

SCRIPTORIUM

JUSTICIA

Важность установления фактов: возвращаясь к концепции расследования Ф. Ф. Мартенса

Ларисса ван ден Херик*

В статье переосмысливается выдвинутая во времена Ф. Ф. Мартенса концепция расследования и оценивается её полезность в современных условиях и применимость в контексте, который определяется развитием киберпространства и появлением новых технологий. Расследование представляет собой установление фактов независимой третьей стороной. В настоящее время, для которого так характерны обвинения в дезинформации, совершении хакерских атак, использовании фейковых новостей и альтернативных фактов, надлежащее установление фактов и наличие независимых институтов и механизмов, способных установить факты, возможно, становится важнее, чем когда-либо ранее. Базируясь на ретроспекции при описании концепции «расследования» в международном праве, эта статья (основанная на лекции, прочитанной в НИУ ВШЭ в Москве) раскрывает современную международно-правовую панораму установления фактов на примере трёх разных моделей. Это модель технической экспертизы, модель защиты прав человека и модель национального расследования. В статье также поднимаются некоторые вопросы, которые касаются способности современных процессов по установлению фактов адаптироваться к будущим вызовам и динамике XXI века.

DOI: 10.21128/2226-2059-2017-3-24-33

→ *Расследование; Ф. Ф. Мартенс; установление фактов; Конференции мира 1899 и 1907 годов; Совет по правам человека; Сребреница*

Настоящая лекция посвящена концепции расследования. Эта концепция в некотором смысле объединяет наши страны — Россию и Нидерланды, поскольку была введена в международное право российским дипломатом Фёдором Фёдоровичем Мартенсом¹ в ходе

мирных конференций, проходивших в Гааге (Нидерланды) в 1899 и 1907 годах. Суть расследования вкратце сводится к установлению или интерпретации фактов независимой третьей стороной. Поэтому речь пойдёт о предложенной Ф. Ф. Мартенсом концепции расследования, а также её актуальности и эффективности в современных условиях развития «киберпространства» и появления новых технологий.

В наши дни открывается множество возможностей для общения и обмена информацией по современным каналам связи. На фоне беспрецедентно высокой доступности

* Ларисса ван ден Херик — доктор юридических наук, заместитель декана и профессор международного публичного права Лейденского университета, Нидерланды (e-mail: l.van.den.herik@law.leidenuniv.nl). Перевод с английского Екатерины Александровны Лунёвой. Статья подготовлена на основе лекции, которая была прочитана 26 мая 2017 года на факультете права НИУ «Высшая школа экономики». В статье используются материалы авторских исследований и работ, включая следующие публикации: *Van den Herik L. An Inquiry into the Role of Commissions of Inquiry in International Law: Navigating the Tensions between Fact-Finding and International Law-Application // Chinese Journal of International Law. Vol. 13. 2014. No. 3. P. 507–537; Van den Herik L. Accountability Through Fact-Finding: Appraising Inquiry in the Context of Srebrenica // Netherlands International Law Review. Vol. 62. 2015. No. 2. P. 295–311; Van den Herik L., Harwood C. Commissions of Inquiry and Questions of Jus ad Bellum // Seeking Accountability for the Unlawful Use of Force / ed. by L. Sadat (Cambridge: Cambridge University Press, 2017, Forthcoming).*

¹ См.: *Eyffinger A. Friedrich Martens: A Founding Father of the Hague Tradition — The Fourth Friedrich Martens Memorial Lecture // ENDC Proceedings. Vol. 15. 2012. No. 13. P. 13–43, 30; Politis N. Les Commissions Internationales d'Enquête // Revue Générale de Droit International Public. T. XIX. 1912. P. 149–188, 153. Критическую оценку статуса Мартенса как автора концепции и его Декларации см.: *Giladi R. The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause // European Journal of International Law. Vol. 25. 2014. No. 3. P. 847–869.**

данных появляется всё больше обвинений в дезинформации, взломах, сфабрикованных новостях и «альтернативных» фактах. И как никогда важным становится правильное установление фактов и наличие независимых институтов и механизмов расследования. Итак, основной вопрос — что же предлагают и могут предложить международное право и институты XX века для управления возможностями и рисками, связанными с установлением фактов в эпоху информационных технологий.

Лекция состоит из трёх частей с последовательной временной перспективой прошлого, настоящего и будущего. В первой части описывается процесс становления концепции расследования в международном праве. Во второй части приводится обзор современных международно-правовых процессов расследования и установления фактов. А в третьей заключительной части поднимается ряд вопросов, касающихся устойчивости и адекватности существующих механизмов в условиях динамики и вызовов XXI века.

1. Предваряющий вопрос: что такое факт?

Исследование процессов и институтов, связанных с установлением фактов, предполагает существование фактов и в качестве базовой посылки возможность их установления. Это предположение, похоже, отрицает философские возражения против объективной истины. Действительно, при констатации факта всегда присутствует человеческий фактор, влияющий на выбор формулировки и восприятие самого факта. В Консультативном заключении Международного Суда ООН, представленном по запросу Генеральной Ассамблеи, о правомерности возведения Израилем стены спорным моментом стало использование термина «стена»². Суд отметил свою осведомлённость по рассматриваемому вопросу и разъяснил свой терминологический выбор:

«Слово “стена” представляется сложной лексической единицей; следовательно, этот термин нельзя понимать в узком физическом смысле. В то же время другие термины — вариант Израиля (“заграждение”) или Генерального секретаря (“барьер”) — не являются

ся более точными в физическом плане. Поэтому в своём Заключении Суд использует терминологию Генеральной Ассамблеи»³.

