно, что из опроса дополнительных свидетелей можно было бы получить еще какие-либо сведения о том, ожидал ли полковник К. жертв среди гражданского населения, когда отдавал приказ о нанесении авиаудара. Капитан Х., который также дал показания, был единственным человеком, присутствовавшим в момент передачи разведывательных данных осведомителя, и отсутствовали какие-либо указания на то, что он сообщил эти сведения неверно. Радиопереговоры между пилотами и командным центром не подтверждали, что полковник К. ожидал жертв среди гражданского населения. Не оспаривалось, что бензовозы захватили боевики «Талибана», и отсутствовали какие-либо подтверждения того, что эти боевики более не находились рядом с бензовозами в момент авиаудара. Кроме того, поскольку талибов нельзя было отличить по одежде от гражданских лиц, пилоты не могли по внешности совершенно точно определить, что среди людей вокруг бензовозов находились гражданские лица.

40. В рассматриваемом деле количество жертв среди гражданского населения не может служить косвенным доказательством, на основе которого можно было бы сделать вывод о субъективных ожиданиях полковника К. Количество людей, убитых или раненных в результате авиаудара, и сколько из них были талибами, а сколько гражданскими лицами, установить не удалось. Принимая во внимание противоречивые выводы, содержащиеся в различных докладах, методы, с помощью которых они были сделаны, а также доступные доказательства, включая видеоматериалы, представлялось вероятным, что были убиты или ранены около 50 человек. Было известно, что среди убитых были два известных командира талибов, и имеющиеся доклады позволяют сделать вывод, что среди жертв авиаудара было значительно больше талибов, чем гражданских лиц. Дальнейшее уточнение данного вопроса не представлялось возможным, поскольку социальные и

религиозные обычаи жителей Афганистана не позволяли использовать современные методы судебно-медицинской экспертизы, включая необходимость проведения эксгумации тел или ДНК-анализа. В любом случае количество людей, находившихся на месте в момент авиаудара, не являлось основанием для того, чтобы подвергать сомнению предположение полковника К. о том, что он имел дело исключительно с боевиками движения «Талибан».

41. Что касается ответственности полковника К. согласно Кодексу преступлений против международного права Германии, то Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде решил, что авиаудар 4 сентября 2009 г. соответствовал требованиям функционального контекста и объективным элементам подпункта 3 пункта 1 статьи 11 данного Кодекса, поскольку он представлял собой атаку с применением средств вооруженной борьбы в связи с вооруженным конфликтом в Афганистане немеждународного характера. Субъективная сторона состава преступления, напротив, отсутствовала. Требовалось наличие прямого умысла причинить несоразмерный сопутствующий ущерб. Полковник К. убедительно утверждал, что он действовал исходя из предположения о том, что на месте происшествия находились только боевики. Следовательно, он не только не ожидал причинения ущерба гражданским лицам с определенностью, которая требуется указанным положением Кодекса, скорее, он вообще не ожидал причинения такого ущерба. Соответственно, не возникало даже вопроса о несоразмерности ожидаемого сопутствующего ущерба.

42. Бензовозы были захвачены организованной группой вооруженных боевиков движения «Талибан». Как члены этой группы, так и бензовозы являлись законными военными мишенями в тот момент, когда полковник К. отдавал приказ о нанесении авиаудара. Что касается движения «Талибан», Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде пояснил, что в соответствии с международным правом все лица, которые были функционально интегрированы в организованную вооруженную группировку и выполняли в ее составе непрерывную боевую функцию, считались не гражданскими лицами, а законными военными мишенями. Эти лица могли подвергаться нападению за пределами продолжающихся военных действий до тех пор, пока они бесповоротно и окончательно не откажутся от выполнения этой боевой функции (см. ниже § 80).

43. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде решил, что общее уголовное право оставалось применимым, и пришел к выводу, что его компетенция охватывает уголовное преследование за преступления, предусмотренные Уголовным кодексом Германии, в ситуациях, когда военные действия попадают в сферу регулирования Кодекса преступлений против международного права Германии. Однако полковник К. не мог

быть привлечен к ответственности на основании Уголовного кодекса Германии, а старший сержант W. не мог нести ответственность за пособничество полковнику К. Хотя объективная и субъективная стороны состава преступления (убийства) имели место, действия полковника К. были законными в соответствии с международным правом, что являлось обстоятельством, исключающим ответственность в отношении военных действий.

44. Статус жертв авиаудара согласно международному гуманитарному праву имеет решающее значение для установления его законности. Вооруженные боевики, связанные с негосударственными участниками вооруженного конфликта немеждународного характера, и гражданские лица, непосредственно участвующие в боевых действиях, являлись законными мишенями для военных атак, тогда как гражданские лица, непосредственно не участвующие в боевых действиях, таковыми не являлись. Вооруженные боевики движения «Талибан», захватившие два бензовоза, и ставшими, по всей видимости, в основном жертвами авиаудара, действительно являлись членами организованной группы, которая участвовала в вооруженном конфликте. Соответственно, они были законными военными мишенями, «уничтожение» которых было допустимо в рамках военной необходимости; в отношении последней в настоящем деле не было установлено каких-либо ограничений.

45. Авиаудар привел к гибели гражданских лиц, которые находились под защитой международного гуманитарного права и не являлись законными мишенями военной атаки. Можно было бы принять как допущение, что все те жертвы авиаудара, которые не являлись боевиками движения «Талибан», были гражданскими лицами, не принимавшими участия в боевых действиях, включая тех, кто помогал боевикам вытаскивать бензовозы из песка, и тех, кто пытался получить топливо для себя. Однако приказ полковника К. нанести авиаудар был законным в соответствии с международным правом, даже с учетом того, что в результате него также погибли гражданские лица, находившиеся под защитой международного гуманитарного права. Международное гуманитарное право запрещает атаки на гражданских лиц как таковых или на военный объект только в том случае, если ущерб для гражданских лиц, ожидаемый на момент вынесения приказа об атаке, несоразмерен («чрезмерен») ожидаемому, фактическому и прямому военному преимуществу (см. ниже § 81). Военный стандарт несоразмерности, то есть запрет чрезмерности, нельзя приравнивать к более строгому критерию отсутствия целесообразности. Объективно обоснованные ожидания нападавшего в момент военных действий были решающими как с точки зрения тактического военного преимущества, так и в отношении прогнозируемого сопутствующего ущерба гражданскому населению. Сопутствующий

ущерб гражданскому населению имеет значение для проверки соразмерности только в том случае, если командующий не принял «практически осуществимых мер предосторожности», которые позволили бы ему предвидеть причинение значительного подобного ущерба гражданским лицам. Несоразмерность в указанном смысле может быть вменена только в случае превышения права.

46. Рассматриваемый авиаудар преследовал две военные цели: уничтожение бензовозов и топлива, захваченных талибами, а также уничтожение боевиков движения «Талибан». Учитывая обстоятельства, известные полковнику К. (удаленность песчаного берега от населенных пунктов, ночное время суток и присутствие вооруженных талибов), а также сведения, переданные осведомителем, у полковника К. не было оснований предполагать, что на месте происшествия могли находиться гражданские лица. Отсутствовала возможность своевременно провести дополнительную разведку и/или принять дополнительные меры предосторожности. Полковник К. не был обязан учитывать риск того, что бензовозы или топливо останутся в руках талибов. Обстоятельства дела дали достаточные основания полагать, что указанные лица являлись законной мишенью для военного нападения: абсолютной уверенности не требовалось.

47. Однако даже если условно предположить, что полковник К. должен был предвидеть убийство нескольких десятков находящихся под защитой гражданских лиц, это не было бы совершенно несообразно ожидаемому военному преимуществу и не нарушило бы принцип использования самых «мягких» из возможных средств. Фактически вопрос о средствах обсуждался до нанесения авиаудара полковником К., старшим сержантом W. и пилотами. Вопреки рекомендации последних применить более тяжелую артиллерию, полковник К. предпочел использовать бомбы наименьшей силы и взрыватели замедленного действия, что ограничивало эффективную дальность действия бомб.

48. Общее обязательство заблаговременно предупреждать о нападении, которое потенциально может причинить сопутствующий ущерб гражданскому населению, не затрагивало вывод о допустимости приказа о нападении в соответствии с международным правом. В дополнение к тому, что полковник К. действовал исходя из обоснованного предположения о том, что санкционированный им авиаудар не причинит ущерба гражданским лицам, от вышеупомянутого обязательства можно было отказаться, если того требуют преобладающие обстоятельства (см. ниже § 81). В данном случае предупреждение могло воспрепятствовать законной военной цели уничтожения боевиков движения «Талибан».

49. Любое предполагаемое нарушение внутренних правил, например Правил ведения боевых действий МССБ, которые предполагают самоограниче-

ние в интересах достижения долгосрочного политического решения афганского конфликта и обеспечивают более высокий уровень защиты гражданского населения, чем тот, что требуется в соответствии с международным правом, не имеет значения для оценки законности военных действий.

3. Участие заявителя в расследовании и его возражения в отношении вынесения постановления о прекращении дела

(а) Доступ к материалам расследования

50. 12 апреля 2010 г. заявитель через своего законного представителя обратился в Федеральную генеральную прокуратуру с заявлением о возбуждении уголовного дела по факту смерти, *inter alios*, двух его сыновей. Он также ходатайствовал о предоставлении доступа к материалам расследования. Представитель заявителя предъявил доверенность на совершение действий от имени заявителя, а также подтвердил другие полномочия, дающие ему право действовать от имени родственников еще 113 человек, предположительно убитых в результате авиаудара. Письмом от 27 апреля 2010 г. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде уведомил представителя заявителя о том, что уголовное дело к этому моменту было прекращено без заслушивания заявителя и что его ходатайство о доступе к материалам расследования требует более тщательной оценки статуса заявителя в качестве потерпевшего. Впоследствии письмами от 9 июня и 7 июля 2010 г. заявитель подавал ходатайства, которые Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде в письмах от 16 июля и 3 сентября 2010 г. отклонил как необоснованные. 1 сентября 2010 г. представитель заявителя ограничил свой запрос о доступе к материалам расследования, ранее сделанный от имени всех лиц, которых он представлял, только запросом от имени заявителя. 3 сентября 2010 г. заявителю был предоставлен доступ к незасекреченным материалам уголовного дела. Отредактированный вариант постановления о прекращении уголовного дела был вручен представителю заявителя 15 октября 2010 г., через два дня после его окончательного изготовления. Представитель заявителя ознакомился с материалами дела в Федеральной генеральной прокуратуре 26 октября 2010 г.

(b) Ходатайство о предъявлении публичных обвинений

51. 15 ноября 2010 г. заявитель обратился в Высший земельный суд г. Дюссельдорфа с требованием предъявить подозреваемым публичные обвинения или в качестве альтернативы продолжить расследование дела для установления их ответственности в соответствии с Уголовным кодексом Германии. Он утверждал, в частности, что необ-

ходимо провести определенные дополнительные следственные действия для полного установления объективных обстоятельств авиаудара.

52. 13 декабря 2010 г. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде представил свои комментарии по делу и просил отклонить ходатайство заявителя как неприемлемое для рассмотрения по существу вследствие несоблюдения формальных требований или в качестве альтернативы как необоснованное из-за того, что в доводах заявителя не содержалось достаточных оснований предполагать, что подозреваемые подлежали уголовной ответственности. Опровергая доводы заявителя в отношении предполагаемых недостатков расследования, Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде утверждал, что все необходимые следственные действия, которые имели какие-либо перспективы успеха, были выполнены. Кроме того, даже на основании представленных заявителем фактических данных невозможно было установить нарушения международного гуманитарного права.

53. 16 февраля 2011 г. Высший земельный суд г. Дюссельдорфа отклонил ходатайство заявителя о предъявлении публичных обвинений как неприемлемое для рассмотрения по существу. Он считал, что доводы заявителя не удовлетворяли формальным требованиям (см. ниже § 99). Заявитель не прокомментировал, в достаточной степени или вообще, некоторые доказательства, на которых было основано постановление Генерального прокурора при Федеральном верховном суде от 13 октября 2010 г. о прекращении производства по делу и которые были перечислены в нем. Из доводов заявителя не было ясно, к каким доказательствам он имел доступ, а к каким нет. Вопреки своему обязательству подтвердить факты, которые могут исключать вину подозреваемых, заявитель ограничился представлением отдельных частей некоторых доказательств, в частности тех, которые, по его мнению, подтверждали обвинения. Так, он подробно не прокомментировал (i) показания полковника К., данные начальнику штаба МССБ 5 сентября 2009 г., на двух страницах; (ii) доклад военной полиции от 9 сентября 2009 г.; (iii) протоколы радиопереговоров между пилотами и старшим сержантом W. непосредственно перед сбрасыванием бомбы; (iv) видеозаписи с самолета F-15 и не обосновал, почему оценка Генеральным прокурором при Верховном суде указанных доказательств предположительно была неправильной. В отношении той части, в которой заявитель утверждал, что доклад неправительственной правозащитной организации, к которому ему был предоставлен доступ, содержал вывод о незаконности авиаудара и нарушении международного гуманитарного права, он не изложил основные доводы, которые привели к данному выводу. То же самое относится и к ссылке заявителя на докладную записку бригад-

ного генерала V. от 4 сентября 2009 г. В результате факты, представленные заявителем, не позволили Высшему земельному суду определить, основываясь только на изложении дела заявителем, имелись ли достаточные основания для подозрений в отношении лиц, фигурирующих в деле, и, следовательно, основания для предъявления обвинений. Кроме того, заявитель не предоставил надлежащих или вообще каких-либо доказательств в связи с некоторыми обличающими подозреваемых утверждениями, в частности, о том, что местный осведомитель не находился на берегу реки, что пилоты самолета F-15 требовали проведения дополнительной разведки, что многие гражданские лица находились ночью на улице в момент авиаудара, поскольку был праздник Рамадан, и что боевики движения «Талибан» обычно действовали группами из 10 или менее человек.

(с) Жалоба на нарушение права быть заслушанным

54. 28 марта 2011 г. заявитель подал жалобу на нарушение права быть заслушанным (*Gehörsrüge*) в отношении определения Высшего земельного суда г. Дюссельдорфа. Он утверждал, что данный суд вынес определение, не предоставив ему возможности прокомментировать замечания Генерального прокурора при Федеральном верховном суде или своего защитника. Кроме того, нельзя было предвидеть, что заявителю придется уточнять имеющиеся у него сведения о конкретных доказательствах, на которые ссылался Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде, и излагать содержание этих документов по существу. Высший земельный суд г. Дюссельдорфа должен был проинформировать заявителя об этом до отклонения его ходатайства. В любом случае требование, чтобы заявитель комментировал все доказательства, на которые ссылался Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде, сделало бы ходатайство заявителя о предъявлении публичных обвинений неэффективным с учетом объема дела.

55. Определением от 31 марта 2011 г. Высший земельный суд г. Дюссельдорфа отклонил жалобу заявителя как необоснованную. Определение от 16 февраля 2011 г. было основано исключительно на доводах заявителя как таковых для того, чтобы установить, были ли соблюдены формальные требования. Высший земельный суд г. Дюссельдорфа принял во внимание тот факт, что заявителю был предоставлен ограниченный доступ к материалам расследования. У Высшего земельного суда г. Дюссельдорфа не было обязанности указывать на пробелы в доводах заявителя, поскольку срок для подачи ходатайства о предъявлении публичных обвинений истек и формальные недостатки более не могли быть исправлены.

4. Производство в Федеральном конституционном суде Германии

56. 17 марта и 27 апреля 2011 г. заявитель через своего адвоката подал конституционную жалобу в Федеральный конституционный суд Германии. Данная жалоба включала в себя предыдущую и, кроме того, жалобу на определение Высшего земельного суда г. Дюссельдорфа от 31 марта 2011 г. Ссылаясь на неэффективность расследования уголовного дела, заявитель, в частности, утверждал, что не были выполнены все необходимые следственные действия для всестороннего установления объективных обстоятельств авиаудара: ни заявитель, ни очевидцы, ни военные эксперты не были допрошены в целях определения того, могли ли подозреваемые справедливо обосновать свое решение о нанесении авиаудара с учетом имеющейся у них информации и были ли приняты достаточные меры предосторожности. Количество пострадавших не было установлено, также отсутствовали медицинские заключения о причинах их смерти. Кроме того, заявитель, будучи ближайшим родственником двух жертв авиаудара, в недостаточной степени участвовал в судебном разбирательстве вследствие ограниченного и несвоевременно предоставленного доступа к материалам расследования, отсутствия возможности быть заслушанным, несвоевременного вручения постановления Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о прекращении производства по делу и чрезмерных требований к приемлемости жалобы для рассмотрения по существу, установленных Высшим земельным судом г. Дюссельдорфа.

57. 8 декабря 2014 г. Федеральный конституционный суд Германии отказал в принятии к рассмотрению конституционной жалобы (№ 2 BvR 627/14) в части доступа к материалам расследования. Заявитель не обжаловал данное решение в Европейский Суд.

58. 19 мая 2015 г. Федеральный конституционный суд Германии отказал в принятии к рассмотрению конституционной жалобы (№ 2 BvR 987/11) в части, касающейся эффективности расследования уголовного дела, признав ее в любом случае необоснованной. Хотя заявитель имел право на эффективное расследование уголовного дела, как постановление Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о прекращении производства, так и определение Высшего земельного суда г. Дюссельдорфа в отношении его ходатайства о предъявлении публичных обвинений, удовлетворяли соответствующим требованиям.

59. Постановление Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о прекращении производства по делу не содержало ошибочной оценки значимости права на жизнь и вытекающего из него обязательства государства по ее защите или требо-

вания о проведении эффективного расследования случаев смерти, как определено в прецедентной практике Федерального конституционного суда Германии и Европейского Суда. В постановлении Генерального прокурора при Федеральном верховном суде содержались описание проведенных им следственных действий и вывод об отсутствии достаточных оснований для разумных подозрений. Указанное постановление в основном ссылалось на презумпцию того, что подозреваемые на момент вынесения приказа о нанесении авиаудара были убеждены в том, что лица, находившиеся в непосредственной близости от бензовозов, были вооруженными боевиками, что исключало умысел, требуемый для привлечения к ответственности согласно подпункту 3 пункта 1 статьи 11 Кодекса преступлений против международного права Германии. Данный вывод не был произвольным и, следовательно, не вызывал возражений с точки зрения конституционного права.

60. Дополнительные следственные действия, такие как допрос свидетелей, ставших очевидцами авиаудара, не изменили бы этот вывод. Факты сбрасывания бомб и гибели множества гражданских лиц никогда не подвергались сомнению. Ключевым основанием для вынесения постановления о прекращении расследования послужило то обстоятельство, что нельзя было доказать уверенное знание подозреваемых о том, что в результате авиаудара будут ранены или убиты гражданские лица. Ни данный вывод, ни следственные действия, проведенные в этих целях, не вызывали вопросов с точки зрения конституционного права. Наконец, позиция Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о том, что он также обладал компетенцией для расследования преступлений, предусмотренных Уголовным кодексом Германии, которые могли быть совершены в результате деяния, ставшего основанием для расследования им преступления в соответствии с Кодексом преступлений против международного права Германии, не была произвольной.

61. Федеральный конституционный суд Германии также постановил, что определение Высшего земельного суда г. Дюссельдорфа от 16 февраля 2011 г. не вызывает вопросов по смыслу конституционного права. Проведенные следственные действия и их документирование Генеральным прокурором при Верховном суде соответствовали конституционным требованиям. Таким образом, последующее решение суда о пересмотре дела не могло привести к нарушению права на эффективное уголовное расследование. В этом отношении не имел решающего значения тот фактор, отклонил ли суд ходатайство о предъявлении публичных обвинений как неприемлемое для рассмотрения по существу или как необоснованное, коль скоро можно было установить возможность рассмотрения оспариваемого постановления о прекращении производства

по делу. Высший земельный суд г. Дюссельдорфа отклонил указанное ходатайство как неприемлемое для рассмотрения по существу, но характер и объем его доводов свидетельствовали о том, что он детально изучил постановление Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о прекращении производства по делу и задокументированные в нем следственные действия.

62. Кроме того, Федеральный конституционный суд Германии установил, что определение Высшего земельного суда г. Дюссельдорфа не содержало ошибочной оценки важности и объема права заявителя на эффективную защиту его законных интересов (*Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz*). В этом отношении требования, установленные Высшим земельным судом г. Дюссельдорфа относительно содержания ходатайства о предъявлении публичных обвинений, не вызывают вопросов с точки зрения конституционного права. Поскольку заявитель в значительной степени основывал свое ходатайство на содержании материалов расследования, он должен был представить по существу содержание доказательств, на которые он ссылался, в противном случае намерение законодателя, согласно которому компетентный суд должен иметь возможность рассматривать убедительность ходатайства исключительно на основании изложения дела заявителем, не будет реализовано. Выборочное или даже искаженное представление показаний подозреваемого или допросов свидетелей может создать неверное представление о результатах расследования, которое нелегко скорректировать. Это требование может обязывать заявителя также предоставлять информацию об обстоятельствах, которые могли бы исключить ответственность подозреваемого. В настоящем деле заявитель не выполнил указанные требования.

63. Наконец, определение Высшего земельного суда г. Дюссельдорфа не нарушило право заявителя быть заслушанным. В этом отношении Федеральный конституционный суд Германии подтвердил доводы Высшего земельного суда г. Дюссельдорфа, изложенные в его определении от 31 марта 2011 г.

64. Решение Федерального конституционного суда Германии было вручено адвокату заявителя 13 июля 2015 г.

5. Другие, относящиеся к делу расследования

65. После того как командующий МССБ узнал об авиаударе утром 4 сентября 2009 г., он начал расследование. Группа первоначального реагирования прибыла в г. Кундуз ближе к вечеру, ознакомилась с видеозаписями с самолета F-15 и допросила нескольких членов ГВП «Кундуз», включая полковника К. На следующий день члены группы провели расследование на месте, посетили больницу и встретились с официальными лицами Афганистана. В своем докладе от 6 сентября 2009 г.

они рекомендовали провести дополнительную оценку событий совместной комиссией по расследованию. Указанная комиссия завершила расследование 26 октября 2009 г. и опубликовала свои выводы во втором докладе (доклад командующего МССБ о расследовании). Оба доклада имели гриф «Секретно НАТО/МССБ».

66. Приказом Президента Исламской Республики Афганистан 4 сентября 2009 г. в г. Кундуз была направлена комиссия по расследованию, члены которой допросили свидетелей авиаудара и собрали доказательства. Итоговый доклад комиссии был опубликован 10 сентября 2009 г. В нем был сделан вывод о том, что в результате авиаудара погибли 99 человек, из них 69 боевиков и 30 гражданских лиц. Кроме того, как боевики, так и гражданские лица получили ранения. В докладе также отмечалось, что авиаудар был направлен против боевиков и привел к ослаблению сети талибов.

67. Миссия Организации Объединенных Наций по содействию Афганистану собрала информацию о возможных жертвах авиаудара. Она составила список с личными данными 109 погибших и 33 раненых. Кроме того, она сообщила об авиаударе в своем ежегодном докладе (МООНСА, Защита гражданских лиц в условиях вооруженного конфликта. Ежегодный доклад за 2009 год, январь 2010 года) следующим образом:

«Авиаудар по захваченным бензовозам в Алиабдском районе провинции Кундуз

...3 сентября группа талибов захватила два бензовоза на главной дороге между провинциями Кундуз и Баглан. Они пытались перейти реку Кундуз в направлении округа Чахар-Дара, недалеко от села Омархел Алиабдского района. Грузовики застряли в русле реки, и, не сумев вытащить их, талибы привлекли жителей близлежащих деревень, чтобы те собрали топливо. Пока жители села откачивали топливо, несколько часов спустя, рано утром 4 сентября, был нанесен авиаудар. Расследование было осложнено тем, что возникший в результате авиаудара огненный шар сжег большое количество людей, что чрезвычайно затруднило идентификацию жертв. Не подлежит сомнению, что на этом месте находились талибы, но очевидно, что рядом с грузовиками также было много мирных жителей. По данным расследования МООНСА, 74 мирных жителей, в том числе много детей, были убиты».

68. Международный комитет Красного Креста начиная с 5 сентября 2009 г. также проводил расследование, касающееся авиаудара, и 30 октября 2009 г. представил МССБ конфиденциальный доклад.

69. 16 декабря 2009 г. Парламент Германии создал комиссию по расследованию, *inter alia*, того, не выходил ли авиаудар за пределы мандата, предоставленного парламентом Вооруженным силам Германии, а также для оценки его соответствия плану проведения операции, применимым приказам и правилам ведения боевых действий. 20 октября

2011 г. комиссия завершила расследование и опубликовала свой доклад. Что касается количества жертв авиаудара, комиссия отметила, что в разных докладах указывались от 14 до 142 погибших (от 14 до 113 гражданских лиц) и от 10 до 33 раненых (от четырех до девяти гражданских лиц). Что касается соблюдения действующих приказов и правил ведения боевых действий, был сделан вывод, что полковник К. допустил некоторые процессуальные ошибки, отдавая приказ о нанесении авиаудара, и частично нарушил применимые правила МССБ по ведению боевых действий. Следовательно, исходя из имеющейся у комиссии информации авиаудар нельзя было считать соразмерным, и не следовало отдавать приказ о его нанесении. При этом комиссия также отметила, что полковник К. действовал на соответствующий момент времени на основе имеющейся у него информации и для защиты «своих» военнослужащих. Таким образом, было понятно его решение отдать приказ о нанесении авиаудара.

6. Гражданское производство о возмещении ущерба

70. Заявитель вместе с другим лицом подали гражданский иск к Федеративной Республике Германия о возмещении ущерба в связи с убийством их родственников в результате авиаудара 4 сентября 2009 г. После того как Земельный суд г. Бонна отклонил иск и обжалование в Высшем земельном суде г. Кельна не дало результатов, Федеральный верховный суд Германии своим решением от 6 октября 2016 г. отклонил жалобу истцов по вопросам права как необоснованную. Он оставил открытым вопрос о том, можно ли предъявить Германии иск за экстерриториальные военные действия Бундесвера под оперативным командованием НАТО. Вместе с тем он установил, во-первых, что истцы как физические лица не могли требовать возмещения ущерба от Германии за нарушение международного гуманитарного права непосредственно на основе международного права, поскольку такое право, как правило, может осуществляться только их государством. Во-вторых, Федеральный верховный суд Германии установил, что Закон Германии об ответственности государства не может быть применен к ущербу, причиненному иностранным гражданам Вооруженными силами Германии в рамках их развертывания за границей в условиях вооруженного конфликта. Независимо от этого вопроса о применимости, указанное требование истцов должно было быть отклонено в любом случае, поскольку военнослужащие или командование Германии не нарушили своих служебных обязанностей, в частности отсутствовало виновное нарушение норм международного гуманитарного права со стороны полковника К. Высший

земельный суд не допустил ошибки в толковании нормы права, когда определил, ссылаясь на факты, установленные Земельным судом г. Бонна, что в момент вынесения приказа о нанесении авиаудара полковник К. объективно не мог предвидеть присутствие гражданских лиц на месте авиаудара и что все возможные меры предосторожности были приняты. Федеральный конституционный суд Германии отказался рассматривать конституционную жалобу заявителя, поданную в отношении данного гражданского производства (дело № 2 BvR 477/17, определение от 18 ноября 2020 г., вручено 16 декабря 2020 г.).

СООТВЕТСТВУЮЩЕЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА

I. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОКУМЕНТЫ

А. Резолюции Совета Безопасности ООН и международные соглашения по Афганистану и МССБ

*1. Соглашение о временных механизмах в Афганистане до восстановления постоянно действующих правительственных институтов от 5 декабря 2001 г.
(далее – Боннское соглашение)*

71. Боннское соглашение в соответствующих частях гласит:

«Участники переговоров по Афганистану под эгидой Организации Объединенных Наций...

подтверждая независимость, национальный суверенитет и территориальную целостность Афганистана,

признавая право народа Афганистана свободно определять свое политическое будущее в соответствии с традициями ислама, с принципами демократии, плюрализма и социальной справедливости...

признавая, что для обеспечения всестороннего формирования и функционирования новых сил безопасности Афганистана может потребоваться некоторое время и что, следовательно, необходимо до этого ввести в действие другие механизмы обеспечения безопасности, как изложено в Приложении I к настоящему соглашению...

договорились о следующем.

[III.] ВРЕМЕННАЯ АДМИНИСТРАЦИЯ

...V. Заключительные положения

...3) Временная администрация будет сотрудничать с международным сообществом в борьбе против терроризма, наркотиков и организованной преступности. Она возьмет на себя обязательство соблюдать международное право и поддерживать мирные и дружественные отношения с соседними странами и остальными членами международного сообщества...

ПРИЛОЖЕНИЕ I

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СИЛЫ БЕЗОПАСНОСТИ

1. Участники переговоров по Афганистану под эгидой Организации Объединенных Наций признают, что ответственность за обеспечение безопасности и правопорядка на всей территории страны лежит на самих афганцах. В связи с этим они обязуются приложить все усилия и влияние для обеспечения безопасности, в том числе безопасности всех сотрудников Организации Объединенных Наций и сотрудников других международных правительственных и неправительственных организаций, размещенных в Афганистане.

2. Имея в виду данную цель, участники просят международное сообщество оказать новым органам власти Афганистана помощь в формировании и обучении новых сил безопасности и Вооруженных сил Афганистана.

3. Сознывая, что для полного формирования и функционирования новых сил безопасности и Вооруженных сил Афганистана требуется некоторое время, участники переговоров по Афганистану под эгидой Организации Объединенных Наций просят Совет Безопасности Организации Объединенных Наций рассмотреть вопрос о выдаче разрешения на скорейшую отправку в Афганистан сил с мандатом Организации Объединенных Наций. Эти силы будут оказывать помощь в обеспечении безопасности в г. Кабуле и прилегающих к нему районах. По необходимости эти силы могли бы постепенно охватывать другие городские центры, а также иные районы.

4. Участники переговоров по Афганистану под эгидой Организации Объединенных Наций обязуются вывести все воинские подразделения из г. Кабула, других городских центров, а также из иных районов, в которых будут размещены силы с мандатом Организации Объединенных Наций. Было бы также целесообразно, чтобы такие силы участвовали в восстановлении инфраструктуры Афганистана».

2. Резолюция Совета Безопасности ООН от 20 декабря 2001 г. № 1386(2001)

72. Данная Резолюция в соответствующих частях гласит:

«Совет Безопасности,

подтверждая свои предыдущие резолюции по Афганистану, в частности свои Резолюции № 1378(2001) от 14 ноября 2001 г. и № 1383(2001) от 6 декабря 2001 г.,

поддерживая международные усилия по искоренению терроризма в соответствии с положениями Устава Организации Объединенных Наций и подтверждая также свои Резолюции № 368(2001) от 12 сентября 2001 г. и № 1373(2001) от 28 сентября 2001 г.,

приветствуя развитие событий в Афганистане, которое позволит всем афганцам пользоваться неотъемлемыми правами и свободой без угрозы подавления и страха,

признавая, что ответственность за обеспечение безопасности и правопорядка на всей территории страны лежит на самих афганцах,

вновь подтверждая свое одобрение Соглашения о временных механизмах в Афганистане до восстановления постоянно действующих правительственных институтов, подписанного в г. Бонне 5 декабря 2001 г. (S/2001/1154) (Боннское соглашение),

принимая к сведению содержащуюся в пункте 3 Приложения I к Боннскому соглашению просьбу к Совету Безопасности рассмотреть вопрос о выдаче разрешения на скорейшую отправку в Афганистан международных сил безопасности, а также брифинг Специального представителя Генерального секретаря от 14 декабря 2001 г. о его контактах с афганскими властями, в ходе которых они приветствовали направление в Афганистан санкционированных Организацией Объединенных Наций международных сил безопасности,

принимая к сведению письмо д-ра Абдуллы Абдуллы от 19 декабря 2001 г. на имя Председателя Совета Безопасности (S/2001/1223),

приветствуя письмо министра иностранных дел и по делам Содружества Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии от 19 декабря 2001 г. на имя Генерального секретаря (S/2001/1217) и принимая к сведению содержащееся в нем предложение Соединенного Королевства взять на себя ведущую роль в организации Международных сил содействия безопасности и в командовании ими,

подчеркивая, что все афганские силы должны строго соблюдать свои обязательства согласно нормам в области прав человека, включая уважение прав женщин, и нормам международного гуманитарного права,

подтверждая свою твердую приверженность суверенитету, независимости, территориальной целостности и национальному единству Афганистана,

определяя, что положение в Афганистане все еще представляет собой угрозу международному миру и безопасности,

будучи преисполнен решимости обеспечить полное осуществление мандата Международных сил содействия безопасности в сотрудничестве с Временной администрацией Афганистана, учрежденной в соответствии с Боннским соглашением,

действуя в этих целях на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций:

1) *санкционирует*, как это предусмотрено в Приложении I к Боннскому соглашению, создание на период в шесть месяцев Международных сил содействия безопасности для оказания помощи Временной администрации Афганистана в обеспечении безопасности в г. Кабуле и прилегающих к нему районах, с тем, чтобы Временная администрация Афганистана, а также персонал Организации Объединенных Наций могли действовать в условиях безопасности;

2) *призывает* государства-члены предоставить персонал, оборудование и другие ресурсы Международным силам содействия безопасности и предлагает этим государствам-членам про-

информировать руководство сил и Генерального секретаря;

3) *санкционирует* принятие государствами-членами, участвующими в Международных силах содействия безопасности, всех необходимых мер для выполнения их мандата;

4) *призывает* Международные силы содействия безопасности работать в тесном сотрудничестве с Временной администрацией Афганистана над осуществлением мандата сил, а также со Специальным представителем Генерального секретаря;

5) *призывает* всех афганцев сотрудничать с Международными силами содействия безопасности и соответствующими международными правительственными и неправительственными организациями и приветствует обязательство сторон Боннского соглашения приложить все усилия и влияние для обеспечения безопасности, включая обеспечение охраны, безопасности и свободы передвижения всех сотрудников Организации Объединенных Наций и сотрудников других международных правительственных и неправительственных организаций, размещенных в Афганистане;

6) *принимает к сведению* содержащееся в Приложении I к Боннскому соглашению обязательство афганских сторон этого Соглашения вывести из Кабула все военные подразделения и призывает их осуществить это обязательство в сотрудничестве с Международными силами содействия безопасности;

7) *призывает* соседние государства и другие государства-члены предоставить Международным силам содействия безопасности такую необходимую помощь, которая может потребоваться, включая предоставление разрешений на пролет самолетов и транзит;

8) *подчеркивает*, что расходы в связи с Международными силами содействия безопасности будут нести соответствующие участвующие государства-члены, просит Генерального секретаря создать целевой фонд, через который взносы можно было бы направлять соответствующим государствам-членам или на соответствующие операции, и призывает государства-члены вносить взносы в такой фонд;

9) *предлагает* руководству Международных сил содействия безопасности представлять через Генерального секретаря периодические доклады о ходе осуществления их мандата;

10) *призывает* государства-члены, участвующие в Международных силах содействия безопасности, оказывать Временной администрации Афганистана содействие, чтобы помочь ей в формировании и обучении новых сил безопасности и Вооруженных сил Афганистана;

11) *решает* продолжать активно заниматься этим вопросом».

3. Последующие Резолюции Совета Безопасности ООН

73. В Резолюции от 13 октября 2003 г. № 1510(2003) Совет Безопасности ООН расширил

мандат МССБ и распространил его на территорию Афганистана за пределы г. Кабула и его окрестностей.

74. В дополнение, Совет Безопасности ООН постоянно пересматривал разрешение, данное МССБ Резолюцией № 1386(2001). В период, относившийся к обстоятельствам дела, Резолюцией Совета Безопасности ООН от 22 сентября 2008 г. № 1833(2008) полномочия МССБ были продлены на один год начиная с 13 октября 2008 г. Указанная Резолюция в соответствующих частях гласит:

«Совет Безопасности...

признавая, что ответственность за обеспечение безопасности и правопорядка на всей территории страны лежит на афганских властях, подчеркивая роль Международных сил содействия безопасности (МССБ) в оказании помощи Правительству Афганистана в улучшении положения в области безопасности и приветствуя сотрудничество Правительства Афганистана с МССБ...

подчеркивая центральную и беспристрастную роль, которую Организация Объединенных Наций продолжает играть в содействии обеспечению мира и стабильности в Афганистане, возглавляя усилия международного сообщества и отмечая в этом контексте взаимодействие целей Миссии Организации Объединенных Наций по содействию Афганистану (МООНСА) и МССБ, а также подчеркивая необходимость укрепления сотрудничества, координации и взаимной поддержки с учетом их соответствующих установленных обязанностей...

выражая также свою озабоченность по поводу пагубных последствий насилия и террористической деятельности со стороны «Талибана», «Аль-Каиды» и других экстремистских групп для способности Правительства Афганистана гарантировать верховенство права и обеспечивать безопасность и предоставление основных услуг афганскому народу, а также полное осуществление его прав человека и основных свобод,

подтверждая свою поддержку продолжающимся усилиям Правительства Афганистана, при содействии международного сообщества, включая МССБ и коалицию, осуществляющую операцию «Несокрушимая свобода» (далее – ОНС), по улучшению положения в области безопасности и дальнейшему противодействию угрозе, создаваемой «Талибаном», «Аль-Каидой» и другими экстремистскими группами, и подчеркивая в этой связи потребность в последовательных международных усилиях, в том числе усилиях МССБ и коалиции, осуществляющей ОНС...

признавая усилия, предпринимаемые МССБ и другими международными силами с целью свести к минимуму опасность гибели гражданских лиц, и призывая их к тому, чтобы прилагать дальнейшие активные усилия в этом отношении, в частности, путем постоянного пересмотра тактики и процедур, а также путем проведения анализа принятых мер и расследований в сотрудничестве с Правительством Афганистана в случаях, когда имеются жертвы среди гражданского населения и когда Правительство Афганистана считает такие совместные расследования приемлемыми...

напоминая о ведущей роли, которую при поддержке Организации Объединенных Наций будут играть власти Афганистана в организации следующих президентских выборов, и подчеркивая важность поддержки, которую должны оказать властям Афганистана МССБ в обеспечении безопасных условий для проведения этих выборов...

выражая признательность Организации Североатлантического договора (НАТО) за ее руководящую роль и многим странам за их вклад в деятельность МССБ и коалиции, осуществляющей ОНС, включая морской перехват, который действует в рамках контртеррористических операций в Афганистане и в соответствии с применимыми нормами международного права,

определяя, что положение в Афганистане по-прежнему представляет угрозу международному миру и безопасности,

будучи преисполнен решимости обеспечить полное выполнение мандата МССБ в сотрудничестве с Правительством Афганистана,

действуя исходя из этих соображений на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций,

1) постановляет продлить полномочия Международных сил содействия безопасности, определенные в Резолюциях №№ 1386(2001) и 1510(2003), на 12-месячный период после 13 октября 2008 г.;

2) уполномочивает государства-члены, участвующие в МССБ, принимать все необходимые меры для выполнения их мандата...

5) призывает МССБ продолжать действовать в тесном сотрудничестве с Правительством Афганистана и Специальным представителем Генерального секретаря, а также с коалицией, осуществляющей ОНС, в целях реализации мандата сил;

6) предлагает руководству МССБ продолжать регулярно информировать Совет Безопасности через Генерального секретаря об осуществлении их мандата, в том числе путем представления ежеквартальных отчетов;

7) решает продолжать активно заниматься этим вопросом».

4. Военно-техническое соглашение между Международными силами содействия безопасности и Временной администрацией Афганистана от 4 января 2002 г.

75. Указанное соглашение в соответствующих частях гласит:

«Статья I. Общие обязательства

...4. В целях настоящего Военно-технического соглашения следующие выражения имеют указанное ниже значение:

...(g) под «зоной ответственности» (далее – ЗО) понимается территория, отмеченная на карте, приведенной в Приложении В...

(i) под «наступательным действием» понимается любое применение вооруженных воинских формирований...

Статья II. Статус Международных сил безопасности

1. Договоренности о статусе МССБ приведены в Приложении А.

Статья III. Обеспечение безопасности и правопорядка

1. Временная администрация признает, что она несет ответственность за обеспечение безопасности и правопорядка. Это включает в себя содержание и поддержку признанных полицейских сил, действующих в соответствии с признанными на международном уровне стандартами и законодательством Афганистана и при соблюдении признанных на международном уровне прав человека и основных свобод, а также путем принятия других мер при необходимости.

2. Временная администрация обеспечивает командование и контроль над всеми афганскими военными подразделениями в соответствии с Боннским соглашением. Временная администрация соглашается в кратчайшие возможные сроки вернуть все воинские части, базирующиеся в г. Кабуле, в специально отведенные казармы, указанные в Приложении С. Такие воинские части не будут покидать казармы без предварительного разрешения Временной администрации и уведомления командующего МССБ председателем Временной администрации.

3. Временная администрация воздерживается от всех наступательных действий в пределах ЗО...

ПРИЛОЖЕНИЕ А

Договоренности о статусе Международных сил содействия безопасности (далее – Соглашение о статусе МССБ)

Статья 1. Юрисдикция

1. Положения Конвенции о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций от 13 февраля 1946 г., касающиеся экспертов в командировках, применяются, *mutatis mutandis*, к МССБ и вспомогательному персоналу, в том числе к соответствующим офицерам связи...

3. МССБ и вспомогательный персонал, включая соответствующих офицеров связи, при любых обстоятельствах и в любой момент времени подпадают под действие исключительной юрисдикции своих соответствующих стран в отношении любых уголовных или дисциплинарных правонарушений, которые могут быть совершены ими на территории Афганистана. Временная администрация содействует странам, предоставляющим МССБ, в осуществлении их соответствующих юрисдикций.

4. МССБ и вспомогательный персонал, включая соответствующих офицеров связи, обладают иммунитетом в отношении личного ареста или задержания. Ошибочно арестованные или задержанные МССБ и вспомогательный персонал, включая соответствующих офицеров связи, должны быть незамедлительно переданы руководству МССБ. Временная администрация соглашается с тем, что МССБ и вспомогательный персонал, включая соответствующих офицеров связи, не могут быть выданы или иным образом переданы

в распоряжение международного трибунала или иного органа или государства без прямого согласия предоставившей персонал страны. МССБ должен уважать законы и культуру Афганистана...».

В. Международное право и правоприменительная практика

1. Венская конвенция о праве международных договоров

76. Статья 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (далее – Венская конвенция) устанавливает следующее:

«Статья 31. Общее правило толкования

1. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

2. Для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу и приложения:

(а) любое соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора;

(b) любой документ, составленный одним или несколькими участниками в связи с заключением договора и принятый другими участниками в качестве документа, относящегося к договору.

3. Наряду с контекстом учитываются:

(а) любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений;

(b) последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования;

(с) любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками.

4. Специальное значение придается термину в том случае, если установлено, что участники имели такое намерение».

2. Прецедентная практика Международного Суда ООН

77. В Консультативном заключении относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения (от 8 июля 1996 г.) Международный Суд ООН пришел к следующим выводам:

«...25. Суд отмечает, что защита, обеспечиваемая Международным пактом о гражданских и политических правах, не прекращается во время войны, за исключением действия статьи 4 Пакта, согласно которой во время чрезвычайного положения в государстве допускается отступление от некоторых его положений. Однако норма, касающаяся уважения права на жизнь, не относится к числу таких положений. В принципе право не быть произвольно лишённым жизни применяется и в период военных действий. Тем не

менее понятие “произвольное лишение жизни” в данном случае определяется применимым *lex specialis*, а именно правом, применимым в период вооруженного конфликта и предназначенным регулировать порядок ведения военных действий. Следовательно, вопрос о том, должен ли какой-либо конкретный случай утраты жизни в результате применения определенного вида оружия в ходе военных действий расцениваться как произвольное лишение жизни в нарушение статьи 6 Пакта, может быть решен только путем отсылки к праву, применимому в период вооруженного конфликта, а не на основании положений самого Пакта...

41. Обусловленность осуществления права на самооборону требованиями необходимости и соразмерности является нормой международного обычного права. По делу “Действия военного и полувоенного характера в Никарагуа и против Никарагуа” (“Никарагуа против Соединенных Штатов Америки”) (*Nicaragua v. United States of America*) (*I.C.J. Reports* 1986, p. 94, § 176) Суд отметил: “существует конкретная норма, согласно которой самооборона оправдывает только меры, соразмерные вооруженному нападению и необходимые для ответных действий, причем эта норма получила прочное закрепление в международном обычном праве”. Это двойное условие в равной мере относится и к статье 51 Устава, независимо от используемых силовых средств».

78. В Консультативном заключении относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории (от 9 июля 2004 г.) Международный Суд ООН отклонил довод властей Израиля о том, что документы в области прав человека, участником которых они являются, не применяются к оккупированной территории, и постановил следующее:

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

79. В Постановлении «О вооруженной деятельности на территории Конго» («Демократическая Республика Конго против Уганды») (*Democratic Republic of Congo v. Uganda*) от 19 декабря 2005 г. Международный Суд ООН постановил:

«215. Суд, установив, что действия НСОУ [Народных сил обороны Уганды], а также офицеров и солдат НСОУ приписываются Уганде, дол-

жен рассмотреть вопрос о том, нарушают ли такие действия международные обязательства Уганды. В этом отношении Суду необходимо определить соответствующие нормы и принципы международных норм в области прав человека и международного гуманитарного права.

216. Прежде всего Суд напоминает, что у него была возможность рассмотреть вопросы взаимосвязи между международным гуманитарным правом и международными нормами в области прав человека и применимости международных документов в области прав человека за пределами территории государства-участника в Консультативном заключении от 9 июля 2004 г. относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории. В данном Консультативном заключении Суд постановил, что

“защита, обеспечиваемая конвенциями по правам человека, не прекращается во время вооруженного конфликта, за исключением того, что вытекает из положений об отступлении такого рода, которое содержится в статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах. Что касается взаимосвязи между международным гуманитарным правом и нормами в области прав человека, то существуют, таким образом, три возможные ситуации: одни права могут быть исключительно вопросами международного гуманитарного права; другие могут быть исключительно вопросами норм в области прав человека; третьи могут быть вопросами, охватываемыми обеими этими отраслями международного права” (*I.C.J. Reports* 2004, p. 178, § 106).

Таким образом, Суд решил, что необходимо принимать во внимание обе отрасли международного права, а именно международные нормы в области прав человека и международное гуманитарное право. Суд также пришел к выводу, что международные договоры о правах человека применимы “в отношении действий, совершенных государством при осуществлении своей юрисдикции за пределами своей территории”, особенно на оккупированных территориях” (*ibid.*, p. 178–181, §§ 107–113).

3. Международное гуманитарное право

80. Статья 50 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) от 8 июня 1977 г. (далее – Дополнительный протокол I), который применим к международным вооруженным конфликтам, определяет гражданских лиц как лиц, не входящих в состав вооруженных сил. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) от 8 июня 1977 г. (далее – Дополнительный протокол II), который применим к вооруженным конфликтам немеждународного характера, не содержит определения понятия «гражданские лица». Определение граж-

данских лиц в Дополнительном протоколе I представляет собой норму международного обычного права, которая также применяется к вооруженным конфликтам немеждународного характера (см. Норму № 5 Исследования Международного комитета Красного Креста (МККК) в области международного обычного гуманитарного права и комментарии к ней¹). Гражданские лица пользуются защитой от нападения в вооруженных конфликтах немеждународного характера, за исключением случаев и на тот период, пока они принимают непосредственное участие в военных действиях (пункт 3 статьи 13 Дополнительного протокола II и Норма № 6 упомянутого выше Исследования в области международного обычного гуманитарного права). В отношении вооруженных конфликтов немеждународного характера в указанном Исследовании в области международного обычного гуманитарного права отмечается, что отсутствуют однозначные ответы на вопросы о том, считаются ли лица из состава вооруженных оппозиционных групп гражданскими лицами и будет ли нападение на них законно лишь в течение такого периода, пока они принимают непосредственное участие в военных действиях, или вследствие своей принадлежности к данной группе они считаются постоянно принимающими непосредственное участие в военных действиях или не считаются гражданскими лицами (см. комментарии к Нормам №№ 5 и 6). В 2009 году МККК опубликовал Руководство по толкованию понятия «непосредственное участие в военных действиях» в свете международного гуманитарного права², указав, *inter alia*, что в вооруженных конфликтах немеждународного характера организованные вооруженные группы составляют вооруженные силы участника конфликта, не являющегося государством, и включают в себя только лиц, чьей постоянной функцией является непосредственное участие в военных действиях (далее – постоянные боевые функции). Участники подобных организованных вооруженных групп, составляющих вооруженные силы негосударственной стороны в конфликте, прекращают быть гражданскими лицами и утрачивают защиту от непосредственного нападения на весь период выполнения ими постоянных боевых функций.

81. Запрет неизбирательных нападений, установленный пунктом 4 статьи 51 Дополнительного протокола I, представляет собой норму международного обычного права, которая применяется как к международным вооруженным конфликтам, так и к вооруженным конфликтам немеждународного

¹ Henckaerts J.-M. and Doswald-Beck L. (eds.). Customary International Humanitarian Law. Geneva/Cambridge: ICRC/Cambridge University Press, 2005.

² Melzer N. Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law. Geneva: ICRC, 2009.

характера (см. Нормы №№ 11–13 упомянутого выше Исследования в области международного обычного гуманитарного права и комментарии к ним). Принцип соразмерности при нападении, закрепленный в подпункте «b» пункта 5 статьи 51 и повторяющийся в абзаце (iii) подпункта «a» пункта 2 статьи 57 Дополнительного протокола I, признан в качестве нормы международного обычного права, которая применяется как к международным вооруженным конфликтам, так и к вооруженным конфликтам немеждународного характера (см. выше § 77, а также Норму № 14 упомянутого выше Исследования в области международного обычного гуманитарного права). Согласно данному принципу запрещены нападения, которые, как можно ожидать, попутно повлекут за собой гибель гражданского населения, ранения и причинение ущерба гражданским объектам или то и другое вместе, что было бы чрезмерно по отношению к ожидаемому конкретному и непосредственному военному преимуществу. Практика государств свидетельствует о том, что *ex ante* перспектива является решающей в этом отношении, и в связи с этим Германия сделала заявление при ратификации Дополнительного протокола I. Принцип принятия мер предосторожности при нападении, закрепленный в статье 57 Дополнительного протокола I, представляет собой норму международного обычного права, которая применяется как к международным вооруженным конфликтам, так и к вооруженным конфликтам немеждународного характера (см. Нормы №№ 15–21 упомянутого выше Исследования в области международного обычного гуманитарного права и комментарии к ним). В соответствии с данным принципом при проведении военных операций следует постоянно проявлять заботу о том, чтобы щадить гражданское население, гражданских лиц и гражданские объекты, и следует принимать все возможные меры предосторожности, в том числе при выборе средств и методов нападения, чтобы избежать случайных смертей среди гражданского населения, ранений гражданских лиц и причинения случайного ущерба гражданским объектам, и в любом случае свести их к минимуму. Следует принимать все практически возможные меры для того, чтобы удостовериться в том, что объекты нападения являются военными, и оценить, можно ли ожидать, что нападение вызовет случайные смерти среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и причинение случайного ущерба гражданским объектам или то и другое вместе, было бы чрезмерным по отношению к ожидаемому конкретному и непосредственному военному преимуществу. Каждый участник конфликта должен заблаговременно эффективно предупреждать о нападениях, которые могут затронуть гражданское население, за исключением тех случаев, когда этого не позволяют сделать обстоятельства, например ког-

да элемент неожиданности необходим для успеха операции или для безопасности нападающих сил. Обязательство принимать все «возможные» меры предосторожности было истолковано многими государствами как обязанность принимать такие меры предосторожности, которые осуществимы или практически реализуемы с учетом всех обстоятельств, преобладающих на соответствующий момент времени, включая гуманитарные и военные соображения.

82. Четыре Женевские конвенции от 1949 года и Дополнительный протокол I к ним, которые применимы только к международным вооруженным конфликтам (за исключением общей для них статьи 3 Конвенций), налагают на государства-участники обязательство проводить расследования и привлекать к уголовной ответственности за предполагаемые тяжкие нарушения этих Конвенций, в том числе за умышленное убийство находящихся под защитой лиц¹. Дополнительный протокол II не содержит аналогичного положения. В статье 6 данного Протокола предусмотрены определенные гарантии, которые следует соблюдать при уголовном преследовании и наказании за уголовные преступления, связанные с вооруженным конфликтом, в том числе право на суд, «обеспечивающий основные гарантии независимости и беспристрастности», и право на «незамедлительное» информирование обвиняемого о деталях инкриминируемого ему правонарушения.

83. В соответствии с устоявшейся нормой международного обычного гуманитарного права, также применимой к вооруженным конфликтам немеждународного характера, государства должны расследовать военные преступления, предположительно совершенные их гражданами или вооруженными силами или на их территории, и при необходимости, привлекать подозреваемых к уголовной ответственности. Государства также обязаны расследовать другие военные преступления, в отношении которых они обладают юрисдикцией, и при необходимости привлекать подозреваемых к уголовной ответственности (см. Норму № 158 упомянутого выше Исследования в области международного обычного гуманитарного права и комментарии к ней). Государства, участвующие в многонациональных операциях под эгидой международной организации, обязаны гарантировать соблюдение

¹ Статьи 49 и 50 Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12 августа 1949 г. (Первая Женевская конвенция); статьи 50 и 51 Женевской конвенции об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море от 12 августа 1949 г. (Вторая Женевская конвенция); статьи 129 и 130 Женевской конвенции об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г. (Третья Женевская конвенция); статьи 146 и 147 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. (Четвертая Женевская конвенция); статьи 85 и 86 Дополнительного протокола I.

своим национальным контингентом всей совокупности норм международного гуманитарного права, включая международное обычное гуманитарное право, в том числе посредством осуществления дисциплинарных и уголовных полномочий, сохраняемых за государствами¹.

84. Международное гуманитарное право возлагает на командиров обязанности по обеспечению соблюдения его норм, в том числе в части возбуждения дисциплинарных или уголовных производств в отношении подчиненных или иных лиц, находящихся под их контролем (см. статью 87 Дополнительного протокола I и комментарий МККК к ней², а также Норму № 153 упомянутого выше Исследования в области международного обычного гуманитарного права и комментарии к ней относительно соответствующей нормы об ответственности командования за неспособность предотвратить, пресечь военные преступления или сообщить о них).

85. В 2019 году МККК и Женевская академия международного гуманитарного права и прав человека опубликовали «Руководство по расследованию нарушений международного гуманитарного права: право, руководящие принципы и передовой опыт» (далее – Руководство по расследованию нарушений международного гуманитарного права), в котором отмечается, что в международном гуманитарном праве содержится мало положений о конкретных способах проведения расследований, и которое ссылается на признанные на международном уровне принципы, наиболее часто требуемые для эффективности расследования (независимость, беспристрастность, тщательность и оперативность, а также прозрачность в измененной форме). В нем также разъясняется их практическое применение при проведении расследований в условиях вооруженных конфликтов.

