

В сборник вошли переводы 12 статей из 3 выпусков Международного журнала Красного Креста (Revue internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross) за 2002 год: март (№ 845, Mars/March), июнь (№ 846, Juin/June), сентябрь (№ 847, Septembre/September).

Журнал (Revue internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross) издается Международным Комитетом Красного Креста в Женеве, с 1999 года выходит в новом оформлении 4 раза в год и содержит статьи на английском и французском языках.

Март
2002
№ 845

Безнаказанность

- 5** ЕЛЕНА ПЕЙИЧ
Ответственность за международные преступления: от гипотезы – к реальности
- 31** САША РОЛЬФ ЛЮДЕР
Правовой характер международного уголовного суда и возникновение наднациональных элементов в международной уголовной юстиции
- 79** ЛОРА ОЛСОН
Механизмы, дополняющие судебное преследование

Июнь
2002
№ 846

99 ИЗАБЕЛЛА ДАУСТ, РОБИН КУПЛЭНД и РИККЕ ИСХОЙ
Новые войны – новое оружие? Обязанность государств оценивать законность средств и методов ведения войны

121 МИХЕЛЬ Н. ШМИТТ
Электронная война: нападение на компьютерные сети и jus in bello

163 МАРКО САССОЛИ
Ответственность государства за нарушения международного гуманитарного права

Сентябрь
2002
№ 847

Терроризм

205 ФРАНСУА БЮНЬОН
Справедливая война, агрессивная война и международное гуманитарное право

235 ХАНС-ПЕТЕР ГАССЕР
Террористические акты, «терроризм» и международное гуманитарное право

269 ДЖЕЙМС КОКЕЙН
Ислам и международное гуманитарное право: от столкновения – к диалогу цивилизаций

Красный Крест

Красный Полумесяц

307 **Отношение МККК ко взятию заложников**

313 **ЖАН-КРИСТОФ САНДО**
Позиция МККК в случае взятия заложников

Работы, опубликованные в Журнале, отражают исключительно точку зрения их авторов, которая не всегда совпадает с мнением МККК или Редакции. Только подписанные МККК тексты отражают его позицию.

Ответственность за международные преступления: от гипотезы – к реальности

Елена Пейич

Выступая в 1987 г. на международном colloquium, посвященном Нюрнбергскому процессу, профессор Эрик Давид задал участникам гипотетический вопрос: можно ли было задержать и привлечь к судебной ответственности в Бельгии Аугусто Пиночета за такие деяния, как насильственные исчезновения, внесудебные казни, пытки и незаконные задержания, которые имели место после его прихода к власти¹? Несмотря на то что профессор Давид ответил на этот вопрос утвердительно², в то время предполагать, что такое произойдет в реальности, можно было лишь в чисто умозрительном плане. Чуть более десяти лет спустя гипотетический вопрос Эрика Давида стал восприниматься как провидческий. Аугусто Пиночет был задержан в Великобритании, где высшая судебная инстанция в конечном итоге вынесла решение, согласно которому Пиночет не имеет права на иммунитет от привлечения к судебной ответственности за пытки и сговор в отношении применения пыток, имевших место во время его правления³. Это стало поворотным пунктом в борьбе с безнаказанностью и, возможно, самой значительной вехой на пути создания международной юстиции со времени Нюрнбергского процесса.

Елена Пейич – юридический советник Юридического отдела МККК.

Процессуальные действия против Пиночета возникли не вдруг. Со времени окончания «холодной войны», которое дало новый импульс развитию межгосударственных отношений, международное сообщество одержало много важных побед в борьбе с безнаказанностью. Эта тенденция только усилилась после судебного разбирательства по делу Пиночета и вызвала к жизни то, что сегодня называется всемирным движением против безнаказанности⁴. Настоящая краткая статья имеет целью показать некоторые серьезные достижения на этом пути⁵, обозначив при этом ряд проблем, с которыми придется столкнуться в будущем. Однако прежде всего следует воздать должное потерпевшим в результате преступлений и злоупотреблений властью во всем мире, а также их семьям, чьи упорство и сила духа заставили действовать правительства и прида-

1 Eric David, «L'actualite juridique de Nuremberg», in *Le Procès de Nuremberg, Conséquences et actualisation*, Actes du Colloque international, Université Libre de Bruxelles, 27 March 1987, Editions Bruylant, Brussels, 1988, p. 168.

2 *Ibid.*, p. 171.

3 *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, (1999) 381 ILM 581 (UK House of Lords) [далее – Pinochet Case]; см. Reed Brody and Michael Ratner (eds), *The Pinochet Papers: the Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 40 [далее – Brody and Ratner].

4 Очень полезное, но редко применяемое определение безнаказанности: «Под безнаказанностью понимается отсутствие де-юре или де-факто практики привлечения к уголовной, а также гражданской, административной или дисциплинарной ответственности лиц, виновных в нарушении прав человека, вследствие чего эти лица избегают каких бы то ни было расследований, которые могут привести к предъявлению им обвинения, их аресту, привлечению к суду

и, если они будут признаны виновными, к их осуждению, включая возмещение ущерба, нанесенного их жертвам»: «Отправление правосудия и права человека задержанных лиц: Вопрос о безнаказанности лиц, виновных в нарушениях гражданских и политических прав человека», Окончательный доклад, подготовленный г-ном Л. Жуане во исполнение решения 1996/119 Подкомиссии, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 June 1997, Приложение II, с. 20 [далее – Доклад Жуане]. В части этого документа, посвященной определению, геноцид, военные преступления и преступления против человечности характеризуются как «тяжкие преступления по международному праву», *Ibid.*, с. 20.

5 Из-за недостатка места в настоящей статье не будет рассматриваться вопрос о комиссиях по установлению истины как внеуголовно-правовом механизме борьбы с безнаказанностью. Подробный анализ этого вопроса см. в Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, London, 2001. См. также Joinet Report, *op. cit.* (примечание 4), pp. 14–17.

ли энергии НПО. Они были и остаются на переднем крае всемирной борьбы с безнаказанностью.

Специальные международные трибуналы

Не будет преувеличением сказать, что настоящий шквал нормативных нововведений, порожденный страшным наследием Второй мировой войны, очень быстро сменился штилем, когда дело дошло до введения механизмов, которые должны были обеспечить индивидуальную ответственность за международные преступления. Первые усилия в создании постоянного международного уголовного суда⁶ не принесли ощутимых результатов из-за напряженности, которая была характерна для периода «холодной войны». В то время как международное право прав человека быстро развивалось, его механизмы контроля оставались, преимущественно, политическими или, в лучшем случае, квазисудебными. После нескольких десятилетий топтания на месте прорыв произошел в 1993 и 1994 гг. с учреждением двух специальных уголовных трибуналов — для бывшей Югославии (МУТЮ) и для Руанды (МУТР).

Географическая сфера действия этих трибуналов различна, тем не менее оба были созданы, прежде всего, из-за нежелания и неспособности властей соответствующих государств обеспечить судебное преследование лиц, совершивших тяжкие международные преступления— геноцид, военные преступления и преступления против человечности. Независимо от того, как будут оценены в целом в исторической перспективе судебная практика и судопроизводство этих трибуналов, значение МУТЮ и МУТР в качестве прецедента неоспоримо. Оба трибунала были учреждены Советом Безопасности, который решил пойти по непроторенному пути, создав на основе полномочий, предусмотренных главой VII Устава ООН, судебные органы, с которыми юридически обязаны

⁶ См. Report of the Committee on International Criminal Jurisdiction, 1–13 August 1951, UN Doc. A/2136 (1952); см. также в общем плане Report of the 1953

Committee on International Criminal Jurisdiction, 27 July–20 August 1953, UN Doc. A/2645 (1954).