Эта цитата свидетельствует о попытке Суда сделать терминологию менее политизированной или более нейтральной.

Помимо лексического выбора, элемент субъективности присутствует в выборе констатируемых фактов, то есть при принятии решения о том, какой факт является существенным, а каким можно пренебречь. В духе постмодернистских позиций мы опираемся на тезис Ханны Арендт о том, что некоторые элементарные факты поддаются констатации, а потому могут и должны быть найдены и установлены, и их нельзя отрицать. Размышляя о сложной взаимосвязи между политикой и правдой, Ханна Арендт поднимает философский вопрос о том, могут ли факты существовать независимо от их восприятия и трактовки⁴. При всей справедливости этого вопроса она не считает его аргументом против фактической истины и предлагает следующий пример:

«Говорят, что в двадцатых годах незадолго до своей смерти Клемансо завёл дружескую беседу с представителем Веймарской Республики о вопросе вины за развязывание Первой мировой войны. Клемансо спросили: “Что, по-вашему, скажут будущие историки об этом проблематичном и противоречивом вопросе?” Он ответил: “Этого я не знаю, но уверен, они не скажут, что Бельгия вторглась в Германию”»⁵.

Следуя за этим примером, Арендт заявляет о существовании исключительно элементарных данных, которые признаются несокрушимыми.

Исходя из этого, можно выделить:

- 1) элементарные данные или основные факты;
- 2) признание существования и взаимосвязей или причинно-следственных связей между несколькими основными фактами или элементарными данными;
- 3) правовые факты или квалификации.

² См.: *Wälisch M. Cognitive Frames of Interpretation in International Law // Interpretation in International Law / ed. by A. Bianchi, D. Peat, M. Windsor. Oxford : Oxford University Press, 2015. P. 331–351, 340–342.*

³ International Court of Justice (*dalae* — ICJ). *Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion of 9 July 2004 // I.C.J. Reports. 2003. P. 43. § 67.

⁴ См.: *Arendt H. Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought*. New York : Penguin Books, 1993. P. 227–264.

⁵ См.: *Ibid.* P. 239.

Границы этих категорий более подвижные, чем при строгой классификации, но всё же их разграничение помогает выстроить хронологию для международных органов по установлению фактов, зачастую работающих в форме комиссий по расследованию.

2. Начало формирования международных комиссий по расследованию

Международные комиссии по расследованию были впервые введены Гаагской конвенцией 1899 года в качестве нового механизма урегулирования споров⁶. Новый международный механизм стал не только частью процесса институционализации, ознаменовавшего смену столетий⁷, но и мерой, принятой в связи с конкретным инцидентом. 15 февраля 1898 года затонул американский броненосец «Мэн». Испания и США провели внутренние расследования и пришли к противоречивым выводам о причинах загадочного взрыва, потопившего корабль. При существовавшей напряжённости из-за Кубы инцидент мог привести к войне двух стран⁸. Спустя год в этой ситуации предложение России о создании международной комиссии по расследованию нашло благодатную почву в ходе конференции в Гааге. Как автор концепции, Ф. Ф. Мартенс полагал, что беспристрастное установление фактов и обстоятельств международных споров поможет разрядить обстановку⁹. Основная идея была в том, чтобы выиграть время, предотвратить обострение конфликта и выяснить факты до того, как расхождения во взглядах заведут ситуацию в тупик¹⁰.

В свете инцидента с «Мэн» государства приняли это предложение, которое впоследствии было кодифицировано и закреплено в разделе III Гаагской конвенции 1899 года о мирном решении международных столкнове-

ний. Концептуальное детище Ф. Ф. Мартенса, однако, было скорректировано с учётом политических реалий. Главным изменением стало то, что из-за страха вмешательства крупных держав небольшие государства настояли на том, чтобы предметом расследования могли становиться только споры, «не затрагивающие ни чести, ни существенных интересов»¹¹. Согласно положениям Конвенции, Комиссия формируется по принципу арбитража, то есть каждое государство — участник спора выбирает по два члена комиссии, которые совместно определяют пятого комиссара¹². Первоначально методы и порядок работы устанавливались для каждой комиссии отдельно, но этот недостаток был исправлен Гаагской конвенцией 1907 года, которая ввела более детальный унифицированный регламент для проведения любого расследования¹³. На комиссии по расследованию была возложена конкретная задача по облегчению разрешения споров посредством выяснения фактов в ходе их беспристрастного и добросовестного расследования¹⁴. Особо подчёркивался дипломатический характер процедуры. Во-первых, в положениях предусматривалось, что заключительный доклад комиссии должен состоять из констатации фактов и ни в коем случае не носить характер арбитражного решения¹⁵. Во-вторых, доклад не имеет обязательной силы для сторон и, напротив, предоставляет государствам свободный выбор дальнейших мер¹⁶. И в-третьих, в Гаагской конвенции 1899 года говорилось о том, что доклад направляется строго сторонам и поэтому не разглашается¹⁷. В отличие от положений этого договора, в статье 34 Гаагской конвенции 1907 года уже было предусмотрено оглашение доклада на открытом заседании комиссии.