4. Основные принципы и руководящие положения ООН, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права (далее – Основные принципы и руководящие положения ООН)

86. Основные принципы и руководящие положения ООН, принятые Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 2005 г. № 60/147

¹ ICRC, Commentary on the First Geneva Convention (2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2016), в отношении общей статьи 1 четырех Женевских конвенций от 1949 года (§§ 125–126, 133–137 и 143–149).

² Sandoz Y., Swinarski C. and Zimmermann B. (eds.). Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva: ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), в отношении статьи 87 Дополнительного протокола I (§§ 3549–3563).

(A/RES/60/147), призывают государства проводить «эффективные, незамедлительные, тщательные и беспристрастные» расследования по фактам нарушения международного гуманитарного права (подпункт «b» пункта 3 раздела II).

5. Комитет ООН по правам человека

87. В Замечании общего порядка № 36 о праве на жизнь в соответствии со статьей 6 Международного пакта о гражданских и политических правах, принятом 30 октября 2018 г., Комитет ООН по правам человека указал следующее:

«63. ...В свете пункта 1 статьи 2 Пакта государство-участник несет обязательство по уважению и обеспечению предусмотренных в статье 6 прав всех лиц, находящихся на его территории, и всех лиц, находящихся под его юрисдикцией, то есть всех лиц, соблюдение права на жизнь которых находится в его компетенции или под его эффективным контролем. К ним относятся лица, находящиеся за пределами любой территории под эффективным контролем государства, чье право на жизнь, тем не менее, непосредственно и разумно предсказуемым образом затрагивается его военной или иной деятельностью...

64. Как и остальные положения Пакта, статья 6 продолжает применяться также в ситуациях вооруженного конфликта, к которым применимы нормы международного гуманитарного права, включая ведение военных действий. Хотя нормы международного гуманитарного права могут быть релевантными для толкования и применения статьи 6, когда ситуация требует их применения, обе сферы права являются взаимодополняющими, а не взаимоисключающими. Применение смертоносной силы, совместимое с международным гуманитарным правом и другими применимыми нормами международного права, в целом не является произвольным. В отличие от этого практика, несовместимая с международным гуманитарным правом, создающая угрозу для жизни гражданского населения и других лиц, находящихся под защитой международного гуманитарного права, включая нападения на гражданское население, гражданские объекты и объекты, необходимые для выживания гражданского населения, неизбирательные нападения, неприменение принципов предосторожности и соразмерности, а также использование людей в качестве живого щита, также будет представлять собой нарушение статьи 6 Пакта. Государства-участники должны, как правило, раскрывать критерии применения смертоносной силы в отношении лиц или объектов, нападения на которые предположительно повлекут за собой лишение жизни, включая правовое основание для конкретных нападений, процесс выявления военных целей и комбатантов или лиц, принимающих непосредственное участие в военных действиях, обстоятельства, при которых применялись соответствующие средства и методы ведения войны, и были ли рассмотрены менее опасные альтернативы. Они также должны расследовать предполагаемые или подозреваемые нарушения статьи 6 в ситуациях вооруженного конфликта согласно соответствующим международным стандартам...».

6. Миннесотский протокол

88. В 2017 году Управление Верховного комиссара ООН по правам человека опубликовало переработанную версию Миннесотского протокола по расследованию предположительно незаконного лишения жизни – совокупность международных принципов, которые предусматривают, в частности, следующее:

«21. В тех случаях, когда во время ведения боевых действий гибель людей, как представляется, наступила в результате нападения, следует проводить экспертизу после окончания операции с тем, чтобы установить факты, в том числе касающиеся точности выбора мишени. При наличии разумных оснований подозревать, что было совершено военное преступление, государство должно проводить полное расследование и возбуждать уголовное преследование в отношении ответственных за него лиц. При наличии каких-либо подозрений или утверждений в отношении того, что смерть наступила в результате нарушения международного гуманитарного права, которое неравнозначно военному преступлению, и когда в соответствии с международным гуманитарным правом специально не требуется проводить расследование (“официальное дознание”) по факту такого случая смерти, как минимум необходимо дальнейшее дознание. В любом случае при выявлении доказательств совершения противоправных действий следует проводить полное расследование».

7. Межамериканский суд по правам человека

89. В Постановлении от 15 сентября 2005 г. по делу «Мапирипан Массакр против Колумбии» (Mapiripán Massacre v. Colombia), рассмотренному по существу, а также по вопросам возмещения ущерба и расходов, касавшемуся массового убийства гражданских лиц военизированными формированиями при предполагаемой поддержке властей государства-ответчика, Межамериканский суд по правам человека признал существование вооруженного конфликта немеждународного характера и заявил, что при толковании Американской конвенции по правам человека он будет принимать во внимание нормы международного гуманитарного права (§§ 114–115). Далее Межамериканский суд по правам человека определил, что стандартом, в соответствии с которым должно оцениваться расследование внесудебных казней, является «серьезное, беспристрастное и эффективное расследование, которое не должно быть простой формальностью, заранее обреченной на провал» (§ 223). Такое расследование должно опираться на все доступные средства для установления истины в разумные сроки, принимая во внимание сложность расследуемых событий и их контекст (см., в частности, Постановление по делу «Общины населения африканского происхождения, перемещенные из бассейна реки Какарика (операция “Генезис”), против Колумбии» (Afro-Descendant Communities Displaced from the Cacarica River Basin (Operation

Genesis) v. Colombia) (предварительные возражения, существо дела, возмещение ущерба и расходов) от 20 ноября 2013 г., §§ 370–373).

II. МАТЕРИАЛЫ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВА

90. По имеющейся у Европейского Суда информации, в частности, о законодательстве и практике 13 государств – членов Совета Европы, которые участвуют в военных операциях за границей (Бельгия, Франция, Ирландия, Италия, Нидерланды, Польша, Румыния, Российская Федерация, Испания, Швеция, Турция, Украина и Соединенное Королевство), все указанные государства уполномочили компетентные внутригосударственные органы расследовать предполагаемые военные преступления или случаи смерти в результате неправомерных действий, совершенных за границей членами личного состава их вооруженных сил. В восьми государствах расследование является обязательным, в трех – оно в принципе не является обязательным в рамках концепции целесообразности уголовного преследования (*opportunité des poursuites*) в широком смысле. Обязанность проводить расследование считается по существу автономной в семи государствах, тогда как в двух странах она в большей степени зависит от юрисдикции государства, хотя приписывание государству оспариваемых действий, по-видимому, не является необходимым требованием. Что касается процессуальных гарантий во время расследования уголовных преступлений, предположительно совершенных членами личного состава вооруженных сил за границей, внутригосударственное законодательство 10 государств ссылается на общие процессуальные гарантии, применимые к любому уголовному делу, тогда как в двух странах применяются специальные правовые положения или принципы, объем и качество которых, однако, по-видимому, существенно не отличаются от тех, что применяются в обычных уголовных делах.

III. СООТВЕТСТВУЮЩЕЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ГЕРМАНИИ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА

А. Санкционирование размещения Вооруженных сил Германии в составе МССБ

91. 22 декабря 2001 г. Парламент Германии санкционировал размещение своих военнослужащих в Афганистане и их участие в МССБ. В разрешении содержалась ссылка на Боннское соглашение и на Резолюцию Совета Безопасности ООН № 1386(2001) относительно задач и ответственности войск. Кроме того, в разрешении разъяснялось право на индивидуальную и коллективную самооборону:

«Осуществление права на индивидуальную и коллективную самооборону не затрагивается [участием в МССБ]. Войска, задействованные в

данной операции [МССБ], также уполномочены применять военную силу для защиты других лиц».

92. 16 октября 2008 г. Парламент Германии продлил срок размещения своих военнослужащих в Афганистане до 13 декабря 2009 г.

В. Основной закон (*Grundgesetz*)

93. Статья 25 Основного закона Германии гласит:

«Общепризнанные нормы международного права являются составной частью федерального права. Они имеют приоритет перед законами и непосредственно порождают права и обязанности для проживающих на территории Федерации лиц».

С. Кодекс преступлений против международного права Германии (*Völkerstrafgesetzbuch*)

94. В июне 2002 года был принят и вступил в силу Кодекс преступлений против международного права Германии, который внес изменения во внутригосударственное законодательство с расчетом на вступление в силу Римского статута Международного уголовного суда (далее – Римский статут) 1 июля 2002 г., в том числе и для Германии. В то же время была введена статья 153(f) Уголовно-процессуального кодекса Германии (см. ниже § 96). Основная цель законодательных изменений заключалась в обеспечении возможности расследования и уголовного преследования преступлений, подпадающих под действие Римского статута, на внутригосударственном уровне, не в последнюю очередь с учетом принципа комплементарности, предусмотренного данным статутом (см. «Вестник Парламента Германии» (*Bundestagsdrucksache*) № 14/8524, стр. 12).

95. Соответствующие положения Кодекса преступлений против международного права Германии в редакции, действующей в период, относившийся к обстоятельствам дела, гласили следующее:

Статья 1

«Положения настоящего Кодекса применяются ко всем уголовным преступлениям против международного права, указанным в настоящем Кодексе, и к тяжким уголовным преступлениям, определенным в нем, даже если преступление было совершено за границей и не связано с Германией».

Статья 2

«Общее уголовное право применяется к преступлениям в соответствии с настоящим Кодексом, кроме случаев, когда статья 1 и статьи 3–5 настоящего Кодекса содержат специальные положения...».

Статья 11. Военные преступления, состоящие в применении запрещенных методов ведения войны

«(1) Любое лицо, которое в связи с международным вооруженным конфликтом или вооруженным конфликтом немеждународного характера...

3) осуществляет нападение военными средствами и с определенностью ожидает, что нападение повлечет за собой смерть среди гражданского населения, ранения гражданских лиц или причинение ущерба гражданским объектам в масштабе, несоразмерном ожидаемому конкретному и непосредственному совокупному военному преимуществу...

наказывается лишением свободы на срок не менее трех лет...

(2) Если лицо причиняет смерть или серьезное ранение гражданским лицам (статья 226 Уголовного кодекса) или лицам, находящимся под защитой международного гуманитарного права, в результате преступлений, предусмотренных подпунктами 1–6 пункта 1, он наказывается лишением свободы на срок не менее пяти лет. Если лицо умышленно причиняет смерть, оно наказывается пожизненным лишением свободы или лишением свободы на срок не менее десяти лет...».

Д. Уголовные расследования

96. Соответствующие положения Уголовно-процессуального кодекса Германии, касающиеся уголовных расследований, гласят:

Статья 152

«(1) Предъявление публичного обвинения относится к обязанностям прокуратуры.

(2) Если законом не установлено иное, она обязана организовывать уголовное преследование всех преступлений, подлежащих уголовному преследованию, при наличии достаточных фактических оснований...».

Статья 153(c)

«(1) Прокуратура может отказаться от уголовного преследования за преступления:

1) если они совершены за пределами территории действия настоящего Закона...

К преступлениям, подлежащим уголовному преследованию согласно Кодексу преступлений против международного права Германии, применяется статья 153(f)...

Статья 153(f)

«(1) Прокуратура может отказаться от преследования за преступления, уголовно наказуемые согласно статьям 6–14 Кодекса преступлений против международного права Германии, в случаях, предусмотренных подпунктами 1 и 2 пункта 1 статьи 153(c), если обвиняемый не пребывает на территории Германии и такое пребывание не ожидается. Если в случаях, предусмотренных в подпункте 1 пункта 1 статьи 153(c), обвиняемый является гражданином Германии, это правило действует, только если преступление преследуется международным судом или государством, на территории которого оно было совершено или гражданин которого пострадал в результате совершения такого преступления.

(2) В частности, прокуратура может отказаться от преследования за преступления, уголовно наказуемые согласно статьям 6–14 Кодекса преступле-

ний против международного права Германии, в случаях, предусмотренных подпунктами 1 и 2 пункта 1 статьи 153(c), если:

- 1) отсутствуют подозрения в совершении преступления в отношении гражданина Германии;
- 2) преступление не было направлено против гражданина Германии;
- 3) ни один подозреваемый не пребывает на территории Германии и такое пребывание не ожидается;
- 4) преступление преследуется международным судом или государством, на территории которого оно было совершено, гражданин которого подозревается в его совершении или пострадал в результате совершения такого преступления...».

Статья 160

«(1) Когда прокуратура получает информацию о совершении преступления на основании заявления о совершении преступления или иным образом, она должна изучить фактические обстоятельства, чтобы принять решение о необходимости предъявления публичных обвинений.

(2) Прокуратура должна устанавливать не только уличающие обстоятельства, но и обстоятельства, исключающие ответственность, и обеспечивать собирание доказательств, которые могут быть утрачены...».

Статья 170

«(1) Если в результате расследования установлены достаточные основания для предъявления публичных обвинений, прокуратура предъявляет их, направляя обвинительное заключение в компетентный суд.

(2) В остальных случаях прокуратура прекращает производство по делу. Она извещает об этом обвиняемого, если он был допрошен в качестве такового или в отношении него был выдан ордер на арест; данное правило действует также в том случае, если обвиняемый попросил об извещении или имеется особая заинтересованность в уведомлении».

Статья 171

Если прокуратура не удовлетворяет ходатайство о предъявлении публичных обвинений или по окончании расследования выносит постановление о прекращении производства по делу, она должна известить об этом заявителя с указанием оснований. В постановлении прокурора заявителю, если он одновременно является потерпевшим, должна быть разъяснена возможность обжалования решения и установленные для этого сроки (пункт 1 статьи 172 настоящего Кодекса)».

97. Согласно устоявшейся практике судов Германии, указаний на то, что лицо могло совершить уголовное преступление, которые не соответствуют критерию «достаточных фактических оснований», установленному в пункте 2 статьи 152 Уголовно-процессуального кодекса Германии, недостаточно для возбуждения официального уголовного расследования в соответствии с пунктом 1

статьи 160 Уголовно-процессуального кодекса. При таких обстоятельствах прокуратура может провести предварительное расследование, чтобы установить наличие «первоначальных оснований для подозрения» (*Anfangsverdacht*), оправдывающих возбуждение официального уголовного расследования. В рамках данного предварительного расследования соответствующее лицо не имеет статуса «обвиняемого» и не могут проводиться какие-либо принудительные следственные меры. Однако прокуратура уполномочена допрашивать свидетелей и при необходимости обеспечивать судебный допрос свидетелей (см. Определение Земельного суда г. Оффенбурга от 25 мая 1993 г. № Qs 41/93).

Е. Возможность обжаловать постановление прокурора об отказе в предъявлении обвинений

98. Постановления прокуратуры об отказе в предъявлении обвинений не являются окончательными в смысле *res judicata*. Уголовное преследование может быть возобновлено при обнаружении новых доказательств или представлении доказательств в ином свете (см. Постановление Федерального верховного суда Германии от 4 мая 2011 г. № 2 StR 524/10, § 9), например в случае представления потерпевшей стороной дополнительных документов.

99. Постановление о прекращении уголовного расследования может быть обжаловано любой потерпевшей стороной в течение одного месяца с момента получения уведомления путем подачи ходатайства о предъявлении публичных обвинений (статья 172 Уголовно-процессуального кодекса Германии, *et seq.*). В изложении дела, сопровождающем такое ходатайство, должны быть указаны факты, на основании которых должно быть предъявлено обвинение, и доказательства совершенного преступления. Это формальное требование позволяет суду определить, имеются ли достаточные подозрения в совершении преступления, исключительно на основе содержания краткого изложения дела, без необходимости изучать документы или приложения (см. Определение Высшего земельного суда г. Хамма от 14 июля 2009 г. № 3 Ws 209/09). Податель ходатайства должен передать суть постановления прокурора о прекращении производства по делу (см. Определение Высшего земельного суда г. Хамма от 28 апреля 2011 г. № 1 Ws 135/11; Определение Федерального конституционного суда Германии от 4 сентября 2008 г. № 2 BvR 967/07, § 17). Если податель ходатайства ссылается на дополнительные доказательства, содержащиеся в материалах расследования, он должен представить в своем ходатайстве основное содержание соответствующих доказательств. В связи с этим от него может потребоваться подробно изложить доказательства, которые

могут исключать ответственность подозреваемого (см. Определение Федерального конституционного суда Германии от 27 июля 2016 г. № 2 BvR 2040/15, § 15). При оценке наличия достаточных оснований для подозрения суд может рассмотреть вопрос о необходимости оправдания подозреваемого в ходе последующего уголовного производства на основе принципа *in dubio pro reo* (см. Определение Федерального конституционного суда Германии от 13 декабря 2007 г. № 2 BvR 2318/07, § 2).

100. Федеральный конституционный суд Германии уполномочен пересматривать и отменять постановления прокуроров о прекращении производства по делу, и он пользуется данным полномочием (см. Определение Федерального конституционного суда Германии от 17 ноября 2005 г. № 2 BvR 878/05, § 23). Он может установить нарушение основных прав лица, если решение об отказе в удовлетворении ходатайства о предъявлении публичных обвинений было основано исключительно на формальном применении требований (см. Определение Федерального конституционного суда Германии от 21 октября 2015 г. № 2 BvR 912/15). По делам об убийствах, ответственность за которые предположительно могут нести государственные должностные лица, он придерживается тех же требований, которые установлены в прецедентной практике Европейского Суда в отношении эффективных расследований в соответствии со статьей 2 Конвенции (см. Определение Федерального конституционного суда Германии от 4 февраля 2010 г. № 2 BvR 2307/06; Определение Федерального конституционного суда Германии от 26 июня 2014 г. № 2 BvR 2699/10).

Ф. Закон Германии о судеустройстве (Gerichtsverfassungsgesetz)

101. Соответствующие положения Закона Германии о судеустройстве устанавливают следующее:

Статья 120

«(1) По уголовным делам высший суд земли, в которой находится правительство земли, имеет юрисдикцию на территории данной земли для проведения слушаний и вынесения решений в качестве суда первой инстанции по делам, касающимся...

8) уголовных преступлений в соответствии с Кодексом преступлений против международного права...».

Статья 142(a)

(1) Федеральный генеральный прокурор также выполняет обязанности органа прокуратуры в высших судах земли в отношении уголовных дел, подпадающих под юрисдикцию высших судов земли, действующих в качестве судов первой инстанции в соответствии с пунктами 1 и 2 статьи 120 настоящего Закона. Для того чтобы уголовное пре-

следование могло быть передано Федеральному генеральному прокурору, достаточно наличия надлежащих фактических оснований для выполнения предварительных условий существования его юрисдикции. Соответствующая прокуратура незамедлительно информирует Федерального генерального прокурора о любых событиях, дающих основания для рассмотрения возможности передачи ему уголовного преследования. Если в случаях, предусмотренных пунктом 1 статьи 120 настоящего Закона, должностные лица прокуратуры соответствующей земли и Федеральный генеральный прокурор не могут договориться о том, кто должен осуществлять уголовное преследование, то решение принимает Федеральный генеральный прокурор...».

Статья 146

«Должностные лица прокуратуры должны выполнять официальные поручения вышестоящих лиц».

Статья 147

«Контроль и руководство осуществляют:

1) Федеральный министр юстиции и защиты прав потребителей в отношении Федерального генерального прокурора и федеральных прокуроров...».

ПРАВО

I. ПРИЕМЛЕМОСТЬ ЖАЛОБЫ ДЛЯ РАССМОТРЕНИЯ ПО СУЩЕСТВУ

А. Юрисдикция Европейского Суда в соответствии с критериями *ratione personae* и *ratione loci*

1. Доводы сторон

(a) Власти Германии

102. Власти Германии утверждали, что настоящая жалоба несовместима *ratione personae* и *ratione loci* с положениями Конвенции.

(i) Совместимость жалобы согласно критерию *ratione personae*

103. Что касается юрисдикции Европейского Суда согласно критерию *ratione personae*, власти Германии ссылались на Решение Большой Палаты Европейского Суда по делу «Бехрами и Бехрами против Франции и Сарамати против Франции, Германии и Норвегии» (*Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*) от 2 мая 2007 г., жалобы №№ 71412/01 и 78166/01 и утверждали, что военные действия, проводимые под высшим командованием и контролем Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, действующего в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций, не могут быть

приписаны соответствующему государству – участнику Конвенции. Следовательно, Европейский Суд не обладает юрисдикцией согласно критерию *ratione personae*, чтобы рассматривать военные действия в настоящем деле. Власти Германии также ссылались на то, что вывод Большой Палаты Европейского Суда в упомянутом выше Решении по делу «Бехрами и Бехрами против Франции и Сарамати против Франции, Германии и Норвегии» (Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway) был многократно подтвержден Европейским Судом в его последующих решениях, и его следует считать устоявшейся прецедентной практикой. В той части, в которой Европейский Суд решил в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands), жалоба № 47708/08, ECHR 2014, в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Джедда против Соединенного Королевства» (Al-Jedda v. United Kingdom), жалоба № 27021/08¹, ECHR 2011, и в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), жалоба № 55721/07, ECHR 2011), что определенные военные действия в Ираке должны были быть приписаны соответствующим государствам – участникам Конвенции, это было установлено с учетом исключительных обстоятельств указанных дел. Однако каких-либо особых обстоятельств не было в настоящем деле, которое на фактологическом уровне можно сопоставить с упомянутым выше Решением Европейского Суда по делу «Бехрами и Бехрами против Франции и Сарамати против Франции, Германии и Норвегии» (Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway):

– МССБ были созданы Резолюцией № 1386(2001) Совета Безопасности ООН, ранее их не существовало. Совет Безопасности ООН делегировал свои полномочия, разрешив государствам, участвовавшим в МССБ, «принимать все необходимые меры». Мандат был достаточно ясным и определял цели миссии, а также функции и ответственность всех участвующих сторон. Кроме того, было установлено требование представлять отчетность;

– командование и контроль над МССБ осуществлялись аналогичным образом, что и над «Силами для Косово» (далее – СДК), то есть как единое командование войсками из большого количества государств, образующих международные силы. Среди государств, обеспечивающих военное присутствие, были и страны, не являющиеся участниками Конвенции;

– Совет Безопасности и органы системы ООН неоднократно подтверждали присутствие МССБ и

их военную деятельность в Афганистане. Это относилось и к авиаударам в целях борьбы с движением «Талибан»;

– тот факт, что командующие из Германии осуществляли что называется «полное командование» над контингентом, предоставленным Германией, не изменяет данную оценку. Таким образом, что касается государств, предоставивших войска, отсутствовали различия между СДК и МССБ.

(ii) Совместимость жалобы
согласно критерию *ratione loci*

(1) Отсутствие экстерриториальной
юрисдикции в Афганистане

104. Кроме того, Европейский Суд не обладал юрисдикцией согласно критерию *ratione loci* для рассмотрения жалобы. Смерть сыновей заявителя произошла не в результате осуществления Германией экстерриториальной юрисдикции. Согласно устоявшейся прецедентной практике Европейского Суда, Договаривающееся Государство осуществляет юрисдикцию за пределами своей территории только в том случае, если речь идет об «эффективном контроле над территорией» или об осуществлении «полномочий и контроля представителя государства». Ни одно из указанных исключений не применялось в настоящем деле.

105. Власти Германии не осуществляли эффективного контроля над провинцией Кундуз и над районом авиаудара. В сентябре 2009 года войска из Германии в составе МССБ участвовали в ведении боевых действий в зоне вооруженного конфликта, которая находилась под контролем боевиков. Количество боевиков в этой провинции было почти таким же, как и численность войск МССБ. Войска МССБ, дислоцированные в провинции Кундуз, при выходе из гарнизона подвергались опасности нападения со стороны боевиков или могли стать жертвами их мин-ловушек. Они могли только принимать ответные меры и несли серьезные потери в ходе столкновений с боевиками. Учитывая примерно 8 000 квадратных километров соответствующей территории, а также большое количество и высокий уровень организации боевиков движения «Талибан», действующих в регионе, численность войск МССБ была слишком мала, чтобы они могли эффективно контролировать провинцию Кундуз.

106. Что касается юрисдикции на основе «полномочий и контроля представителя государства», настоящее дело нельзя сравнивать с упомянутыми выше Постановлениями Большой Палаты Европейского Суда по делам «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom) или «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands). Никогда за период развертывания МССБ в Афганистане не возникало ситуации, сопоставимой с ситуа-

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2020. № 13 (примеч. редактора).

цией в Ираке в 2003–2004 годах. Миссия МССБ была сосредоточена исключительно на поддержке гражданских властей Афганистана в борьбе с вооруженными боевиками и в формировании сил безопасности Афганистана. Гражданские власти Афганистана имели собственные силы безопасности, в частности, в провинции Кундуз. На следующее утро после нанесения авиаудара именно силы безопасности Афганистана очистили песчаный берег от остатков оружия до прибытия военнослужащих Германии и других разведывательных подразделений. Разведывательное подразделение сил Германии смогло осмотреть это место только после того, как подразделение сил безопасности Афганистана обеспечило ему защиту от нападений боевиков движения «Талибан». МССБ не осуществляли правительственные полномочия и не принимали на себя исполнительных функций, например, осуществляя полицейские полномочия в целях поддержания общей безопасности и порядка.

107. Авиаудар 4 сентября 2009 г. не установил юрисдикционной связи между пострадавшими от него лицами и властями Германии, поскольку это был одномоментный экстерриториальный акт, а положения статьи 1 Конвенции не допускают «причинно-следственного» понятия «юрисдикции» (власти Германии ссылались на Решение Большой Палаты Европейского Суда по делу «Банкович и другие против Бельгии и других» (*Banković and Others v. Belgium and Others*), жалоба № 52207/99, § 75, ECHR 2001-XII, и на Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Медведев и другие против Франции» (*Medvedyev and Others v. France*), жалоба № 3394/03, § 64, ECHR 2010). Это не приводило к пробелам в подотчетности, поскольку Договаривающиеся Государства должны исполнять свои обязательства в соответствии с международным гуманитарным правом.

(2) Отсутствие юрисдикции согласно критерию *ratione loci* в связи с возбуждением уголовного производства

108. В конкретных обстоятельствах настоящего дела следственных действий, совершенных властями Германии, было недостаточно, чтобы жалобы в соответствии со статьей 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте могли считаться совместимыми с положениями Конвенции согласно критерию *ratione loci*. Как Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) от 29 января 2019 г., жалоба № 36925/07¹, так и Постановление Европейского Суда по делу «Ромео Кастаньо против Бельгии» (*Romeo Castaño*

v. Belgium) от 9 июля 2019 г., жалоба № 8351/17, касались взаимных обязательств сотрудничества, а именно обязанности двух Договаривающихся Государств в соответствии со статьей 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте сотрудничать по уголовным делам в рамках правового пространства Конвенции. Юрисдикционная связь для этого обязательства сотрудничать следует из особого характера Конвенции как договора о коллективном обеспечении соблюдения прав человека. Оно направлено на предотвращение вакуума в системе защиты прав человека между двумя Договаривающимися Государствами в правовом пространстве Конвенции и на обеспечение того, чтобы каждое государство-участник могло выполнять свои процессуальные обязательства в соответствии со статьей 2 Конвенции. Это основание ограничивало принцип, согласно которому юрисдикционная связь устанавливается вследствие возбуждения расследования случаев смерти, произошедших за пределами территории государства, когда два или более Договаривающихся Государств должны принять на себя соответствующую ответственность за коллективное обеспечение исполнения Конвенции.