сотрудничать все государства — члены ООН. Попросту говоря, эти трибуналы показали, что международные судебные органы не только необходимы, но и возможны, и подготовили почву для принятия через несколько лет договора об учреждении первого в мире постоянного Международного уголовного суда (МУС)⁷.

В течение почти девятилетнего существования МУТЮ прояснил и развил ключевые понятия международного гуманитарного права и внес неоценимый вклад в сближение правовых режимов, применимых к международным и немеждународным вооруженным конфликтам. Почва для этого начала готовиться еще в 1995 г. в знаменитом решении о подсудности дела Тадича⁸, которым, в сущности, установлено, что есть определенные базовые нормы международного гуманитарного права, применимые к вооруженным конфликтам *per se*, независимо от их характера. МУС вывел это заключение из ст. 3 своего Статута «Нарушения законов и обычаев войны», толкуя ее положения как достаточное основание для осуществления юрисдикции, когда не применяются другие, более конкретные положения Статута⁹. Решение о подсудности дела Тадича стало, кроме этого, «первым судебным решением, вынесенным международным трибуналом и однозначно подтвердившим противозаконный характер военных преступлений, совершенных во время (внутреннего вооруженного конфликта)¹⁰. Этот документ заложил основу для принятых впоследствии судебных решений, в

⁷ Римский статут Международного уголовного суда, принятый Дипломатической конференцией полномочных представителей под эгидой ООН по учреждению Международного уголовного суда 17 июля 1998 г., UN Doc. A/CONF.183/9, 17 July 1998 [далее – МУС или Статут МУС].

⁸ *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Решение по ходатайству защиты о промежуточной апелляции по вопросу о подсудности), 2 October 1995 [далее – Tadic Jurisdiction Decision].

⁹ Этими, более конкретными и теснее привязанными положениями можно считать статьи 2 Статута МУТЮ – Серьезные нарушения Женевских конвенций 1949 г., – которые, согласно решению о подсудности дела Тадича, могут применяться только в отношении действий, совершенных во время конфликта, квалифицированного как международный.

¹⁰ Sonja Boelaert-Suominen, «The Yugoslavia Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to All Armed Conflicts», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, Issue 3, 2000, pp. 630–631.

которых получило развитие содержание норм, применимых к международным вооруженным конфликтам¹¹.

В практическом плане самым впечатляющим достижением МУТЮ стал широко освещавшийся перевод бывшего президента Югославии Слободана Милошевича в гаагскую тюрьму в июне 2001 г. Милошевич, чье дело в настоящее время рассматривается, — первый действующий глава государства, против которого Трибунал изначально выдвинул обвинения в нарушении законов и обычаев войны, а также совершении преступлений против человечности в отношении албанского населения Косово в 1998–1999 гг. Впоследствии к этим обвинениям добавились и другие — серьезные нарушения Женевских конвенций, нарушения законов и обычаев войны и преступления против человечности в отношении хорватского и не-сербского населения Республики Хорватии и, кроме этого, геноцид и соучастие в геноциде во время войны в Боснии и Герцеговине¹². Учитывая надежды, связанные с этим судебным разбирательством в плане установления новых фактов и заключений по вопросам права, а также решение Милошевича не прибегать к услугам назначенного судом защитника¹³, можно без преувеличения сказать, что за всю историю МУТЮ не было процесса, за которым следили со столь пристальным вниманием.

11 «Эта судебная практика, — пишет Болларт-Суоминен, — показывает, что из обвинений в военных преступлениях, основанных на серьезных нарушениях Женевских конвенций, с неизбежностью логически вытекают обвинения в военных преступлениях, которые базируются на ст. 3, общей, Женевских конвенций». Таким образом, несколько Судебных камер МУТЮ вынесли заключения, согласно которым не существует качественного различия между «умышленным убийством» как серьезным нарушением и «всякими видами убийства», как это определено в ст. 3, общей. Аналогичным образом серьезное нарушение, како-

во является «бесчеловечное обращение», соответствует «жестокому обращению» по смыслу ст. 3, общей. *Ibid.*, pp. 637–638.

12 См. *Milosevic Case* (IT-01-51), Case Information Sheet (CIS), 26 November 2001 <<http://www.un.org/icty/glance/milosevic.htm>>, а также CIS от 9 и 29 октября (IT 01-50 resp. 99 37').

13 По поводу возможной стратегии Милошевича в области правовой помощи см. Mirco Klarin, «Analysis: Milosevic to put NATO on Trial», *IWPR's Tribunal Update*, No. 248, 10–15 December 2001, <<http://www.impr.net>>.

Перевод Милошевича в Гаагу сербскими властями в результате сильнейшего международного давления почти сразу вызвал падение федерального правительства Югославии, часть членов которого возражала против передачи Милошевича в распоряжение МУТЮ. Сложности с передачей обвиняемых и нежелание сотрудничать национальных властей, проявляющееся в других формах, остаются главными препятствиями к осуществлению мандата Трибунала¹⁴. Уставом Трибунала предусмотрена, как указывалось выше, обязанность государств — членов ООН сотрудничать с ним, однако нет четких правоприменительных механизмов, которые позволили бы обвинителю обеспечить задержание обвиняемых. Ведь международного военного присутствия в бывшей Югославии могло бы и не быть, и то, что Трибуналу иногда удавалось убедить обеспечивающие это присутствие государства задержать лиц, в отношении которых были выдвинуты обвинения, тоже, в конце концов, случайность. Ситуация была бы, очевидно, совсем другой, если бы на месте не были развернуты эти силы. Международному уголовному суду придется сталкиваться с такими реалиями гораздо чаще. Так что мировому сообществу еще предстоит преодолеть дистанцию, отделяющую создание механизмов международной ответственности от обеспечения их действенности в плане правоприменения. Будем надеяться, что этот шаг окажется одним из ближайших достижений в борьбе с безнаказанностью.

Интернационализованные трибуналы

Учреждение специальных трибуналов проторило дорогу не только переговорам о заключении договора об учреждении МУС, но и, по крайней мере косвенно, — работе по созданию трех других судебных учреждений, первое из которых будет заниматься преступлениями, совершенными четверть века назад в Камбодже,

¹⁴ См. обращение к Совету Безопасности ООН обвинителя Международных уголовных трибуналов для бывшей Югославии

и для Руанды г-жи Карлы дель Понте, 27 ноября 2001 г., <<http://www.ictj.org/ENGLISH/speeches/delponte27z1101sc.htm>>.

второе — сравнительно недавними преступлениями в Сьерра-Леоне, и третье — преступлениями, совершенными в Восточном Тиморе до и после проведенного там под патронажем ООН в 1999 г. референдума по вопросу о независимости этой территории.

Трибунал для красных кхмеров (неофициальное название) стал предметом долгих и довольно сложных переговоров между камбоджийскими властями и Организацией Объединенных Наций, которые продолжались более двух лет. В момент подготовки настоящей статьи исход этих дискуссий оставался неясным, хотя основной мандат и структура трибунала были известны. Он будет состоять из камбоджийских и международных судей (и обвинителей), объединенных в две чрезвычайные палаты, действующие в рамках национальной судебной системы, и иметь предметную юрисдикцию в отношении серьезных нарушений камбоджийского законодательства и международного права, совершенных членами высшего руководства и другими лицами в период существования Демократической Кампучии (1975–1979 гг.)¹⁵. Камнем преткновения в переговорах между камбоджийским правительством и ООН стали процедура вынесения обвинительного заключения и вердикта, положения об амнистии, нормы, касающиеся иностранных адвокатов, процессуальные правила и, совсем недавно¹⁶, — официальный язык, который будет использоваться в суде¹⁷. Нет нужды говорить, что правозащитники из международных организаций и

¹⁵ Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, as adopted by the National Assembly on 2 January 2001, <http://www.phnompenhdaily.com/06.01.01.htm>; см. также Articles of Cooperation Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia [in/Concerning] the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, *Phnom Penh Post*, Issue 9/22, 27 October–9 November 2000,

<http://www.phnompenhpost.com> (автор располагает обоими текстами).

