

# МЕЖДУНАРОДНАЯ ЗАЩИТА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

УДК 341  
DOI: 10.34076/20713797\_2025\_1\_31

С. П. Сушков\*

## ЭКСТЕРРИТОРИАЛЬНОЕ ПРИМЕНЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА К ИСПОЛЬЗОВАНИЮ СОВРЕМЕННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ\*\*

Ответственность государств по международным договорам в области прав человека за трансграничное использование информационно-коммуникационных технологий (далее – ИКТ) зависит в первую очередь от того, могут ли быть установлены обязательства государств по отношению к лицам, находящимся за пределами их территории. В настоящей статье рассматривается практика по установлению экстерриториальной юрисдикции государств, разработанная в рамках соответствующих международных договоров в области прав человека. Консервативная практика ЕСПЧ предполагает наличие физической власти и контроля над человеком или «элемента близости» между человеком и государственным агентом. Эти требования будут препятствовать установлению экстерриториальной юрисдикции в отношении трансграничного использования ИКТ. Так называемый функциональный подход нашел отражение в позициях Комитета ООН по правам человека. Этот подход, сосредоточенный на способности государств оказывать прямое и предвидимое воздействие на осуществление прав человека, будет способствовать экстерриториальному применению соответствующих международных договоров к использованию ИКТ. Межамериканский суд по правам человека и Комитет по правам ребенка разработали уникальную практику в контексте трансграничных экологических споров. Если признать применимость этой практики к использованию ИКТ, то государства будут обладать экстерриториальной юрисдикцией при использовании ИКТ. Такая противоречивая практика создает ощутимый риск фрагментации международного права прав человека в отношении применимости международных договоров по правам человека к трансграничному использованию ИКТ. В статье делается вывод, что во избежание такой фрагментации ЕСПЧ должен либо пересмотреть свою практику, признав функциональный подход, либо разработать концепцию «виртуального» или «технологического» контроля для целей установления экстерриториальной юрисдикции.

---

\* Сушков Сергей Павлович – аспирант Аспирантской школы по праву факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва), юрист Адвокатского бюро «Дякин, Горцунян и партнеры», ORCID: 0000-0002-5366-4113, e-mail: sushkov.mels@gmail.com.

\*\* Статья подготовлена в рамках участия в проекте «Международное право и процесс в эпоху метамодерна», реализуемом департаментом международного права НИУ «ВШЭ».

*Ключевые слова:* права человека, экстерриториальная юрисдикция, функциональный подход, информационно-коммуникационные технологии, кибероперации

*Для цитирования:* Сушков С. П. Экстерриториальное применение международных договоров по правам человека к использованию современных технологий // Российский юридический журнал. 2025. № 1. С. 31–48. DOI: 10.34076/20713797\_2025\_1\_31.

## Введение

В настоящее время среди органов по защите прав человека сформирован консенсус о том, что полный физический контроль государственных агентов над лицом, находящимся за пределами территории государства, является основанием для возникновения экстерриториальных обязательств государств по соблюдению прав данного лица. Такое основание возникновения экстерриториальных обязательств государств получило название «персональной модели экстерриториальной юрисдикции»<sup>1</sup>. Однако за пределами «физического контроля» над лицом договорные органы по защите прав человека применяют множество различных и порой противоречащих друг другу стандартов. Это может привести к тому, что между аналогичными ситуациями органы по защите прав человека будут проводить довольно произвольные различия<sup>2</sup>.

Этот контекст осложняет решение новых проблем, возникающих в так называемом киберпространстве в связи с развитием и все большим применением информационно-коммуникационных технологий. Данные технологии предоставляют государственным агентам и частным корпорациям возможность вмешиваться в права человека за границей, не покидая территории «своего» государства. Теперь государства могут следить за людьми за рубежом, перехватывая их разговоры, сообщения и метаданные, спонсировать и осуществлять кибератаки на критически важные инфраструктуры, заражать компьютеры иностранных граждан вредоносными программами, взламывать устройства, подключенные к «Интернету вещей», провоцировать с помощью вредоносных программ перегрев или возгорание устройств.

Несмотря на насущную потребность в разработке теоретически обоснованного подхода к экстерриториальному применению международных договоров по правам человека к использованию ИКТ, этот вопрос еще не получил достаточного внимания в академической среде. Как справедливо отметил профессор Ф. Дельрю, проблемы, с которыми приходится сталкиваться при попытке экстерриториально применить международные договоры о правах человека к использованию ИКТ, «заслуживают дальнейшего критического рассмотрения и самостоятельного глубокого исследования»<sup>3</sup>. Н. Н. Липкина отмечала, что выработанные правовые позиции, например, Европейского Суда по правам человека «не являются достаточными для формулирования убедительных выводов о тенденциях развития принципов установления юрисдикции применительно к общественным отношениям

<sup>1</sup> Подробнее об этом см.: *Milanovic M.* Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 173–209; *The Routledge handbook on extraterritorial human rights obligations* / ed. by M. Gibney. N. Y.: Routledge, 2022. P. 127–131.

<sup>2</sup> *Janig Ph.* Extraterritorial Application of Human Rights // *Elgar Encyclopedia of Human Rights* / ed. by C. Binder, M. Nowak, J. A. Hofbauer, Ph. Janig. Vol. II. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022. P. 186.

<sup>3</sup> *Delerue F.* Cyber Operations and International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. P. 271.

в киберпространстве»<sup>1</sup>. Настоящая работа призвана восполнить доктринальные пробелы по этому вопросу.

Возможность установления экстерриториальной юрисдикции государства при использовании ИКТ зависит от подхода к толкованию юрисдикционного предела действия международных договоров по защите прав человека. Ниже рассмотрены данные подходы и на основе этого анализа сделан вывод о возможности или невозможности установления экстерриториальной юрисдикции по соответствующим международным договорам при использовании ИКТ. Кроме того, автором выдвинуты предложения по возможной гармонизации практики различных органов по защите прав человека.

## 1. Подход ЕСПЧ к установлению экстерриториальной юрисдикции в связи с использованием ИКТ

Согласно практике ЕСПЧ для установления экстерриториальной юрисдикции государства необходимо либо «осуществление физической власти и контроля» государственными агентами над лицом<sup>2</sup>, либо наличие так называемого элемента близости между государственным агентом и лицом<sup>3</sup>. Например, «элемент близости» может возникнуть при применении государственным агентом огнестрельного оружия с близкого расстояния<sup>4</sup>.

Следовательно, в свете существующей практики ЕСПЧ экстерриториальная юрисдикция государств по Европейской конвенции по правам человека (далее – ЕКПЧ) при использовании ИКТ возникнуть не должна. Кибероперации или перехваты данных за границей не предполагают физической власти и контроля, не предполагают «элемента близости» и, соответственно, не предполагают власти государственных агентов над лицом и экстерриториальной юрисдикции государства.

Именно поэтому большинство экспертов, составивших Таллинское руководство 2.0, опираясь на практику ЕСПЧ, пришли к выводу, что государства не могут осуществлять власть или контроль над человеком с помощью виртуальных средств таким образом, чтобы у государства возникала экстерриториальная юрисдикция по ЕКПЧ. Поэтому согласно позиции составителей Таллинского руководства 2.0 государства не обладают юрисдикцией в отношении нарушений прав человека, совершенных в контексте экстерриториальных киберопераций<sup>5</sup>.

Аналогичной позиции придерживается и Трибунал по следственным полномочиям Великобритании. В 2016 г. Трибунал рассмотрел заявления о нарушениях Великобританией права на неприкосновенность частной жизни лиц, находящихся за пределами ее территории, когда получил от Агентства национальной безопасности США данные массовой слежки<sup>6</sup>. Трибунал пришел к выводу, что государство не несет обязательств перед частными лицами, находящимися за пределами территории государства, когда перехватывает электронные данные, проходящие через территорию этого государства<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Липкина Н. Н. Принципы установления экстракстерриториальной юрисдикции государства в киберпространстве в контексте правовых позиций Европейского суда по правам человека // Правовая политика и правовая жизнь. 2021. № 2. С. 159.