Таким образом, прототип комиссии по расследованию, рождённый в ходе Гаагских

⁶ См. эпизодические примеры международных договоров, предусматривающих процедуры расследования и примирения до 1899 года: *Hill N.L. International Commissions of Inquiry and Conciliation*. Worcester, MA; New York: Carnegie Endowment for International Peace, Division of Intercourse and Education, 1932. P. 89, 91.

⁷ См.: *Kennedy D. The Move to Institutions // Cardozo Law Review*. Vol. 1987. 8. No. 5. P. 841—988.

⁸ Например, см.: *Merrills J.G. International Dispute Settlement*. 5th ed. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011. P. 41—42.

⁹ См.: *Eyffinger A. Op. cit.* P. 30.

¹⁰ См.: *Politis N. Op. cit.* P. 153.

¹¹ Статья 9 Конвенции о мирном решении международных столкновений (Гаагская конвенция I) (принята 29 июля 1899 года, вступила в силу 4 сентября 1900 года).

¹² Статья 9(32) Гаагской конвенции I (1899).

¹³ Статья 9(35) Конвенции о мирном решении международных столкновений (Гаагская конвенция I) (принята 18 октября 1907 года, вступила в силу 26 января 1910 года).

¹⁴ Статья 9 обеих Гаагских конвенций I (1899 и 1907 годов).

¹⁵ Статья 14 Гаагской конвенции I (1899) и статья 35 Гаагской конвенции I (1907).

¹⁶ Там же.

¹⁷ Статья 13 Гаагской конвенции I (1899).

конференций, был основан на согласии сторон, носил более дипломатичный, ситуативный характер и был направлен на межгосударственное урегулирование споров.

3. Три современные модели расследования

Век назад международный правопорядок переживал интенсивный процесс создания судебных структур. Поэтому возникает вопрос: нужны ли комиссии по расследованию до сих пор или же международные суды — Международный Суд ООН, Международный трибунал по морскому праву, Международный уголовный суд — могут считаться их усовершенствованным вариантом? В конечном счёте, международные суды не только устанавливают факты, но и определяют правовые последствия, которые в большей степени обеспечивают выполнение обеими сторонами решений по урегулированию спора. Но в отсутствие универсальной юрисдикции компетенция этих судов по-прежнему подчиняется принципу согласия и не распространяется на многие ситуации и споры. Отсюда у комиссий по расследованию сохраняются возможности для того, чтобы работать вместо международных судов или совместно с ними, помогая с установлением фактов. Кроме того, со времён Ф. Ф. Мартенса межгосударственная структура международного права была дополнена новым пространством, которое имеет более вертикальное измерение и касается прямого регулирования и защиты частных лиц, что образует новое поле для деятельности комиссий по расследованию.

Обозначив области, где данная процедура всё ещё может эффективно применяться, исходя из современной практики, можно выделить три модели проведения расследования: модель технической экспертизы, модель защиты прав человека и модель национального расследования.

3.1. Модель технической экспертизы

Как отмечалось, за последнее столетие современное международное общество стало гораздо более регламентированным и институционализированным. Расследования и установление фактов вполне следовали этой тенденции: они включались в специальные

режимы, созданные на основе межгосударственных соглашений, или внедрялись в структуру международных организаций¹⁸. Примерами межгосударственных соглашений, предусматривающих расследование в качестве способа урегулирования споров за рамками вопросов прав человека, мира и безопасности, являются *Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте*, принятая в Эспоо (Финляндия) в 1991 году¹⁹, *Конвенция 1997 года о праве несудоходных видов использования международных водотоков*²⁰, *Конвенция о международной гражданской авиации*, также известная как *Чикагская конвенция*, которая вступила в силу в 1947 году. Установление фактов в этих случаях имеет технический характер. По сложившейся практике расследования в области гражданской авиации не касаются вопросов установления ответственности или вины, а сосредотачиваются исключительно на фактологических выводах о причинах катастрофы²¹.

¹⁸ О расследованиях и установлении фактов в различных ситуациях см.: Schermers H. G., Blokker N. M. *International Institutional Law: Unity within Diversity*. 5th ed. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. P. 467–479.

¹⁹ Конвенция направлена на предотвращение негативного влияния внутригосударственной деятельности в трансграничном контексте. Приложение IV предусматривает добровольное проведение расследования. В случае спора расследование устанавливает возможные последствия деятельности в трансграничном контексте. Согласно правилам, в зависимости от предмета спора в состав комиссии избираются научные или технические эксперты, которые выносят свои заключения, руководствуясь общепринятыми научными принципами.

²⁰ В статье 33 Конвенции говорится о создании Комиссии по установлению фактов в случае, если стороны не могут урегулировать спор другим путём. Статья 33(8): «Комиссия принимает свой доклад большинством голосов, если не состоит из одного члена, и представляет этот доклад соответствующим сторонам с изложением своих выводов и их обоснований, а также таких рекомендаций, которые считает уместными в целях справедливого урегулирования спора; стороны рассматривают такие рекомендации в духе добросовестности». Оценку положения см.: *Boisson de Chazournes L. The Role of Diplomatic Means of Solving Water Disputes: A Special Emphasis on Institutional Mechanisms // The Resolution of International Water Disputes: Papers emanating from the Sixth PCA International Law Seminar*, November 8, 2002. The Hague: Kluwer Law International, 2003. P. 91–110.