109. Настоящее дело не касалось отказа властей Германии нести ответственность за коллективное обеспечение исполнения Конвенции. Взаимные обязательства Договаривающихся Государств сотрудничать по уголовным делам в рамках правового пространства Конвенции не затрагивались. Случаи смерти, о которых идет речь в деле, наступили в результате военных действий за пределами территории государств – членов Совета Европы. При этом особый характер Конвенции как договора о коллективном обеспечении ее исполнения между государствами-участниками не имел значения.

110. Ссылаясь на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*), на Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Маркович и другие против Италии» (*Markovic and Others v. Italy*), жалоба № 1398/03, ECHR 2006-XIV, и на Решение Европейского Суда по делу «Жители островов Чагос против Соединенного Королевства» (*Chagos Islanders v. United Kingdom*) от 11 декабря 2012 г., жалоба № 35622/04, власти Германии утверждали, что возбуждение расследования или судебного разбирательства могло установить наличие юрисдикции только в отношении мер, которые власти могут принять исключительно в пределах своей территориальной юрисдикции, ограничивая тем самым предмет проверки Европейского Суда действиями, которые имели место в такой юрисдикции, или – в случае Турции в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2019. № 5 (примеч. редактора).

Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) – на основании установленной иным образом юрисдикции. При проведении экстерриториальных расследований юрисдикция устанавливалась в соответствии с исключительным характером экстерриториальной юрисдикции в отношении военных миссий за пределами территорий Договаривающихся Государств (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*), § 149; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (*Jaloud v. Netherlands*), § 152). Формальное и одномоментное действие Договаривающегося Государства, состоящее в принятии решения о возбуждении уголовного дела, само по себе не может установить наличие юрисдикционной связи и повлечь за собой процессуальное обязательство в соответствии со статьей 2 Конвенции независимо от иных обстоятельств рассматриваемого дела. Основным является вопрос о том, имело ли само оспариваемое расследование экстерриториальный характер. Суть возражений заявителя касалась следственных действий, которые были или, по его мнению, должны были быть совершены за пределами территории Германии и за пределами ее юрисдикции. Конкретные сложности расследования, вызванные экстерриториальной ситуацией в зоне активных боевых действий в период вооруженного конфликта немеждународного характера, продолжали оказывать решающее влияние на последующее производство на внутригосударственном уровне.

111. Отсутствует необходимость расширять сферу действия Конвенции, чтобы избежать пробела в подотчетности, поскольку международное гуманитарное право и внутригосударственное уголовное право уже обязывали власти Германии расследовать смерть гражданских лиц в период ведения боевых действий. Кроме того, власти Германии также были обязаны проводить расследование по настоящему делу в соответствии с международным уголовным правом. Однако Римский статут Международного уголовного суда касается юрисдикции данного суда, а не юрисдикции Германии по смыслу статьи 1 Конвенции.

112. Если бы пределы упомянутого выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) охватывали расследования экстерриториальных военных действий при ведении боевых действий, не связанных с осуществлением экстерриториальной юрисдикции по смыслу статьи 1 Конвенции, то государства были бы обязаны выполнять нереальные задачи с точки зрения экстерриториального установления фактов.

Такой подход также позволил бы обойти существующую прецедентную практику в отношении исключительного характера экстерриториальной юрисдикции и юрисдикции Европейского Суда согласно критерию *ratione personae*. Кроме того, установление юрисдикции в соответствии со статьей 1 Конвенции стало бы произвольным. Если бы простого факта возбуждения дела было достаточно для установления юрисдикционной связи даже в тех случаях, когда не было доказано наличие иных оснований для юрисдикционной связи, это могло бы послужить причиной для того, чтобы вообще не проводить подобные разбирательства. Кроме того, данный подход может повлечь за собой непоследовательное применение Конвенции Договаривающимися Государствами, участвующими в одной и той же экстерриториальной военной миссии. Если одно государство возбудило дело, а другое нет, последнее может избежать ответственности в соответствии с Конвенцией.

113. Особенности, которые в исключительном порядке привели к установлению наличия юрисдикционной связи в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*), отсутствовали в настоящем деле. В частности, сохранение исключительной уголовной юрисдикции в отношении военнослужащих Германии в составе МССБ в связи с преступлениями, которые они могли совершить на территории Афганистана, согласно пункту 3 статьи I Соглашения о статусе МССБ (см. выше § 75), не является «особенностью» для установления наличия юрисдикционной связи по смыслу статьи 1 Конвенции (власти Германии ссылались на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*), § 190). Указанное положение представляет собой норму об иммунитете, которая исключала уголовное преследование личного состава МССБ со стороны властей Афганистана. Это сохранение уголовной юрисдикции касалось внутренних отношений между военнослужащими и направившим их государством. Оно не давало возможности гражданским правоохранительным органам государств, предоставивших войска, проводить собственные уголовные расследования на территории Афганистана, как не позволяло этого и делегирование полномочий в соответствующих резолюциях Совета Безопасности ООН. Подобные расследования могли нарушить суверенитет Афганистана. Правовые полномочия военной полиции в связи с полномочиями по проведению внутренних расследований были ограничены. Ей не разрешалось вызывать свидетелей-афганцев, осуществлять следственные или принудительные меры для получения доказательств. Такие ограничения правовых полномочий властей

Германии проводить расследования в Афганистане поддерживали довод о том, что ответственность лежит на органах ООН, а не на властях Германии. Основания для приписывания действий государству или для экстерриториальной юрисдикции в отношении расследования отсутствовали. Норма, аналогичная пункту 3 статьи I Соглашения о статусе МССБ, также была включена в соглашение о статусе сил в упомянутом выше Решении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Бехрами и Бехрами против Франции и Сарамати против Франции, Германии и Норвегии» (*Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*) и не вызывала каких-либо сомнений.

(b) Заявитель

114. Заявитель утверждал, что факты, на которые он жаловался, имели место в пределах юрисдикции Германии по смыслу статьи 1 Конвенции.

(i) Установление юрисдикционной связи вследствие возбуждения уголовного расследования

115. Уголовное расследование по факту смерти сыновей заявителя, проведенное властями Германии, было достаточным для установления юрисдикционной связи по смыслу статьи 1 Конвенции между властями Германии и заявителем. В упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) расследуемые случаи смерти также произошли за пределами территориальной юрисдикции государства, с которым была установлена юрисдикционная связь в результате возбуждения уголовного расследования. Данный подход соответствовал характеру процессуального обязательства по статье 2 Конвенции, ставшего отдельным и автономным обязательством, которое Европейский Суд признал «отделимым» и способным иметь обязательную силу для государства, даже если смерть наступила за пределами его юрисдикции. Этот подход основан на тех же доводах, что изложены в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Маркович и другие против Италии» (*Markovic and Others v. Italy*), в Постановлении Европейского Суда по делу «Алиева и Алиев против Азербайджана» (*Aliyeva and Aliyev v. Azerbaijan*) от 31 июля 2014 г., жалоба № 35587/08, и в Постановлении Европейского Суда по делу «Грей против Германии» (*Gray v. Germany*) от 22 мая 2014 г., жалоба № 49278/09.

116. Вопреки утверждениям властей Германии, обязательство стремиться к сотрудничеству как элемент процессуального обязательства в соответствии со статьей 2 Конвенции не ограничивалось

стремлением к взаимному сотрудничеству между Договаривающимися Государствами. В упомянутом выше Постановлении Большой Палаты по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) Европейский Суд пояснил, что существует два вида дел, в которых обязательство сотрудничать может возникнуть в связи с процессуальным обязательством согласно статье 2 Конвенции. Во-первых, это дела, в которых государство в рамках своего собственного обязательства проводить расследование может быть обязано стремиться к сотрудничеству с другими государствами. Во-вторых, это дела, когда государство может быть обязано оказывать содействие другому государству, которое проводит расследование в пределах его юрисдикции. Только в отношении последнего случая Европейский Суд говорил об обязательстве взаимного сотрудничества между Договаривающимися Государствами в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*). Однако настоящее дело относилось к первому случаю, поскольку оно касалось обязательства властей Германии стремиться к сотрудничеству в целях расследования, которое она проводила. Ничто в прецедентной практике или на уровне логики не ограничивало власти Германии стремиться к сотрудничеству только с другими Договаривающимися Государствами.

117. Решение о том, что возбуждение расследования является достаточным для установления наличия юрисдикционной связи, не сделало бы определение юрисдикции произвольным и не выступило бы в качестве сдерживающего фактора для возбуждения расследования. Даже если расследование или судебное разбирательство не были начаты, юрисдикционная связь на основе процессуального обязательства, предусмотренного статьей 2 Конвенции, будет иметь место, если в деле имеются «особенности» (заявитель ссылался на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*), § 190). Эти особенности зависят от конкретных фактов дела и, по мнению заявителя, включают в себя наличие или отсутствие у властей обязательства проводить расследование в соответствии с внутригосударственным или международным правом. В настоящем деле данное обязательство существовало согласно как внутригосударственному, так и международному праву, как признали власти Германии, с учетом того, что предметом рассмотрения являлась уголовная ответственность полковника К., *inter alia* за предполагаемое военное преступление.

118. В данном случае имеет важное значение сохранение уголовной юрисдикции над военнослужащими в соответствии с пунктом 3 статьи I

Соглашения о статусе МССБ (см. выше § 75). Вопреки утверждениям властей Германии, это положение касается не иммунитета, а юрисдикции. Очевидно, что власти Германии сохраняли уголовную юрисдикцию над своими военнослужащими в отношении властей Афганистана, ООН и МССБ. Это подтверждает довод о том, что действия Вооруженных сил Германии в Афганистане, могут быть приписаны Германии. Кроме того, власти Германии сохраняли полный контроль над расследованием, допрашивали подозреваемого, заслушивали свидетелей, собирали доказательства и совершали следственные действия, в которых, хотя и в недостаточной степени, также участвовал заявитель. Юрисдикция властей Германии ни разу не оспаривалась в ходе этого расследования. Все предполагаемые нарушения, будь то на территории Германии или за границей, были совершены официальными лицами Германии.

119. Если бы юрисдикционная связь была основана только на возбуждении расследования в Германии, проверка Европейского Суда не ограничивалась бы следственными действиями на территории Германии. Иное решение противоречило бы прецедентной практике Европейского Суда, которая рассматривает юрисдикционную связь в соответствии с характером процессуального обязательства проводить эффективное расследование. Некоторые недостатки расследования, на которые ссылался заявитель, имели место на территории Афганистана, другие – на территории Германии. Не имело решающего значения, что факты, которые повлекли за собой расследование, имели место за пределами территории государств – членов Совета Европы. Конвенция применима не только в правовом пространстве Договаривающихся Государств. В связи с этим было необходимо придавать значение тому обстоятельству, что инцидент, подлежащий расследованию, по мнению заявителя, приписывался властям Германии и подпадал под их экстраитерриториальную юрисдикцию.

(ii) Юрисдикция властей Германии в отношении оспариваемого расследования также была установлена посредством других обстоятельств

120. Заявитель утверждал, что даже в отсутствие уголовного расследования юрисдикционная связь по смыслу статьи 1 Конвенции должна быть установлена. Факты, лежащие в основе настоящей жалобы, относятся к экстраитерриториальной юрисдикции властей Германии, поскольку они осуществляли «контроль» над жертвами авиаудара. Ссылаясь на Замечание общего порядка № 36 Комитета ООН по правам человека (см. выше § 87), а также на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства»

(Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 137), заявитель настаивал на том, что решающим фактором был тот, что власти Германии могли повлиять на соответствующие права – в настоящем деле право на жизнь – сыновей заявителя, погибших в результате авиаудара. Невозможно провести логическое различие между осуществлением власти в контексте патрулирования, контрольно-пропускного пункта или воздушной операции настолько, что это может затронуть право на жизнь. Тот факт, что полковник К. решил не использовать сухопутные войска, а нанести авиаудар, не может обосновать другой вывод в отношении юрисдикции по сравнению с тем, что был сделан в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom) и в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands). Авиаудар стал проявлением осуществления властями Германии государственных полномочий в регионе. Вооруженные силы Германии действовали с согласия и по приглашению властей Афганистана и выполняли некоторые государственные полномочия, которые обычно осуществляют местные или суверенные власти. Совет Безопасности ООН поручил им оказывать поддержку Временной администрации Афганистана и ее преемникам в поддержании безопасности, в том числе путем организации работы контрольно-пропускных пунктов, регулярного патрулирования и проведения операций по обеспечению безопасности в борьбе с боевиками. Не требовалось полное разрушение государственного строя в Афганистане для установления юрисдикционной связи на этом основании.

121. Власти Германии также осуществляли эффективный контроль над территорией, где был нанесен авиаудар, повлекший за собой гибель сыновей заявителя. РК «Север», в состав которого входили около 5 600 военнослужащих, находилось под командованием генерала из Германии, а место авиаудара находилось всего в семи километрах от базы ГВП «Кундуз», где в это время находились около 1 500 военнослужащих. В этом отношении заявитель отметил, что эффективный контроль может быть ограничен конкретной территорией, где на соответствующий момент времени произошел инцидент, и не требует, чтобы государство являлось оккупационной державой (заявитель ссылался на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands), §§ 139 и 142, и на Постановление Европейского Суда по делу «Исса и другие против Турции» (Issa and Others v. Turkey) от 16 ноября 2004 г., жалоба № 31821/96, §§ 74 и 76). Близость к базе Вооруженных сил Германии, возможность немедленного развер-

тывания наземных войск и получения непосредственной поддержки с воздуха, которая прибыла к месту захвата бензовозов в течение нескольких минут, подтверждали, что район нанесения авиаудара находился под эффективным контролем властей Германии. Ведение активных боевых действий само по себе не исключает возможности того, что власти в определенный период осуществляли эффективный контроль над конкретным районом, особенно в отношении права на жизнь лиц, проживающих в этом районе. Европейский Суд ранее приходил к выводу, что нарушения Конвенции, совершенные в контексте вооруженного конфликта, подпадают под юрисдикцию Договаривающегося Государства по смыслу статьи 1 Конвенции, в том числе в ходе ведения активных боевых действий (заявитель ссылаясь на Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хассан против Соединенного Королевства» (Hassan v. United Kingdom), жалоба № 29750/09, ECHR 2014).

122. Факты, которые послужили поводом для подачи жалобы заявителем, также тесно связаны с властями Германии. Заявитель отмечал, что подход к критерию приписывания действий, изложенный в упомянутом выше Решении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Бехрами и Бехрами против Франции и Сарамати против Франции, Германии и Норвегии» (Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway), был уточнен в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Джедда против Соединенного Королевства» (Al-Jedda v. United Kingdom), в котором критерий «эффективного контроля» был введен в качестве одной из предпосылок приписывания действий государству. В указанном Постановлении Европейский Суд также признал, что некоторые действия могут быть приписаны нескольким субъектам, а именно ООН и Договаривающемуся Государству. Данная концепция множественного приписывания действий давно признана Комиссией международного права. Хотя командующий МССБ осуществлял оперативное командование, власти Германии сохраняли за собой командование своими войсками в полном объеме (заявитель ссылаясь на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands)). Полковник К. и военнослужащие Германии не были предоставлены «в распоряжение» какой-либо иностранной державы или международной организации и не находились под «исключительным управлением и контролем» Совета Безопасности ООН, НАТО, командующего МССБ или иного государства. Это нашло отражение в последовательности обязательных приказов, отданных полковником К. без привлечения вышестоящих лиц, что привело к нанесению авиаудара, повлекшего за собой гибель сыновей заявителя.

Эти действия значительно отличались от действий в упомянутом выше Решении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Бехрами и Бехрами против Франции и Сарамати против Франции, Германии и Норвегии» (Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway), равно как и нормативная правовая база для действий военнослужащих Германии в провинции Кундуз.

2. Третьи стороны, вступившие в производство по делу

(а) Власти Дании, Франции, Норвегии, Швеции и Соединенного Королевства

123. Ссылаясь на упомянутое выше Решение Большой Палаты Европейского Суда по делу «Бехрами и Бехрами против Франции и Сарамати против Франции, Германии и Норвегии» (Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway), власти государств, вступивших в производство по делу, утверждали, что жалобы заявителя были несовместимы с положениями Конвенции согласно критерию *ratione personae*. Совет Безопасности ООН осуществлял верховное командование и контроль над МССБ.

124. Власти государств, вступивших в производство по делу, утверждали, что власти Германии не осуществляли экстерриториальную юрисдикцию по смыслу статьи 1 Конвенции. Власти Германии не осуществляли ни эффективного контроля над рассматриваемой территорией, ни полномочий и контроля представителя государства.

125. Власти государств, вступивших в производство по делу, утверждали, что между настоящим делом и упомянутым выше Постановлением Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey) имеются фундаментальные различия. Возбуждение расследования на внутригосударственном уровне по фактам, которые имели место в ходе военной операции за границей в соответствии с мандатом международной организации, само по себе не могло быть достаточным для установления юрисдикционной связи по смыслу статьи 1 Конвенции. Иной вывод поставил бы под сомнение прецедентную практику, выработанную в упомянутых выше Решениях Большой Палаты Европейского Суда по делам «Бехрами и Бехрами против Франции и Сарамати против Франции, Германии и Норвегии» (Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway) и «Банкович и другие против Бельгии и других» (Banković and Others v. Belgium and Others), и мог бы привести к универсальному применению Конвенции. Это может повлиять на готовность и способность государств участвовать в многосторонних военных операциях.

ях за границей и оказать сдерживающее воздействие на государства, проводящие расследования. Международное гуманитарное право представляет собой *lex specialis* для регулирования ситуаций вооруженного конфликта, и Договаривающиеся Государства должны соблюдать его обязательства, даже если положения Конвенции неприменимы. В международном гуманитарном праве намеренно не было предусмотрено общее обязательство расследовать каждый случай смерти, произошедший в ситуации вооруженного конфликта; обязательство проводить расследование возникает только при определенных обстоятельствах.

126. В частности, власти Франции и Соединенного Королевства задались вопросом об источнике обязательства Германии проводить расследование, принимая во внимание, что инцидент, подлежащий расследованию, по их утверждению, приписывался Организации Объединенных Наций, а не властям Германии. Данная ситуация отличалась от той, что была рассмотрена в делах «Шилих против Словении» (*Šilih v. Slovenia*) (Постановление Большой Палаты Европейского Суда от 9 апреля 2009 г., жалоба № 71463/01, § 159) и «Яновец и другие против Российской Федерации» (*Janowiec and Others v. Russia*) (Постановление Большой Палаты Европейского Суда от 21 октября 2013 г., жалобы №№ 55508/07 и 29520/09¹, § 132, ECHR 2013), которые касались расследований деяний, произошедших за пределами временной юрисдикции государства-ответчика. Власти Соединенного Королевства добавили, что возложение обязательства проводить расследование, неизбежно требующее оценки роли других союзников, вероятно, не являющихся Договаривающимися Государствами, будет противоречить принципу, установленному в деле о монетарном золоте (см. Постановление Международного Суда ООН по делу «Монетарное золото, вывезенное из Рима в 1943 году» (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943*) (предварительный вопрос) от 15 июня 1954 г., *I.C.J. Reports* 1954, p. 19).

127. Власти Франции и Соединенного Королевства добавили, что пункт 3 статьи I Соглашения о статусе МССБ касается дисциплинарной ответственности военнослужащих и следственных действий, проводимых в Германии. Ни МССБ, ни Организация Объединенных Наций, ни власти Афганистана не обладали такими дисциплинарными полномочиями. Это положение имело ограниченный характер, что не позволяло делать более широкие выводы и не приписывало соответствующие следственные действия государствам, предоставляющим войска. Это не являлось «особенностями» в отношении юрисдикции по смыслу статьи 1 Конвенции в делах, касающихся статьи 2

Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте. Если рассматривать расследование в отдельности, необходимо учитывать правовые ограничения, налагаемые нормативной правовой базой Организации Объединенных Наций и миссии МССБ, а также законодательством Афганистана. Примечательно, что прокуратура Германии не получила разрешения проводить расследования в Афганистане.

128. Власти Франции и Соединенного Королевства отметили, что Римский статут Международного уголовного суда касается юрисдикции этого суда и предусматривает индивидуальную уголовную ответственность. Они подчеркнули, что индивидуальную уголовную ответственность не следует путать с ответственностью государства в соответствии с Конвенцией, и пришли к выводу, что положения Римского статута не могут оказывать какого-либо влияния на установление юрисдикции государства по смыслу статьи 1 Конвенции.

(b) Центр по правам человека Эссекского университета, организация «Правовая инициатива открытого общества», Институт международных исследований Католического университета «Сакро Куоре» г. Милана и организация «Райтс Вотч» (Соединенное Королевство)

129. Организация «Правовая инициатива открытого общества» и Институт международных исследований Католического университета «Сакро Куоре» г. Милана утверждали, что в международном праве существует тенденция к признанию процессуальных обязательств государств в случаях, когда они имеют прямой контроль или полномочия в отношении прав потерпевших независимо от того, где произошел инцидент, и от того, обладает ли государство также юрисдикцией в отношении материального права потерпевшего в соответствии со статьей 2 Конвенции.

130. В качестве альтернативы, если юрисдикция относительно материального права потерпевшего в соответствии со статьей 2 Конвенции требуется для того, чтобы установить, возникло ли процессуальное обязательство, организации «Правовая инициатива открытого общества» и «Райтс Вотч» (Соединенное Королевство) указали на растущее признание того фактора, что обязательства, предусмотренные международными нормами в области прав человека, возникают тогда, когда государство осуществляет власть, контроль или полномочия в отношении прав лица. Центр по правам человека Эссекского университета утверждал, что экстерриториальная юрисдикция существует в отношении права на жизнь на основании определения объекта в качестве мишени для удара или применения силы. Организация «Райтс Вотч» (Соединенное Королевство) и Институт между-

¹ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014. № 7 (примеч. редактора).

народных исследований Католического университета «Сакро Куоре» г. Милана поддерживали функциональный подход к анализу юрисдикции, как описывал судья Джованни Бонелло в своем совпадающем мнении, приложенном к упомянутому выше Постановлению Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*).

131. Организация «Правовая инициатива открытого общества» добавила, что если международное гуманитарное право применяется к конфликту и к рассматриваемому экстерриториальному инциденту, то государство связано обязательством проводить расследование в соответствии с международным гуманитарным правом, и каких-либо дополнительных вопросов юрисдикции не возникает.

3. Мнение Большой Палаты Европейского Суда

(а) Применимые принципы

132. Заявитель жаловался исключительно в соответствии со статьей 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте на уголовное расследование авиаудара, в результате которого погибли его сыновья. В упомянутом выше Постановлении Большой Палаты по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) Европейский Суд изложил принципы, касающиеся наличия «юрисдикционной связи» по смыслу статьи 1 Конвенции в делах, когда смерть наступила за пределами территории Договаривающегося Государства, у которого предполагается возникновение процессуального обязательства в соответствии со статьей 2 Конвенции. Обобщив соответствующую прецедентную практику, разработанную к указанному моменту времени, Европейский Суд постановил следующее:

«(b) Мнение Большой Палаты Европейского Суда

188. Из упомянутой выше прецедентной практики следует, что, если следственные или судебные органы Договаривающегося Государства начинают по факту смерти, наступившей за пределами юрисдикции этого государства, свое собственное уголовное расследование или судебное преследование в соответствии с законодательством этого государства (например, на основании положений, касающихся универсальной юрисдикции или принципа активной или пассивной правосубъектности), то возбуждения такого расследования или разбирательства достаточно для установления наличия юрисдикционной связи для целей статьи 1 Конвенции между соответствующим государством и родственниками потерпевшего, которые впоследствии обращаются с жалобой в Европейский Суд (см., *mutatis mutandis*, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Маркович и другие против Италии» (*Markovic and Others v. Italy*)), §§ 54–55).

189. Европейский Суд хотел бы подчеркнуть, что данный подход также соответствует характеру содержащегося в статье 2 Конвенции процессуального обязательства по проведению эффективного расследования, превратившегося в обособленное и независимое обязательство, хотя и возникшее в связи с действиями, затрагивающими материально-правовой аспект статьи 2 Конвенции (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Шилих против Словении» (*Šilih v. Slovenia*) от 9 апреля 2009 г., жалоба № 71463/01, § 159; и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Яновец и другие против Российской Федерации» (*Janowiec and Others v. Russia*), жалобы №№ 55508/07 и 29520/09¹, § 132, ECHR 2013). С этой точки зрения оно может рассматриваться в качестве отдельного обязательства, следующего из статьи 2 Конвенции и имеющего обязательную силу для государства, даже если смерть произошла за пределами его юрисдикции (см., *mutatis mutandis*, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Шилих против Словении» (*Šilih v. Slovenia*), § 159, что касается совместимости с правилом *ratione temporis*).

190. Если Договаривающееся Государство не начало расследования или разбирательства в том виде, как это предусмотрено его внутренним законодательством, по факту смерти, имевшей место за пределами его юрисдикции, Европейский Суд должен выяснить, можно ли так или иначе установить наличие юрисдикционной связи, чтобы на это государство было возложено процессуальное обязательство, следующее из статьи 2 Конвенции. Хотя указанное обязательство возникает, как правило, только в отношении Договаривающегося Государства, под юрисдикцией которого на момент своей смерти находился потерпевший, «особенности» дела могут оправдать отступление от этого подхода в соответствии с принципами, разработанными в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Ранцев против Кипра и Российской Федерации» (§§ 243–244). Европейский Суд, однако, полагает, что ему не следует определять *in abstracto*, какие «особенности» дела приводят к наличию юрисдикционной связи применительно к содержащемуся в статье 2 Конвенции процессуальному обязательству по проведению расследования, поскольку эти особенности будут неизбежно зависеть от специфики каждого дела и могут существенно различаться в каждом новом деле».

133. Применяя указанные принципы к указанному выше делу, Европейский Суд далее установил наличие «юрисдикционной связи» между заявителями, которые подали жалобу на нарушение статьи 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте в связи со смертью их родственников на территории Кипра, находившейся под контролем властей Республики Кипр, с одной стороны, и властями Турции, с другой стороны, по двум основаниям, каждое из которых само по себе являлось достаточным для установления наличия юрисдик-

¹ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014. № 7 (примеч. редактора).

ционной связи в рамках рассматриваемого дела (см. *ibid.*, §§ 191–196). Наличие юрисдикционной связи было установлено, во-первых, поскольку власти Турецкой Республики Северного Кипра (далее – ТРСК) инициировали свое собственное уголовное расследование по факту убийства родственников заявителя, что наделяло суды ТРСК юрисдикцией по уголовным делам в отношении лиц, совершивших преступление, на какой бы части острова Кипр они ни находились, и что, следовательно, влекло за собой ответственность властей Турции в соответствии с Конвенцией. Наличие юрисдикционной связи также было установлено в связи с тем, что ситуация на острове Кипр характеризовалась двумя особенностями: (i) северная часть Кипра находится под эффективным контролем властей Турции для целей Конвенции, что оправдывает отступление от общего подхода, установленного в Постановлении Европейского Суда по делу «Ранцев против Республики Кипр и Российской Федерации» (*Rantsev v. Cyprus and Russia*), жалоба № 25965/04¹, ЕCHR 2010 (извлечения)), и, таким образом, влекло за собой процессуальное обязательство властей Турции по статье 2 Конвенции; (ii) факт нахождения подозреваемых в совершении убийства лиц на территории, контролируемой властями Турции, был известен властям Турции и ТРСК и препятствовал властям Республики Кипр в выполнении их конвенционных обязательств.

(b) Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

134. В соответствии с внутригосударственным законодательством власти Германии возбудили уголовное расследование по факту смерти двух сыновей заявителя и других гражданских лиц в результате нанесения авиаудара в провинции Кундуз 4 сентября 2009 г.