<sup>2</sup> European Court of Human Rights, Grand Chamber. *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*. Application no. 55721/07. Judgment of 7 July 2011. ECHR 2011. Para. 136.

<sup>3</sup> European Court of Human Rights, Grand Chamber. *Georgia v. Russia (II)* (merits). Application no. 38263/08. Judgment of 21 January 2021. Para. 132.

<sup>4</sup> European Court of Human Rights, Grand Chamber. *Andreou v. Turkey*. Application no. 45653/99. Decision as to the Admissibility of 3 June 2008.

<sup>5</sup> Schmitt M., Vihul L. *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. P. 185.

<sup>6</sup> UK, Investigatory Powers Tribunal. *Human Rights Watch Inc & Ors v. The Secretary of State for the Foreign & Commonwealth Office & Ors*. UKIPTrib 15\_165-CH. Judgment of 16 May 2016. Para. 7.

<sup>7</sup> Ibid. Para. 60.

В деле «*Биг Бразер Вотч и др. против Соединенного Королевства*» Большая палата ЕСПЧ получила возможность прояснить, подпадает ли экстерриториальная массовая слежка с использованием технических каналов связи под действие ЕКПЧ. В этом деле ЕСПЧ рассматривал жалобу на массовый перехват сообщений, осуществленный властями Соединенного Королевства. Заявители, в частности, жаловались на полномочия госсекретаря выдавать ордера на «перехват внешних сообщений»<sup>1</sup>. ЕСПЧ, однако, уклонился от рассмотрения вопроса экстерриториальной юрисдикции Великобритании, поскольку она не выдвинула возражений по поводу юрисдикции. Используя этот формальный повод, ЕСПЧ признал свое право рассматривать жалобы заявителей, предположив, что *часть* сообщений была перехвачена на территории Великобритании<sup>2</sup>.

В 2023 г. Палата ЕСПЧ однозначно высказалась о юрисдикции Великобритании, возникающей в связи с ее программой трансграничного перехвата данных. В решении по делу «*Видер и Гуарниери против Соединенного Королевства*» ЕСПЧ подтвердил наличие юрисдикции Великобритании, подчеркнув, что данная юрисдикция не носит экстерриториального характера. В настоящем деле заявители, проживающие на территории США и Германии, обратились в ЕСПЧ с жалобой, что их сообщения могли быть перехвачены, извлечены, отфильтрованы, сохранены, проанализированы и распространены спецслужбами Соединенного Королевства в рамках программы наблюдения за иностранными гражданами<sup>3</sup>. Представители правительства Великобритании ожидаемо возражали, опираясь на предшествующую практику ЕСПЧ, что перехват сообщений и метаданных не предусматривает осуществление власти и контроля над лицами, в чье право происходит вмешательство<sup>4</sup>. Следовательно, по мнению представителей Соединенного Королевства, экстерриториальная юрисдикция не должна была возникнуть, поскольку заявители никогда физически не находились на территории Соединенного Королевства, а любое вмешательство в их права происходило за пределами территории государства<sup>5</sup>.

ЕСПЧ подчеркнул, что при вмешательстве в права заявителей спецслужбы Великобритании всегда действовали на территории Великобритании (в том числе при осуществлении перехвата, хранения, фильтрации и анализа их сообщений)<sup>6</sup>. С учетом специфики дела ЕСПЧ заключил, что данные виды вмешательства в частную жизнь происходят там, где сообщения перехватываются, фильтруются, изучаются и используются, а вытекающий из действий ущерб отправителям и получателям сообщений также имеет место на территории государства<sup>7</sup>. Таким образом, ЕСПЧ пришел к выводу, что, несмотря на нахождение заявителей за пределами территории Соединенного Королевства, вмешательства в их права произошли на территории Соединенного Королевства, следовательно, у Великобритании имеется *территориальная* юрисдикция над данными вмешательствами, вопрос об экстерриториальной юрисдикции не стоит<sup>8</sup>. Таким образом, ЕСПЧ установил юрисдикцию государства над случаями трансграничного вмешательства в частную жизнь иностранных граждан, осуществляемого спецслужбами государства.

<sup>1</sup> European Court of Human Rights, Grand Chamber. *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*. Applications nos. 58170/13 and 2 others. Judgment of 25 May 2021. Para. 19.

<sup>2</sup> Ibid. Para. 272.

<sup>3</sup> European Court of Human Rights. *Wieder and Guarnieri v. the United Kingdom*. Applications nos. 64371/16 and 64407/16. Judgment of 12 September 2023. Para. 56.

<sup>4</sup> Ibid. Para. 76.

<sup>5</sup> Ibid. Para. 77.

<sup>6</sup> Ibid. Para. 91.

<sup>7</sup> Ibid. Para. 94.

<sup>8</sup> Ibid.

Представляется, что в деле «Видер и Гуарниери против Соединенного Королевства» ЕСПЧ пошел по пути наименьшего сопротивления. ЕСПЧ вновь отказался прояснить свою позицию по вопросу экстерриториальной юрисдикции государства при использовании ИКТ, направленном за пределы территории государства<sup>1</sup>. Выводы по делу «Видер и Гуарниери против Соединенного Королевства» применимы к довольно узкой категории дел, когда, во-первых, государственные органы осуществляют свою деятельность на территории государства, во-вторых, в силу обстоятельств вмешательства в право на частную жизнь допустимо утверждать, что вмешательство происходит на территории, где государственные органы осуществляют свою деятельность. При этом выводы ЕСПЧ будут неприменимы к перехвату данных, осуществляемому государственными агентами, находящимися за пределами их государства. Кроме того, выводы ЕСПЧ не смогут быть применены к случаям вмешательства в иные права человека, помимо права на частную жизнь.

В связи с этим особый интерес представляют выводы Федерального конституционного суда Германии. В 2020 г. суд установил, что иностранцы, находящиеся за пределами территории Германии, пользуются гарантиями прав человека, предусмотренными Основным законом Германии, когда немецкая разведывательная служба осуществляет за ними слежку<sup>2</sup>. Конституционный суд Германии отметил, что «Европейская конвенция по правам человека не стоит на пути применимости немецких основных прав за рубежом»<sup>3</sup>, подразумевая, что он будет придерживаться прогрессивного подхода, несмотря на консервативную позицию ЕСПЧ. Данное решение Федерального конституционного суда Германии, вероятно, оказало влияние на ЕСПЧ при принятии решения по делу «Видер и Гуарниери против Соединенного Королевства».

Таким образом, несмотря на возможность применения ЕСПЧ в строго определенных случаях трансграничной слежки, когда допустимо говорить о существовании *территориальной* юрисдикции государства, данное ослабление позиции ЕСПЧ не является достаточным для адекватного реагирования на риски правам человека, которые влечет за собой все большее применение ИКТ. Необходим коренной пересмотр подхода Суда к вопросу экстерриториального применения ЕСПЧ. Тем не менее ЕСПЧ вряд ли станет вносить фундаментальные изменения в свою практику, не имея для этого веских теоретических и правовых оснований. Базой для пересмотра предшествующей практики ЕСПЧ могут стать рассмотренный ниже функциональный подход, а также существенно более гибкие позиции других органов по защите прав человека в отношении экстерриториального применения соответствующих международных договоров.