¹⁶ См. Colum Lynch, «UN Warns Cambodia on War Crimes Tribunal», *The Washington Post*, 3 February 2001, p. A22; см. также Human Rights Watch Press Release, «Core Issues in the Khmer Rouge Tribunal Unresolved», 21 January 2001, <<http://www.hrw.org/press/2000/01/camboo121.htm>>.

¹⁷ См. «Khmer Rouge Trial Stalled Over Language», Reuters, Phnom Penh, 26 November 2001 (данная статья есть у автора).

Камбоджи считают, что надлежащим образом учрежденный Трибунал для красных кхмеров будет означать «начало конца культуры безнаказанности»¹⁸ в Камбодже.

Первые шаги в учреждении специального суда для Сьерра-Леоне были сделаны правительством этой страны в августе 2000 г.¹⁹ Совет Безопасности ответил считанные дни спустя, разрешив Генеральному секретарю ООН провести переговоры с правительством Сьерра-Леоне об учреждении специального независимого суда и предложив ему представить доклад о путях удовлетворения просьбы правительства этой страны²⁰. Согласно опубликованному вслед за этим докладу Генерального секретаря ООН, этот «договорный суд особого рода со смешанной юрисдикцией и составом»²¹ должен быть учрежден для судебного преследования лиц, «несущих наибольшую ответственность» за совершение «серьезных нарушений международного гуманитарного права, также предусмотренных законодательством Сьерра-Леоне на территории» этой страны с ноября 1996 г. В его составе будут как сьерра-леонские, так и иностранные судьи. Обвинитель будет назначаться Генеральным секретарем ООН после консультаций с правительством, а его заместитель должен быть из Сьерра-Леоне. Как и специальные трибуналы, Специальный суд будет наделен параллельной юрисдикцией со сьерра-леонскими судами. Предметом обмена мнениями между Советом Безопасности и Генеральным секретарем ООН стали также особая

18 Юк Чанг (Youk Chang), директор Центра документации Камбоджи. Его слова приводятся в Amy Kazmin and Carola Hoyos, «Cambodia Moves Towards Tribunal of Khmer Rouge», *Financial Times*, 23 August 2001, <http://www.globalarchive.ft.com/globalarchive/>.

19 См. Letter dated 9 August 2000 from the Permanent Representative of Sierra Leone to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2000/786, 10 August 2000.

20 UN Doc. S/RES/1315 (2000), paras 1 and 6, 14 August 2000.

21 Доклад Генерального секретаря об учреждении Специального суда по Сьерра-Леоне, Документ ООН S/2000/915, п. 9. Доклад содержит в Приложении проект Соглашения между Организацией Объединенных Наций и правительством Сьерра-Леоне об учреждении Специального суда по Сьерра-Леоне и, в Добавлении, проект Устава Специального суда по Сьерра-Леоне.

юрисдикция суда в отношении детей²², масштабы судебного преследования в плане других аспектов персональной юрисдикции Суда и его будущее финансирование²³. Несмотря на то что не все обещанные деньги поступили от государств — членов ООН, Организация Объединенных Наций и правительство Сьерра-Леоне подписали в январе 2002 г. соглашение об учреждении Специального суда для судебного преследования лиц, «несущих наибольшую ответственность» за преступления, совершенные в этой стране²⁴.

В течение большей части прошлого года интернационализированный внутренний трибунал, учрежденный Временной администрацией ООН в Восточном Тиморе (UNTAET), занимался рассмотрением дел лиц, подозреваемых в совершении преступлений на этой территории в 1999 г. Трибунал состоит из специальных палат, в состав каждой входят один восточно-тиморский судья и два судьи-иностранца. Он подведомственен Окружному суду Дили. Специальные палаты уполномочены рассматривать дела о геноциде, преступлениях против человечности, военных преступлениях, пытках и нарушениях тех или иных конкретных положений Уголовного кодекса Индонезии. Первое судебное решение было вынесено в отношении 10 ополченцев по делу о преступлениях против человечности в декабре 2001 г. Этот внутренний интернационализированный трибунал потенциально может стать источником полезного опыта и для других ситуаций, тем не менее исследователи отмечают среди его главных недостатков привязку к очень слабой внутригосударственной системе уголовного судопроизводства, а также недостаточное материально-техническое снабжение и финансирование специальных палат.

22 См. Letter dated 22 December 2000 from the President of the Security Council addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2000/1234, 22 December 2000; см. также Letter dated 12 January 2001 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2001/40, 12 January 2001.

23 Letter dated 12 January 2001 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, *op. cit.* (примечание 22).

24 См. «Sierra Leone: UN Government sign historic accord to set up special war crimes court», UN NewsCenter, 16 January 2002, <http://www.un.org./apps/news/story.asp?NewsID=2639&Cr=Sierra&CrI=court>.

Международный уголовный суд

Проблема материально-технического снабжения и финансирования может стать серьезным камнем преткновения и для Международного уголовного суда, поскольку его бюджет будет в основном состоять из добровольных взносов государств-участников, если речь не идет о расходах, понесенных в связи с передачей процессуальных дел Советом Безопасности²⁵. Следует признать, что это — досадная тенденция, отрицательно сказывающаяся на способности международных учреждений, ведущих борьбу с безнаказанностью, выполнить свой мандат.

МУС начнет функционировать, когда его Статут ратифицируют 60 государств²⁶. На момент написания настоящей статьи набралось уже 50 ратификаций²⁷ и, по прогнозам, требуемое число должно быть достигнуто «много раньше лета 2002 г.»²⁸. Местопребыванием Суда будет Гаага, столица Нидерландов, правительство данного государства уже немало сделало в плане подготовки к приему этого международного судебного учреждения²⁹. МУС еще не начал функционировать, тем не менее принятие Римского статута не может быть охарактеризовано иначе, как событие чрезвычайной важности в борьбе за создание международной юстиции, — событие, которое было бы просто немыслимо каких-нибудь десять лет назад. Кроме уже упомянутого политического климата, который облегчил переговоры о Статуте МУС, учреждение Суда стало возможным и благодаря признанию того факта, что власти государств слишком часто проявляли неспособность или нежелание привлечь к ответственности лиц, совершивших тяжкие между-

²⁵ Статут МУС, ст. 115.

²⁶ *Ibid.*, ст. 126 (1).

²⁷ О современном состоянии ратификации Римского статута см. Таблицу с данными о подписании и ратификации Статута МУС на сайте <<http://www.iccnw.org/rome/html/ratify.html>>.

²⁸ См. Statement by the Minister of Foreign Affairs of the Kingdom of the Nether-

lands, Jozias J. Van Aartsen, during the Eighth Session of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, New York, 25 September 2001, <<http://iccnw.org/html/NetherlandspeechPrepCom8.html>>.

²⁹ *Ibid.*

народные преступления. МУС не будет подменять национальные судебные инстанции, но, как того требует принцип дополнительности³⁰, будет вступать в действие, когда судебное преследование и судебное разбирательство на внутригосударственном уровне окажутся невозможными.

В настоящем обзоре всего того, что было сделано в области борьбы с безнаказанностью, среди многих достижений Римского статута особого упоминания заслуживают два: во-первых, предметная юрисдикция, распространяющаяся на военные преступления, совершенные во время внутреннего вооруженного конфликта, и на преступления против человечности³¹, и, во-вторых, подход Статута к потерпевшим. Включение в понятие «военные преступления» деяний, совершенных во время внутреннего вооруженного конфликта, вовсе не было предпринятым в начале переговоров о Римском статуте. Несмотря на то что ст. 3, общая для всех Женевских конвенций, и Дополнительный протокол II 1977 г. устанавливает ряд запретов для внутренних вооруженных конфликтов, не все правительства приветствовали тот факт, что некоторые из запрещенных деяний были определены как военные преступления, влекущие за собой индивидуальную уголовную ответственность. Однако такие возражения удалось преодолеть — частично благодаря судебной практике специальных трибуналов, частично из-за явного преобладания внутренних конфликтов в мировом масштабе. Таким образом, Статут МУС стал первым международным договором, явным образом предусматривающим индивидуальную уголовную ответственность за «серьезные» нарушения ст. 3, общей, и за двенадцать других «серьезных нарушений законов и обычаев», применимых в немеждународных вооруженных конфликтах, в том числе, за умышленные нападения на гражданских лиц, акты сексуального и гендерного насилия и принудительное перемещение³².