135. Не подвергая сомнению принципы, установленные в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*), и применение этих принципов к фактам указанного дела, Европейский Суд полагает, что между указанным делом и рассматриваемым имеются существенные различия. По его мнению, принцип, согласно которому факта возбуждения на внутригосударственном уровне уголовного расследования или судебного разбирательства в отношении случаев смерти, наступивших за пределами юрисдикции этого государства по критерию *ratione loci*, не в рамках осуществления его экстерриториальной юрисдикции, самого по себе достаточно для установления наличия юрисдикционной связи между таким государ-

ством и родственниками потерпевшего, которые обратились с жалобой в Европейский Суд (см. *ibid.*, §§ 188, 191 и 196), неприменим к обстоятельствам настоящего дела. Настоящее дело действительно отличается от упомянутого выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) тем, что расследуемые прокуратурой Германии случаи смерти наступили в условиях экстерриториальной военной операции в рамках мандата, предоставленного Резолюцией Совета Безопасности ООН, действующего в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций, за пределами территории государств – участников Конвенции. Следуя данному подходу, Европейский Суд также принимает во внимание озабоченность, выраженную властями Германии и государств, вступивших в производство по делу, в связи с тем, что установление юрисдикционной связи только на основании возбуждения расследования может оказать сдерживающее воздействие на проведение расследований на внутригосударственном уровне по факту случаев смерти, наступивших в ходе экстерриториальных военных операций, и может привести к непоследовательному применению Конвенции в отношении Договаривающихся Государств, участвующих в одной и той же операции. Если простого факта возбуждения на внутригосударственном уровне уголовного расследования любых случаев смерти, наступивших в любых частях мира, было бы достаточно для установления юрисдикционной связи без каких-либо дополнительных требований, то это бы чрезмерно расширило сферу применения Конвенции.

136. Однако в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) Европейский Суд установил наличие юрисдикционной связи в том числе с учетом «особенностей» указанного дела. Он решил, что такие особенности, которые он не определил *in abstracto*, могут приводить к существованию юрисдикционной связи применительно к содержащемуся в статье 2 Конвенции процессуальному обязательству даже в отсутствие расследования или разбирательства в Договаривающемся Государстве по факту случая смерти, которая наступила за пределами его юрисдикции (см. *ibid.*, § 190). Это правило также применимо в отношении экстерриториальных ситуаций за пределами правового пространства Конвенции (см., *mutatis mutandis*, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Маркович и другие против Италии» (*Markovic and Others v. Italy*), §§ 54–55); в отношении событий, произошедших во время фазы активных боевых действий в условиях вооруженного конфликта см.: Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу

¹ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010. № 5 (примеч. редактора).

«Грузия против Российской Федерации (II)» (Georgia v. Russia) (II) от 21 января 2021 г., жалоба № 38263/08, §§ 329–332).

137. В настоящем деле Европейский Суд считает, во-первых, что власти Германии были обязаны в соответствии с международным обычным гуманитарным правом расследовать обжалуемый авиаудар, поскольку он касался индивидуальной уголовной ответственности членов личного состава Вооруженных сил Германии за возможное военное преступление (см., в частности, Норму № 158 Исследования МККК в области международного обычного гуманитарного права, а также обязательство государств, участвующих в многонациональных операциях под эгидой международной организации, гарантировать соблюдение своим национальным контингентом всей совокупности норм международного гуманитарного права, включая международное обычное гуманитарное право, в том числе посредством осуществления дисциплинарных и уголовных полномочий, сохраняемых за государствами; см. выше § 83; см. также Основные принципы и руководящие положения ООН, выше § 86; и дополнительные разъяснения международных органов по правам человека, выше §§ 87–89). Наличие обязательства проводить расследование по международному праву, с которым власти Германии согласны в настоящем деле, отражает степень тяжести предполагаемого преступления (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Грузия против Российской Федерации (II)» (Georgia v. Russia) (II), § 331).

138. Во-вторых, Европейский Суд отмечает, что власти Афганистана по юридическим причинам были лишены возможности самостоятельно возбудить уголовное дело против полковника К. и старшего сержанта W. в отношении предполагаемого преступления. В соответствии с пунктом 3 статьи I Соглашения о статусе МССБ государства, предоставившие войска, действительно сохраняют исключительную юрисдикцию над личным составом, который они предоставили в рамках МССБ, в отношении любых уголовных или дисциплинарных правонарушений, которые их войска могли совершить на территории Афганистана (см. выше § 75), что является обычной практикой для государств, предоставляющих вооруженные силы в рамках санкционированных Организацией Объединенных Наций военных миссий. Власти Германии и государств, вступивших в производство по делу, утверждали, что это положение представляет собой норму об иммунитете. По мнению Европейского Суда, это верно в той степени, в которой такая норма защищает личный состав МССБ государств, предоставивших войска, от преследования со стороны властей Афганистана. Однако одновременно с этим данная норма регулирует юрисдикцию, как утверждал заявитель: она разъясняет, кто обладает юрисдикцией

над личным составом МССБ по уголовным делам, и предусматривает, что только государства, предоставившие войска, имеют право возбуждать уголовное расследование или судебное разбирательство в отношении военнослужащих, которых они направляют в состав МССБ, даже в случаях предполагаемых военных преступлений. Если государства, предоставившие войска, не осуществляют уголовную юрисдикцию в целях расследования утверждений о том, что военнослужащие, которых они направили в состав МССБ (или других многонациональных военных миссий), совершили уголовные преступления, это может привести к безнаказанности, в том числе в отношении преступлений, влекущих за собой индивидуальную уголовную ответственность согласно международному праву.

139. В-третьих, органы прокуратуры Германии также были обязаны возбудить уголовное дело в соответствии с внутригосударственным законодательством, как подтвердили власти государства-ответчика. Уголовное расследование проводилось Генеральным прокурором при Федеральном верховном суде, поскольку оно касалось потенциальной ответственности полковника К. и старшего сержанта W., двух граждан Германии, *inter alia*, за военное преступление, предусмотренное Кодексом преступлений против международного права Германии. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде обладает исключительной компетенцией осуществлять уголовное преследование за преступления, предусмотренные указанным Кодексом (см. выше § 101), которые подпадают под действие принципа универсальной юрисдикции (см. выше § 95) и принципа обязательного уголовного преследования. Согласно внутригосударственному законодательству, власти Германии могли отказаться от проведения данного расследования только в том случае, если предполагаемое преступление расследовалось международным судом либо государством, на территории которого оно было совершено или граждане которого пострадали в результате совершения такого преступления (см. выше § 96). Последние два варианта развития событий исключались в настоящем деле, поскольку власти Германии сохраняли исключительную юрисдикцию над своими вооруженными силами в соответствии с Соглашением о статусе МССБ в отношении любых уголовных преступлений, которые они могли совершить на территории Афганистана.

140. В связи с этим Европейский Суд отмечает, что преступления, наказуемые в соответствии с Кодексом преступлений против международного права Германии, носят серьезный характер. Указанный Кодекс и соответствующие положения Уголовно-процессуального кодекса Германии были приняты на фоне ратификации Германией Римского статута Международного уголовного суда с целью обеспечить расследование и уголов-

ное преследование подобных преступлений на внутригосударственном уровне и избежать безнаказанности (см. выше § 94).

141. Европейский Суд также отмечает, что по имеющейся у него информации в большинстве тех Договаривающихся Государств, которые участвуют в развертывании военных сил за границей, уполномоченные органы власти обязаны в соответствии с внутригосударственным законодательством расследовать предполагаемые военные преступления или случаи смерти в результате неправомерных действий, совершенных за границей членами личного состава их вооруженных сил, и обязательство проводить расследование считается по существу автономным (см. выше § 90).

142. В настоящем деле сохранение властями Германии исключительной юрисдикции над своими войсками в отношении тяжких преступлений, которые, кроме того, они были обязаны расследовать в соответствии с международным правом и внутригосударственным законодательством, представляют собой «особенности», которые в их совокупности формируют юрисдикционную связь по смыслу статьи 1 Конвенции в отношении процессуального обязательства проводить расследование в соответствии со статьей 2 Конвенции.

143. Европейский Суд подчеркивает, что заявитель не жаловался на материально-правовые действия, которые повлекли за собой обязательство проводить расследование. Следовательно, Европейскому Суду не нужно проверять существование юрисдикционной связи по смыслу статьи 1 Конвенции относительно какого-либо материально-правового обязательства в соответствии со статьей 2 Конвенции. Однако он подчеркивает, что из простого установления наличия юрисдикционной связи в отношении процессуального обязательства по статье 2 Конвенции не следует, что материально-правовое действие подпадает под юрисдикцию Договаривающегося Государства или что указанное действие может быть приписано такому государству.

144. Таким образом, пределы рассмотрения настоящего дела ограничиваются следственными действиями и бездействием военнослужащих Германии в Афганистане, имевшими место в связи с сохранением исключительной юрисдикции по Соглашению о статусе МССБ над военнослужащими Германии в отношении любого уголовного или дисциплинарного правонарушения, которые они могли совершить на территории Афганистана, а также действиями и бездействием прокуратуры и судебных органов Германии. Они могут повлечь за собой ответственность властей Германии в соответствии с Конвенцией (см. для сравнения упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands), §§ 154–155).

145. Европейский Суд принимает во внимание ограничения правовых полномочий властей Германии по проведению расследования в Афганистане, а также тот факт, что случаи смерти, подлежащие расследованию, произошли в ходе ведения активных боевых действий. Однако данные обстоятельства *per se* не исключают установления того, что может потребоваться принятие дальнейших следственных мер, в том числе в Афганистане, включая оказание международной правовой помощи и использование современных технологий. Конкретные проблемы расследования касаются объема и содержания процессуальных обязательств в соответствии со статьей 2 Конвенции, возложенных на власти Германии, и, таким образом, относятся к существу жалобы (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey), § 197).

В. Дополнительные возражения властей Германии

1. Доводы сторон

146. Власти Германии утверждали, что заявитель не исчерпал все внутригосударственные средства правовой защиты в отношении своих возражений по поводу отсутствия независимости расследования как в Афганистане (см. ниже § 158), так и в Германии (вследствие предположительного давления Федерального министерства обороны на Генерального прокурора г. Дрездена и абстрактной возможности Федерального министерства юстиции издавать директивы, обязательные для исполнения Генеральным прокурором при Федеральном верховном суде), а также в связи с отсутствием разумной оперативности в проведении расследования (см. ниже §§ 164–166). Он не затрагивал указанные жалобы, даже по существу, ни в своей конституционной жалобе в Федеральный конституционный суд Германии, ни в своем ходатайстве о предъявлении публичных обвинений в Высшем земельном суде г. Дюссельдорфа. Неопределенных ссылок заявителя на общее обязательство проводить эффективное расследование в соответствии со статьей 2 Конвенции было недостаточно в этом отношении. Он не привел соответствующие критерии по этим конкретным жалобам и не выдвинул каких-либо доводов. Он даже не уточнил эти аспекты при фактическом описании обстоятельств расследования в своих замечаниях.

147. Заявитель утверждал, что он исчерпал внутригосударственные средства правовой защиты, как того требует пункт 1 статьи 35 Конвенции. Он поднимал вопросы, с которыми он теперь обращался в Европейский Суд, по крайней мере по существу, в судах Германии. Как в своем ходатай-

стве о предъявлении публичных обвинений, так и в своей конституционной жалобе он подробно описал ход и продолжительность расследования и настаивал на том, что оно имело ряд недостатков, ссылаясь на обязательство проводить эффективное расследование, предусмотренное статьей 2 Конвенции. Федеральный конституционный суд Германии мог рассмотреть жалобы заявителя. Его ситуация была аналогична ситуации, рассмотренной в деле «Хентшель и Штарк против Германии» (*Hentschel and Stark v. Germany*) (Постановление Европейского Суда от 9 ноября 2017 г., жалоба № 47274/15).

2. Мнение Большой Палаты Европейского Суда

148. Европейский Суд напоминает, что цель правила о необходимости исчерпания заявителем внутригосударственных средств правовой защиты состоит в том, чтобы предоставить Договаривающемуся Государству возможность рассмотреть и тем самым предотвратить или исправить конкретное нарушение Конвенции, которое вменяется ему в вину. Действительно, в соответствии с прецедентной практикой Европейского Суда не всегда необходимо, чтобы положения Конвенции прямо затрагивались в ходе внутригосударственного производства, при условии, что жалоба была подана «по крайней мере по существу». Это означает, что заявитель должен привести юридические доводы, имеющие такой же или подобный эффект, на основании внутригосударственного законодательства с тем, чтобы предоставить судам государства-ответчика возможность исправить предполагаемое нарушение. Однако, как подтверждает прецедентная практика Европейского Суда, чтобы предоставить Договаривающемуся Государству реальную возможность предотвратить или исправить предполагаемое нарушение, необходимо учитывать не только факты, но и юридические доводы заявителя в целях определения того, действительно ли жалоба, поданная в Европейский Суд, подавалась ранее по существу властям государства-ответчика. Это связано с тем, что ситуация, «когда заявитель, игнорируя возможный конвенционный довод, мог бы сослаться на какое-либо иное основание перед властями государства-ответчика для обжалования оспариваемой меры, но затем подал жалобу в Европейский Суд на основании конвенционного довода, противоречила бы субсидиарному характеру механизма Конвенции» (см., среди прочих примеров Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Радомилья и другие против Хорватии» (*Radomilja and Others v. Croatia*), жалобы №№ 37685/10 и 22768/12¹, § 117, ECHR 2018, с дополнительными ссылками).

149. Если заявитель жалуется на отсутствие эффективного уголовного расследования в соответствии со статьей 2 или 3 Конвенции в их процессуально-правовом аспекте, этого достаточно для соблюдения пункта 1 статьи 35 Конвенции, в том числе в отношении правовых доводов, которые прямо не затрагиваются на внутригосударственном уровне, если заявитель оспаривает эффективность этого расследования во внутригосударственном суде и, подробно описывая ход и продолжительность расследования и последующего судебного производства, ссылается на соответствующие фактические составляющие, которые позволят этому суду оценить эффективность расследования (см. для сравнения упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Хентшель и Штарк против Германии» (*Hentschel and Stark v. Germany*), §§ 64 и 66). В этом отношении Европейский Суд напоминает, что соблюдение статьи 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте оценивается на основе нескольких важных критериев, которые связаны между собой и взяты вместе, а не в отдельности, позволяют оценить степень эффективности расследования (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мустафа Тунч и Фэджире Тунч против Турции» (*Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey*) от 14 апреля 2015 г., жалоба № 24014/05², § 225).

150. В настоящем деле не оспаривается, что заявитель обжаловал эффективность расследования в Федеральном конституционном суде Германии и что он сослался на процессуальное обязательство в соответствии со статьей 2 Конвенции. Вместе с тем стороны оспаривают вопрос о том, достаточно ли подробно при фактическом описании расследования и судебного производства в своих доводах в Федеральном конституционном суде Германии заявитель изложил определенные аспекты, которые, по его мнению, являлись недостатками расследования, указанными им в его жалобе в Европейский Суд.

151. Европейский Суд отмечает, что заявитель в своей конституционной жалобе описал выездную проверку, проведенную членами ГВП «Кундуз» после авиаудара, доклад военной полиции Германии, а также ход расследования, проведенного прокуратурой Германии. Таким образом, в Федеральном конституционном суде Германии заявитель ссылался на соответствующие фактические элементы в отношении своих утверждений о несвоевременном проведении выездной проверки военным контингентом из Германии после авиаудара, об отсутствии независимости лиц, участвовавших в ее проведении, о несвоевременном возбуждении официального уголовного расследования и неэффективности предыдущих предвари-

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2018. № 2 (примеч. редактора).

² См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2018. № 8 (примеч. редактора).

тельных расследований. Таким образом, по мнению Европейского Суда, заявитель в Федеральном конституционном суде Германии сослался на фактические элементы, касающиеся вышеупомянутых аспектов, которые могли позволить этому суду оценить эффективность расследования. Следовательно, возражение властей Германии о неисчерпании внутригосударственных средств правовой защиты в этом отношении должно быть отклонено.

152. Напротив, конституционная жалоба заявителя не затрагивала предполагаемое отсутствие независимости расследования в Германии. По мнению Европейского Суда, можно оставить открытым вопрос о том, исчерпал ли заявитель внутригосударственные средства правовой защиты в связи с этим конкретным доводом, поскольку он в любом случае является неприемлемым для рассмотрения по существу как явно необоснованный. Европейский Суд считает, что взаимодействие между Федеральным министерством обороны и Генеральным прокурором г. Дрездена в контексте предварительного расследования, проведенного последним (см. выше § 30), изначально не могло повлиять на независимость расследования, учитывая, что Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде, начавший предварительное расследование 8 сентября 2009 г. (см. выше § 30), обладал исключительной компетенцией проводить расследование и осуществлять уголовное преследование за преступления, предусмотренные Кодексом преступлений против международного права Германии, и что Генеральный прокурор г. Дрездена согласно закону был обязан незамедлительно передать расследование, касающееся ответственности полковника К. за преступления в соответствии с указанным Кодексом, Генеральному прокурору при Федеральном верховном суде (см. выше § 101). Отсутствуют какие-либо указания на то, что Федеральное министерство обороны пыталось повлиять на расследование Генерального прокурора при Федеральном верховном суде или вмешаться в него. Кроме того, вывод об отсутствии независимости не может быть сделан на основании абстрактной возможности Федерального министерства юстиции издавать обязательные для Генерального прокурора при Федеральном верховном суде директивы. При этом не оспаривается, что в настоящем деле подобные директивы не издавались (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мустафа Тунч и Фаджире Тунч против Турции» (*Mustafa Tunc and Fecire Tunc v. Turkey*), § 222).

С. Вывод

153. За исключением доводов о предполагаемом отсутствии независимости расследования, проведенного в Германии, настоящая жалоба не являет-

ся явно необоснованной по смыслу подпункта «а» пункта 3 статьи 35 Конвенции. Она также не является неприемлемой по каким-либо иным основаниям. Следовательно, Европейский Суд объявляет настоящую жалобу приемлемой для рассмотрения по существу.

II. СУЩЕСТВО ЖАЛОБЫ

154. Заявитель жаловался со ссылкой на статью 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте на то, что расследование авиаудара, в результате которого погибли, *inter alios*, двое его сыновей, было неэффективным. В дополнение к утверждениям о недостатках расследования заявитель также жаловался, ссылаясь на статью 13 Конвенции во взаимосвязи со статьей 2 Конвенции, на отсутствие у него эффективных внутригосударственных средств правовой защиты для обжалования постановления Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о прекращении расследования.

155. Поскольку суть жалобы заявителя заключается в том, что никто не был привлечен к ответственности за смерть его сыновей, Европейский Суд считает целесообразным рассмотреть ее исключительно в соответствии со статьей 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (*Armani Da Silva v. United Kingdom*) от 30 марта 2016 г., жалоба № 5878/08¹, §§ 291–292; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Хентшель и Штарк против Германии» (*Hentschel and Stark v. Germany*), § 45). Статья 2 Конвенции гласит:

«1. Право каждого лица на жизнь охраняется законом. Никто не может быть умышленно лишен жизни иначе как во исполнение смертного приговора, вынесенного судом за совершение преступления, в отношении которого законом предусмотрено такое наказание.

2. Лишение жизни не рассматривается как нарушение настоящей статьи, когда оно является результатом абсолютно необходимого применения силы:

а) для защиты любого лица от противоправного насилия;

б) для осуществления законного задержания или предотвращения побега лица, заключенного под стражу на законных основаниях;

с) для подавления, в соответствии с законом, бунта или мятежа».

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2017. № 3 (примеч. редактора).

А. Доводы сторон**1. Заявитель**

156. Право не быть произвольно лишенным жизни продолжает действовать в период вооруженного конфликта, как и обязательство проводить эффективное расследование в соответствии со статьей 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте. Положения международного гуманитарного права уже учтены в пункте 2 статьи 15 Конвенции и не применяются в связи с рассматриваемым положением. Однако, даже если бы в настоящем деле применялось международное гуманитарное право, расследование все равно должно было бы соответствовать стандартам международного гуманитарного права и международных норм в области прав человека в отношении независимости, беспристрастности, тщательности, эффективности, оперативности и прозрачности. Обычные конвенционные стандарты сохраняются даже при толковании Конвенции в свете международного гуманитарного права.

157. Расследование в настоящем деле было неэффективным по следующим причинам: (i) оно не проводилось достаточно независимыми лицами; (ii) собранные доказательства были односторонними, и для установления фактов были предприняты недостаточные следственные действия, а сопутствующие обстоятельства вообще не расследовались; (iii) расследование не было начато своевременно и не проводилось с разумной оперативностью; (iv) заявитель как ближайший родственник не принимал достаточного участия в расследовании.

(а) Эффективность расследования**(i) Независимость**

158. Лица, ответственные за проведение следственных действий в Афганистане и осуществлявшие их, не обладали необходимой независимостью от лиц, причастных к авиаудару 4 сентября 2009 г. Члены группы, которая проводила первоначальную выездную проверку через 11 часов после авиаудара, были непосредственными коллегами подозреваемых. Поскольку они служили под командованием полковника К., они также находились в иерархическом подчинении ему. Все задействованные следователи входили в состав военного контингента Германии в Афганистане, и ни одна группа не занималась сбором доказательств или установлением ответственности. Военнослужащие, причастные к нанесению авиаудара, не были отделены друг от друга, что влекло за собой риск сговора.

(ii) Недостаточность собранных доказательств

159. Прокуратура Германии не проводила каких-либо следственных действий в Афганистане.

Непосещение ее представителями места авиаудара свидетельствовало о нарушении статьи 2 Конвенции. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде основывал свое решение почти исключительно на фактах, полученных из внешних источников, в частности от военнослужащих. Эти факты не были собраны с целью установления уголовной ответственности и не были получены в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде не воспользовался списком возможных жертв среди гражданского населения, переданным МООНСА, чтобы связаться с родственниками потерпевших в Афганистане, в том числе с заявителем.

160. Ход расследования свидетельствовал о том, что его результат был predetermined. Расследование Генерального прокурора при Федеральном верховном суде началось с установления жесткого графика продолжительностью от пяти до шести недель, что не оставляло места для проведения дополнительных расследований. Согласно данному графику, необходимо было выполнить только одно дополнительное следственное действие, а именно допросить двоих подозреваемых и двоих свидетелей, которые были подчиненными полковника К. и находились на командном пункте в момент нанесения авиаудара. Эти допросы казались простой формальностью. Тщательное расследование с прозрачным результатом позволило бы провести дальнейшие следственные действия.

161. Расследование не выполнило свою задачу по установлению обстоятельств, сопутствующих событиям, и по определению законности применения силы. Сохранялась значительная неопределенность в отношении соответствия нанесения авиаудара нормам международного гуманитарного права. Вместе с тем никогда не выяснялось количество жертв и их статус гражданских лиц или комбатантов, равно как и не уточнялось значение терминов «боевик» или «Талибан», которые были широкими и не определяли законные военные цели. Таким образом, было невозможно оценить ожидаемое военное преимущество по сравнению с возможными потерями среди гражданского населения и, следовательно, ответить на вопрос о том, было ли применение силы чрезмерным. Фактические обстоятельства следовало выяснить путем опроса очевидцев. Тот факт, что оставшийся в живых водитель бензовоза, переводчик и пилоты были допрошены парламентской комиссией по расследованию, демонстрировал, что подобные действия были целесообразны и возможны также и для Генерального прокурора при Федеральном верховном суде. Дальнейшие разъяснения можно было получить с помощью привлечения независимых военных экспертов для оценки изображений, сделанных с самолета, и путем опроса населения соседних деревень, включая заявителя. Допрос ука-

занных свидетелей можно было провести с помощью современных технологий.

162. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде также не провел достаточного расследования, касающегося существования неминуемой угрозы, которая сделала авиаудар и, следовательно, применение силы в отношении сыновей заявителя «абсолютно необходимым» по смыслу пункта 2 статьи 2 Конвенции. Не изучался вопрос о том, были ли приняты достаточные меры предосторожности, чтобы избежать жертв среди гражданского населения, и было ли предположение об отсутствии гражданских лиц на месте авиаудара действительно разумным. Необходимо было получить предметы, захваченные силами безопасности Афганистана, например остатки оружия, которое, как утверждалось, находилось у лиц, подвергшихся нападению.

163. Причина, по которой Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде прекратил расследование, не может оправдать допущенные в ходе него недостатки. Предполагаемое искреннее убеждение подозреваемых в том, что они действовали законно, было уместным только в качестве довода защиты, чтобы избежать обвинения в нарушении статьи 2 Конвенции в ее материально-правовом аспекте, но требовалось установить, соответствовал ли объективно авиаудар нормам международного гуманитарного права. Уголовная ответственность за непредумышленное убийство, совершенное по небрежности, которая связана с предположением о том, что в районе сбрасывания бомбы не находились гражданские лица, была возможна и подлежала дальнейшему расследованию.

(iii) Расследование не было проведено с разумной оперативностью

164. Расследование не проводилось с необходимой и разумной оперативностью. Обязательная оценка степени боевых повреждений была проведена только через 11 часов после авиаудара в нарушение Правил ведения боевых действий МССБ. В результате этого не было возможности выяснить точные обстоятельства и степень ущерба, причиненного авиаударом, поскольку за прошедшее время место его нанесения значительно изменилось. Власти Германии могли направить беспилотный самолет для проведения съемки в целях фиксации места происшествия. Кроме того, несвоевременно был проведен допрос военнослужащих, участвовавших в нанесении авиаудара в Афганистане.

165. Официальное уголовное расследование было возбуждено только 12 марта 2010 г., то есть более чем через шесть месяцев после нанесения авиаудара. Данная задержка существенно ослабила доказательную ценность свидетельских показаний и создала возможность сговора. Решающим был не вопрос о том, действовали ли власти в на самом

деле недобросовестно, а о том, были ли приняты эффективные меры предосторожности для предотвращения сговора. Отсутствие требования к полковнику К. и другим военнослужащим, причастным к инциденту, о возвращении в Германию после инцидента для немедленного допроса повлекло за собой обширные и неоправданные задержки. Многие следственные действия, включая взятие показаний подозреваемых, могли быть проведены сразу после авиаудара, в том числе с использованием современных технологий.

166. Предварительное расследование, начатое сразу после авиаудара, не могло считаться надлежащим уголовным расследованием. Его единственная цель заключалась в том, чтобы установить наличие «первоначальных оснований для подозрения», необходимых для возбуждения официального уголовного расследования, и оно не позволяло осуществлять следственные действия, например проводить допрос свидетелей. Продолжительность предварительного расследования не могла оправдать краткость официального уголовного расследования.

(iv) Недостаточное участие заявителя в расследовании

167. Заявитель как ближайший родственник двух потерпевших не принимал участия в расследовании в той мере, в какой это было необходимо для защиты его законных интересов. 12 апреля 2010 г., то есть в период, когда официальное расследование еще продолжалось, заявитель обратился с требованием о возбуждении уголовного дела в связи с нанесением авиаудара и запросил доступ к материалам расследования. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде прекратил расследование 16 апреля 2010 г., не заслушав заявителя и не предоставив его адвокату доступ к материалам дела. Этот доступ был предоставлен только 3 сентября 2010 г., а постановление Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о прекращении расследования было доведено до сведения заявителя только 13 октября 2010 г. Необходимо было заслушать заявителя, поскольку нельзя было исключать, что он располагал важной информацией, в частности, о личностях тех, кто находился на месте сбрасывания бомбы.