## 2. Функциональный подход

### к установлению экстерриториальной юрисдикции

Так называемый функциональный подход изначально являлся доктринальным предложением, выдвинутым в попытке преодолеть проблемы, которые становились все более очевидными в практике экстерриториального применения международных договоров<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Milanovic M. Wieder and Guarnieri v UK: A Justifiably Expansive Approach to the Extraterritorial Application of the Right to Privacy in Surveillance Cases* // EJIL: Talk. 21 March 2024. URL: <https://www.ejiltalk.org/wieder-and-guarnieri-v-uk-a-justifiably-expansive-approach-to-the-extraterritorial-application-of-the-right-to-privacy-in-surveillance-cases/> (дата обращения: 21.01.2025).

<sup>2</sup> Germany's Federal Constitutional Court. Judgment of 19 May 2020. Para. 87. URL: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200519\\_1bvr283517en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200519_1bvr283517en.html) (дата обращения: 21.01.2025).

<sup>3</sup> Ibid. Para. 100.

<sup>4</sup> *Janig Ph. Op. cit.* Vol. II. P. 186.

В 2011 г. судья ЕСПЧ Джованни Бонелло изложил свою позицию в знаменитом особом мнении к решению по делу «Аль-Скейни против Соединенного Королевства». В данном особом мнении судья раскритиковал подход, использованный ЕСПЧ, и предложил альтернативный подход – функциональный. Согласно данному подходу государство обладает юрисдикцией «всякий раз, когда в его полномочия входит выполнение или невыполнение» своих обязательств в области прав человека<sup>1</sup>. Другими словами, юрисдикция существует во всех случаях, когда в пределах власти и контроля государства находится вопрос соблюдения или нарушения государством обязанностей в области прав человека<sup>2</sup> (т. е. государство может выполнять свою «функцию» по обеспечению прав человека). Юрисдикция не делится на территориальную и экстерриториальную; существует только одна юрисдикция – функциональная<sup>3</sup>. По мнению судьи Бонелло, юрисдикция «возникает из наличия возможности выполнять» обязательства, взятые на себя государством<sup>4</sup>. Судья заявил, что ключевой вопрос заключается в том, зависит ли соблюдение обязанностей в области прав человека от государства, и эмоционально заключил, что все остальные стандарты выглядят «неуклюжими, корыстными, ищущими алиби [и] недостойными»<sup>5</sup>.

Профессор Ю. Шани сделал еще один шаг вперед, разработав теоретические и моральные основания функционального подхода. Профессор Шани утверждал, что принцип универсализма, т. е. всеобщего применения прав человека, лежит в основе всех документов по правам человека, особенно Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – МПГПП), который воплощает в жизнь идеи Всеобщей декларации прав человека<sup>6</sup>. Другим ключевым принципом, лежащим в основе международных договоров по правам человека, выступает принцип эффективности, означающий, что от государств нельзя требовать выполнения большего, чем они в состоянии выполнить, и что права человека должны защищаться эффективно. Цель каждой модели экстерриториальности – найти баланс между этими двумя принципами<sup>7</sup>. По мнению профессора Шани, функциональный подход представляет собой золотую середину между принципами эффективности и универсальности. Для того чтобы обеспечить действительно эффективное выполнение обязанностей в области прав человека, юрисдикция государств должна охватывать только те последствия, которые являются прямыми, разумно прогнозируемыми и значительными<sup>8</sup>.

Зачатки функционального подхода прослеживаются и в работах российских ученых. Например, К. П. Саврыга утверждал: «Лицо подпадает под юрисдикцию государства всякий раз, когда оно является объектом его активности. При этом не имеет значения, каков фактический метод взаимодействия. ... Данное положение также распространяется на технические средства, которые позволяют производить ликвидацию лица на большом расстоянии»<sup>9</sup>. Несмотря на то что К. П. Саврыга прямо не ссылаясь на функциональный подход (который к тому моменту еще не

<sup>1</sup> European Court of Human Rights, Grand Chamber. *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*. Concurring opinion of Judge Bonello. Para. 11.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid. Para. 12.

<sup>4</sup> Ibid. Para. 13.

<sup>5</sup> Ibid. Para. 16.

<sup>6</sup> Shany Y. Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law // *The Law & Ethics of Human Rights*. 2013. Vol. 7. Is. 1. P. 64.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid. P. 67–69.

<sup>9</sup> Саврыга К. П. Экстерриториальное применение международных договоров в сфере прав человека (на примере права на жизнь) // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2015. № 3. С. 20.

получил широкого распространения), дух, логика и обоснование этого утверждения полностью соответствуют функциональному подходу.

Профессор Ю. Шани, будучи специальным докладчиком Комитета ООН по правам человека по Замечанию общего порядка № 36, очевидно, повлиял на формулировки данного Замечания по вопросам экстерриториальности. В 2018 г. Комитет ООН по правам человека принял Замечание общего порядка № 36, в котором открыто поддерживается функциональный подход. В Замечании говорится, что юрисдикция государства охватывает «всех лиц, соблюдение права на жизнь которых находится в его компетенции или под его эффективным контролем»<sup>1</sup>. Это включает лиц, находящихся за пределами территории государства, «чье право на жизнь, тем не менее, непосредственно и разумно предсказуемым образом затрагивается [деятельностью государства]»<sup>2</sup>. Важная смена фокуса, осуществленная в Замечании общего порядка № 36, заключается в том, что для возникновения юрисдикции государство должно осуществлять власть или контроль над *соблюдением* прав человека, а не над отдельным человеком. Более того, значение приобретает возможность воздействовать только на право человека, а не на самого человека.

Этот новый подход значительно расширяет сферу экстерриториального применения МПГПП. Действительно, государственные агенты могут не иметь власти или контроля над человеком, но в то же время иметь контроль и власть над осуществлением его прав. Каждый случай вмешательства государственных агентов в право человека доказывает, что соблюдение этого права было в пределах их власти и контроля. Однако, чтобы квалифицировать власть и контроль как «эффективные», воздействие на право человека должно быть «непосредственным и разумно предсказуемым». Последнее требование возможно удовлетворить, только если право человека не было нарушено в результате случайных последствий действий государственных агентов.

Как отмечает профессор Ю. Шани, Замечание общего порядка № 36 требует от государств соблюдать права человека, когда государства *«prima facie»* способны их соблюсти и это разумно ожидается от государств»<sup>3</sup>. Что еще более важно, функциональный подход позволяет избежать морально сомнительного проведения различия между жертвами нарушений прав человека, совершенных за рубежом и совершенных на территории государства, а также сомнительных различий между экстерриториальными действиями, которые содержат или не содержат «элемент близости».

Начинает формироваться и позитивная практика применения функционального подхода после принятия Замечания общего порядка № 36. Например, Специальный докладчик ООН по вопросу о внесудебных казнях, казнях без надлежащего судебного разбирательства или произвольных казнях использовал функциональный подход при анализе смерти Джамаля Хашогги, убитого на территории Турции. Специальный докладчик исходил из того, что США могли знать о возможном убийстве г-на Хашогги, но не предупредили его о надвигающейся угрозе его жизни<sup>4</sup>. Далее Специальный докладчик отметил, что обязанности по за-

<sup>1</sup> Комитет ООН по правам человека. Замечание общего порядка № 36 по статье 6 Международного пакта о гражданских и политических правах, о праве на жизнь. 30 октября 2018. UN Doc. CCPR/C/GC/36. Para. 63. URL: <https://undocs.org/ru/CCPR/C/GC/36> (дата обращения: 21.01.2025).

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Shany Y. The Extraterritorial Application of International Human Rights Law. Leiden: M. Nijhoff, 2020. P. 88.