³⁰ Статут МУС, ст. 1. См. также Статут МУС, ст. 17–19.

³¹ МУС будет иметь юрисдикцию в отношении геноцида, военных преступлений, преступлений против человечности и пре-

ступления агрессии (когда будет выработано его определение). См. Статут МУС, ст. 5.

³² Статут МУС, ст. 8(2)(c)(e)(i),(vi) и (viii).

Конечно, к этому перечню следовало бы многое добавить, однако с правовой точки зрения важно уже то, что Римский статут положит конец утверждениям, согласно которым преступления, совершенные во время внутреннего вооруженного конфликта, подсудны только внутригосударственным судебным инстанциям.

Не менее важно определение преступлений против человечности, данное в Статуте (ст. 7). Сформулировать это определение оказалось непросто, поскольку в договорном праве не было общепринятой дефиниции или согласованного перечня таких преступлений. Предыдущие определения, такие, например, как включенные в уставы Нюрнбергского и Токийского трибуналов Закон № 10 Контрольного совета в Германии и уставы специальных трибуналов, различаются между собой по составу и перечню деяний, рассматриваемых как преступления против человечности. Определение, данное в Статуте МУС, чрезвычайно важно прежде всего тем, что устраняет связь с вооруженным конфликтом, ясно показывая, что преступления против человечности могут быть совершены как в военное, так и в мирное время. В п. 1 ст. 7 Статута указано, что преступления против человечности могут быть совершены в рамках «широкомасштабного» или «систематического» нападения на любых гражданских лиц, что устраняет необходимость в доказывании одновременного присутствия этих двух элементов. Наконец, в определении не сказано, что преследование должно быть мотивом любого из деяний, перечисленных в качестве преступлений против человечности. Вместо этого оно само было включено в перечень в качестве отдельного преступления³³. Следует также отметить, что пытки и насильственное исчезновение³⁴ определяются как преступления в Статуте шире, чем в соответствующих документах по правам человека³⁵, поскольку в Статуте нет

33 Статут МУС, ст. 7(1)(h).

34 Статут МУС, ст. 7(2)(f) и (i).

35 См. Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания

от 10 декабря 1984 г., ст. 1 (далее – Конвенция против пыток) и Декларацию о защите всех лиц от насильственных исчезновений, Резолюция 47/133 Генеральной Ассамблеи 18 декабря 1992 г., преамбула, абзац 3.

требования, чтобы лицо, совершающее такое преступление, выступало в официальном качестве.

Во многом благодаря систематической разъяснительной работе НПО и готовности к сотрудничеству, проявленной правительствами ряда ведущих государств, в Статуте МУС не были обойдены стороной интересы потерпевших. Статут предусматривает создание в структуре будущего Секретариата Группы по оказанию содействия потерпевшим и свидетелям, которое должно обеспечить меры защиты и процедуры безопасности, консультационную и другую соответствующую помощь свидетелям, потерпевшим, являющимся в Суд, и другим лицам, которым грозит опасность в результате показаний, данных такими свидетелями³⁶. Очень важным является и наличие в Статуте положений о возмещении ущерба потерпевшим и их семьям³⁷. Суд может в ответ на поступившую просьбу или, в исключительных случаях, по своей собственной инициативе определить в своем решении масштабы и размер любого ущерба, убытков и вреда, причиненных потерпевшим. Суд может вынести постановление непосредственно по отношению к осужденному о возмещении ущерба потерпевшим или в отношении потерпевших в надлежащей форме, включая реституцию, компенсацию и реабилитацию. Кроме этого, Статут предусматривает создание Целевого фонда, из которого могут выплачиваться компенсации потерпевшим³⁸, и позволяет Суду распорядиться передать в Целевой фонд денежные средства и другое имущество подсудимого или имущества, использованное для совершения преступления³⁹. Государства-участники обязаны выполнять решения, принятые Судом на этот счет. Положения Статута о возмещении ущерба были конкретизированы в Правилах процедуры и доказывания МУС⁴⁰.

36 Статут МУС, ст. 43(6).

37 Статут МУС, ст. 75.

38 Статут МУС, ст. 79.

39 Статут МУС, ст. 93(1)(к).

40 См. Окончательный проект правил процедуры и доказывания, PCNICC/2000/1/Add. 1, 2 ноября 2000 г., Глава 4, Подраздел 4, Правила 94–99, <<http://www.un.org/law/icc/statute/rules/rulefra.htm>>.

Универсальная юрисдикция

Как указывалось выше, МУС был учрежден для того, чтобы компенсировать нежелание или неспособность национальных властей обеспечить на внутригосударственном уровне судебное преследование лиц, совершивших тяжкие международные преступления. Как показали в последнее время получившие широкую известность дела, в подобных обстоятельствах есть еще один способ добиться справедливости, а именно — осуществление универсальной юрисдикции третьими государствами⁴¹. Наибольшую известность в этой категории получило дело Пиночета, которое рассматривалось в 1998—1999 гг. и было возбуждено на основании юрисдикции в отношении пассивных лиц и универсальной юрисдикции. При этом следует отметить, что европейские суды возбудили на основании универсальной юрисдикции дела в отношении лиц, подозреваемых в совершении преступлений в бывшей Югославии и Руанде, и успешно провели разбирательство по ним до ареста Пиночета в Англии⁴². С тех пор был возбужден ряд других дел⁴³. Позволительно предположить, что медленное, но неуклонное рас-

41 «Согласно принципу универсальной юрисдикции государство имеет право или даже обязано возбудить уголовное дело по признакам ряда тяжких преступлений, причем независимо от места совершения преступления, гражданства лица, которое его совершило, и гражданства потерпевшего. Единственная связь между преступлением и государством, осуществляющим судебное преследование, которая может потребоваться, — физическое присутствие лица, подозреваемого в совершении преступления на территории, находящейся под юрисдикцией данного государства». — International Law Association, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, Committee on International Human Rights Law and Practice, London Conference, 2000,

р. 2 (автор располагает данным текстом) [далее — ILA Report].

42 *Ibid.*, Annex. Приложение содержит обзор различных дел, возбужденных на основании универсальной юрисдикции до ареста Пиночета в Австрии, Дании, Франции, Германии и Нидерландах.

43 Совсем недавно во Франции был принят в производство иск шести потерпевших, заявивших, что их подвергали пыткам официальные тунисские лица, хотя предполагаемые преступники не находились на территории Франции. См. Comité pour le respect des libertés et des droits de l'homme en Tunisie, *Une brèche importante dans la lutte contre l'impunité: la plainte déposée en France contre les tortionnaires tunisiens est jugée recevable*, Paris, 28 November 1998 (автор располагает данным текстом).

ширение практики универсальной юрисдикции, возможно, станет постоянным направлением борьбы за международную юстицию.