²¹ Статья 26 Конвенции: «В случае происшествия с воздушным судном одного Договаривающегося государства, имевшего место на территории другого Договаривающегося государства и повлекшего смерть или серьёзные телесные повреждения либо свидетельствующего о серьёзном техническом дефекте воздушного судна или авионавигационных средств, государство, на территории которого произошло происшествие, назначает расследование обстоятельств происшествия в соответствии с процедурой, которая может быть рекомендована Международной организацией гражданской авиации, насколько это

Международная комиссия по установлению фактов (International Humanitarian Fact-Finding Commission, далее — IHFFC) также основана на международном соглашении, так как учреждена в соответствии со статьёй 90 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям²². Эта Комиссия, которая являлась первым *постоянно* действующим механизмом²³, появилась в результате компромисса, а потому подчинена ряду серьёзных ограничений. Бывший президент Комиссии Фриц Калсховен однажды назвал её спящей красавицей с некрасивыми родимыми пятнами²⁴. Комиссия компетентна расследовать любые факты, которые, как предполагается, представляют собой серьёзное нарушение (grave breach), как оно определяется Конвенциями и Протоколом, или другое серьёзное нарушение (other serious violation) Конвенций или настоящего Протокола²⁵. Несмотря на положение Протокола I, такая формулировка позволяет Комиссии расследовать запросы по вооружённым конфликтам, не носящим международный характер, по крайней мере в отношении заявлений по общей статье 3²⁶.

Основная цель Комиссии состоит в обеспечении соблюдения Женевских конвенций и

Дополнительного протокола I²⁷. С одной стороны, Комиссия называется «комиссией по установлению фактов», и её задача состоит в том числе в выяснении фактов. Состав Комиссии включает не только учёных, судей, практикующих юристов в области международного публичного права, но и врачей, высокопоставленных военных экспертов и дипломатов в качестве профильных специалистов²⁸. С другой стороны, при установлении своей компетенции Комиссия должна как минимум определить, что является *другим серьёзным нарушением* (other serious violation) Конвенций. Это в Женевских конвенциях, в отличие от понятия *серьёзное нарушение* (grave breach), не установлено и, соответственно, требует правовой оценки²⁹. Более того, согласно пункту 5(а) статьи 90, Комиссия представляет доклад об установленных фактах и *рекомендации*, которые считает необходимыми. Похоже, что эта рекомендательная функция также выходит за рамки простого расследования. В Комментариях МККК говорится о том, что эти рекомендации представляли собой первый шаг к посредничеству, и это мнение разделял бывший председатель Комиссии Эрик Куссбах³⁰.

Председатели и члены Комиссии имели разное представление о функциях Комиссии. Первый председатель Калсховен говорил о многих целях, включая создание исторической хроники, раскрытие правды или обнаружение основных фактов, указывающих на ответственность стороны, предоставление оснований для компенсации и даже предположительное установление личности лиц, которые могли бы быть привлечены к уголовной ответственности³¹. Эрик Куссбах и Чарльз Гарравей, напротив, утверждали, что задача

допускает его законодательство. Государству, в котором зарегистрировано воздушное судно, предоставляется возможность назначить наблюдателей для присутствия при расследовании, а государство, проводящее расследование, направляет этому государству отчёт и заключение о расследовании». При этом в Приложении 13 к Конвенции в стандарте 3.1 говорится о том, что «единственной целью расследования авиационного происшествия или инцидента является предотвращение авиационных происшествий и инцидентов в будущем. Целью этой деятельности не является установление доли чьей-либо вины или ответственности».

²² Анализ создания комиссии см.: *Kalshoven F. The International Humanitarian Fact-Finding Commission: Its Birth and Early Years // Reflections on International Law from the Low Countries: In Honour of Paul de Waart / ed. by E. Denters, N. Schrijver. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. P.201–215.*

²³ См.: *Kussbach E. The International Humanitarian Fact-Finding Commission // International and Comparative Law Quarterly. Vol. 43. 1994. No. 1. P.174–185.*

²⁴ См.: *Kalshoven F. The International Humanitarian Fact-Finding Commissions: A Sleeping Beauty? // Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I). Vol. 4. 2002. P.213–216.*

²⁵ Статья 90, пункт 2(с)(i) Дополнительного протокола I.