<sup>4</sup> Совет ООН по правам человека. Приложение к докладу Специального докладчика по вопросу о внесудебных казнях, казнях без надлежащего судебного разбирательства или произвольных казнях:

щите прав человека применимы экстерриториально, когда государство «обладает возможностями для защиты права на жизнь отдельного лица от непосредственной или предвидимой угрозы жизни»<sup>1</sup>. Следовательно, заключил Специальный докладчик, если США действительно были осведомлены об угрозе жизни г-на Хашогги и не предупредили его о данной угрозе, то у США возникает «функциональная юрисдикция» над г-ном Хашогги и США может нарушить свои обязательства по защите его права на жизнь<sup>2</sup>.

Таким образом, подход Комитета ООН по правам человека резко контрастирует с практикой ЕСПЧ. Разница между политическим весом Комитета ООН по правам человека и ЕСПЧ может объяснить решительность первого и консерватизм второго. ЕСПЧ можно считать «жертвой собственного успеха». Поскольку ЕСПЧ строго следит за исполнением своих постановлений, он не желает принимать решения, которые могут подорвать его авторитет в долгосрочной перспективе. ЕСПЧ есть что терять, поскольку конфликт с ключевыми державами по чувствительным вопросам соблюдения прав человека может привести к кризису легитимности ЕСПЧ. В то же время низкий уровень контроля за исполнением решений Комитета ООН по правам человека предоставляет ему большую свободу. Благодаря этому Комитет ООН по правам человека может руководствоваться нормативными и этическими соображениями, а не прагматическими, и отдавать предпочтение своей роли по установлению стандартов в долгосрочной перспективе, а не роли по принятию решений, которые будут соблюдаться в краткосрочной перспективе<sup>3</sup>.

Тем не менее отдельные элементы функционального подхода можно встретить и в практике ЕСПЧ. В решении по делу «*Картер против России*» ЕСПЧ заявил, что г-н Литвиненко находился под «физическим контролем» агентов российского государства, которые «обладали властью над его жизнью» (англ. «*wielded power over his life*»)<sup>4</sup>. Данным утверждением ЕСПЧ сместил акцент с физической власти над конкретным человеком на власть над *жизнью* этого человека. Представляется, что практической разницы между властью над жизнью и властью над правом на жизнь быть не должно, поэтому данный вывод возможно считать первым случаем применения методологии функционального подхода в практике ЕСПЧ. Это также подтверждается дальнейшими рассуждениями ЕСПЧ, из которых следует, что якобы совершенное отравление г-на Литвиненко «было равносильно осуществлению физической власти и контроля над его жизнью»<sup>5</sup>. Комментируя решение по делу «*Картер против России*», профессор М. Миланович заявил, что подход ЕСПЧ «смаживает на функциональный подход»<sup>6</sup>. Профессор Ф. Яниг также отметил, что ЕСПЧ «по существу применил функциональную модель» в данном деле<sup>7</sup>. Таким образом, было бы справедливо сказать, что ЕСПЧ применил функциональную модель экстерриториальной юрисдикции, не ссылаясь, однако, на нее прямо и не разъясняя, как это решение вписывается в предыдущую практику Суда.

расследование незаконной смерти г-на Джамаля Хашогги. A/HRC/41/CRP.1. Para. 328. URL: <https://undocs.org/A/HRC/41/CRP.1> (дата обращения: 21.01.2025).

<sup>1</sup> Там же. Para. 360.

<sup>2</sup> Там же. Para. 369.

<sup>3</sup> *Shany Y.* The Extraterritorial Application of International Human Rights Law. P. 78.

<sup>4</sup> European Court of Human Rights, *Carter v. Russia*, Application no. 20914/07, Judgment, 21 September 2021. Para. 160.

<sup>5</sup> Ibid. Para. 161.

<sup>6</sup> *Milanovic M.* European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko // EJIL: Talk. 23 September 2021. URL: <https://www.ejiltalk.org/european-court-finds-russia-assassinated-alexander-litvinenko/> (дата обращения: 21.01.2025).

<sup>7</sup> *Janig Ph.* Op. cit. P. 187.



Однако возникает вопрос, станет ли решение по делу «*Картер против России*» прецедентом для всех последующих решений ЕСПЧ. Данное решение было вынесено Палатой ЕСПЧ, а не Большой палатой. Все предыдущие знаковые решения ЕСПЧ по вопросу экстерриториальной юрисдикции государств принимала Большая палата ЕСПЧ<sup>1</sup>, поскольку данные дела «затрагивали серьезный вопрос, касающийся толкования положений Конвенции», или «могли привести к результату, несовместимому с решением, ранее вынесенным Судом»<sup>2</sup>. Применение функционального подхода подпадает под обе категории дел, от юрисдикции над которыми палаты ЕСПЧ обычно отказываются в пользу Большой палаты. Принятие функционального подхода к экстерриториальной юрисдикции затрагивает серьезный вопрос, касающийся толкования ст. 1 ЕКПЧ, и противоречит предшествующей практике ЕСПЧ. В связи с рассмотрением спора по делу «*Картер против России*» именно Палатой ЕСПЧ (а не Большой палатой) можно утверждать, что Палата не могла применить функциональный подход при установлении экстерриториальной юрисдикции, поскольку не обладала полномочиями для его применения. Таким образом, остается неясным, готов ли ЕСПЧ применить функциональный подход для анализа экстерриториальных нарушений прав человека.

Существует также мнение, что ЕСПЧ руководствовался функциональным подходом при рассмотрении дела «*Видер и Гуарниери против Соединенного Королевства*», описанного выше. Профессор Ю. Шани, комментируя решение по этому делу, сделал достаточно смелое заявление, что ЕСПЧ «движется в сторону применения функционального подхода, по крайней мере в сфере цифровой слежки»<sup>3</sup>. Думается, что данный вывод является преждевременным. Во-первых, решение по делу также было вынесено не Большой палатой ЕСПЧ, а Палатой, что снижает его прецедентную значимость. Во-вторых, в этом решении прямо утверждается, что юрисдикция Великобритании носила территориальный характер. Соответственно, функциональный подход, разработанный для установления экстерриториальной юрисдикции, имеет довольно опосредованное значение для логики ЕСПЧ, принятой в решении. В-третьих, цифровая слежка – это лишь одно из частных проявлений возможного экстерриториального нарушения прав человека. По законам логики частное допущение не всегда позволяет с необходимостью прийти к более общим выводам.

В свете функционального подхода особый интерес представляет практика Межамериканского суда по правам человека (далее – Межамериканский суд) и Комитета по правам ребенка по вопросу нарушения прав человека при причинении трансграничного экологического вреда. В Консультативном заключении «*Окружающая среда и права человека*» Межамериканский суд установил правило, согласно которому у государств возникает экстерриториальная юрисдикция при осуществлении эффективного контроля над деятельностью, причиняющей трансграничный вред, если этот вред влияет на осуществление прав лиц, находящихся за пределами территории государства<sup>4</sup>. По мнению Межамериканского

<sup>1</sup> См.: European Court of Human Rights, Grand Chamber. *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.). Application no. 52207/99. 12 December 2001; European Court of Human Rights, Grand Chamber. *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*. Application no. 55721/07. Judgment of 7 July 2011. ECHR 2011; European Court of Human Rights, Grand Chamber. *Georgia v. Russia (II)* (merits). Application no. 38263/08. Judgment of 21 January 2021.

<sup>2</sup> Статья 30 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.

<sup>3</sup> *Shany Y. Catching Up: The European Court of Human Rights Approximates its Approach to Extraterritorial Jurisdiction Over Digital Surveillance to That of the Human Rights Committee* // *European Convention on Human Rights Law Review*. 2024. Vol. 5. Is. 2. P. 188.

<sup>4</sup> Inter-American Court of Human Rights. *The Environment and Human Rights*. Advisory opinion OC-23/17 requested by the Republic of Colombia of 15 November 2017. Para. 102.