Основанием для официального требования Испании об экстрадиции Пиночета в ноябре 1998 г. стало решение Высокого Национального Суда (*Audiencia Nacional*), согласно которому «Испания может расследовать преступления, совершенные в Чили, и Суд может осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных лицами или против лиц, которые не являются испанскими подданными, вне территории Испании»⁴⁴. За испанским запросом последовали требования о выдаче от Швейцарии, Франции и Бельгии⁴⁵. Если оставить в стороне другие конструктивные аспекты дела Пиночета⁴⁶, напрашивается следующий вывод: процесс в Великобритании показал, что, согласно Конвенции против пыток 1984 г.⁴⁷, государства-участники обязаны принять меры к осуществлению юрисдикции в отношении лица, совершившего преступление, находящегося на их территории, и предать его суду либо обеспечить его выдачу. Процесс также подтвердил, что бывший глава государства не может сослаться на иммунитет от экстрадиции и судебного преследования по обвинению в применении пыток и сговора с целью применения пыток. При этом высшая судебная инстанция Великобритании пришла к заключению, что действующий глава государства обладал бы *ratione personae* иммунитетом от преследования за инкриминируемые деяния⁴⁸. Высказывается мнение,

44 См. Mary Griffin, «Ending the Impunity of Perpetrators of Human Rights Atrocities: A Major Challenge for International Law in the 21st Century», *International Review of the Red Cross*, No. 838, June 2000, p. 382.

45 *Ibid.* В связи с этим следует отметить, что в рамках судопроизводства по делу Пиночета бельгийский следователь вынес решение, согласно которому лицо, подозреваемое в совершении преступлений против человечности, может быть привлечено к ответственности в Бельгии на основании международного обычного права.

См. juge d'instruction à Bruxelles, ordonnance, 6 November 1998 (автор располагает данным текстом), reprinted in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1999, pp. 278–300.

46 Обзор дела Пиночета см. Brody and Ratner, *op. cit.* (примечание 3). См. также *Crimes against Humanity: Pinochet Faces Justice*, International Commission of Jurists, July 1999.

47 Конвенция против пыток, ст. 4, 5 и 7.

48 См. Brody and Ratner, *op. cit.*, (примечание 3), p. 44.

что это заключение противоречит духу и букве Устава Нюрнбергского трибунала, его Обвинительного акта и производных от них нормативных документов⁴⁹. Следует отметить, что процесс в Великобритании имел последствия и в Чили: по возвращении из Великобритании Пиночет был лишен парламентского иммунитета и статуса пожизненного сенатора, что сделало возможным его привлечение к судебной ответственности на внутрисударственном уровне⁵⁰.

Менее чем через год после вынесения решения по делу Пиночета судьями-лордами сенегальский суд обвинил бывшего президента Чада Хиссена Хабре в применении пыток и поместил его под домашний арест⁵¹. Окружной суд Дакара возбудил дело по инициативе чадских потерпевших, а также чадских и международных правозащитных групп. Считается, что это был первый случай осуществления универсальной юрисдикции в связи с нарушением прав человека в африканской стране⁵². В июле 2000 г. апелляционный суд отклонил обвинения, выдвинутые против Хабре, на том основании, что Сенегал не принял законодательных мер для имплементации Конвенции против пыток и, следовательно, не имеет юрисдикции в отношении преступлений, совершенных не в Сенегале. В марте 2001 г. Верховный суд Сенегала в основном подтвердил это решение⁵³. Главный урок, который можно извлечь из дела Хабре, — важность принятия государствами мер по имплементации (если того требует внутреннее законодатель-

⁴⁹ Основательный обзор принципов иммунитета, как они изложены в Обвинительном акте Нюрнбергского трибунала и производных от него нормативных документах, см. Amnesty International, *The Case of General Pinochet: Universal Jurisdiction and the Absence of Immunity for Crimes against Humanity*, EUR 45/21/98, October 1998.

⁵⁰ См. Federico Andreu-Guzman, «L'affaire Pinochet: historique des événements et exposé des incriminations, L'arrêt de la Cour suprême de justice du Chili et perspective du combat judiciaire contre l'impunité», Paper presented at the Journée d'études: L'immunité pénale des gouvernants, FIDH –

CEDIN, Assemblée nationale de France, 30 September 2000 (автор располагает данным текстом).

⁵¹ См. Frederic Kirgis, «The Indictment in Senegal of the Former Chad head of State», *ASIL Insights*, February 2000, <http://www.asil.org/insights/insigh41.ht>.

⁵² См. ILA Report, *op. cit.* (примечание 41), p. 27.

⁵³ République Du Senegal, Cour d'Appel de Dakar, Chambre d'Accusation, Arrêt No. 135, 4 July 2000; см. Human Rights Watch, «The Case against Hissene Habre», http://www.hrw.org/justice/habre/intro_web2.htm.

ство), чтобы обеспечить применение положений Конвенции против пыток, касающихся универсальной юрисдикции. Из-за того что Конвенция против пыток не была имплементирована в сенегальском законодательстве, дело Хабре было прекращено, и все же оно имело ряд последствий, о которых стоит упомянуть. Оно стимулировало возбуждение уголовного преследования против агентов политической полиции, действовавшей при режиме Хабре, чадскими судами по искам чадских граждан. Оно также побудило потерпевших из Чада обратиться к Комитету ООН против пыток с просьбой о принятии временных мер безопасности, чтобы воспрепятствовать выезду Хиссена Хабре из Сенегала иначе, как на основании требования о выдаче, и Комитет удовлетворил эту просьбу⁵⁴. Потерпевшие также подали иск против Хиссена Хабре в Бельгии на основании упомянутого выше бельгийского закона об универсальной юрисдикции и потребовали его экстрадиции из Сенегала⁵⁵.

Цель универсальной юрисдикции — воспрепятствовать тому, чтобы лица, совершившие тяжчайшие преступления, которые являются вызовом всему международному сообществу, нашли где-либо безопасное убежище. К таким преступлениям причисляются геноцид, военные преступления, преступления против человечности, пытки, обращение в рабство, пиратство и, по мнению некоторых авторов, насильственные исчезновения. Напомним, что Женевские конвенции 1949 г., Дополнительный протокол I к ним 1977 г.⁵⁶ и Конвенция против пыток⁵⁷ предусматривают обязанность государств-участников этих договоров осуществлять универсальную юрисдикцию. Однако на практике существует целый ряд условий, без соблю-

⁵⁴ Human Rights Watch, «The Case against Hissene Habre», *op. cit.* (примечание 53).

⁵⁵ См. Linda Keller, «Belgian Jury to Decide Case Concerning Rwandan Genocide», *ASIL Insights*, May 2001, <http://www.asil.org/insights/insigh72.htm> [далее – *ASIL Insights*].

⁵⁶ См. Женевская конвенция I, ст. 49(2); Женевская конвенция II, ст. 50(2); Женевская конвенция III, ст. 129(2); Женевская Конвенция IV, ст. 146(2); Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) от 8 июня 1977 г., ст. 86(1).

⁵⁷ Конвенция против пыток, ст. 5.

дения которых в третьем государстве невозможно приступить к практическому осуществлению мер судебного преследования. Во-первых, в большинстве случаев требуется внутреннее законодательство по имплементации, поскольку судьи соответствующего государства могут колебаться относительно принятия универсальной юрисдикции (дело Хабре), если это не закреплено в его законах. К сожалению, на настоящий момент лишь немногие государства приняли законодательные меры по имплементации⁵⁸. Особняком в этом плане стоит Бельгия, чей закон 1993 г. об универсальной юрисдикции⁵⁹, с поправками от 1999 г.⁶⁰, позволяет бельгийским судам осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении геноцида, военных преступлений (совершенных как во время международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов) и преступлений против человечности, даже когда лицо, подозреваемое в их совершении, не находится на бельгийской территории. Закон не допускает ссылки на должностное положение как на основание для освобождения от ответственности.

Первым полномасштабным процессом на основании бельгийского закона стало получившее широкую огласку недавнее рассмотрение дела четверых руандийских обвиняемых, в том числе двух монахинь, которых бельгийский суд присяжных осудил за соучастие в геноциде в Руанде в 1994 г.⁶¹ Кроме этого, потерпевшие подали иски против целого ряда действующих и бывших высокопоставленных политических деятелей самых разных стран, в том числе, израильского премьера Ариэля Шарона и палестинского лидера Ясира Арафата⁶². Такой «успех» вызвал отрицательную реакцию в Бельгии, политичес-

⁵⁸ См. ILA Report, *op. cit.* (примечание 41), p. 12.