²⁶ См.: *Condorelli L. La Commission International Humanitaire d'Établissement des Faits: un outil obsolete ou un moyen utile de mise en oeuvre du droit international humanitaire? // International Review of the Red Cross. Vol. 83. 2001. No. 842. P.393–406, 401.* IHFFC с самого начала установила свою компетенцию в ситуации вооружённого конфликта, не носящего международный характер. См. подробнее: *D'Aspremont J., de Hemptinne J. Droit International Humanitaire. Paris: Editions A. Pedone, 2012. P.386.*

²⁷ См.: *Kussbach E. Op. cit. P.176; Bothe M. Fact-Finding as a Means of Ensuring Respect for International Humanitarian Law // International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen / ed. by W.H. von Heinegg, V.Epping. Berlin; Heidelberg: Springer, 2007. P.249–267.*

²⁸ См.: *Garraway Ch. The International Humanitarian Fact-Finding Commission // Commonwealth Law Bulletin. Vol. 34. 2008. No. 4. P.813–816, 815; Kussbach E. Op. cit. P.175.*

²⁹ См.: *Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions of 12 August 1949 / International Committee of the Red Cross (ICRC). Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. P.1045–1046; Kussbach E. Op. cit. P.176.*

³⁰ См.: *Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions of 12 August 1949. P.1050; Kussbach E. Op. cit. P.179.*

³¹ См.: *Kalshoven F. The International Humanitarian Fact-Finding Commissions: A Sleeping Beauty?*

Комиссии заключалась не в том, чтобы указать, пристыдить или даже осудить, а в том, чтобы восстановить уважительное отношение к Женевским конвенциям и Дополнительному протоколу I³² и попытаться разрешить или, возможно, смягчить конфликт. Эту позицию подтверждает заложенный в Дополнительном протоколе I принцип конфиденциальности доклада³³. Со ссылкой на Мартенса Гарравей отмечает, что задача Комиссии состоит в том, чтобы «уменьшить накал разворачивающихся пропагандистских войн»³⁴.

Этим разным мнениям вскоре предстоит пройти проверку, поскольку «спящая красавица» недавно проснулась. 19 мая 2017 года ОБСЕ поручила Комиссии провести в Восточной Украине независимую судебно-медицинскую экспертизу в связи с инцидентом, в результате которого 23 апреля 2017 года погиб один и пострадали два члена Специальной мониторинговой миссии³⁵. При этом расследование и доклад будут конфиденциальными в соответствии с регламентом Комиссии; примечательно, что в мандате Миссии прямо оговорено, что вопросы уголовной и личной ответственности не входят в её задачи.

Таким образом, модель технической экспертизы обычно обусловлена международными соглашениями и предусматривает составление доклада по конкретным вопросам фактов, касающихся конкретного инцидента или спора, без (прямого) мандата на установление ответственности отдельных лиц.

3.2. Модель защиты прав человека

Комиссии по расследованию всё чаще формируются по инициативе Совета по правам человека в Женеве, а также Генерального секретаря ООН, реже — по требованию Совета Безопасности ООН. Расследования Совета по правам человека обычно проводятся в *ситуациях* грубого нарушения прав человека, а не отдельного инцидента. Это многократно расширяет круг имеющих значение фактов и

значительно преумножает сложности, присущие процессу выбора и преподнесения соответствующих фактов. Международное право прав человека служит основой, задающей направление в процессе выбора фактов. Расследования Совета по правам человека проводились, среди прочего, в КНДР, Эритрее, Бурунди, Центрально-Африканской Республике, Сирии, Ливии и Израиле/Секторе Газа, в том числе охватывая и ситуации вооружённого конфликта. При этом региональная и неофициальная работа велась на основе модели Совета по правам человека.

При сравнении с концепцией Мартенса у расследований Совета по правам человека отмечается так много отличий, что возникает вопрос о том, не являются ли они механизмом следующего поколения. В число этих отличий входят:

1) задачи: во времена Мартенса расследование представлялось механизмом урегулирования межгосударственных споров, а расследования Совета по правам человека, скорее, служат инструментом защиты прав человека;

2) соответственно, расследования по модели Мартенса (Гаагских конвенций) были обусловлены согласием государств, что не применяется к расследованиям Совета по правам человека;

3) требование согласия влияет на состав комиссии, который при расследовании по модели Мартенса (Гаагских конвенций) формировался по принципу арбитража и по выбору государств, а в расследовании по правам человека состав определяется Советом по правам человека без согласования с государством;

4) получение согласия государства также влияет на методы проведения расследования. При отсутствии такого согласия комиссии часто не могут работать на соответствующей территории и вынуждены полагаться на свидетельские показания лиц, проживающих за пределами государства;

5) если модель Мартенса (Гаагских конвенций) исключает вопросы уголовной или личной ответственности и установления вины, то расследования Совета по правам человека конкретно фиксируют нарушения прав человека. Модель Мартенса применялась к спорам и инцидентам, а расследования Совета касаются ситуаций, а не инцидентов и

³² См.: Kussbach E. Op. cit. P.183–184. См. также: Garraway Ch. Op. cit. P.815.

³³ Следует отметить, что требование конфиденциальности касается Комиссии, а не сторон. См. статью 90(5)(с). См. также: Condorelli L. Op. cit. P.399.

³⁴ Garraway Ch. Op. cit. P.815.

³⁵ См.: Пресс-релиз IHFFC от 19 мая 2017 года. URL: <http://www.ihffc.org/index.asp?page=news> (дата обращения: 09.08.2017).

потому полагаются на право в качестве критерия выбора фактов.