суда, государство имеет эффективный контроль над такой деятельностью только потому, что она осуществляется на его территории или под его юрисдикцией<sup>1</sup>. Иными словами, Межамериканский суд презюмирует эффективный контроль государства происхождения над субъектами, причиняющими трансграничный экологический вред.

Как видно из правила, установленного Межамериканским судом, разница с практикой ЕСПЧ разительна. Межамериканский суд не установил требования физического контроля над жертвой нарушения прав человека. Любая жертва трансграничного экологического вреда подпадает под юрисдикцию государства происхождения, поскольку этот вред «влияет на осуществление прав человека». Это именно то «причинно-следственное» понимание экстерриториальной юрисдикции (или, как выражается современная доктрина прав человека, «модель, основанная на воздействии»)<sup>2</sup>, которую ЕСПЧ отверг в решении по делу «Банкович и др. против Бельгии и др.»<sup>3</sup>.

При толковании стандарта Межамериканского суда в системе с другими частями Консультативного заключения можно прийти к выводу, что подход Межамериканского суда схож с функциональным подходом до степени смешения<sup>4</sup>. Во-первых, отличительной чертой функционального подхода является акцент на контроле государств над возможностью лица осуществлять свои права, а не на контроле над самим лицом. В Консультативном заключении Межамериканский суд также не анализировал вопрос контроля государств над лицами, находящимися за пределами территорий государств, а фокусировался на влиянии государств «на осуществление прав человека». Во-вторых, Межамериканский суд исключил ответственность государств за нарушения прав человека, вызванные непредвидимым вредом<sup>5</sup>, что соответствует критерию «предвидимости» функционального подхода. В-третьих, презумпция эффективного контроля над деятельностью, нарушающей права человека, могла бы сформировать неверное представление, что ответственность государства по Американской конвенции о правах человека за трансграничный экологический вред абсолютная. Однако Межамериканский суд подчеркнул, что обязанность по предотвращению нарушений прав человека – это обязанность проявлять должную осмотрительность<sup>6</sup>. Следовательно, государство не будет нести ответственность за инциденты, приведшие к нарушению прав человека за границей, если оно соблюдало свои обязательства должной осмотрительности. Данное утверждение также соответствует функциональной модели экстерриториальной юрисдикции. Таким образом, представляется, что Межамериканский суд уже признал функциональный подход в контексте трансграничного экологического вреда.

Позиция Межамериканского суда нашла явную поддержку в практике Комитета по правам ребенка. В 2019 г. Комитет по правам ребенка рассмотрел сообщение № 104/2019, поданное в защиту интересов ряда детей, в том числе Греты Тунберг. Сообщение касалось нарушения обязанности государств обеспечивать

<sup>1</sup> Inter-American Court of Human Rights. *The Environment and Human Rights*. Advisory opinion OC-23/17 requested by the Republic of Colombia of 15 November 2017.

<sup>2</sup> *Mariagiulia G.* A functional-impact model of jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights // *Questions of International Law. Zoom-in*. Is. 82. P. 57–77.

<sup>3</sup> *Santarelli N., Roa P., Seatzu F.* The Scope of the Extraterritorial Obligation to Respect in the Inter-American Human Rights System: An Approach Fully Consistent with the Demands of the Recognition of the Dignity of All Human Beings // *Spanish Yearbook of International Law*. 2023. Vol. 27. P. 92.

<sup>4</sup> *Shany Y.* The Extraterritorial Application of International Human Rights Law. P. 95–96.

<sup>5</sup> Inter-American Court of Human Rights. Advisory opinion OC-23/17 requested by the Republic of Colombia of 15 November 2017. Para. 136.

<sup>6</sup> *Ibid.* Para. 209.

наилучшие интересы детей, а также прав детей на жизнь, максимально возможное здоровое развитие детей и культуру. Комитет по правам ребенка заявил, что стандарт для установления экстерриториальной юрисдикции, разработанный Межамериканским судом, подходит для рассмотрения сообщения о воздействии на права детей, вызванном изменением климата<sup>1</sup>. Комитет по правам ребенка заключил: «При причинении трансграничного ущерба дети находятся под юрисдикцией государства, на территории которого произошли выбросы... в случае существования причинно-следственной связи между действиями или бездействием этого государства и негативным воздействием на права детей, находящихся вне его территории, когда государство происхождения осуществляет эффективный контроль над источниками данных выбросов. Предполагаемый вред, понесенный жертвами, должен был быть разумно предсказуем для государства-участника на момент его действий или бездействия даже для целей установления юрисдикции»<sup>2</sup>. Таким образом, Комитет по правам ребенка признал, что Конвенция по правам ребенка предусматривает трансграничные обязанности государств в отношении вредных выбросов, происходящих на их территории. Как отметил один автор, данным решением Комитет по правам ребенка значительно «раздвинул границы» экстерриториальной юрисдикции государств по Конвенции о правах ребенка, а возможно, и по всем иным международным договорам в области прав человека<sup>3</sup>.

Если Комитет по правам ребенка и «раздвинул границы» экстерриториальной юрисдикции, то ЕСПЧ своей последующей практикой передвинул их обратно. В деле «*Дуарте Агостиньо и др. против Португалии и др.*», столкнувшись с аналогичной проблемой трансграничного нарушения прав человека в связи с изменением климата, ЕСПЧ отказался признавать существование экстерриториальных обязательств государств. Заявители попытались установить экстерриториальную юрисдикцию государств, выбросы которых способствовали изменению климата, поскольку данные государства осуществляют контроль над *правами* заявителей. Как отметил сам ЕСПЧ, он должен был высказаться, согласен ли он с описанной выше практикой Межамериканского суда и Комитета по правам ребенка<sup>4</sup>. В сущности, ЕСПЧ должен был прокомментировать соответствие функционального подхода своей практике.

ЕСПЧ отверг аргументы заявителей, подчеркнув, что «статья 1 ЕКПЧ требует осуществления контроля над самим лицом, а не над его правами или законными интересами»<sup>5</sup>. ЕСПЧ пришел к выводу, что он не может принять «контроль над осуществлением прав человека» в качестве критерия для установления экстерриториальной юрисдикции государств. По мнению ЕСПЧ, такой критерий излишне расширит сферу действия ЕКПЧ и представит собой существенное отклонение от предшествующей практики ЕСПЧ<sup>6</sup>. Суд, однако, оставил себе пространство для принятия в будущем концепции «контроля над осуществлением прав человека», отметив, что такая концепция не нашла отражения в практике ЕСПЧ «за исключением дел о нарушении статьи 2, касающихся намеренного лишения жизни го-

<sup>1</sup> Комитет по правам ребенка. Решение, принятое Комитетом в соответствии с Факультативным протоколом к Конвенции о правах ребенка, касающимся процедуры сообщений, в отношении сообщения № 104/2019, 11 ноября 2021 г. CRC/C/88/D/104/2019. Para. 10.4.

<sup>2</sup> Там же. Para. 10.7.

<sup>3</sup> Skelton A. Child rights jurisprudence without borders: Developments in extraterritorial jurisdiction // De Jure Law Journal. 2023. Vol. 56. Is. 1. P. 624.

<sup>4</sup> European Court of Human Rights, Grand Chamber. *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Others*. Application no. 39371/20. Decision of 9 April 2024. Paras. 209–210, 212.

<sup>5</sup> Ibid. Para. 205.

<sup>6</sup> Ibid.

сударственными агентами»<sup>1</sup>. По всей видимости, ЕСПЧ отсылает к делу *«Картер против России»*, где был использован функциональный подход к установлению экстерриториальной юрисдикции государств.