⁵⁹ Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 aout 1949 et aux Protocoles I et II du 9 juin 1977, additionnels à ces Conventions, 16 June 1993, *Moniteur Belge*, 5 aout 1993.

⁶⁰ Loi relative à la répression des violations graves de droit international humani-

taire, 10 February 1999, *Moniteur belge*, 23 March 1999.

⁶¹ См. ASIL *Insights*, *op. cit.* (примечание 55).

⁶² См. «Rights Groups Support Belgian Law on Genocide», Agence France-Presse, Brussels, 26 November 2001. См. также «Suit Against Sharon Defended», *International Herald Tribune*, 29 November 2001, p. 5.

кое руководство которой выразило обеспокоенность по поводу того, что этот закон превратил страну в «мировой полюс притяжения для всех дел о нарушении прав человека»⁶³, а также в связи с дипломатическими проблемами, которые он создает. Министр иностранных дел Бельгии и другие официальные лица высказались за принятие поправок к закону, которые бы эффективно ограничили его применение посредством политического контроля над судопроизводством⁶⁴. В ответ группы защитников прав человека заявили, что решение вопроса — не в ограничении применения бельгийского закона, а в принятии законов об универсальной юрисдикции большим числом государств⁶⁵. Следует отметить, что процесс ратификации Статута МУС и обязанность государств привести свое законодательство в соответствии с этим договором посредством принятия мер по его имплементации создают хорошие возможности для внесения во внутригосударственное законодательство поправок, позволяющих осуществлять универсальную юрисдикцию.

Амнистии

Помимо отсутствия имплементационного законодательства, есть и другие препятствия к осуществлению универсальной юрисдикции, среди которых можно назвать возможную ссылку предполагаемого преступника на свое должностное положение, а значит, на иммунитет от судебного преследования, нехватку квалифицированных кадров и средств в третьем государстве, проблемы с доказательствами и последствия амнистий в соответствующих странах⁶⁶. Ввиду того что вопрос об амнистиях возникает не только в связи с рассмотрением дел на основе универсальной юрисдикции, но также при отправлении правосудия в национальных и междуна-

63 См. Press Release by Human Rights Watch, the International Commission of Jurists and the International Federation of Human Rights Leagues (FIDH), Brussels, 26 November 2001 (автор располагает данным текстом) [далее – Joint Press Release].

64 См. «Un sénateur veut restreindre la loi belge sur la compétence universelle», Agence France-Presse, Brussels, 20 June 2001.

65 См. Joint Press Release, *op. cit.* (примечание 63).

66 См. ILA Report, *op. cit.* (примечание 41), pp. 10–19.

родных судах, мы рассмотрим его отдельно, но ограничимся лишь беглым обзором из-за небольшого объема статьи.

Амнистирование лиц, подозреваемых в совершении тяжких международных преступлений, является нарушением обязанности государств по договорному и обычному праву предать суду и наказать предполагаемых преступников⁶⁷. Если еще лет десять назад могли быть какие-то сомнения относительно обоснованности такого требования, то сегодня они стали абсолютно беспочвенными в результате множества изменений, произошедших в жизни наций и международного сообщества в целом⁶⁸. Есть основания полагать, что эта тенденция не только продолжится, но и усилится.

На международном уровне несовместимость законов об амнистии с обязанностями государств расследовать тяжкие преступления и наказывать виновных была косвенно признана в Венской декларации и программе действий, принятых в 1993 г. Всемирной конференцией по правам человека, которая призвала государства «отменить законодательство, допускающее безнаказанность лиц, ответственных за грубые нарушения прав человека, такие как пытки, и наказывать за такие нарушения, создавая тем самым прочную основу для обеспечения законности»⁶⁹. Комитет

⁶⁷ Международный пакт о гражданских и политических правах (ст. 2), Конвенция против пыток (ст. 4, 5 и 7), Американская конвенция о правах человека (ст. 1), Межамериканская конвенция о предотвращении и запрете пыток (ст. 1). См. также не являющиеся договорами стандарты по правам человека, такие, например, как Декларация о защите всех лиц от насильственных исчезновений, Резолюция Генеральной Ассамблеи 47/133, 18 декабря 1992 г. и Принципы эффективного предупреждения и расследования незаконных, произвольных и суммарных казней, Резолюция ЭКОСОС 1989/65, 25 мая 1989 г.

⁶⁸ См. очень хороший обзор состояния законодательства в области безнаказаннос-

ти и последствий амнистий в «Argentina: Amicus Curiae Brief on the Incompatibility with International Law of the Full Stop and Due Obedience Laws», presented by the International Commission of Jurists, Amnesty International and Human Rights Watch before the National Chamber for Federal Criminal and Correctional Matters of the Republic of Argentina (June 2001), *International Commission of Jurists Occasional Papers*, 2001, p. 23 [далее – ICJ Amicus Brief].

⁶⁹ См. Венскую декларацию и программу действий, принятые Всемирной конференцией по правам человека, Вена, 14–25 июня 1993 г., A/CONF.157/24 (Part I), Chapter III, Section II, para. 60.

ООН по правам человека занимался этим вопросом еще в 1978 г. в связи с чилийским законом об амнистии. Позднее он сделал аналогичные замечания по поводу законов об амнистии, принятых в Ливане, Сальвадоре, Гаити, Перу, Уругвае, Франции, Йемене, Хорватии и Аргентине⁷⁰. В своем общем комментарии к ст. 7 Международного пакта о гражданских и политических правах, запрещающей пытки, Комитет заявил, что, «как правило, амнистии несовместимы с обязанностью государств расследовать такие деяния, гарантировать свободу от них в пределах своей юрисдикции и не допускать их повторения в будущем. Государства не могут лишать людей средств правовой защиты, в том числе возмещения ущерба и реабилитации настолько полной, насколько возможно»⁷¹. В не являющихся договорами стандартах, таких, как уже приводившиеся Принципы Жуанэ, в связи с амнистиями сказано, что последние не должны распространяться на лица, совершившие тяжкие преступления, если жертвам не удалось воспользоваться каким-либо эффективным средством правовой защиты и добиться справедливого и эффективного решения⁷².

В июле 1999 г. Генеральный секретарь ООН подтвердил точку зрения, согласно которой амнистии на внутригосударственном уровне для лиц, совершивших международные преступления, не являются юридически обязывающими на международном уровне, дав инструкцию своему Специальному представителю подписать мирное соглашение в Сьерра-Леоне «с явно выраженной оговоркой о том, что, в соответствии с пониманием Организации Объединенных Наций, предусмотренные в ст. IX соглашения, амнистия и помилование не распространяются на преступления геноцида, преступления против человечества, военные преступления и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права»⁷³. Это

⁷⁰ См. Amicus Brief, *op. cit.*, (примечание 68), pp. 30–32 и pp. 36–38.

⁷¹ См. Human Rights Committee General Comment No 20 on Article 7, Forty-fourth Session, 1992, para. 15.

⁷² Joinet Report, *op. cit.* (примечание 4), Principle 28(a).

⁷³ Седьмой отчет Генерального секретаря по осуществлению Миссии ООН в Сьерра-Леоне, UN Doc. S/1999/836, 30 July 1999, para. 7.

понимание было закреплено в резолюции Совета Безопасности, предлагающей Генеральному секретарю разработать Устав Специального суда по Сьерра-Леоне⁷⁴, в результате чего в Устав Специального суда было внесено положение о недопустимости амнистий⁷⁵. Как указывалось выше, разногласия относительно того, как следует подходить к амнистии, объявленной на внутригосударственном уровне, стали одним из препятствий на пути учреждения Трибунала для красных кхмеров. Исход рассмотрения этого вопроса пока остается неясным.