Сходство между гаагской моделью расследований 1907 года и расследованиями по правам человека состоит в публичном и ситуативном характере работы и обнародовании заключений. Но при этом они преследуют разные цели. Так, модель Мартенса представляла собой механизм урегулирования споров с целью примирения сторон, а расследования нарушений прав человека нацелены на то, чтобы разоблачить или даже осудить, то есть спровоцировать реакцию. И если модель Мартенса (Гаагских конвенций) являлась конечной точкой, то правозащитная модель прокладывает путь для последующих международных шагов. Эти расследования предшествуют действиям других международных органов (Совета Безопасности ООН или Международного уголовного суда) или отдельных государств.

3.3. Модель внутренних расследований

Рассмотренные выше модели могут дополняться реальными действиями на национальном уровне, о чём свидетельствуют несколько примеров из недавней практики Нидерландов.

3.3.1. Расследование Нидерландов в отношении войны в Ираке

Голландская комиссия по расследованию была создана в 2009 году для проведения расследования подготовки и принятия решения о поддержке Нидерландами вторжения в Ирак. Комиссия также получила чёткий мандат: расследовать «вопросы, имеющие отношение к международному праву»³⁶. Соответственно, в докладе были подробно рассмотрены вопросы *ius ad bellum*, представлен детальный анализ соответствующих резолюций Совета Безопасности ООН и в итоге был сделан вывод об отсутствии в них достаточной правовой

основы для вторжения³⁷. Голландская комиссия, которую по имени руководителя также называют Комиссией Дэвидса, стала первой официальной комиссией, занимавшейся расследованием того, являлась ли война в Ираке неправомерным применением силы. В своём докладе 2010 года голландская комиссия пришла к выводу о том, что с точки международного права война являлась неправомерной, поскольку применение силы не было оправдано целями самообороны и не было санкционировано Советом Безопасности³⁸. Хотя премьер-министр Нидерландов Ян Питер Балкененде не сразу принял позицию комиссии, в итоге национальное правительство согласилось с представленными материалами и выводами, сделанными в докладе.

3.3.2. Расследование Нидерландов в отношении падения Сребреницы и роли голландского батальона

Сребреница стала национальной трагедией для Нидерландов. Из-за случившегося был проведён целый ряд внутренних расследований. Доклад голландского батальона по событиям октября 1995 года не давал ответов на все вопросы, возникавшие в отношении обязанностей голландских миротворцев и задействованных политических лидеров. Впоследствии появились новые вопросы, когда стало известно об уничтожении снятых голландскими военными видеоматериалов о массовых убийствах, имевших место при наступлении на город. В ожидании публичного обсуждения роли и ответственности Нидерландов за падение Сребреницы летом 1996 года правительство решило начать расследование³⁹. Из-

³⁷ См.: Report of the Dutch Committee of Inquiry on the War in Iraq // Netherlands International Law Review. Vol. 57. 2010. No. 1. P. 81–137.

³⁸ См.: Ibid. P. 134–135.

³⁹ См.: Доклад Голландского института военной документации (*dalee* — NIOD (2002)). См.: J. C. H. Blom et al. Srebrenica: een 'veilig' gebied: reconstructie, achtergronden, gevolgen en analyse van de val van een safe area. Amsterdam : Boom, 2002. P. 9. В 1998 году было начато отдельное расследование по факту исчезновения видеоматериалов и вопросов достаточности взаимодействия Министерства обороны в предоставлении данных о падении Сребреницы. Расследование проводилось под руководством Ван Кеменаде. В результате сотрудничество со стороны Министерства было признано достаточным, но возник вопрос об адекватности расследований нарушений дисциплины голландскими солдатами во время боевых действий. См.: Parliamentary Records TK 26122. No. 5–6 (1998–1999). 28 September 1998.

³⁶ Rapport Commissie Van Onderzoek Besluitvorming Irak 521, § 1.4 (2010). URL: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2010/01/12/rapport-commissie-davids.html> (дата обращения: 09.08.2017) (*dalee* — Доклад по расследованию). Предложение о проведении парламентского расследования было отклонено. Возглавивший Комиссию бывший председатель Верховного суда сформировал состав Комиссии с участием одного юриста по вопросам международного права, § 1.1 и 1.3.

начально правительство Нидерландов полагало, что лучше всего прояснить ситуацию сможет проведение всестороннего расследования на международном уровне. Однако эта идея не нашла отклика у других государств и международных организаций, которые не захотели этим заниматься⁴⁰. Затем правительство Нидерландов обратилось к Голландскому институту военной документации (NIOD) с просьбой провести расследование событий до, во время и после падения Сребреницы на фоне политической и военной ситуации в Боснии и Герцеговине. Парламентское большинство поддержало эту просьбу, в то время как меньшинство высказалось за проведение парламентского расследования⁴¹. Институт военной документации согласился провести расследование, прежде всего для того, чтобы в интересах голландского общества прояснить ситуацию с событиями в Сребренице⁴².

Это расследование стало своего рода уникальным не только из-за специфики самой ситуации, но и научно-исторической перспективы: освещение последних событий в условиях продолжающегося конфликта и появления новых обстоятельств было беспрецедентным и, возможно, рискованным занятием⁴³. На фоне продолжавшегося разворачиваться конфликта в бывшей Югославии расследование ситуации в Сребренице требовало новаторских подходов, возможно даже выходящих за рамки методов исследования, принятых в современной исторической науке⁴⁴. Так, в своём докладе Голландский институт военной документации использовал материалы обвинения из дел Международного трибунала по бывшей Югославии, которые касались текущих уголовных расследований и даже ещё не начатых уголовных преследований в отношении отдельных обвиняемых⁴⁵.