(b) Судебная проверка постановления о прекращении расследования и средства правовой защиты для его обжалования

168. Заявитель утверждал, что у него не было возможности добиться судебной проверки постановления Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о прекращении расследования вопреки требованиям статьи 2 Конвенции.

169. Пределы и характер ходатайства о предъявлении публичных обвинений, а также жесткие требования к приемлемости для рассмотрения его по существу обусловили его неэффективность в качестве средства правовой защиты в настоящем деле, которое касалось нарушения права на жизнь, допущенного вооруженными силами за границей. Данный механизм не позволял потерпевшим и их родственникам эффективно обжаловать прекращение расследования в делах, где имелась недоступная или засекреченная информация, например, о принятии решений военными. Заявитель не имел возможности доказать наличие достаточных оснований для подозрений в том, что подозреваемые несут уголовную ответственность, поскольку органы прокуратуры Германии не провели тщательного расследования дела, и заявитель не мог устранить эти недостатки. Заявитель не мог подробно описать каждое доказательство в своем кратком изложении дела.

170. Конституционная жалоба в Федеральный конституционный суд Германии также не являлась эффективным средством правовой защиты, позволяющим добиться проверки постановления о прекращении расследования. Федеральный конституционный суд Германии рассматривал только конкретные нарушения конституционного права и в первую очередь вопрос о том, было ли решение о прекращении расследования произвольным. В отличие от упомянутого выше Постановления Европейского Суда по делу «Хентшель и Штарк против Германии» (*Hentschel and Stark v. Germany*), Федеральный конституционный суд Германии не провел детальной оценки расследования и не изучил по существу жалобу заявителя в соответствии со статьей 2 Конвенции.

171. Недостатки расследования отрицательно повлияли на другие потенциальные средства правовой защиты заявителя, в том числе на его иск о возмещении ущерба. Парламентская комиссия по расследованию не соответствовала требованиям эффективного средства правовой защиты. Ее выводы, которые не проясняли полностью обстоятельства и законность авиаудара, не имели обязательной силы и не касались процессуальных прав заявителя в соответствии со статьей 2 Конвенции.

2. *Власти Германии*

172. Прежде всего власти Германии подчеркнули, что правовая система Германии всесторонне отреагировала на авиаудар, в результате которого погибли сыновья заявителя. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде провел тщательную проверку с целью установить, несут ли причастные к делу военнослужащие уголовную ответственность. Парламентская комиссия по расследованию изучала политические и фактические аспекты событий более полутора лет. Судебное

производство по иску о возмещении ущерба еще продолжается.

173. Что касается уголовного расследования в отношении военнослужащих, причастных к нанесению авиаудара, власти Германии утверждали, что они выполнили свое обязательство по проведению расследования. На момент нанесения авиаудара ситуация в провинции Кундуз представляла собой вооруженный конфликт немеждународного характера по смыслу международного гуманитарного права, к которому применялись общая статья 3 Женевских конвенций и нормы международного обычного гуманитарного права. Общий принцип, установленный в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хассан против Соединенного Королевства» (*Hassan v. United Kingdom*), касающийся необходимости толковать Конвенцию в свете норм международного гуманитарного права, в равной мере применим к вооруженным конфликтам немеждународного характера. Следовательно, международное гуманитарное право предлагает надлежащий ориентир для определения действий, требуемых от властей государства-ответчика. Ситуация в настоящем деле отличалась от ситуации в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (*Jaloud v. Netherlands*), поскольку рассматриваемый инцидент произошел в ходе боевых столкновений. Характер и степень тщательности, необходимые для соблюдения минимальных требований к эффективности расследования, следует толковать таким образом, чтобы учитывать специфику ситуации и правовые рамки ведения боевых действий. Власти Германии отмечали особую роль командующих в проведении расследований в соответствии с международным гуманитарным правом.

(а) *Эффективность расследования*

174. Отсутствовали недостатки расследования, на которые ссылался заявитель. Даже если предположить их наличие, расследование, тем не менее, выявило все относящиеся к делу факты об инциденте и установило ответственных лиц. Суть настоящей жалобы не касалась эффективности расследования и не преследовала цель более глубокого уточнения относящихся к делу фактов. Скорее, она была направлена против правовой оценки, проведенной Генеральным прокурором при Федеральном верховном суде. Однако статья 2 Конвенции не охватывает проверку отдельных решений органов прокуратуры на предмет их юридической правильности (власти ссылались на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (*Armani Da Silva v. United Kingdom*), § 259).

(i) Разумная оперативность расследования

175. Расследование проводилось с разумной оперативностью. Что касается мер, принятых в Афганистане, достаточно было провести первую разведку после авиаудара с самолета в районе сбрасывания бомбы. Как только стало известно о возможных жертвах среди гражданского населения, МССБ создали следственную группу, которая в тот же день прибыла в провинцию Кундуз, осмотрела место авиаудара и допросила полковника К., а также других военнослужащих Германии. По результатам ее доклада была создана совместная комиссия по расследованию, которая представила подробный доклад 26 октября 2009 г. Также в день нанесения авиаудара следственная группа военной полиции Германии была направлена в провинцию Кундуз и подготовила доклад. Предложенные в указанном докладе меры по проведению дополнительного осмотра места нападения были впоследствии проведены МССБ и официальными лицами Афганистана. Кроме того, в день нанесения авиаудара соответствующие органы Вооруженных сил Германии начали проводить дознание в целях возможного возбуждения официального дисциплинарного расследования.

176. Правоохранительные органы Германии были проинформированы об авиаударе в день его нанесения и немедленно приняли соответствующие меры. Решение о возбуждении официального уголовного расследования было принято своевременно и было эффективно подготовлено в ходе предыдущих предварительных расследований. Вопреки утверждениям заявителя, органы прокуратуры были уполномочены в соответствии с законодательством Германии допрашивать и обеспечивать судебный допрос свидетелей в ходе предварительного расследования.

177. Лица, ответственные за проведение расследования, приняли надлежащие меры для снижения риска сговора. Как власти Германии, так и МССБ допрашивали полковника К. и других причастных к инциденту военнослужащих 4 сентября 2009 г. и несколько раз впоследствии. Органы прокуратуры получили доступ к материалам допросов всех важных свидетелей, которые были проведены внутригосударственными и международными органами, в частности МССБ, вскоре после инцидента. Все значимые доказательства, такие как аудиозаписи радиопереговоров с американским самолетом F-15 или тепловые изображения с их инфракрасных камер, были немедленно зафиксированы. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде имел в своем распоряжении протоколы допросов подозреваемых, а также допросил их лично.

178. Последовательность событий в связи с авиаударом была установлена в самом начале расследования. Отсутствовали обстоятельства, в

отношении которых мог бы существовать сговор. Приказ полковнику К. или другим военнослужащим, потенциально ответственным за инцидент, вернуться в Германию для допроса, фактически препятствовал бы расследованию. Эффективный допрос подозреваемых и свидетелей требовал высокопрофессиональных знаний военной ситуации и обстоятельств на месте. Следователи МССБ обладали необходимыми специальными знаниями.

(ii) Независимость расследования

179. Лица, ответственные за проведение расследования, были достаточно независимы от лиц, причастных к нанесению авиаудара. Прежде всего необходимо отметить, что ответственность за расследование уголовных преступлений, потенциально совершенных военнослужащими Германии, в любом случае возлагается исключительно на гражданские правоохранительные органы и гражданские уголовные суды, независимо от того, были ли предполагаемые преступления совершены в Германии или за ее пределами. В силу исторических причин Германия сознательно воздерживается от повторного введения отдельной системы военной юстиции после 1949 года. Возложение ответственности на гражданские правоохранительные органы и суды служило гарантией независимости судебного разбирательства.

180. В своей оценке Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде ссылался, *inter alia*, на независимые расследования, проведенные МССБ, гражданскими властями Афганистана, МККК и МООНСА. Статья 2 Конвенции не требует, чтобы правоохранительные органы собирали все доказательства и принимали все необходимые решения самостоятельно. Обязательство проводить расследование может быть выполнено путем предоставления результатов парламентских и международных расследований инцидента органам прокуратуры, а уголовное расследование может быть основано на результатах этих расследований (власти ссылались на Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Джулиани и Гаджио против Италии» (*Giuliani and Gaggio v. Italy*), жалоба № 23458/02¹, §§ 309–310, ECHR 2011 (извлечение)); Постановление Европейского Суда по делу «Тагаева и другие против Российской Федерации» (*Tagayeva and Others v. Russia*) от 13 апреля 2017 г., жалоба № 26562/07 и шесть других жалоб², §§ 628–631; Решение Европейского Суда по делу «Мустафич Муич и другие против Нидерландов» (*Mustafić Mujić and Others v. Netherlands*) от 30 августа 2016 г., жалоба № 49037/15, §§ 102–106).

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2020. № 2 (примеч. редактора).

² См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2018. № 1 (примеч. редактора).

Это было уместно, в частности, с учетом многоуровневого характера военного присутствия в Афганистане в рамках делегирования полномочий Совета Безопасности ООН. Это не предполагало юридических полномочий гражданских правоохранительных органов государств, предоставивших войска, самостоятельно проводить уголовные расследования на территории Афганистана (кроме как в порядке запрашивания международной правовой помощи), а также позволяло обеспечить высокий уровень общественного контроля.

181. Военная полиция Германии не действовала от имени Генерального прокурора при Федеральном верховном суде, и полученные ею фактические данные служили лишь одним из источников информации среди других независимых источников. Военная полиция подчинялась командующему военным контингентом Германии МССБ и представила ему свой окончательный доклад. Она была иерархически и функционально независима от командующего ГВП «Кундуз». Даже если предположить, что военная полиция была недостаточно независима, это не могло привести к неэффективности расследований как таковых. Доклад военной полиции был лишь одним из многочисленных источников, на которые ссылался Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде, и ввиду ее ограниченных следственных полномочий ее доклад мог сыграть лишь второстепенную роль. Кроме того, принимая во внимание правовые ограничения полномочий властей Германии по проведению расследования в Афганистане, отсутствовали реальные альтернативы расследованиям, проводимым военной полицией. В дополнение к этому положение в области безопасности на соответствующий момент времени не позволяло направить гражданских прокуроров или сотрудников полиции к месту происшествия для проведения независимого расследования. Требование о том, чтобы расследования предполагаемых противоправных убийств в период вооруженных конфликтов всегда проводились гражданскими властями, представляется нереальным и потенциально контрпродуктивным.

(iii) Достаточность доказательств

182. Меры, принятые следственными группами, которые легли в основу решения Генерального прокурора при Федеральном верховном суде, принимались в соответствии с положениями, изложенными в Руководстве по расследованию нарушений международного гуманитарного права 2019 года, в части порядка проведения уголовных расследований в разгар вооруженного конфликта.

183. Не требовалось проводить дополнительные расследования для установления точного количества жертв. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде принял во внимание

все доклады, подготовленные в рамках других расследований, и после оценки доказательств вынес исчерпывающее определение в этом отношении. В целях оценки уголовной ответственности подозреваемых он в достаточной мере принял во внимание тот факт, что ущерб, установленный после инцидента, мог указывать на то, была ли атакующая сторона способна предвидеть до нападения вероятность жертв среди гражданского населения. Выводы Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о том, что количество лиц, находившихся на месте сбрасывания бомбы, не вызывало сомнений и о том, что в состав данной группы лиц входили боевики движения «Талибан», не могли быть подвергнуты сомнению в ходе дальнейшего уточнения количества жертв.

184. От Генерального прокурора при Федеральном верховном суде не требовалось консультироваться с военными экспертами, чтобы определить, были ли приняты все «разумные и возможные меры предосторожности». Речь шла о применении стандартов международного гуманитарного права, и он мог основывать свою оценку на докладе, подготовленном следственной группой МССБ, в состав которой входили военные эксперты из разных стран. Он на законных основаниях установил, что полковник К. не имел в своем распоряжении каких-либо практически осуществимых дополнительных разведывательных мер и мер предосторожности. Полковник К. семь раз получал подтверждение о том, что осведомитель идентифицировал лиц, находившихся в указанном месте, как «боевиков», и изображения, полученные с помощью инфракрасных камер американского самолета F-15, на которых люди, находившиеся рядом с бензовозами, были изображены в виде точек источника тепла, соответствовали утверждениям осведомителя. Отсутствовала необходимость моделировать ситуацию в командном центре или допрашивать дополнительных свидетелей, которые не общались с подозреваемыми на соответствующий момент времени, поскольку это не дало бы каких-либо сведений, способных изобличить подозреваемых.

185. Утверждение заявителя о неправильном применении международного гуманитарного права касалось применения и толкования внутригосударственного права, а также оценки имеющихся доказательств, против которых Европейский Суд – в силу субсидиарного характера его роли – может возражать только при наличии произвола или иного веского основания. В настоящем деле отсутствовали такие веские основания. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде исходил из того, что законность приказа о нанесении авиаудара должна оцениваться в соответствии со стандартом «разумного командования». Данная оценка основывается на вероятных последствиях, какими они представлялись на момент принятия решения, а не на последствиях авиаудара, которые стали из-

вестны по прошествии времени. Указанная правовая позиция соответствовала установленным доктринам международного публичного права.

186. В целом было признано, что военные действия в условиях вооруженного конфликта, которые соответствовали нормам международного гуманитарного права, не влекли за собой уголовную ответственность участвующих в них военнослужащих. Напротив, соблюдение норм международного гуманитарного права, скорее, служило обстоятельством, исключающим ответственность, в том числе в отношении преступлений, признанных таковыми в соответствии с общим уголовным правом. Толкование, согласно которому соответствующие положения международного гуманитарного права определяют, что является «абсолютно необходимым» по смыслу пункта 2 статьи 2 Конвенции в ситуации вооруженного конфликта, соответствовало подходу Европейского Суда в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хассан против Соединенного Королевства» (*Hassan v. United Kingdom*). Наконец, Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде подробно обосновал, почему любое возможное нарушение Правил ведения боевых действий не имело значения для установления уголовной ответственности. По результатам предварительного расследования, проведенного в целях определения необходимости возбуждать официальное дисциплинарное производство, оказалось, что полковника К. нельзя было упрекнуть даже в дисциплинарных нарушениях.

(iv) Участие заявителя в расследовании

187. Заявитель принимал участие в расследовании в той мере, в какой это требовалось для защиты его законных интересов. Отсутствовала необходимость заслушивать его в качестве свидетеля, чтобы обеспечить надежное расследование обстоятельств дела. Было установлено, что двое его сыновей погибли в результате авиаудара. Заявитель, чьи показания, *inter alia*, о его присутствии на месте происшествия оставались до конца неточными, не обладал сведениями, необходимыми для установления того, должны ли были подозреваемые ожидать присутствия гражданских лиц на песчаном берегу, и, следовательно, для установления их уголовной ответственности.

188. Заявителю были предоставлены достаточные возможности дать показания в ходе расследования. Постановления органов прокуратуры об отказе в предъявлении обвинений не являются окончательными в смысле *res judicata*, и впоследствии уголовное преследование может быть возобновлено. Постановление Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о прекращении расследования не лишало заявителя возможности повлиять на расследование. Генеральный проку-

рор при Федеральном верховном суде рассмотрел доказательства и письменные показания заявителя и отклонил их как необоснованные.

189. Заявитель без необоснованных задержек был признан потерпевшей стороной, и ему был своевременно предоставлен доступ к материалам расследования. По его запросу от 12 апреля 2010 г. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде был обязан предоставить подозреваемым возможность дать комментарии. Поскольку запрос законного представителя заявителя был сделан от имени большого количества лиц, которые утверждали, что являлись потерпевшими, потребовалось некоторое время для проверки их соответствующего статуса. В ответ на письмо заявителя от 7 июля 2010 г. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде подтвердил письмом от 16 июля 2010 г., что статус заявителя в качестве потерпевшей стороны был подтвержден в отношении его младшего сына, но что по-прежнему отсутствовали необходимые доказательства относительно ряда других лиц, от имени которых был подан запрос. После того как законный представитель заявителя письмом от 1 сентября 2010 г. ограничил объем запроса о доступе к материалам дела, подав его только от имени заявителя, Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде незамедлительно предоставил ему доступ письмом от 3 сентября 2010 г.

(b) Средство правовой защиты для обжалования предполагаемой неэффективности расследования

190. Отсутствовало требование предоставлять заявителю эффективные средства правовой защиты для проверки постановления Генерального прокурора при Федеральном верховном суде об отказе в предъявлении обвинений (власти ссылались на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (*Armani Da Silva v. United Kingdom*), §§ 278–279). Однако фактически заявитель имел в своем распоряжении два эффективных средства правовой защиты, чтобы оспорить эффективность расследования, и использовал оба эти средства: (i) ходатайство о предъявлении публичных обвинений, поданное в Высший земельный суд, и (ii) возможность подать конституционную жалобу.

191. Ходатайство о предъявлении публичных обвинений само по себе предполагало достаточный объем проверки в случае грубых или особенно серьезных нарушений обязательства проводить расследование со стороны органов прокуратуры. Отсутствовали какие-либо указания на то, что Высший земельный суд не вынес бы распоряжение о возобновлении расследования, если бы ходатайство заявителя отвечало критериям приемлемости

для рассмотрения по существу и если бы Высший земельный суд признал проведенные ранее расследования неудовлетворительными. Критерии приемлемости для рассмотрения по существу, которые применил Высший земельный суд, не были чрезмерными, особенно с учетом того, что интересы заявителя представлял адвокат. В соответствии с прецедентной практикой судов Германии Высший земельный суд требовал не обобщения всего содержания доказательств, собранных в материалах расследования, а, скорее, изложения содержания тех доказательств, на которые ссылался Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде.

192. Кроме того, Федеральный конституционный суд Германии проводил проверку эффективности расследования на основании конституционной жалобы заявителя. Он прямо подчеркнул, что решение Генерального прокурора при Федеральном верховном суде об отказе в предъявлении обвинений соответствовало не только стандартам Федерального конституционного суда Германии, но и требованиям, установленным в прецедентной практике Европейского Суда. Он пояснил, почему от Генерального прокурора при Федеральном верховном суде не требовалось допрашивать свидетелей или собирать дополнительные доказательства, поскольку дальнейшие уточнения количества и личностей жертв авиаудара не затрагивали бы какие-либо аспекты, имеющие значение для оценки уголовной ответственности подозреваемых. Федеральный конституционный суд Германии также отметил, что в определении Высшего земельного суда об отказе в удовлетворении ходатайства о предъявлении публичных обвинений подробно анализировались причины, приведенные Генеральным прокурором при Федеральном верховном суде.

В. Третьи стороны, вступившие в производство по делу

1. *Власти Франции, Норвегии и Соединенного Королевства*

193. Власти государств, вступивших в производство по делу, утверждали, что процессуальное обязательство, согласно статье 2 Конвенции, применительно к ситуациям вооруженного конфликта за пределами территории государства, следовало толковать в соответствии с международным гуманитарным правом, которое представляет собой *lex specialis*. Это относится не только к вопросу о том, когда возникает обязательство проводить расследование, но и содержания данного обязательства. Что касается последнего, власти Соединенного Королевства подчеркнули, что статья 6 Дополнительного протокола II по существу ограничивается требованием независимости уголовного преследования и не содержит более

широкой ссылки на требования прозрачности или участия ближайших родственников. По вопросу требования независимости, власти Франции и Соединенного Королевства подробно остановились на особой роли командующих при проведении расследований в соответствии с международным гуманитарным правом и отметили, что обязательство *lex specialis* в отношении конкретных следственных обязанностей командующих были бы сняты, если бы толкование процессуальных обязательств по статье 2 Конвенции требовало исключений из расследований, проведенных военным командованием.

194. Власти государств, вступивших в производство по делу, утверждали, что необходимо учитывать практические реалии развертывания вооруженных сил. Они могут включать в себя размещение лиц, проводящих расследование, например военной полиции, совместно с другими членами военного контингента; определенную иерархическую или институциональную связь следователей с военным руководством, ответственным за проведение операции; влияние ограниченных ресурсов на оперативность и количество следственных действий, особенно в отношении небольших Договаривающихся Государств и контингентов. Власти Франции и Соединенного Королевства указали на правовые ограничения, налагаемые правовой базой ООН и миссии МССБ, а также законодательством Афганистана, в частности на тот факт, что органам прокуратуры Германии не разрешалось проводить расследования в Афганистане.

195. Власти Франции и Соединенного Королевства добавили, что, как следовало из внутригосударственной практики, государства считали, что «правомерные военные действия», указанные в статье 15 Конвенции, позволяют отступать от обязательств, предусмотренных статьей 2 Конвенции, даже в отсутствие предварительного уведомления об этом отступлении.

2. *Центр по правам человека Эссекского университета, организация «Правовая инициатива открытого общества», Институт международных исследований Католического университета «Сакро Куоре» г. Милана и организация «Райтс Вотч» (Соединенное Королевство)*

196. Центр по правам человека Эссекского университета утверждал, что международное гуманитарное право применяется на основе объективных критериев. Если оно применяется и власти ссылаются на нормы международного гуманитарного права, то одновременное применение международного гуманитарного права и норм в области прав человека может привести к значительному изменению содержания обязательств государства в области прав человека. Если власти не ссыла-

ются на нормы международного гуманитарного права, то Европейский Суд должен признать их применимость, отметив при этом, что власти сделали выбор — провести проверку исключительно на основе норм в области прав человека. Для того чтобы власти могли ссылаться на нормы международного гуманитарного права, было достаточно их применимости и того, что власти государства-ответчика сослались на них в Европейском Суде. В условиях международного вооруженного конфликта маловероятно, чтобы потребовалось отступление от этих норм, и оно может не потребоваться в условиях экстерриториального вооруженного конфликта немеждународного характера. Если одновременное применение международного гуманитарного права не привело к изменению соответствующей нормы в области прав человека, то орган по правам человека может ссылаться на международное гуманитарное право для подтверждения анализа прав человека без необходимости того, чтобы власти сослались на нормы международного гуманитарного права. Институт международных исследований Католического университета «Сакро Куоре» г. Милана подчеркнул, что ссылка на нормы международного гуманитарного права требует очень тщательного рассмотрения, чтобы не противоречить, в частности, статье 15 Конвенции.

197. Центр по правам человека Эссекского университета утверждал, что международное гуманитарное право, касающееся применения силы, требует сделать все возможное, чтобы убедиться в том, что объекты, подвергаемые нападению, являются военными целями. Нормы международного гуманитарного права предусматривают обязательство расследовать предполагаемые нарушения, а в Руководстве по расследованию нарушений международного гуманитарного права подробно излагаются соответствующие стандарты. Организация «Правовая инициатива открытого общества», Институт международных исследований Католического университета «Сакро Куоре» г. Милана и организация «Райтс Вотч» (Соединенное Королевство) утверждали, что стандарты, установленные международными нормами в области прав человека относительно обязанности проводить расследование случаев смерти среди гражданского населения в условиях вооруженного конфликта, не должны занижаться путем ссылок на международное гуманитарное право.

С. Мнение Большой Палаты Европейского Суда

1. Соответствующие общие принципы

198. В ходе производства на внутригосударственном уровне ситуация, в условиях которой был нанесен авиаудар, повлекший за собой гибель двоих сыновей заявителя, была квалифицирована

как вооруженный конфликт немеждународного характера в целях международного гуманитарного права. Власти Германии, признав, что они не воспользовались своим правом на отступление в соответствии со статьей 15 Конвенции, заявили, что международное гуманитарное право предлагало надлежащий ориентир для определения того, что требовалось сделать от властей государства-ответчика в соответствующих обстоятельствах согласно подходу Европейского Суда в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хассан против Соединенного Королевства» (Hassan v. United Kingdom).

199. Европейский Суд отмечает, что отсутствует существенное нормативное противоречие в отношении требований проведения эффективного расследования между нормами международного гуманитарного права, применимыми в настоящем деле (см. выше §§ 82 и 84–85), и нормами Конвенции. Таким образом, Европейский Суд может ограничиться исследованием фактов настоящего дела на основе своей прецедентной практики в соответствии со статьей 2 Конвенции без необходимости рассматривать, были ли соблюдены в настоящем деле требования, позволяющие ему учитывать контекст и нормы международного гуманитарного права при толковании и применении Конвенции в отсутствие официального отступления от положений статьи 15 Конвенции (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хассан против Соединенного Королевства» (Hassan v. United Kingdom), §§ 98 *et seq.*).

200. Напоминая, что процессуальное обязательство, предусмотренное статьей 2 Конвенции, должно применяться реалистично (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 168), Европейский Суд полагает, что проблемы и ограничения для следственных органов, связанные с тем, что смерть наступила в ходе активных боевых действий в условиях (экстерриториального) вооруженного конфликта, относились к расследованию в целом и продолжали влиять на практическую осуществимость следственных действий, которые могли быть проведены на протяжении всего расследования, в том числе органами гражданской прокуратуры Германии. Соответственно, стандарты, применимые к расследованиям, проводимым органами гражданской прокуратуры Германии, должны основываться на стандартах, установленных в отношении расследований случаев смерти в условиях экстерриториального вооруженного конфликта, как изложено в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), §§ 163–167)) и вновь подтверждено в упомянутом выше

Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands), § 186).

201. Форма расследования, которая будет достигать целей статьи 2 Конвенции, может изменяться в зависимости от обстоятельств. Однако какой бы способ ни использовался, власти должны действовать по своей собственной инициативе, как только им становится известно о соответствующем деле (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 165).

202. Чтобы быть «эффективным», как это выражение следует понимать в контексте статьи 2 Конвенции, расследование должно быть в первую очередь надлежащим (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Рамсахаи и другие против Нидерландов» (Ramsahai and Others v. Netherlands), жалоба № 52391/99, § 324, ECHR 2007-II; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 233). Это означает, что оно должно быть способно привести к установлению фактов, определению того, было ли применение силы оправданным при обстоятельствах дела, и к установлению личности и при необходимости, наказанию виновных лиц (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 233; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мустафа Тунч и Фэджире Тунч против Турции» (Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey), § 172; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 166). Это обязательство не результата, а средства (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Начова и другие против Болгарии» (Nachova and Others v. Bulgaria), жалобы №№ 43577/98 и 43579/98, § 160, ECHR 2005-VII; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 166; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мустафа Тунч и Фэджире Тунч против Турции» (Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey), § 173). Власти должны принять все возможные разумные меры для получения доказательств, касающихся инцидента, включая, *inter alia*, свидетельские показания, данные судебно-медицинской экспертизы и при необходимости результаты вскрытия, которое позволяет полно и точно зафиксировать все травмы и провести объ-

ективный анализ клинических данных, в том числе причин смерти. Любой недостаток расследования, который подрывает его способность установить причину смерти или ответственное лицо, может привести к нарушению данного стандарта (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 233; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 166).

203. В частности, выводы расследования должны быть основаны на тщательном, объективном и беспристрастном анализе всех соответствующих элементов, в противном случае способность расследования установить обстоятельства дела и личности виновных будет значительно ослаблена (см. Постановление Европейского Суда по делу «Колевы против Болгарии» (Kolevi v. Bulgaria) от 5 ноября 2009 г., жалоба № 1108/02, § 201; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 234). Вместе с тем характер и объем проверки, которые удовлетворяют минимальным требованиям к эффективности расследования, зависят от обстоятельств конкретного дела. Характер и объем проверки должны оцениваться на основе всех относящихся к делу фактов и с учетом практических реалий следственной работы (см. Постановление Европейского Суда по делу «Велча и Мазэре против Румынии» (Velcea and Mazăre v. Romania) от 1 декабря 2009 г., жалоба № 64301/01, § 105; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 234). Невозможно свести разнообразие ситуаций, которые могут возникнуть, к простому перечню следственных действий или к иным упрощенным критериям (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Танрыкулу против Турции» (Tanrikulu v. Turkey), жалоба № 23763/94, §§ 101–110, ECHR 1999-IV; Постановление Европейского Суда по делу «Великова против Болгарии» (Velikova v. Bulgaria), жалоба № 41488/98, § 80, ECHR 2000-VI; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мустафа Тунч и Фэджире Тунч против Турции» (Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey), § 176).