Учитывая то, что обязанности государств по пресечению серьезных нарушений Женевских конвенций 1949 г. и Дополнительного протокола I к ним 1977 г. хорошо известны, а также тот факт, что военные преступления явным образом подпадают под определение тяжких международных преступлений, можно смело утверждать, что сказанное по поводу амнистий относится и к этим нарушениям. Иногда вызывает споры положение Протокола II, касающееся амнистии и предусматривающее, что по прекращении военных действий в немеждународном вооруженном конфликте органы, находящиеся у власти, стремятся предоставить как можно более широкую амнистию «лицам, участвовавшим в вооруженном конфликте, и лицам, лишенным свободы по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, независимо от того, были ли они интернированы или задержаны»⁷⁶. Следует подчеркнуть, что основная цель этого положения — способствовать освобождению тех лиц, которые были привлечены или могут быть привлечены к уголовной ответственности в соответствии с национальным законодательством за сам факт участия в военных действиях. Его ни в коем случае нельзя воспринимать как поддержку ам-

⁷⁴ UN Doc. S/RES/1315 (2000), preamble para. 5.

⁷⁵ Статья 10 Устава Специального суда по Сьерра-Леоне гласит: «Амнистия, предоставленная любому лицу, подпадающему под юрисдикцию Специального суда в связи с преступлениями, указанными в ст. 2–4

настоящего Устава, не является препятствием для уголовного преследования».

⁷⁶ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II).

нистиям в связи с военными преступлениями и другими международными преступлениями, совершенными во время внутреннего вооруженного конфликта⁷⁷.

Новаторская региональная судебная практика в области несовместимости амнистий с Американской конвенцией о правах человека была также закреплена в решении Межамериканского суда и Комиссии⁷⁸.

Наконец, следует отметить, что старательно возводившееся здание амнистий начало давать трещины и на национальном уровне. В своем историческом решении, вынесенном в мае 2001 г., аргентинский федеральный судья Габриэль Кавалло объявил неконституционными и не имеющими юридической силы законы об отмене основных свобод и подчинении приказам вышестоящих начальников, которые во времена военной хунты в Аргентине (1976–1983 гг.)⁷⁹ гарантировали безнаказанность тем, кто нарушал права человека⁸⁰.

Заключение

Представляется уместным завершить настоящий обзор очень кратким упоминанием о двух серьезных проблемах, которым в дальнейшем следует уделять пристальное внимание. Первая связана с ролью национальных систем уголовного правосудия, а вторая — с правом на справедливое судебное разбирательство.

⁷⁷ Letter of the ICRC Legal Division to the ICTY Prosecutor of 24 November 1975 and to the Department of Law at the University of California of 15 April 1977 (referring to CDDH, Official Records, 1977, Vol. IX, p. 319) (автор располагает данным текстом).

⁷⁸ См. в общем плане ICJ Amicus Brief, *op. cit.* (примечание 68). См. также Douglas Cassel, «Lessons from the Americas. Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities», *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, School of Law Duke University, No. 4, Autumn 1996, pp. 197–230.

⁷⁹ См. «Argentine Judge Annuls Immunity Laws», The Associated Press, Buenos Aires, 6 March 2001 (автор располагает данным текстом). Общую информацию по этому делу см. в Amicus Brief, *op. cit.*, (примечание 68), pp. 5–9.

⁸⁰ См. «La Camara Federal Confirma: Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son invalidas e inconstitucionales», *Centro de estudios legales y sociales*, Archivos de HOY, http://www.cels.org.ar/background/archivos/info2001/info_45_20011115.htm.

Скудное освещение в настоящем обзоре роли внутригосударственных судов в борьбе с безнаказанностью лиц, совершивших тяжкие преступления, не случайно: говорить тут, увы, особенно не о чем. Описанные выше механизмы — международные и с привлечением третьих стран — как раз и были вызваны к жизни тем обстоятельством, что государства не справляются со своей первейшей обязанностью — привлекать к ответственности лиц, совершивших тяжкие преступления. Некоторые страны, действительно, могут сослаться на нехватку квалифицированных кадров и ресурсов, но гораздо чаще проблема заключается в другом, а именно в отсутствии у государственных властей политической воли разобраться с сегодняшними и вчерашними преступлениями. Пока такая политическая воля не будет выработана, оба типа международных механизмов, как уголовных, так и неуголовных, будут необходимы. Таким образом, задача всемирного движения против безнаказанности состоит в том, чтобы в большей степени сконцентрировать усилия, так сказать, на местном уровне, чтобы внутригосударственные суды и другие учреждения могли и желали бы выполнять свои задачи в борьбе за правосудие⁸¹.

Не следует забывать, что правосудие не сводится к возмещению ущерба отдельным потерпевшим лицам и категориям населения, пострадавшим в результате совершения преступлений. Оно включает в себя и обеспечение полного соблюдения права подозреваемых и обвиняемых на справедливое судебное разбирательство. Еще раз напомним, что национальные системы уголовного правосудия часто не применяют даже минимальные международные стандарты, призванные защитить жизнь, здоровье и достоинство предполагаемых правонарушителей. Если с лицами, подозреваемыми в совершении международных или иных преступлений, не

81 Консультативная служба МККК была создана в 1996 г., чтобы содействовать ратификации государствами договоров по международному гуманитарному праву и выполнению ими обязательств по этим договорам на национальном уровне, в том числе по пресечению военных преступлений. Консульта-

тивная служба действует при Юридическом отделе штаб-квартиры в Женеве и располагает сетью экспертов, работающих на всех континентах. Более подробную информацию можно получить на сайте МККК <<http://www.icrc.org>> или по электронной почте: advisoryservice.gva@icrc.org.

будут обращаться с соблюдением всех процессуальных норм, невозможно будет осуществить правосудие и у людей не будет ощущения свершившейся справедливости. И в этом контексте задачи, стоящие перед всемирным движением против безнаказанности, огромны. Так что недавнее возобновление дискуссии о «балансе» между государственной безопасностью и правами человека в связи с событиями 11 сентября 2001 г. воспринимается как настораживающий симптом.

●

Правовой характер международного уголовного суда и возникновение наднациональных элементов в международной уголовной юстиции

Саша Рольф Людер

Для того чтобы понять, как действует Международный уголовный суд (МУС), необходимо уяснить его правовой характер как учреждения. В настоящей статье правовая природа МУС будет рассмотрена в три этапа. Сначала будет охарактеризован статус Суда как субъекта международного права. Затем мы выясним, можно ли считать Суд международной организацией. И, наконец, будут высказаны некоторые соображения по поводу того, наделен ли МУС наднациональными полномочиями и в какой именно степени.

.....

Саша Рольф Людер – советник Генерального представителя Ордена Иоаннитов в Европейском Союзе (Брюссель). Ранее был научным сотрудником Института международного права мира и вооруженных конфликтов Бохумского университета (Германия).

МУС как субъект международного права

Субъект международного права наделен правами и выполняет обязанности непосредственно в соответствии с международным правом, он обладает общей правоспособностью действовать на международном уровне. Таким образом, понятие международной правосубъектности вытекает из международного права. Основными субъектами этого права являются независимые суверенные государства. Напротив, межправительственные организации зачастую рассматриваются как производные субъекты международного права с их правосубъектностью, возникающей вследствие признания их государствами — участниками организации, как это сформулировано в ее уставе¹.

Статус МУС как субъекта международного права определен в ст. 4, п. 1, Римского статута Международного уголовного суда от 17 июля 1998 г. (далее — Статут)², которая гласит: «Суд обладает международной правосубъектностью».