Голландскому институту военной документации было поручено собрать все факты, имеющие отношение к делу, и на основе этих фактов с исторической точки зрения оценить

в национальном и международном плане причины, последовательность событий падения Сребреницы и последствия этого⁴⁶. Были обозначены конкретные моменты, требующие разъяснения: концепция «зоны безопасности», структура операций и командования миротворческих сил ООН, порядок принятия решений в ООН и НАТО, принятие решений в Нидерландах и участие в них парламента, действия голландского батальона «Dutchbat», вопрос об авиационной поддержке, блокаде и захвате Сребреницы, действия боснийских сербов после падения анклава⁴⁷. Таким образом, перед Институтом был поставлен ряд весьма сложных и специфичных вопросов, для решения которых требовался разносторонний опыт проведения расследований.

Считалось, что расследование носило и исторический, и научный характер⁴⁸. Крайний срок сдачи Доклада был определён «как можно скорее»⁴⁹, но в итоге его составление заняло более пяти лет. Доклад был представлен правительству Нидерландов 10 апреля 2002 года и насчитывал 3368 страниц.

Имея историческую направленность, этот документ не затрагивает вопросов установления ответственности. Его цель состояла в том, чтобы изложить ситуацию, понять и объяснить произошедшее, а не выносить вердикт⁵⁰. Доклад имел весьма драматические последствия. После его обнародования правительство Нидерландов во главе с Вимом Коком подало в отставку. 5 июня 2002 года была сформирована парламентская комиссия для выработки окончательного политического заключения относительно действий парламента, правительства и военно-политических лидеров Нидерландов, которые несли ответственность за то, что происходило до, во время и после событий в Сребренице. В январе 2003 года комиссия вынесла своё заключение, в котором в том числе говорилось об обоснованности отставки правительства Кока в апреле 2002 года.

⁴⁰ См.: NIOD (2002). P.9.

⁴¹ См.: Ibid.

⁴² См.: NIOD (2002). P.10.

⁴³ См.: *Lagrou P.* Het Srebrenica-rapport en de geschiedenis van het heden // BGMN – Low Countries Historical Review. Vol. 118. 2003. No. 3. P.325–336, 328.

⁴⁴ См.: Ibid.

⁴⁵ См.: Ibid. P.331.

⁴⁶ См.: Parliamentary Records TK 25069, no.1 (1996–1997), 18 October 1996.

⁴⁷ См.: Ibid.

⁴⁸ См.: Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ См.: *Blom J.C.H.* Het NIOD-rapport onevenwichtig en intellectueel gemakzuchtig? Een kwestie van lezen // International Spectator. Vol. 56. 2002. No. 9. P.448–453.

3.3.3. Предпосылки для проведения внутреннего расследования

Таким образом, внутренние парламентские или выполненные с использованием аутсорсинга расследования могут эффективно дополнять международные инициативы. Помимо вышеназванных процессов, после успешного судебного разбирательства против Голландии планируется проведение расследований по ещё более отдалённому историческому периоду колониализма⁵¹. Приведённые примеры представляют модель внутренних расследований, которые предполагают готовность к самокритике и неподдельному самоанализу.

4. Проверка на прочность в XXI веке и перспективы на будущее

Первоначальная модель комиссии по расследованию превратилась в более многообразную концепцию, охватывающую большое количество различных типов комиссий, адаптированных к особенностям той или иной ситуации. При таком поступательном развитии встаёт вопрос об устойчивости этих механизмов в условиях новых вызовов и киберпространства. Как следует оценивать процессы «приватизации» и роль неправительственных организаций в этой сфере? Как новые технологии помогают получать информацию при установлении фактов и как современные технологии существенно меняют этот процесс? Помогает ли это, например, решить проблемы получения согласия и отсутствия доступа на территорию государства? Можно ли вместо этого использовать спутниковые изображения и видеоматериалы, передаваемые по социальным сетям? Изменит ли технология или, возможно, она уже изменила способы представления фактов, например, используя изображения вместо слов? Возникнут ли новые, более сложные вопросы проверки подлинности и подтверждения фактов? И наряду с этими вопросами, заслуживающими дальнейшего обсуждения и изучения, сохраняется первоначальной дух идеи расследования, преследующего цель обеспечения независимого

установления фактов для их последующей передачи заинтересованным сторонам.

Библиографическое описание:

Van den Herik L. Важность установления фактов: возвращаясь к концепции расследования Ф. Ф. Мартенса // *Международное правосудие*. 2017. № 3 (23). С. 24–33.

The Importance of Finding Facts: Revisiting Fyodor Martens' Concept of Inquiry

Larissa van den Herik

Vice Dean and Professor of Public International Law, Leiden University, Leiden, The Netherlands (e-mail: l.van.den.herik@law.leidenuniv.nl).