204. Совершенно очевидно, что в случаях, когда смерть, подлежащая расследованию в соответствии со статьей 2 Конвенции, наступает в обстоятельствах общего насилия, вооруженного конфликта или мятежа, следователи могут сталкиваться с препятствиями, и, как отметил Специальный доклад-

чик Организации Объединенных Наций по вопросу о внесудебных казнях, казнях без надлежащего судебного разбирательства или произвольных казнях, конкретные ограничения могут вынуждать к использованию менее эффективных мер расследования или вызывать задержку в расследовании (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 164; Постановление Европейского Суда по делу «Базоркина против Российской Федерации» (Bazorkina v. Russia) от 27 июля 2006 г., жалоба № 69481/01¹, § 121). Тем не менее обязательство, предусмотренное в статье 2 Конвенции, предполагает, что даже в сложных условиях безопасности должны быть приняты все разумные меры для обеспечения проведения эффективного независимого расследования предполагаемых нарушений права на жизнь (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 164).

205. Расследование также должно быть достаточно всесторонним, чтобы позволить следственным органам принимать во внимание не только действия представителей государства, которые непосредственно применили силу со смертельным исходом, но и все сопутствующие обстоятельства, включая такие вопросы, как планирование и контроль рассматриваемых операций, если это необходимо, чтобы установить исполнение властями их обязательства по защите жизни в соответствии со статьей 2 Конвенции (как в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 163). Это потребует надлежащего допроса военнослужащих, *prima facie* причастных к инциденту (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Акташ против Турции» (Aktaş v. Turkey), жалоба № 24351/94, § 306, ECHR 2003-V (извлечения)).

206. В целях эффективности расследования предполагаемого противоправного убийства, совершенного представителями государства, как правило, может считаться необходимым, чтобы лица, ответственные за проведение расследования и проводящие его, были независимы от лиц, причастных к событиям. Это означает не только отсутствие иерархической или институциональной связи, но и независимость на практике (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 232; упомянутое выше

Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 167).

207. В данном контексте подразумевается требование оперативности и соблюдения разумных сроков. Однако необходимо согласиться с тем, что могут возникать препятствия или трудности, которые осложняют ход расследования в конкретной ситуации. Вместе с тем быстрая реакция со стороны властей в расследовании случаев применения силы со смертельным исходом в целом может рассматриваться как важный фактор в поддержании доверия общества к приверженности властей принципу верховенства права и в предотвращении какого-либо сговора на совершение правонарушений или проявления терпимости к ним (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 237; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 167).

208. Кроме того, должен существовать достаточный элемент общественного контроля за расследованием, степень которого может варьироваться в зависимости от конкретного дела. Расследование должно быть доступным для членов семьи потерпевшего в степени, необходимой для защиты их законных интересов (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 235; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 167). Однако следственные материалы могут затрагивать деликатные вопросы, и их раскрытие не может рассматриваться как автоматическое требование согласно статье 2 Конвенции (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Джулиани и Гаджио против Италии» (Giuliani and Gaggio v. Italy), § 304; Постановление Европейского Суда по делу «Маккерр против Соединенного Королевства» (McKerr v. United Kingdom), жалоба № 28883/95, § 129, ECHR 2001-III; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 236). Кроме того, статья 2 Конвенции не возлагает на следственные органы обязанность удовлетворять каждое ходатайство о проведении конкретного следственного действия, поданное родственником потерпевшего в ходе расследования (см. упомянутое выше Постановление

¹ См.: Российская хроника Европейского Суда. 2008. № 1 (примеч. редактора).

Европейского Суда по делу «Велча и Мазэре против Румынии» (Velcea and Mazăre v. Romania), § 113; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Рамсахаи и другие против Нидерландов» (Ramsahai and Others v. Netherlands), § 348; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 236). Итоги расследования необходимо надлежащим образом довести до сведения ближайших родственников (см. Постановление Европейского Суда по делу «Дамаев против Российской Федерации» (Damayev v. Russia) от 29 мая 2012 г., жалоба № 36150/04¹, § 87).

209. Достаточность следственных действий, оперативность расследования, участие членов семьи погибшего и независимость расследования взаимосвязаны, и каждый из указанных критериев, взятый в отдельности, не является самоцелью. Данные критерии в совокупности позволяют оценить степень эффективности расследования. Именно в связи с этой целью эффективного расследования необходимо рассматривать любые вопросы (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мустафа Тунч и Фэджире Тунч против Турции» (Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey), § 225).

210. Статья 2 Конвенции не предусматривает права на привлечение к ответственности третьих лиц или на их осуждение за совершение уголовного преступления (см. упомянутое выше Решение Европейского Суда по делу «Мустафич Муич и другие против Нидерландов» (Mustafić Mujić and Others v. Netherlands), § 117; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 238). До сих пор Европейский Суд не устанавливал недостатков в решениях об уголовном преследовании, вытекавших из расследования, которое в других отношениях не противоречило статье 2 Конвенции (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (Armani Da Silva v. United Kingdom), § 259), и не требовал, чтобы компетентный суд государства-ответчика выносил распоряжение об уголовном преследовании, если этот суд придерживался обоснованной позиции о том, что применение соответствующего уголовного законодательства к известным фактам не приведет к осуждению (см. упомянутое выше Решение Европейского Суда по делу «Мустафич Муич и другие против Нидерландов» (Mustafić Mujić and Others v. Netherlands), § 123).

2. Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

(а) Достаточность

211. Прежде всего Европейский Суд отмечает, что, как было установлено по результатам уголовного расследования, двое сыновей заявителя погибли в результате авиаудара, нанесенного по распоряжению полковника К. 4 сентября 2009 г. Не оспаривалось, что бензовозы, по которым был нанесен авиаудар, были угнаны и находились под контролем боевиков и что имелись жертвы среди гражданского населения. Причина смерти сыновей заявителя и лицо (лица), ответственное(-ые) за их смерть, были известны с самого начала расследования (см. для сравнения упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands)).

212. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде установил, что полковник К. не был привлечен к уголовной ответственности главным образом по той причине, что, отдавая приказ о нанесении авиаудара, он был уверен в отсутствии гражданских лиц на песчаном берегу (см. выше §§ 33–49). Таким образом, он не имел намерения вызвать чрезмерные жертвы среди гражданского населения, наличие которого требовалось для привлечения его к ответственности согласно соответствующему положению Кодекса преступлений против международного права Германии. Его ответственность по общему уголовному праву была исключена ввиду законности авиаудара в соответствии с международным гуманитарным правом. В отношении последнего фактора Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде подробно остановился на значении терминов «боевики» и «Талибан», использованных в его постановлении, а также на статусе жертв авиаудара в соответствии с международным гуманитарным правом. Он считал, что вооруженные боевики движения «Талибан», захватившие два бензовоза, были членами организованной вооруженной группы, которая участвовала в вооруженном конфликте и, следовательно, они являлись законными военными целями. В их число входили лица, которые были функционально интегрированы в организованную вооруженную группу и выполняли в ней непрерывную боевую функцию. Все жертвы авиаудара, которые не являлись боевиками движения «Талибан», были гражданскими лицами, находящимися под защитой международного гуманитарного права, включая тех, кто помогал талибам вытаскивать бензовозы из песка, и тех, кто пытался получить топливо для собственных нужд (см. выше §§ 42 и 44–45).

213. В целях ответа на соответствующие вопросы права, касающиеся уголовной ответственности полковника К., расследование Генерального прокурора при Федеральном верховном суде было

¹ См.: Российская хроника Европейского Суда. 2015. № 2 (примеч. редактора).

направлено в сущности на выяснение двух вопросов факта: субъективной оценки полковником К. ситуации, когда он отдал приказ о нанесении авиаудара, что имело решающее значение как для установления его ответственности согласно Кодексу преступлений против международного права Германии, так и для установления законности авиаудара в соответствии с международным гуманитарным правом, а также для выяснения количества жертв (см. выше § 36).

214. Европейский Суд отмечает, что органы гражданской прокуратуры Германии, включая Генерального прокурора при Федеральном верховном суде, не имели правовых полномочий проводить следственные действия в Афганистане в соответствии с Соглашением о статусе МССБ. В указанных целях они должны были прибегнуть к международной правовой помощи. Однако Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде мог полагаться на значительное число материалов из различных источников, касающихся обстоятельств и последствий авиаудара. Он имел в своем распоряжении доклады по результатам выездных расследований, проведенных после авиаудара, в том числе доклады военной полиции Германии, МССБ, МООНСА и гражданских властей Афганистана (см. выше § 35), а также документы (например, фотографические доказательства) и протоколы совещаний и допросов, проводимых в ходе таких расследований (см. для сравнения упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Джулиани и Гаджио против Италии» (*Giuliani and Gaggio v. Italy*), § 310; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Тагаева и другие против Российской Федерации» (*Tagayeva and Others v. Russia*), §§ 628–631; упомянутое выше Решение Европейского Суда по делу «Мустафич Муич и другие против Нидерландов» (*Mustafić Mujić and Others v. Netherlands*), §§ 102–106).

215. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде допросил подозреваемых и других военнослужащих, присутствовавших в командном центре, и счел заслуживающими доверия их показания, согласно которым они действовали исходя из предположения о том, что на песчаном берегу находились только боевики, а не гражданские лица (см. выше §§ 37–39). Он отметил, что данная версия событий подтверждалась объективными обстоятельствами (удаленностью от населенных пунктов, ночным временем суток и присутствием вооруженных талибов) и доказательствами, которые не могли быть фальсифицированы, такими как аудиозаписи радиопереговоров между командным центром и пилотами американского самолета F-15, а также тепловыми изображениями с инфракрасных камер этого самолета. Данные доказательства были немедленно зафиксированы. Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде установил, что полковник К. как минимум семь раз свя-

зывался с осведомителем для подтверждения того, что на месте происшествия не было гражданских лиц, и что информация, предоставленная осведомителем, который ранее доказал свою надежность, соответствовала видеозаписям с самолета. В указанных целях Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде допросил капитана Х., который был единственным человеком, присутствовавшим в момент передачи разведывательных данных осведомителем.

216. У Европейского Суда отсутствуют основания ставить под сомнение оценку Генерального прокурора при Федеральном верховном суде и Федерального конституционного суда Германии относительно того, что из опроса дополнительных свидетелей нельзя было почерпнуть какие-либо дополнительные сведения о том, ожидал ли полковник К. жертв среди гражданского населения, когда отдавал приказ о нанесении авиаудара (см. выше §§ 39 и 60). Это относится к допросу пилотов самолета F-15, а также к допросу лиц, затронутых авиаударом, включая заявителя. Европейский Суд принимает во внимание вывод Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о том, что количество жертв среди гражданского населения не может служить косвенным доказательством, на основе которого можно было бы сделать вывод о субъективных ожиданиях полковника К., и что количество людей, находившихся на месте происшествия на момент авиаудара, не являлось основанием для того, чтобы ставить под сомнение предположение полковника К. о том, что он имел дело исключительно с боевиками движения «Талибан» (см. выше § 40 и ниже § 218).

217. Европейский Суд также не усматривает необходимости в привлечении дополнительных военных экспертов или в моделировании ситуации в командном центре. Доклад следственной группы МССБ был подготовлен военными экспертами из разных стран. На основе этого доклада Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде установил, что все меры предосторожности, которые были практически осуществимы в обстоятельствах дела, были приняты, что полковник К., отдавая приказ о нанесении авиаудара, не имел оснований предполагать присутствие гражданских лиц около бензовозов и что не требовалось получать заблаговременное предупреждение (см. выше §§ 46 и 48).

218. Европейский Суд отмечает, что в обычных обстоятельствах установление точного количества и статуса жертв применения силы со смертельным исходом является важным элементом любого надлежащего расследования инцидента, повлекшего за собой большое число жертв. В настоящем деле, принимая во внимание противоречивые выводы различных докладов в этом отношении, методы, с помощью которых они были установлены, и доступные доказательства, включая видеоматери-

алы, Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде сделал вывод, что около 50 человек, по всей вероятности, было убито или ранено в результате авиаудара и что среди жертв авиаудара было значительно больше талибов, чем гражданских лиц (см. выше § 40). Европейский Суд готов признать, что более точная оценка не представлялась возможной в обстоятельствах дела, учитывая, что авиаудар был нанесен в зоне активных боевых действий в ночное время, что тела были убраны с места происшествия местными жителями в течение нескольких часов после авиаудара и что применение современных методов судебно-медицинской экспертизы было затруднительным из-за социальных и религиозных традиций местного населения. В любом случае Европейский Суд отмечает, что точное количество жертв среди гражданского населения не имело значения для правовой оценки уголовной ответственности полковника К., которая была направлена на его субъективную оценку ситуации, когда он отдал приказ о нанесении авиаудара. При таких обстоятельствах Европейский Суд полагает, что тот факт, что власти не установили точное количество и статус жертв авиаудара, не является недостатком, способным поставить под сомнение соответствие расследования стандартам Конвенции.

219. В свете вышеизложенного Европейский Суд полагает, что факты, сопутствующие нанесению авиаудара, повлекшего за собой гибель сыновей заявителя, в том числе процессы принятия решения и опознавания цели, по результатам которых был отдан приказ о нанесении авиаудара (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*), § 163), были тщательно и достоверно установлены, чтобы сделать вывод о законности применения силы со смертельным исходом.

220. В той части, в которой заявитель жаловался на отсутствие эффективного средства правовой защиты для обжалования предположительной неэффективности расследования, Европейский Суд напоминает, что процессуальное обязательство, предусмотренное статьей 2 Конвенции, необязательно требует судебной проверки решений следственных органов как таковых (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Армани Да Сильва против Соединенного Королевства» (*Armani Da Silva v. United Kingdom*), §§ 278–279, с дополнительными ссылками). Власти Германии указали, что заявитель в любом случае имел в своем распоряжении два эффективных средства правовой защиты для обжалования эффективности расследования и использовал оба эти средства: (i) ходатайство о предъявлении публичных обвинений, поданное в Высший земельный суд, и (ii) возможность подать конституционную жалобу.

221. Европейский Суд отмечает, что Высший земельный суд объявил ходатайство заявителя о предъявлении публичных обвинений неприемлемым для рассмотрения по существу и что предметом спора сторон являлась предполагаемая чрезмерность критериев приемлемости. Применение критериев приемлемости соответствовало устоявшейся прецедентной практике судов Германии (см. выше §§ 53, 62 и 99). В любом случае Высший земельный суд провел тщательную проверку доказательств, на которые ссылался заявитель, и постановления Генерального прокурора при Федеральном верховном суде, как указывал и Федеральный конституционный суд Германии (см. выше § 61).

222. Последний провел проверку эффективности расследования на основании конституционной жалобы заявителя. Он прямо подчеркнул, что постановление Генерального прокурора при Федеральном верховном суде об отказе в предъявлении обвинений соответствовало не только стандартам Федерального конституционного суда Германии, но и требованиям, установленным в прецедентной практике Европейского Суда (см. выше §§ 59–60). Отмечая, что Федеральный конституционный суд Германии обладает полномочиями по отмене постановления о прекращении уголовного расследования (см. выше § 100), Европейский Суд приходит к выводу, что заявитель имел в своем распоряжении средство правовой защиты для оспаривания эффективности расследования (см. также упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Хентшель и Штарк против Германии» (*Hentschel and Stark v. Germany*), § 102).

(b) Своевременность, разумная оперативность и независимость расследования

223. В той мере, в которой заявитель утверждал о задержке и об отсутствии независимости в связи с выездными проверками, Европейский Суд полагает, что данный аспект следует рассматривать на фоне продолжающихся боевых действий в районе сбрасывания бомбы. Членам ГВП «Кундуз», которые прибыли на место в 12.34 для проведения выездной проверки, была предоставлена защита со стороны примерно 100 сотрудников сил безопасности Афганистана, но тем не менее они попали под обстрел (см. выше § 27). Это обстоятельство представляет собой существенное отличие от упомянутых выше Постановлений Большой Палаты по делам «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*) и «Йалуд против Нидерландов» (*Jaloud v. Netherlands*), в которых случаи смерти, подлежащие расследованию, наступили не во время фазы активных боевых действий в условиях вооруженного конфликта. При таких обстоя-

тельствах Европейский Суд не считает, что было бы реалистично ожидать от военного контингента Германии проведения выездной проверки в более короткие сроки, чем это было сделано. Хотя Европейский Суд признает, что, как утверждал заявитель, была возможность провести дополнительную проверку с использованием беспилотного самолета до выезда на место, Европейский Суд не в состоянии определить, могло ли это привести к получению сведений в дополнение к тем, что уже были установлены в результате проверки беспилотным самолетом в 8.00 того же утра (см. выше § 24). Хотя Европейский Суд согласен с заявителем в том, что с точки зрения независимости было бы предпочтительнее, если бы первоначальная выездная проверка проводилась не исключительно членами ГВП «Кундуз», которые находились под командованием полковника К., он отмечает, что следственная группа военной полиции Германии, направленная из г. Мазари-Шариф в то утро, еще не прибыла на момент проведения выездной проверки (см. выше §§ 26–27). Таким образом, обеспечение их участия привело бы к задержке, хотя и незначительной по своему характеру, что свидетельствует о взаимосвязи критериев оперативности и независимости.

224. Напоминая, что процессуальное обязательство, согласно статье 2 Конвенции, должно применяться реалистично (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 168) и что органы гражданской прокуратуры Германии не имели правовых полномочий проводить следственные действия в Афганистане, Европейский Суд не считает, что нахождение военной полиции Германии под общим командованием немецкого военного контингента МССБ повлияло на ее независимость настолько, чтобы это могло ухудшить качество ее расследования (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands), §§ 189–190). Хотя в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom) Европейский Суд установил, что расследование, проведенное исключительно командующими тех военнослужащих, которые предположительно несут ответственность, и ограничивающееся взятием показаний причастных военнослужащих, не соответствовало требованиям статьи 2 Конвенции (см. выше §§ 153 и 171), это не означает, что командующих следует полностью исключать из расследований в отношении их подчиненных, учитывая также обязанности, возложенные на командующих в этом отношении в соответствии с международ-

ным гуманитарным правом (см. выше §§ 84 и 193).

225. Напротив, Европейский Суд полагает, что полковник К. не должен был участвовать в следственных действиях в Афганистане, включая допросы и осмотр 4 и 5 сентября 2009 г. (см. выше §§ 27–28), принимая во внимание, что расследование касалось его собственной ответственности в связи с вынесением приказа о нанесении авиаудара.

226. Однако Европейский Суд не может заключить, что участие полковника К. как таковое сделало расследование неэффективным (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мустафа Тунч и Фэджире Тунч против Турции» (Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey), § 225). Ответственность за уголовное расследование возлагалась на органы гражданской прокуратуры, в частности на Генерального прокурора при Федеральном верховном суде, который мог опираться на значительный объем материалов расследований, проведенных различными субъектами, и совершать дальнейшие следственные действия (см. для сравнения упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), §§ 153 и 171). Что еще важнее, определение Генерального прокурора при Федеральном верховном суде о том, что полковник К. не нес уголовной ответственности, было в первую очередь основано на выводах в отношении *mens rea* полковника К. на момент вынесения приказа, что подтверждалось доказательствами, которые не могли быть сфальсифицированы, такими как аудиозаписи радиопереговоров между командным центром и пилотами американского самолета F-15, а также тепловыми изображениями с инфракрасных камер этого самолета. Указанные доказательства были немедленно зафиксированы.

227. При таких обстоятельствах практически не существовало риска того, что доказательства, имеющие решающее значение для установления уголовной ответственности полковника К., могли быть искажены или оказаться ненадежными. Это в равной степени относится к такому риску, который предположительно следует из причастности полковника К. к определенным следственным действиям в Афганистане, а также к задержке его допроса и допроса других военнослужащих, присутствовавших на командном пункте, Генеральным прокурором при Федеральном верховном суде. В этом проявляется существенное различие между настоящим делом и упомянутыми выше Постановлениями Большой Палаты Европейского Суда по делам «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands) (где оставалось неясным, кто сделал выстрелы, в результате которых погиб сын

заявителя), а также «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom) (где соответствующие обстоятельства смерти родственников первых пяти заявителей оставались невыясненными).

228. В той степени, в которой заявитель жаловался на несвоевременность расследования, проводимого органами гражданской прокуратуры Германии, Европейский Суд отмечает, что в день авиаудара главный юрисконсульт Вооруженных сил Германии проинформировал прокуратуру в г. Потсдаме (см. выше § 30). Через три дня прокурор возбудил предварительное расследование, которое в итоге было передано Генеральному прокурору при Федеральном верховном суде. Последний параллельно возбудил предварительное расследование 8 сентября 2009 г., через четыре дня после авиаудара. Таким образом, компетентные органы Германии начали расследование авиаудара, в том числе с целью установления уголовной ответственности причастных к нему лиц, сразу после того, как стала известна возможность гибели гражданских лиц.

229. Принимая во внимание полномочия органов прокуратуры в ходе предварительного расследования (см. выше § 97), принятые следственные меры и продолжающиеся следственные действия (см. выше § 31), Европейский Суд считает, что продолжительность этапа предварительного расследования, составившая примерно шесть месяцев до возбуждения официального уголовного расследования 12 марта 2010 г., хотя и вызывает сожаление, не повлияла на эффективность расследования.

(с) Участие ближайших родственников в расследовании и общественный контроль

230. Европейский Суд отмечает, что 12 апреля 2010 г. заявитель обратился с требованием о возбуждении уголовного дела в связи со смертью двух его сыновей и запросил доступ к материалам расследования (см. выше § 50). Тем не менее через четыре дня Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде прекратил расследование, не заслушав заявителя и не предоставив его адвокату доступа к материалам дела. Что касается участия в расследовании заявителя как отца двух детей, погибших в результате авиаудара, на первый взгляд это могло бы показаться проблематичным, учитывая его доводы о том, что нельзя исключать наличие у него важной информации, в частности, о личностях тех, кто находился на месте сбрасывания бомбы.

231. Однако при обстоятельствах настоящего дела отсутствие допроса заявителя в качестве свидетеля до прекращения расследования не делало расследование ненадлежащим. Отсутствуют сомнения в том, что двое сыновей заявителя были убиты в результате авиаудара, приказ о нанесе-

нии которого вынес полковник К., и заявитель не мог предоставить дополнительные сведения, важные для установления уголовной ответственности полковника К., ввиду оснований, на которые ссылался Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде. Европейский Суд также отмечает, что адвокат заявителя не уточнил, какой дополнительной значимой информацией заявитель предположительно обладал, что отражало утверждения властей Германии о том, что доводы заявителя относительно его присутствия на месте взрыва оставались неточными. Высший земельный суд, со своей стороны, установил, что заявитель не представил надлежащих доказательств или вообще каких-либо доказательств в отношении ряда утверждений, изобличающих подозреваемых, включая то, что многие гражданские лица находились снаружи в ночь авиаудара (см. выше § 53).

232. Кроме того, Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде рассмотрел доводы заявителя в его письмах от 9 июня и 7 июля 2010 г. и отклонил их как необоснованные в письмах от 16 июля и 3 сентября 2010 г. (см. выше § 50). Если бы доводы заявителя содержали новые доказательства или приводили бы к тому, что существующие доказательства рассматривались в ином свете, это могло бы привести к возобновлению расследования (см. выше § 98). Таким образом, заявитель не был лишен возможности влиять на расследование даже несмотря на то, что он не был заслушан до вынесения постановления о прекращении расследования. В этом отношении Европейский Суд напоминает, что статья 2 Конвенции не возлагает на следственные органы обязанность удовлетворять каждое ходатайство о проведении конкретного следственного действия, поданное родственниками в ходе расследования (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Джулиани и Гаджио против Италии» (Giuliani and Gaggio v. Italy), §§ 304 и 312 *et seq.*; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Велча и Мазэре против Румынии» (Velcea and Mazăre v. Romania), § 113; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Рамсахаи и другие против Нидерландов» (Ramsahai and Others v. Netherlands), § 348).

233. Учитывая, что вопрос о доступе к материалам расследования был рассмотрен Федеральным конституционным судом Германии ранее в отдельном решении, которое заявитель не обжаловал (см. выше § 57), Европейский Суд в любом случае не может усмотреть какие-либо необоснованные ограничения или задержки в отношении доступа заявителя к материалам расследования. Первоначально представитель заявителя запросил доступ к материалам дела от имени большого количества лиц, проверка статуса жертв которых требовала некоторого времени (см. выше § 50). После того, как

представитель заявителя ограничил запрос и подал его только от имени заявителя, доступ к незащищенным материалам дела был предоставлен через два дня. Следственные материалы содержали конфиденциальную информацию о военной операции в условиях продолжающегося вооруженного конфликта, и нельзя считать, что статья 2 Конвенции содержит автоматическое требование о том, чтобы выжившим ближайшим родственникам погибшего был предоставлен доступ к продолжающемуся расследованию (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Рамсахаи и другие против Нидерландов» (Ram-sahai and Others v. Netherlands), § 347; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Джулиани и Гаджио против Италии» (Giuliani and Gaggio v. Italy), § 304; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Маккерр против Соединенного Королевства» (McKerr v. United Kingdom), § 129).

234. В той степени, в которой заявитель жаловался на несвоевременное вручение постановления о прекращении расследования, Европейский Суд считает разумным, что постановление от 16 апреля 2010 г. не было опубликовано и не было вручено потерпевшим незамедлительно, а было сначала отредактировано, учитывая, что оно содержало секретную военную информацию. Тем не менее ключевые аспекты решения были опубликованы в пресс-релизе (см. выше § 34). Через два дня после того, как отредактированная версия была подготовлена 13 октября 2010 г., она была вручена законному представителю заявителя. Важно отметить, что течение месячного срока для подачи ходатайства о предъявлении публичных обвинений начиналось со дня вручения решения о прекращении дела (см. выше § 99). Таким образом, задержка вручения отредактированной версии постановления о прекращении расследования не сказалась отрицательно на возможностях заявителя обжаловать это решение (см. для сравнения упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Дамаев против Российской Федерации» (Damaev v. Russia), § 87).

235. Наконец, Европейский Суд отмечает, что расследование авиаудара парламентской комиссией по расследованию (см. выше § 69) обеспечивало высокий уровень общественного контроля (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Тагаева и другие против Российской Федерации» (Tagayeva and Others v. Russia), §§ 629–631; упомянутое выше Решение Европейского Суда по делу «Мустафич Муич и другие против Нидерландов» (Mustafić Mujić and Others v. Netherlands), §§ 102–106; а также упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), §§ 71, 157 и 176).

3. Вывод

236. С учетом вышеизложенного и обстоятельств настоящего дела Европейский Суд приходит к выводу, что расследование случаев смерти двоих сыновей заявителя, проведенное властями Германии, соответствовало требованиям эффективного расследования по смыслу статьи 2 Конвенции. Таким образом, не было допущено нарушения статьи 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте.

На основании изложенного Большая Палата Европейского Суда:

1) *объявила* единогласно жалобу в части, относящейся к отсутствию независимости расследования, проведенного властями Германии, неприемлемой для рассмотрения по существу;

2) *объявила* большинством голосов жалобу в оставшейся части приемлемой для рассмотрения по существу;

3) *постановила* единогласно, что по делу не было допущено нарушения требований статьи 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте.