На первый взгляд может показаться, что в деле *«Агостиньо»* ЕСПЧ поставил точку в рассуждениях о применимости функционального подхода в контексте ЕКПЧ, придя к выводу, что один лишь контроль над осуществлением прав не приводит к установлению экстерриториальных обязательств государств. По мнению автора, такое прочтение решения по делу *«Агостиньо»* было бы неверным. Стоит учитывать, что данное решение было вынесено в крайне специфичном контексте заявлений о нарушении, в сущности, обязательств государств по предотвращению глобального потепления.

ЕСПЧ сделал акцент на том, что применение концепции «контроля над осуществлением прав человека» против государств, выбросы которых способствуют изменению климата, вызовет непредсказуемое расширение сферы действия ЕКПЧ. Любое лицо, испытывающее негативное воздействие изменения климата, где бы оно ни находилось, могло бы предъявить требования к государствам-участникам ЕКПЧ<sup>2</sup>. Кроме того, применение данной концепции в контексте заявлений о нарушении климатических прав приведет к «недопустимому уровню неопределенности»<sup>3</sup>, а экстерриториальная юрисдикция государств была бы без каких-либо определяемых границ<sup>4</sup>. Все это превратило бы ЕКПЧ в «глобальный международный договор по изменению климата»<sup>5</sup>, что, очевидно, не находит отклика среди судей ЕСПЧ.

В связи с этим было бы справедливо утверждать, что ЕСПЧ еще только предстоит прояснить свою позицию относительно функционального подхода к установлению экстерриториальной юрисдикции. Однозначно ясно, что функциональный подход неприменим при рассмотрении заявлений о нарушениях прав человека, связанных с изменением климата, и применим при умышленном причинении смерти государственными агентами. По мнению автора, данные примеры находятся на диаметрально противоположных сторонах шкалы разумности и желательности установления экстерриториальной юрисдикции. Было бы неразумно и морально сомнительно полагать, что у государств не возникает экстерриториальных обязательств по отношению к лицу, над правом на жизнь которого государственные агенты осуществляют власть. Было бы также неразумно утверждать, что государство обязано соблюдать права любого, кто страдает от глобального потепления, только потому, что государство способствует изменению климата. Остается неясным, применит ли ЕСПЧ функциональный подход в иных ситуациях, находящихся где-то посередине между, с одной стороны, причинением смерти, а с другой – выбросами парникового газа.

Подводя итог, функциональный подход – прогрессивный способ установления экстерриториальных обязательств государств по международным договорам о защите прав человека. Такой подход не требует установления физического контроля над лицом и приводит к установлению экстерриториальных обязательств государств каждый раз, когда во власти государства оказывается осуществление прав отдельно взятого человека. Функциональный подход нашел свое применение в практике Комитета ООН по правам человека и Специального докладчика

<sup>1</sup> European Court of Human Rights, Grand Chamber. *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Others*. Application no. 39371/20. Decision of 9 April 2024.

<sup>2</sup> Ibid. Para. 206.

<sup>3</sup> Ibid. Para. 208.

<sup>4</sup> Ibid. Para. 207.

<sup>5</sup> Ibid. Para. 208.

ООН по вопросу о внесудебных казнях. Межамериканский суд и Комитет ООН по правам ребенка также переняли подход, содержащий элементы функционального подхода. Элементы функционального подхода также можно встретить в практике ЕСПЧ на уровне Палаты, однако пока слишком рано говорить о том, что ЕСПЧ готов полноценно воспринять стандарт функционального подхода для установления экстерриториальной юрисдикции государств по ЕКПЧ. Таким образом, следует отметить явный тренд в международном праве прав человека на принятие функционального подхода к установлению юрисдикции.

### 3. Применение функционального подхода для установления экстерриториальной юрисдикции при использовании ИКТ

Применение функционального подхода позволяет утверждать, что при использовании ИКТ государствами у них возникает экстерриториальная юрисдикция над лицами, против которых направлено использование ИКТ. Такое использование ИКТ ставит под контроль государства возможность лица осуществлять соответствующее право, а также приводит к непосредственному и разумно предвидимому воздействию на осуществление данного права. Так, профессор Ю. Шани отмечал: «Осуществление права на неприкосновенность частной жизни лица ставится под власть или эффективный контроль государства, когда государство „таргетирует“ данные и метаданные, находящиеся за пределами территории данного государства, практикует перехваты, поиск, изучение и использование таких данных и метаданных и непосредственно воздействует такой практикой на неприкосновенность частной жизни разумно предвидимым образом»<sup>1</sup>.

Что еще более важно, функциональный подход не ограничивается негативными обязательствами государств и, следовательно, налагает на государства обязанность проявлять должную осмотрительность для предотвращения незаконной трансграничной деятельности частных лиц, находящихся на их территории. Вместе с тем стоит помнить, что функциональный подход не позволяет установить юрисдикцию государства над косвенными и разумно непредвидимыми последствиями вредоносного использования ИКТ.

Основная сложность с применением функционального подхода к использованию ИКТ заключается в том, что Комитет ООН по правам человека однозначно высказывался о применимости данного подхода только в разрезе своего анализа права на жизнь. Остается неясным, может ли сфера функционального подхода быть распространена на иные права человека, которые с большей долей вероятности будут нарушены при использовании ИКТ. Однако, как отметил профессор М. Миланович, нет никаких принципиальных причин, по которым функциональный подход должен быть ограничен исключительно правом на жизнь<sup>2</sup>. С данной позицией следует согласиться. Таким образом, универсальное применение функционального подхода восполнит пробел в защите прав человека при экстерриториальном использовании ИКТ.

Что касается практики Межамериканского суда и Комитета по правам ребенка, следует отметить, что она разработана в особом контексте причинения трансграничного экологического вреда. Тем не менее ничто не препятствует применению аналогичных подходов к разнообразным сценариям трансграничных нарушений прав человека, в том числе с использованием ИКТ. Можно провести параллель между трансграничным экологическим вредом и трансграничными киберопера-

<sup>1</sup> *Shany Y. Catching Up: The European Court of Human Rights Approximates its Approach to Extraterritorial Jurisdiction Over Digital Surveillance to That of the Human Rights Committee.* P. 187.

<sup>2</sup> *Milanovic M. Surveillance and cyber operations // The Routledge handbook on extraterritorial human rights obligations.* P. 372.

циями. Представляется, что в тексте аргументации Межамериканского суда загрязнение окружающей среды можно с легкостью заменить заражением носителей информации вирусами, совершением DDoS-атак или вредоносной хакерской деятельностью. Вывод о возможности применения практики Межамериканского суда и Комитета по правам ребенка к использованию ИКТ подтверждается также тем, что данная практика по своей природе схожа с функциональным подходом, допускающим экстерриториальное применение международных договоров в области прав человека к экстерриториальному использованию ИКТ.

Таким образом, функциональный подход к установлению экстерриториальной юрисдикции предоставляет жертвам вмешательства в права человека возможность преодолеть юрисдикционные препятствия, когда они сталкиваются с экстерриториальным использованием ИКТ. Акцент на контроле над осуществлением прав человека (а не над самим человеком) может стать ключом к решению проблемы экстерриториальной применимости договоров в области защиты человека, поскольку он ликвидирует достаточно произвольно установленные требования об «элементе близости» или физическом контроле над лицом. Поэтому ЕСПЧ мог бы применять функциональный подход ко всем новым делам об экстерриториальных нарушениях прав человека, приведя свою практику в соответствие с практикой Комитета ООН по правам человека, Межамериканского суда и Комитета по правам ребенка.

Однако еще предстоит выяснить, готов ли ЕСПЧ в явном виде принять функциональный подход. Намеки ЕСПЧ на признание функционального подхода в решении по делу «*Картер против России*» ни в коем случае не позволяют сделать вывод о том, что Суд в полной мере перенял функциональный подход. Напротив, в силу самого факта, что данное дело рассматривала Палата, а не Большая палата ЕСПЧ, создается впечатление, что решение Палаты находится в строгом соответствии с существующей практикой ЕСПЧ, которая не отражает принципы функционального подхода. Кроме того, непринятие концепции «контроля над правами человека» в решении по делу «*Агостиньо*» лишь подтверждает, что перспективы функционального подхода в практике ЕСПЧ остаются туманными.