Abstract

This lecture revisits the concept of inquiry as developed in Martens' times and tests its contemporary usefulness and application against a background that is shaped by cyberspace and the emergence of new technologies. Inquiry is, in short, about establishing or construing facts by an independent third party. In these days marked by allegations of misinformation, hacking, fake news and alternative facts, the importance of proper fact-finding and having independent institutions and mechanisms in place to establish facts is, perhaps, greater than ever. Building on a retrospective on the introduction of the concept of "inquiry" in international law, this article (based on a HSE-lecture) explores the present-day international legal fact-finding panorama and presents three different models. These are the technical expert model, the human rights advocacy model and the domestic model. The article also raises some questions regarding the resilience of contemporary fact-finding processes to future challenges and 21st century dynamics.

Keywords

inquiry; Martens; fact-finding; 1899 and 1907 Hague Peace Conferences; Human Rights Council; Srebrenica.

Citation

Van den Herik L. (2017) Vazhnost' ustanovleniya faktov: vozvrashchayas' k kontseptsii rassledovaniya F. F. Martensa [The importance of finding facts: revisiting Fyodor Martens' concept of inquiry]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3, pp. 24–33. (In Russian).

References

- Arendt H. (1993) *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought*, New York: Penguin Books.
- Blom J. C. H. (2002) Het NIOD-rapport onevenwichtig en intellectueel gemakzuchtig? Een kwestie van lezen. *International Spectator*, vol. 56, no. 9, pp. 448–453.
- Boisson de Chazournes L. (2003) The Role of Diplomatic Means of Solving Water Disputes: A Special Emphasis on Institutional Mechanisms. In: *The Resolution of International Water Disputes: Papers emanating from the Sixth PCA International Law Seminar, November 8, 2002*, The Hague: Kluwer Law International, pp. 91–110.
- Bothe M. (2007) Fact-Finding as a Means of Ensuring Respect for International Humanitarian Law. In: Von Heinegg W. H., Epping V. (eds.) *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Berlin; Heidelberg: Springer, pp. 249–267.

⁵¹ См.: *Van den Herik L.* Addressing 'Colonial Crimes' through Reparations? Adjudicating Dutch Atrocities Committed in Indonesia // *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 10. 2012. No. 3. P. 693–705.

- Condorelli L. (2001) La Commission International Humanitaire d'Établissement des Faits: un outil obsolète ou un moyen utile de mise en oeuvre du droit international humanitaire? *International Review of the Red Cross*, vol. 83, no. 842, pp. 393–406.
- D'Aspremont J., de Hemptinne J. (2012) *Droit International Humanitaire*, Paris: Editions A. Pedone.
- Eyffinger A. (2012) Friedrich Martens: A Founding Father of the Hague Tradition – The Fourth Friedrich Martens Memorial Lecture. *ENDC Proceedings*, vol. 15, no. 13, pp. 13–43.
- Garraway C. (2008) The International Humanitarian Fact-Finding Commission. *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 34, no. 4, pp. 813–816.
- Giladi R. (2004) The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause. *European Journal of International Law*, vol. 25, no. 3, pp. 847–869.
- Hill N. L. (1932) *International Commissions of Inquiry and Conciliation*, Worcester, MA; New York: Carnegie Endowment for International Peace, Division of Intercourse and Education.
- Kalshoven F. (1998) The International Humanitarian Fact-Finding Commission: Its Birth and Early Years. In: Denters E., Schrijver N. (eds.). *Reflections on International Law from the Low Countries: In Honour of Paul de Waart*, Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 201–215.
- Kalshoven F. (2002) The International Humanitarian Fact-Finding Commissions: A Sleeping Beauty? *Humanitäres Völkerrecht – Informationschriften (HuV-I)*, vol. 4, pp. 213–216.
- Kennedy D. (1987) The Move to Institutions. *Cardozo Law Review*, vol. 8, no. 5, pp. 841–979.
- Kussbach E. (1994) The International Humanitarian Fact-Finding Commission. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, no. 1, pp. 174–185.
- Lagrou P. (2003) Het Srebrenica-rapport en de geschiedenis van het heden. *BGMN – Low Countries Historical Review*, vol. 118, no. 3, pp. 325–336.
- Merrills J. G. (2011) *International Dispute Settlement*, 5th ed., Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- Politis N. (1912) Les Commissions Internationales d'Enquête. *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 19, pp. 149–188.
- Schermers H. G., Blokker N. M. (2011) *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 5th ed., Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Van den Herik L. (2012) Addressing 'Colonial Crimes' through Reparations? Adjudicating Dutch Atrocities Committed in Indonesia. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, no. 3, pp. 693–705.
- Van den Herik L. (2014) An Inquiry into the Role of Commissions of Inquiry in International Law: Navigating the Tensions between Fact-Finding and International Law-Application. *Chinese Journal of International Law*, vol. 13, no. 3, pp. 507–537.
- Van den Herik L. (2015) Accountability Through Fact-Finding: Appraising Inquiry in the Context of Srebrenica. *Netherlands International Law Review*, vol. 62, no. 2, pp. 295–311.
- Van den Herik L., Harwood C. (2017) Commissions of Inquiry and Questions of Jus ad Bellum. In: Sadat L. (ed.) *Seeking Accountability for the Unlawful Use of Force*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Wählisch M. (2015) Cognitive Frames of Interpretation in International Law. In: Bianchi A., Peat D., Windsor M. (eds.) *Interpretation in International Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 331–351.