Совершено на английском и французском языках, уведомление в письменном виде направлено 16 февраля 2021 г. в соответствии с пунктами 2 и 3 правила 77 Регламента Европейского Суда.

Йохан КАЛЛЕВАРТ
Заместитель
Секретаря Большой
Палаты Суда

Йон Фридрих КЬЁЛЬБРО
Председатель
Большой
Палаты Суда

В соответствии с пунктом 2 статьи 45 Конвенции и пунктом 2 правила 74 Регламента Европейского Суда к настоящему Постановлению прилагается отдельное мнение судей Йонко Грозева, Карла Ранзони и Тима Эйке.

СОВМЕСТНОЕ ЧАСТИЧНО ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЕЙ ЙОНКО ГРОЗЕВА, КАРЛА РАНЗОНИ И ТИМА ЭЙКЕ

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Хотя мы согласны с выводом об отсутствии нарушения статьи 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте, на наш взгляд, жалоба должна была быть объявлена неприемлемой для рассмотрения по существу ввиду отсутствия необходимой юрисдикционной связи (по смыслу статьи 1 Конвенции) в отношении процессуального обязательства проводить расследование в соответствии со статьей 2 Конвенции.

2. Насколько это имеет значение для настоящего мнения, факты дела можно обобщить следующим образом. В декабре 2001 года Парламент Германии

санкционировал размещение Вооруженных сил Германии в составе Международных сил содействия безопасности Организации Объединенных Наций (далее – МССБ) в Афганистане, командование которыми впоследствии взяли на себя силы НАТО. Военнослужащие из Германии в первую очередь взяли под свой контроль Группу восстания провинции (ГВП) «Кундуз», которой на соответствующий момент времени командовал К., полковник из Германии. 3 сентября 2009 г. боевики захватили два бензовоза, которые затем застряли на песчаном берегу реки Кундуз. Рано утром 4 сентября 2009 г. полковник К. приказал двум самолетам ВВС США сбросить бомбы на стоявшие автомобили. В результате авиаудара были уничтожены бензовозы и погибли, *inter alia*, двое сыновей заявителя. Инициировав предварительное расследование через несколько дней после авиаудара, Генеральный прокурор при Федеральном верховном суде Германии возбудил уголовное дело в целях проверки действий полковника К. Это расследование было прекращено в апреле 2010 года ввиду отсутствия достаточных оснований для утверждения о том, что подозреваемые несли уголовную ответственность. В феврале 2011 года Высший земельный суд отклонил ходатайство заявителя о предъявлении публичных обвинений, а 19 мая 2015 г. Федеральный конституционный суд Германии отказал в рассмотрении конституционной жалобы, поданной против указанного решения.

3. В Страсбургский суд заявитель жаловался в соответствии со статьей 2 Конвенции исключительно на недостатки уголовного расследования авиаудара (процессуально-правовой аспект), но не на убийство двух своих сыновей в результате авиаудара как таковое (материально-правовой аспект).

4. В настоящем мнении мы сначала поясним, почему, на наш взгляд, в контексте настоящего дела ни само возбуждение уголовного расследования по факту смерти сыновей заявителя на внутригосударственном уровне, ни так называемые «особенности», на которые ссылались большинство судей не могут установить юрисдикционную связь, влекущую за собой процессуальное обязательство, предусмотренное статьей 2 Конвенции. Впоследствии мы оценим, может ли требуемая юрисдикционная связь быть основана на военных операциях в Афганистане *per se*.

II. ЮРИСДИКЦИОННАЯ СВЯЗЬ, УСТАНОВЛЕННАЯ БОЛЬШИНСТВОМ СУДЕЙ

5. В Постановлении Большой Палаты по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) от 29 января 2019 г., жалоба № 36925/07¹, §§ 188–189

и 196, Европейский Суд установил, что в особых обстоятельствах возбуждение уголовного расследования на внутригосударственном уровне по факту смерти, которая наступила за пределами юрисдикции соответствующего государства согласно критерию *ratione loci*, могло создать юрисдикционную связь между таким государством и родственниками потерпевшего, которые обратились с жалобой в Европейский Суд. В настоящем деле большинство судей постановили, и мы согласны с ними в этом, что указанный принцип неприменим к фактическим обстоятельствам настоящего дела, а именно к расследованию случаев смерти, наступившей в условиях ведения экстерриториальной военной операции за пределами территории государств – участников Конвенции в рамках мандата, предоставленного резолюцией Совета Безопасности ООН (см. § 135 настоящего Постановления). Действительно, иной вывод оказал бы сдерживающее воздействие на проведение расследований на внутригосударственном уровне и «чрезмерно расширил бы сферу применения Конвенции» (см. *ibid.*).

6. Однако затем большинство судей, вновь ссылаясь на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*), § 190, отметили, что «особенности» могут устанавливать такую юрисдикционную связь, которая влечет за собой процессуальное обязательство, предусмотренное статьей 2 Конвенции, и что данный принцип может применяться даже в отношении экстерриториальных ситуаций за пределами правового пространства Конвенции (см. § 136 настоящего Постановления). По мнению большинства судей, в рассматриваемом деле существовали три таких «особенности»: (а) обязанность властей Германии в соответствии с международным правом провести расследование авиаудара; (b) тот факт, что власти Афганистана по юридическим причинам не могли сами возбудить уголовное расследование; и (с) тот факт, что органы прокуратуры Германии также были обязаны в соответствии с законодательством Германии возбудить уголовное дело.

7. Мы не согласны как с (А) расширенным применением понятия «особенности» к событиям, которые произошли за пределами правового пространства Конвенции, так и (В) с тремя «особенностями», указанными большинством судей в настоящем деле. При всем уважении мы считаем, что их подход отнимает то, что он же и предоставил, делая именно то, чего большинство судей явно стремились избежать, а именно оказывая сдерживающее воздействие (как минимум путем излишнего дублирования обязательств, уже существующих или возникающих в рамках Статута Международного уголовного суда и/или обычного права) и «чрезмерно расширяя сферу применения Конвенции».

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2019. № 5 (примеч. редактора).

(А) Необоснованное расширение понятия «особенности»

8. Что касается экстерриториальных ситуаций, когда рассматриваемые события произошли за пределами правового пространства Конвенции, но заявители жалуются только на нарушение статьи 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте, прецедентная практика Большой Палаты Европейского Суда ясно свидетельствует о том, что к настоящему моменту она прежде всего оценивает, подпадает ли сам расследуемый инцидент под юрисдикцию государства по смыслу статьи 1 Конвенции, и, если это так, можно ли приписать данный инцидент властям соответствующего государства (важно различие, которое Европейский Суд недавно вновь подчеркнул в своем Решении о приемлемости жалобы для рассмотрения по существу по делу «Украина против России» (в отношении Крыма) (*Ukraine v. Russia*) (re Crimea) (Решение Большой Палаты Европейского Суда от 14 января 2021 г., жалобы №№ 20958/14 и 38334/18, §§ 264, 266 и 368). В подобных ситуациях Европейский Суд никогда – по крайней мере явно – не применял какие-либо иные критерии.

9. В деле «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*) (Постановление Большой Палаты Европейского Суда, жалоба № 55721/07, ECHR 2011) заявители не жаловались на какое-либо материально-правовое нарушение права на жизнь в соответствии со статьей 2 Конвенции, а жаловались только на то, что власти государства-ответчика не выполнили свое процессуальное обязательство по проведению эффективного расследования убийств родственников заявителей в Ираке. Тем не менее Европейский Суд сначала изучил вопрос о том, можно ли было приписать убийства вооруженным силам властей государства-ответчика (§§ 97–100), а затем – одновременно с рассмотрением жалобы по существу – вопрос о том, подпадали ли такие убийства под юрисдикцию государства-ответчика (§§ 130–150).

10. В деле «Йалуд против Нидерландов» (*Jaloud v. Netherlands*) (Постановление Большой Палаты Европейского Суда, жалоба № 47708/08, ECHR 2014) заявитель также не жаловался на какое-либо материально-правовое нарушение статьи 2 Конвенции, но утверждал, что расследование убийства его сына в Ираке вооруженными силами государства-ответчика было ненадлежащим. Европейский Суд вновь сначала изучил вопрос о том, подпадало ли убийство под юрисдикцию государства (§§ 137–153), а затем вопрос о том, можно ли было приписать его властям государства-ответчика (§§ 154–155).

11. В упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and*

Others v. Cyprus and Turkey), § 190, Европейский Суд постановил, что, хотя процессуальное обязательство, предусмотренное статьей 2 Конвенции, в принципе может возникать только у властей Договаривающегося Государства, под юрисдикцией которого погибший находился на момент своей смерти, «особенности» данного дела могли оправдать отступление от этого подхода. Однако следует отметить, что критерий «особенностей» изначально был «разработан» в другом контексте и всего в двух очень коротких, почти декларативных, параграфах Постановления Европейского Суда по делу «Ранцев против Республики Кипр и Российской Федерации» (*Rantsev v. Cyprus and Russia*), жалоба № 25965/04¹, ECHR 2010 (извлечения). Что еще важнее, в упомянутом выше деле «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) наличие юрисдикционной связи для возникновения процессуального обязательства, согласно статье 2 Конвенции, на основе «особенностей» было явно установлено во избежание вакуума в системе защиты прав человека на территории Кипра, на которую распространяется правовое пространство Конвенции (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*), § 195). Это также находит свое отражение в том, что в обоих случаях оба государства (участника Конвенции) были ответчиками по жалобе, рассмотренной Европейским Судом, и *de facto* стоял вопрос о распределении ответственности между ними. Кроме того, в обоих случаях распределение ответственности и обязательство сотрудничать регулировались не только Конвенцией, но и другими многосторонними конвенциями (Совета Европы), а именно Конвенцией Совета Европы о противодействии торговле людьми (CETS № 197) в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Ранцев против Республики Кипр и Российской Федерации» (*Rantsev v. Cyprus and Russia*) и Европейской конвенцией об экстрадиции (CETS № 24) и некоторыми Протоколами к ней, а также Европейской конвенцией о взаимной правовой помощи по уголовным делам (CETS № 182) в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*). Указанные факторы отсутствовали в настоящем деле, которое фактически гораздо больше похоже на упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*) и «Йалуд против Нидерландов»

¹ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010. № 5 (примеч. редактора).

(*Jaloud v. Netherlands*). Ни в одном из указанных дел Европейский Суд не оценивал «особенности» и не применял иные аналогичные критерии несмотря на то, что данные дела рассматривались после упомянутого выше Постановления Европейского Суда по делу «Ранцев против Республики Кипр и Российской Федерации» (*Rantsev v. Cyprus and Russia*).

12. Следовательно, мы обеспокоены тем, что большинство судей в настоящем деле растягивают отдельное по своему характеру процессуальное обязательство по расследованию до предела, отказываясь от какой-либо связи с основным материально-правовым обязательством, предусмотренным статьей 2 Конвенции. Хотя Европейский Суд уже признавал, что процессуальное обязательство можно рассматривать как отдельное обязательство, приводящее к установлению отдельного и независимого «вмешательства», до сих пор это имело место только в некоторых ограниченных и довольно специфических условиях.

13. Напротив, настоящее Постановление более не затрагивает возникновение процессуального обязательства по проверке «законности применения государственными органами силы со смертельным исходом» (см. Постановление Европейского Суда по делу «Макканн и другие против Соединенного Королевства» (*McCann and Others v. United Kingdom*) от 27 сентября 1995 г., жалоба № 18984/91¹, § 161, Series A, № 324) или «обязательства, предусмотренного статьей 2 Конвенции, которое требует, *inter alia*, чтобы право на жизнь было “защищено законом”» (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Шилих против Словении» (*Šilih v. Slovenia*) от 9 апреля 2009 г., жалоба № 71463/01, § 154). Оба эти обязательства предполагают, что смерть (риск смерти) наступила в пределах территориальной «юрисдикции» Договаривающегося Государства. В настоящем Постановлении не затрагивается и обязательство сотрудничать при проведении расследования властями другого государства – участника Конвенции или при возбуждении отдельного расследования властями такого государства после бегства подозреваемых под его юрисдикцию, во избежание правового вакуума в «правовом пространстве Конвенции» (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*), § 195).

14. Фактически большинство судей подчеркнули, что «из простого установления наличия юрисдикционной связи в отношении процессуального обязательства по статье 2 Конвенции не следует, что материально-правовое действие подпадает под юрисдикцию Договаривающегося

Государства или что указанное действие может быть приписано такому государству» (см. § 143 настоящего Постановления). Мы согласны с этим. Однако проблема не в этом, а, скорее, наоборот. Настоящим Постановлением Европейский Суд создал процессуальное обязательство расследовать случаи смерти, которые наступили за пределами правового пространства Конвенции и явно не могут быть «приписаны» Договаривающемуся Государству, в отношении которых власти такого государства не имеют материально-правового обязательства согласно статье 2 Конвенции и даже не имеют юрисдикции. Именно это вызывает наше беспокойство. Как могут власти Договаривающегося Государства нести ответственность в соответствии со статьей 2 Конвенции за недостатки расследования на внутрисударственном уровне, если подлежащий расследованию инцидент как таковой не может быть приписан властям данного государства и не подпадает под юрисдикцию Европейского Суда по смыслу статьи 1 Конвенции?

15. Кроме того, подход большинства судей трудно согласовать с процессуальным требованием проводить расследование, которое является достаточно широким, чтобы установить, «исполнили ли власти свое обязательство, предусмотренное статьей 2 Конвенции, по защите жизни» (см. § 205 настоящего Постановления). На каком основании это последнее материально-правовое конвенционное обязательство возникает в отсутствие какой-либо «юрисдикции», будь то в значении «эффективного контроля над территорией» или «полномочий и контроля представителя государства»? (Относительно юрисдикционной связи, основанной на самом инциденте, см. ниже главу III.)

16. Следовательно, нам также неясно, каковы потенциальные пределы (если таковые имеются) процессуального обязательства согласно статье 2 Конвенции, установленного в настоящем Постановлении, с точки зрения лежащего в основе действия или бездействия, повлекшего за собой смерть. Если ни юрисдикция, ни приписывание действия или бездействия, повлекшего за собой смерть, не требуются при наличии каких-либо «особенностей», может ли процессуальное обязательство возникнуть в связи с гибелью людей, произошедшей по (подтвержденной или предполагаемой) вине боевиков или вследствие действий союзников, не являющихся участниками Конвенции, таких как Соединенные Штаты Америки (между прочим, в настоящем деле бомбы были сброшены двумя самолетами ВВС США)?

17. Нашу озабоченность вызывает и то, что (и каким образом) вывод большинства судей о наличии у Германии юрисдикции в отношении всего расследования неизбежно расширяет юрисдикцию по подобным делам еще больше. В конце концов, большинство судей в настоящем Постановлении,

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2020. № 9 (примеч. редактора).

распространив сферу действия Конвенции на «следственные действия и бездействие военнослужащих Германии в Афганистане» (см. § 144 настоящего Постановления), расширили принцип, установленный в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey), еще больше, применив его к районам, географически расположенным за пределами правового пространства Конвенции. Это оказалось возможным, как следует из ссылки на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands), на основании того, что власти Германии осуществляют «контроль представителя государства» в отношении своих следователей. Однако, по нашему мнению, данный вывод не подтверждается ни ссылкой на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey), ни ссылкой на Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Маркович и другие против Италии» (Markovic and Others v. Italy), жалоба № 1398/03, ECHR 2006-XIV, которые прямо упомянуты в § 136 настоящего Постановления. Не стоит забывать, что последнее дело, в котором заявители жаловались на отказ в доступе к правосудию в судах Италии (то есть в судах, находящихся под территориальной юрисдикцией Италии), касалось исключительно статьи 6 Конвенции. Европейский Суд постановил, что, «если гражданские иски возбуждаются в судах государства-ответчика, власти такого государства в соответствии со статьей 1 Конвенции обязаны обеспечить соблюдение прав, защищаемых статьей 6 Конвенции, в ходе данных разбирательств» (*ibid.*, § 54) и только таких прав. Кроме того, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Маркович и другие против Италии» (Markovic and Others v. Italy) предшествовало упоминаемому выше Постановлению Европейского Суда по делу «Ранцев против Республики Кипр и Российской Федерации» (Rantsev v. Cyprus and Russia), и в нем не содержалось ссылок на какие-либо «особенности», применимые в контексте инцидентов, которые произошли за пределами правового пространства Конвенции.

18. Таким образом, Европейский Суд действительно уже «разделял и персонализировал» конвенционные права (см., например, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), § 137; Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии» (Hirsi Jamaa and Others v. Italy), жалоба № 27765/09, § 74, ECHR 2012),

подход большинства к персонализации «юрисдикции» в настоящем деле выходит за пределы того, с чем мы можем согласиться.

(В) Три «особенности», установленные большинством судей

19. Даже признавая, что в принципе «особенности» могут устанавливать наличие юрисдикционной связи, влекущей за собой процессуальное обязательство, предусмотренное статьей 2 Конвенции, в отношении экстерриториальных действий за пределами правового пространства Конвенции, мы не усматриваем, что делает эти три «особенности», которые большинство судей выявили и применили в настоящем деле, настолько «особыми», что это оправдывает еще одно расширение «юрисдикции» для целей статьи 1 Конвенции. Таким образом, мы не можем согласиться с аргументацией и выводом большинства судей. Не стоит забывать, что правовая определенность требует, *inter alia*, чтобы возникновение конвенционных обязательств было разумно предсказуемым для Договаривающихся Государств, а также для тех, кто действует от их имени или под их руководством и контролем.

20. Первая предполагаемая «особенность» заключается в обязательстве властей Германии, согласно международному праву, расследовать авиаудар. Это обязательство в значительной степени основано на международном обычном праве, как отражено в Норме № 158 Исследования Международного комитета Красного Креста в области международного обычного гуманитарного права (см. §§ 80–84 настоящего Постановления). Как следует из сопроводительных материалов к данному Исследованию, это обязательство (а) в значительной степени связано с Римским статутом Международного уголовного суда и отражает обязательства и практику государств, вытекающие из указанного Статута (далее – Римский статут; см. §§ 94–95 настоящего Постановления), и (б) не ограничивается обязанностью расследовать «военные преступления, предположительно совершенные их гражданами или вооруженными силами или на их территории, и при необходимости привлекать подозреваемых к уголовной ответственности», но также включает в себя обязанность «расследовать другие военные преступления, в отношении которых они обладают юрисдикцией, и при необходимости привлекать подозреваемых к уголовной ответственности». В отношении первой «особенности» (что также может иметь значение в связи с третьей «особенностью») правовые обязательства, вытекающие из Римского статута, несомненно, являются общими для подавляющего большинства государств – участников Конвенции, и поэтому неясно, что делает эту характеристику «особенной». Что касается обязанности расследовать военные преступления, помимо тех, которые

совершены собственными вооруженными силами государства, и ее распространения на (i) всех «граждан» и (ii) на все другие военные преступления, применительно к которым государство обладает юрисдикцией, то это явно может приводить к дублированию (и, возможно, умалению) универсальной юрисдикции в отношении военных преступлений, предусмотренной (во избежание безнаказанности), *inter alia*, Римским статутом. Этот фактор дополнительно подчеркивается прямой ссылкой на «тяжесть преступления» в § 137 настоящего Постановления.

21. Если принятие государством обязательства в рамках ООН по проведению уголовных расследований создает юрисдикционную связь и Европейский Суд применяет Конвенцию, то любое обязательство по международному гуманитарному праву может иметь такой же эффект. В противном случае каково правовое обоснование и каковы критерии, позволяющие отличить одно обязательство от другого? Поскольку список потенциально затронутых международных обязательств столь широк, мы обеспокоены тем, что сохранение приемлемости понятия «юрисдикция» станет невозможным или, по крайней мере, повлечет за собой бессистемное применение этой концепции в зависимости от неясных юридических соображений.

22. Вторая «особенность», на которую ссылаются большинство судей, состоит в том, что власти Афганистана не могли по юридическим причинам сами возбудить уголовное расследование ввиду положения об исключительной юрисдикции в Соглашении о статусе МССБ. Иммунитет, предоставляемый этим положением, конечно, также не является «особым», а скорее, как признается в § 138 настоящего Постановления, «обычной практикой для государств, предоставляющих войска в рамках санкционированных Организацией Объединенных Наций военных миссий» (а также другими соглашениями о статусе сил). В любом случае и, разумеется, в контексте действий и бездействия в ходе вооруженного конфликта может иметь место множество других потенциальных «юридических причин», препятствующих проведению эффективного уголовного расследования в отношении лиц, виновных в действиях или бездействии, которые привели к гибели людей (или к обращению, противоречащему статье 3 Конвенции), не в последнюю очередь вследствие суверенного равенства государств, что может ограничить возможность расследования ситуациями, когда подозреваемые возвращаются под «юрисдикцию» государства, в котором имело место действие или бездействие. Кроме того, нам не ясно, как могут возникать «ситуации безнаказанности», если предоставившие войска государства, являющиеся членами Совета Европы (поскольку нас интересуют только они) не осуществляют свою внутригосударственную уголовную юрисдикцию. В сущности в отно-

шении преступлений такой тяжести, о которых идет речь, государство-ответчик, как и подавляющее большинство Договаривающихся Государств, в итоге подлежит юрисдикции Международного уголовного суда ООН (далее – МУС), если уголовное преследование не осуществляется на внутригосударственном уровне. Сложно считать данную юрисдикцию «исключенной» фактическим двусторонним соглашением между МССБ и Временной администрацией Афганистана.

23. Третья «особенность» состоит в том, что внутригосударственное законодательство возлагало на органы прокуратуры Германии обязательство возбудить уголовное расследование. Эта причина, как признается в настоящем Постановлении (см. § 140 настоящего Постановления), является прямым следствием ратификации Германией Римского статута. Как таковая, она, скорее всего, в той или иной форме также представляет собой общую характеристику для подавляющего числа, если не для всех, государств – участников Конвенции. Если государства (еще) не предусмотрели во внутригосударственном законодательстве обязательства возбуждать уголовное производство, они могут сформировать убеждение в нецелесообразности этого, если это является последним «отсутствующим звеном» в совокупности «особенностей», необходимых для наличия юрисдикционной связи, которая приводит к возникновению процессуального обязательства, предусмотренного статьей 2 Конвенции. Такие последствия также представляют риск для (дальнейшего) уменьшения заинтересованности государств-участников в наличии МУС, что представляется нам крайне нежелательным.

24. В любом случае, по нашему мнению, «совокупность» указанных трех «особенностей», которая считается необходимой для действия статьи 2 Конвенции в ее процессуально-правовом аспекте (см. § 142 настоящего Постановления), настолько общая для (широкого) большинства государств – участников Конвенции, что ее нельзя назвать «особой», чтобы оправдать создание «юрисдикции» в ситуации, когда в противном случае она отсутствует, или как минимум не разъяснялось (и это неочевидно для нас), что делает указанные характеристики в отдельности или в совокупности «особенными» настолько, чтобы обосновать дальнейшее расширение экстерриториальной юрисдикции Европейского Суда.

III. ЮРИСДИКЦИЯ НА ОСНОВЕ ВОЕННЫХ ОПЕРАЦИЙ ЗА ГРАНИЦЕЙ

25. Поскольку мы считаем, что в контексте настоящего дела ни возбуждение уголовного расследования на внутригосударственном уровне по факту смерти сыновей заявителя, ни применение критерия «особенностей» не способны установить наличие юрисдикционной связи в отношении

процессуального обязательства согласно статье 2 Конвенции, необходимо оценить, может ли такая юрисдикционная связь возникнуть на основе проведения военных операций в Афганистане.

26. Принципы, которые Европейский Суд применяет к осуществлению юрисдикции (по смыслу статьи 1 Конвенции) за пределами территории Договаривающихся Государств, в частности ссылаясь на «исключительные обстоятельства» в форме осуществления «полномочий и контроля представителя государства» и «эффективного контроля над территорией», изложены в упомянутых выше Постановлениях Большой Палаты Европейского Суда по делам «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (Al-Skeini and Others v. United Kingdom), §§ 130–139, и «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands), § 139, а также в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Грузия против Российской Федерации (II)» (Georgia v. Russia) (II) от 21 января 2021 г., жалоба № 38263/08, § 81.

27. Поскольку большинство судей не занимались изучением данного вопроса, мы ограничимся строгим следованием прецедентной практике Европейского Суда и соответствующим принципам. Применяя указанные принципы к настоящему делу, мы приходим к выводу, что проведение военных операций в Афганистане также не устанавливало юрисдикционную связь, влекущую за собой процессуальное обязательство, предусмотренное статьей 2 Конвенции.

28. Во-первых, что касается понятия «контроль над пространством» (то есть «эффективного контроля над территорией»), нам представляется ясным, что власти Германии не имели эффективного контроля над провинцией Кундуз и районом сбрасывания бомб. Очевидны доказательства того, что в сентябре 2009 года в регионе шли активные боевые действия и количество боевиков в этом районе было почти столь же большим, как и численность войск МССБ, причем последние несли серьезные потери всякий раз, когда вступали в вооруженные столкновения с боевиками.

29. Во-вторых, что касается понятия «личностный контроль», то есть полномочий и контроля представителя государства, мы отмечаем, что ни миссия МССБ, ни Вооруженные силы Германии не осуществляли государственные полномочия в провинции Кундуз или в Афганистане в целом. Миссия МССБ была явно ориентирована на оказание поддержки гражданским властям Афганистана в формировании сил безопасности Афганистана. Последние присутствовали, в частности, в провинции Кундуз и, в свою очередь, предоставляли защи-

ту войскам Германии, например, разведывательно-му подразделению, которое проводило оценку степени боевых повреждений после авиаудара.

30. Власти Германии также не осуществляли контроля над сыновьями заявителя по смыслу прецедентной практики Европейского Суда. В Решении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Банкович и другие против Бельгии и других» (Banković and Others v. Belgium and Others), жалоба № 52207/99, § 75, ECHR 2001-XII, прямо отмечалось (и впоследствии было подтверждено в упомянутом выше недавнем Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Грузия против Российской Федерации (II)» (Georgia v. Russia) (II), § 124), что экстерриториальный авиаудар, будучи одномоментным актом, не может установить юрисдикционную связь между лицами, затронутыми им, и властями государства-ответчика, поскольку статья 1 Конвенции не допускает «причинно-следственного» понятия юрисдикции. Аналогичным образом рассматриваемый авиаудар в настоящем деле представлял собой меру, принятую в условиях ведения активных боевых действий, а не применение силы в целях установления полномочий и контроля над лицами (см. для сравнения упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Йалуд против Нидерландов» (Jaloud v. Netherlands), § 152).

31. Установив, что смерть сыновей заявителя наступила не в «юрисдикции» Германии, мы не усматриваем необходимости оценивать, можно ли было приписать авиаудар властям Германии, и, следовательно, подпадал ли он под юрисдикцию Европейского Суда в соответствии с критерием *ratione personae*.

IV. ВЫВОД

32. По изложенным выше причинам мы приходим к выводу, что при обстоятельствах настоящего дела не было установлено наличие юрисдикционной связи по смыслу статьи 1 Конвенции в отношении процессуального обязательства проводить расследование в соответствии со статьей 2 Конвенции ни на основе проведения расследования на внутригосударственном уровне и выявленных «особенностей», ни на основе самого факта нанесения авиаудара в Афганистане. Следовательно, мы проголосовали против объявления жалобы приемлемой для рассмотрения по существу.

33. Однако в том, что касается существа жалобы, мы согласны с соответствующими общими принципами, изложенными в настоящем Постановлении, и с их применением в настоящем деле.