#### **4. Предложение по развитию практики ЕСПЧ для установления экстерриториальной юрисдикции при использовании ИКТ**

Приемлемым выходом из ситуации для ЕСПЧ может стать создание *sui generis* исключения из консервативной практики по экстерриториальному применению ЕКПЧ. Действительно, как отметил один из авторов, развитие кибертехнологий вполне может привести к тому, что право прав человека будет развиваться таким образом, что кибероперации, в дополнение к физическим действиям, будут признаваться в качестве потенциальных оснований для экстерриториального применения международного права прав человека<sup>1</sup>. Следует также согласиться с профессором М. Милановичем, утверждающим, что нет причин настаивать на «прямом телесном вмешательстве» (англ. «*direct corporeal intervention*»), как это делает современная практика ЕСПЧ, в то время как «виртуальные методы в принципе могут достичь точно такого же результата, как и физические»<sup>2</sup>.

Некоторые ученые уже предложили создать уникальный подход, ориентированный именно на использование ИКТ. Например, профессор И. Киловати обозна-

<sup>1</sup> McDermott H. Application of the International Human Rights Law Framework in Cyber Space // Human rights and 21st century challenges: poverty, conflict, and the environment / ed. by D. Akande, et al. Oxford: Online edn, Oxford Academic, 2020. P. 204.

<sup>2</sup> Milanovic M. Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age // Harvard International Law Journal. 2015. Vol. 56. Is. 1. P. 129.

чил «технологический» контроль («технологические потенциал и возможности») в качестве юрисдикционного критерия при использовании ИКТ вместо физического контроля<sup>1</sup>. Профессор П. Маргулис также говорил о критерии «виртуального» контроля, который мог бы быть применим в контексте трансграничного перехвата данных. Согласно критерию «виртуального» контроля для формирования юрисдикционной связи достаточно эффективного контроля над коммуникациями лица, а не над самим лицом<sup>2</sup>. По сути, именно такой подход впоследствии перенял ЕСПЧ в деле «*Видер и Гуарниери против Соединенного Королевства*», хотя ЕСПЧ и совершил не вполне удачную попытку представить юрисдикцию Соединенного Королевства при осуществлении британскими спецслужбами трансграничной слежки как территориальную.

Критерий «виртуального» или «технологического» контроля должен быть уместен, когда вмешательство в права человека *по своей природе* не требует физического контроля над человеком или близости к нему. Например, для перехвата телефонных разговоров, хакерской деятельности или кибератак не нужна физическая власть над человеком. Принятие данного критерия приведет к возникновению специального режима экстерриториальной юрисдикции государств, применимого исключительно к такого рода отношениям.

Критерий «виртуального» или «технологического» контроля позволил бы ЕСПЧ восполнить очевидный пробел в защите прав человека и в то же время сохранить преемственность с предшествующей практикой по экстерриториальному применению ЕКПЧ. Другими словами, у ЕСПЧ есть возможность прогрессивно развивать свою судебную практику, не ставя под сомнение обоснованность своих предыдущих позиций. Все инциденты, происходящие в «физическом мире» (например, применение кинетического оружия, лишение жизни, задержания), по-прежнему будут требовать наличия физической власти и контроля над лицом или необходимого «элемента близости». В то же время исключение из этого правила ситуаций, когда физическая власть над лицом не является необходимым условием для вмешательства в права человека, позволит ЕСПЧ устранить возможные пробелы в режиме прав человека.

Вместе с тем стоит признать, что создание *sui generis* режима «виртуальной» экстерриториальности, существующего параллельно с режимом «физической» экстерриториальности, было бы крайне несовершенным решением по сравнению с универсальным применением функционального подхода. Такое решение усугубило бы казуистичность судебной практики ЕСПЧ по вопросу экстерриториального применения ЕКПЧ, сделав ее еще менее предсказуемой. Действительно, если ЕСПЧ может создавать новые и новые режимы экстерриториальности, учитывая «особенности» каждого дела, то ценность юрисдикционного барьера и существующей практики ЕСПЧ сводится к нулю. Несмотря на это, даже такое казуистичное «латание дыр» в режиме экстерриториальной защиты прав человека, возникающих в связи с развитием ИКТ, является более желательным сценарием, чем признание ЕСПЧ, что ЕКПЧ не может быть применена экстерриториально к использованию ИКТ.

## Заключение

Таким образом, благодаря гибкому функциональному подходу и стандартам, схожим с функциональным подходом, Межамериканский суд, Комитет ООН по

<sup>1</sup> Kilovaty I. Extraterritorial Human Right to Cybersecurity // Notre Dame Journal of International and Comparative Law. 2020. Vol. 10. Is. 1. P. 51.

<sup>2</sup> Margulies P. The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism // Fordham Law Review. 2014. Vol. 82. P. 2150–2152.

правам человека и Комитет по правам ребенка установят экстерриториальную юрисдикцию государства, когда использование ИКТ затрагивает права человека, находящегося за пределами территории соответствующего государства, непосредственным и разумно предвидимым образом. Современная практика ЕСПЧ, напротив, не допускает установления экстерриториальной юрисдикции при использовании ИКТ. Такое расхождение в практике органов в области защиты прав человека создает неминуемую угрозу фрагментации международного права прав человека. Выходом из этого может стать или разработка ЕСПЧ концепции *sui generis* экстерриториальных обязательств государств, возникающих, когда вмешательство в права человека по своей природе не требует физического контроля над человеком или близости к нему, или безоговорочное принятие функционального подхода в практике ЕСПЧ.

## Список литературы

Липкина Н. Н. Принципы установления экстракстерриториальной юрисдикции государства в киберпространстве в контексте правовых позиций Европейского суда по правам человека // Правовая политика и правовая жизнь. 2021. № 2. С. 153–160.

Саврыга К. П. Экстерриториальное применение международных договоров в сфере прав человека (на примере права на жизнь) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 18–25.

Delerue F. *Cyber Operations and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. 522 p.

Janig Ph. *Extraterritorial Application of Human Rights* // Elgar Encyclopedia of Human Rights / ed. by C. Binder, M. Nowak, J. A. Hofbauer, Ph. Janig. Vol. II. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022. 2348 p.

Kilovaty I. *Extraterritorial Human Right to Cybersecurity* // Notre Dame Journal of International and Comparative Law. 2020. Vol. 10. Is. 1. P. 35–55.

Margulies P. *The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism* // Fordham Law Review. 2014. Vol. 82. P. 2137–2167.

Mariagiulia G. *A functional-impact model of jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights* // Questions of International Law. Zoom-in. Is. 82. P. 53–80.

McDermott H. *Application of the International Human Rights Law Framework in Cyber Space* // Human rights and 21st century challenges: poverty, conflict, and the environment / ed. by D. Akande, et al. Oxford: Online edn, Oxford Academic, 2020. P. 190–209.

Milanovic M. *European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko* // EJIL: Talk. 2021. 23 Sept. URL: <https://www.ejiltalk.org/european-court-finds-russia-assassinated-alexander-litvinenko/> (дата обращения: 21.01.2025).

Milanovic M. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2011. 265 p.

Milanovic M. *Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age* // Harvard International Law Journal. 2015. Vol. 56. Is. 1. P. 81–146.

Milanovic M. *Surveillance and cyber operations* // The Routledge handbook on extraterritorial human rights obligations / ed. by M. Gibney. N. Y.: Routledge, 2022. P. 366–378.

Milanovic M. *Wieder and Guarnieri v UK: A Justifiably Expansive Approach to the Extraterritorial Application of the Right to Privacy in Surveillance Cases* // EJIL: Talk. 2024. 21 March. URL: <https://www.ejiltalk.org/wieder-and-guarnieri-v-uk-a-justifiably-expansive-approach-to-the-extraterritorial-application-of-the-right-to-privacy-in-surveillance-cases/> (дата обращения: 21.01.2025).

Santarelli N., Roa P., Seatzu F. *The Scope of the Extraterritorial Obligation to Respect in the Inter-American Human Rights System: An Approach Fully Consistent with the Demands of the Recognition of the Dignity of All Human Beings* // Spanish Yearbook of International Law. 2023. Vol. 27. P. 73–92.



*Schmitt M., Vihul L.* Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. 598 p.

*Shany Y.* Catching Up: The European Court of Human Rights Approximates its Approach to Extraterritorial Jurisdiction Over Digital Surveillance to That of the Human Rights Committee // *European Convention on Human Rights Law Review*. 2024. Vol. 5. Is. 2. P. 182–189.

*Shany Y.* Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law // *The Law & Ethics of Human Rights*. 2013. Vol. 7. Is. 1. P. 47–71.

*Shany Y.* The Extraterritorial Application of International Human Rights Law. Leiden: M. Nijhoff, 2020. 152 p.

*Skelton A.* Child rights jurisprudence without borders: Developments in extraterritorial jurisdiction // *De Jure Law Journal*. 2023. Vol. 56. Is. 1. P. 606–624.

*The Routledge handbook on extraterritorial human rights obligations* / ed. by M. Gibney. N. Y.: Routledge, 2022. 481 p.

UDC 341

DOI: 10.34076/20713797\_2025\_1\_31

## EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES TO THE USE OF MODERN TECHNOLOGIES

*Sushkov Sergei – post-graduate, National Research University Higher School of Economics (Moscow), lawyer of Dyakin, Gortsunyan and Partners Advocates Bureau, ORCID: 0000-0002-5366-4113, e-mail: sushkov.mels@gmail.com.*

Responsibility of states under human rights treaties for cross-border use of information and communication technologies (further – ICT) depends primarily on whether obligations of states toward persons located outside of their territory can be established. The present article reviews practice on extraterritorial jurisdiction developed under respective human rights treaties. The conservative practice of the European Court of Human Rights presupposes physical power and control over a person or «the element of proximity» between a person and a state agent. These requirements will not allow establishing extraterritorial jurisdiction over the transboundary use of ICTs. The so-called functional approach was reflected in the positions of the UN Human Rights Committee. This approach, focusing on states' capacity to directly and foreseeably impact the enjoyment of human rights, will favour the extraterritorial application of the respective treaties to the use of ICTs. The Inter-American Court on Human Rights and Committee on the Rights of the Child developed a unique practice in the context of transboundary environmental disputes. If the applicability of this practice to the use of ICTs is accepted, states will have extraterritorial jurisdiction when using ICTs. This contradictory practice creates a tangible risk of fragmentation of international human rights law in relation to the applicability of human rights instruments to the cross-border use of ICTs. The article concludes that to avoid this fragmentation the ECHR should either reconsider its whole case law recognizing the functional approach or develop a concept of «virtual» or «technological» control for the purposes of establishing extraterritorial jurisdiction.

**Key words:** human rights, extraterritorial jurisdiction, functional approach, information and communication technologies, cyber operations

*For citation:* Sushkov S. (2025) Extraterritorial application of human rights treaties to the use of modern technologies. In *Rossiiskii yuridicheskii zhurnal*, no. 1, pp. 31–48, DOI: 10.34076/20713797\_2025\_1\_31.

## References

- Delerue F. (2020) *Cyber Operations and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 592 p.
- Gibney M. (Ed.) (2022) *The Routledge handbook on extraterritorial human rights obligations*. New York, Routledge, 481 p.
- Janig Ph. (2022) Extraterritorial Application of Human Rights. In Binder C., Nowak M., Hofbauer J. A., Janig Ph. (Eds.) *Elgar Encyclopedia of Human Rights*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, vol. II, 2348 p.
- Kilovaty I. (2020) Extraterritorial Human Right to Cybersecurity. In *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, vol. 10, is. 1, pp. 35–55.
- Lipkina N. N. (2021) Printsipy ustanovleniya ekstraterritorial'noi yurisdiktsii gosudarstva v kiberprostranstve v kontekste pravovykh pozitsii Evropeiskogo suda po pravam cheloveka [Principles for establishing extraterritorial jurisdiction of a state in cyberspace in the context of the case-law of the European Court of Human Rights]. In *Pravovaya politika i pravovaya zhizn'*, no. 2, pp. 153–160.
- Margulies P. (2014) The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism. In *Fordham Law Review*, vol. 82, pp. 2137–2167.
- Mariagiulia G. (2021) A functional-impact model of jurisdiction. In *Questions of International Law. Zoom-in*, no. 82, pp. 53–80.
- McDermott H. (2020) Application of the International Human Rights Law Framework in Cyber Space. In Akande D., et al. (Eds.) *Human rights and 21st century challenges: poverty, conflict, and the environment*. Oxford, Online edn, Oxford Academic, pp. 190–209.
- Milanovic M. (2011) *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*. Oxford, Oxford University, 265 p.
- Milanovic M. (2015) Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age. In *Harvard International Law Journal*, vol. 56, is. 1, pp. 81–146.
- Milanovic M. (2021) European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko. In *EJIL: Talk*, 23 Sept., available at: <https://www.ejiltalk.org/european-court-finds-russia-assassinated-alexander-litvinenko/> (accessed: 21.01.2025).
- Milanovic M. (2022) Surveillance and cyber operations. In Gibney M. (Ed.) *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*. New York, Routledge, pp. 366–378.
- Milanovic M. (2024) Wieder and Guarnieri v UK: A Justifiably Expansive Approach to the Extraterritorial Application of the Right to Privacy in Surveillance Cases. In *EJIL: Talk*, 21 March, available at: <https://www.ejiltalk.org/wieder-and-guarnieri-v-uk-a-justifiably-expansive-approach-to-the-extraterritorial-application-of-the-right-to-privacy-in-surveillance-cases/> (accessed: 21.01.2025).
- Santarelli N., Roa P., Seatzu F. (2023) The Scope of the Extraterritorial Obligation to Respect in the Inter-American Human Rights System: An Approach Fully Consistent with the Demands of the Recognition of the Dignity of All Human Beings. In *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 27, pp. 73–92.
- Savryga K. P. (2015) Eksterritorial'noe primenenie mezhdunarodnykh dogovorov v sfere prav cheloveka (na primere prava na zhizn') [Extraterritorial Application of Human Right Legislation: a Case Study of the Right to Life]. In *Pravo. Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki*, no. 3, pp. 18–25.
- Schmitt M., Vihul L. (2017) *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. Cambridge, Cambridge University Press, 598 p.
- Shany Y. (2013) Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law. In *The Law & Ethics of Human Rights*, vol. 7, is. 1, pp. 47–71.
- Shany Y. (2020) *The Extraterritorial Application of International Human Rights Law*. Leiden, M. Nijhoff, 152 p.
- Shany Y. (2024) Catching Up: The European Court of Human Rights Approximates its Approach to Extraterritorial Jurisdiction Over Digital Surveillance to That of the Human Rights Committee. In *European Convention on Human Rights Law Review*, vol. 5, is. 2, pp. 182–189.
- Skelton A. (2023) Child rights jurisprudence without borders: Developments in extraterritorial jurisdiction. In *De Jure Law Journal*, vol. 56, is. 1, pp. 606–624.