Это очень нужное разъяснение, однако следует отметить, что даже и без такого явного признания международная правосубъектность МУС вытекала бы из аргументации, подобной той, которая применялась в отношении Организации Объединенных Наций (ООН). Поскольку Устав ООН, в отличие от Статута, не содержит явного признания международной правосубъектности Организации, Международный Суд (МС) для ее определения сослался на доктрину подразумеваемых полномочий. В своем Консультативном заключении о компенсации ущерба, понесенного сотрудниками ООН при исполнении служебных обязанностей, МС указал:

«Согласно международному праву считается, что Организация должна обладать такими полномочиями, которые, хотя прямо и не предусмотрены в Уставе, предоставляются ей по

1 I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 57–58; V. Epping, in K. Ipsen, *Volkerrecht*, 4th ed., C.H. Beck'sche Verlagsgesellschaft, Munich, 1999, p. 51; R. Jennings and A. Watts (eds), *Oppenheim's*

International Law 1, 9th ed., Longman/London/New York, 1996, pp. 119–120.

2 Римский статут международного уголовного суда, 17 июля 1998, UN Doc. A/CONF. 183/9.

смыслу как необходимые условия для выполнения ею своих обязанностей»³.

Если применить эту логику к Суду, становится очевидным, что в Статуте имеется ряд положений, которые предполагают обладание Судом права заключать международные договоры: ст. 2 Статута предусматривает установление отношений между МУС и ООН посредством соглашения⁴. В дополнение к этому, в соответствии со ст. 3, п. 2 Статута, Суд уполномочен вступать в соглашение о штаб-квартире с Нидерландами – государством пребывания МУС⁵. Более того, ст. 87, п. 5(а) Статута допускает заключение Судом соглашения с любым государством, не являющимся участником настоящего Статута, о международном сотрудничестве и об оказании правовой помощи⁶. Приведем один последний пример: правило 16, п. 4 Правил процедуры и доказывания предусматривает заключение соглашений между Судом и государствами-участниками о защите травмированных или подвергшихся угрозам свидетелей. Таким образом, не может быть сомнения в том, что в соответствии с Обоснованием репарации, принятым МС, международная правосубъектность МУС должна была бы быть подтверждена даже при отсутствии ст. 4, п. 1 Статута.

³ *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion*: I.C.J. Reports 1949, p. 182.

⁴ См. K. Dormann, «The first and second sessions of the Preparatory Commission for the International Criminal Court», in *YIHL*, Vol. 2, 1999, p. 283; F. Jarasch, «Errichtung, Organisation und Finanzierung des Internationalen Strafgerichtshofs und die Schlubbestimmungen des Statuts», in *HuV-I*, Vol. 12, 1999, p. 10; A. Marchesi, in

O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute for the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, Article 2, note 11.

⁵ См. Dormann, *op. cit.* (примечание 4), p. 283; Jarasch, *op. cit.* (примечание 4), p. 10; G.A.M. Strijards, in Triffterer, *op. cit.* (примечание 4), Article 3, note 5.

⁶ С. Kre, in Triffterer, *op. cit.* (примечание 4), Article 86, note 3.

О международной правосубъектности МУС *ratione personae*

Обычно условиями договора связаны лишь государства-участники. Разумеется, это основное правило применимо также к учредительным документам межправительственных организаций. Что касается государств, не участвующих в Статуте, то международная правосубъектность таких организаций зависит от их явного или подразумеваемого признания этими государствами⁷. Считается, что это признание является существенным. Однако в исключительных случаях была признана международная правосубъектность *erga omnes* межправительственной организации⁸. В своем вышеупомянутом Консультативном заключении МС отметил, что «...пятьдесят государств, представляющих значительное большинство членов международного сообщества, использовали право в соответствии с международным правом на создание организации, обладающей объективной международной правосубъектностью, а не просто правосубъектностью, признаваемой только ими...»⁹.

Возникает вопрос: применима ли эта аргументация к МУС *mutatis mutandi*? Утвердительный ответ не кажется слишком притянутым¹⁰. Согласно ст. 125, пп. 1 и 3, Статут открыт для подписания всеми государствами или для их присоединения. Можно предполагать, что подавляющее большинство государств сообщества ратифицирует его. Ясно, что МУС, по сути, дополняет ООН: Статут устанавливает коллективную систему уголовного судопроизводства, которая укрепляет систему коллективной безопасности Устава ООН, и эти системы являются основными составляющими международного правопорядка, направленного на сохранение мира. Следует также отметить, что основная функция МУС заключает-

7 Epping, in Ipsen, *op. cit.* (примечание 1), p. 402

8 Brownlie, *op. cit.* (примечание 1), pp. 678–681; Epping, in Ipsen, *op. cit.* (примечание 1), p. 402; Jennings/Watts, *op. cit.* (примечание 1), pp. 16–22; Seidl-Hohenveldern and G. Loibl, *Das Recht der*

internationalen Organisationen einschliesslich der supranationalen Gemeinschaften, 7th ed., Carl Heymanns Verlag, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 2000, p. 42.

9 *Op. cit.* (примечание 3), p. 185.

10 W. Ruckert, in Triffterer, *op. cit.* (примечание 4), Article 4, note 5.

ся в осуществлении юрисдикции в отношении преступлений, которые, согласно Преамбуле, «... вызывают озабоченность всего международного сообщества». Таким образом, можно утверждать, что МУС будет еще одним примером субъекта международного права, созданного посредством договора и тем не менее эффективно существующего *erga omnes*¹¹.

Международная правосубъектность МУС *ratione materiae*

В первом предложении ст. 4, п. 1 Статута не содержится какого-либо ограничения международной правосубъектности МУС *ratione materiae*. Однако это не может означать, что МУС обладает неограниченной международной правосубъектностью. Общая международная правосубъектность применима лишь к суверенным государствам как основным субъектам международного права. В иных случаях международная субъектность является частичной в зависимости от полномочий, предоставленных данному субъекту права¹². Три основных полномочия субъекта международного права включают в себя право на заключение договоров, на поддержание дипломатических отношений с другими субъектами международного права, а также активную и пассивную международную ответственность. Было отмечено, что эти полномочия даже по своей сути связаны с международной правосубъектностью¹³.

Выше был уже упомянут ряд положений, которые предполагают право МУС заключать соглашения. Поддержание МУС дипломатических отношений также представляется необходимым

11 Сравните с ООН и другими крупными международными организациями, R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 48.

12 Epping, in Ipsen, *op. cit.* (примечание 1), p. 53; Jennings/Watts, *op. cit.* (примечание 1), pp. 16–22; Seidl-Hohenveldern and G. Loibl, *op. cit.* (примечание 8), pp. 39–42.

13 Ch. Dominicé, «L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales», RdC, 1984–IV, p. 163; H.G. Schermers and N.M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 3rd ed., Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1995, section 1801.

или, по крайней мере, целесообразным. Статут, начиная с положений, касающихся принципа дополнительности, и вплоть до положений, посвященных стадии правоприменения, основывается на тесных взаимоотношениях между национальным и международным уровнями. На практике это означает, что добиться хорошего функционирования новой международной системы уголовного судопроизводства можно лишь с помощью регулярных контактов между МУС и государствами¹⁴. Таким образом, поддержание дипломатических отношений будет полностью соответствовать функциям МУС.

Наконец, трудно не признать активную и пассивную международную ответственность МУС, хотя этому аспекту в Статуте не уделяется большого внимания. Проблемы, касающиеся международной ответственности, будут возникать, прежде всего, в рамках международного сотрудничества и режима правоприменения в соответствии с ч. 9 и 10 Статута. Наибольшую важность и, следовательно, наибольшую сложность приобретает тот вариант, когда государства-участники окажутся не в состоянии функционировать в соответствии с принятыми на себя обязательствами. В связи с тем, что в самом Статуте содержатся лишь начальные основы этих правил (например, ст. 87, п. 5 и 7 в связи со ст. 112, п. 2(f), основная задача будет заключаться в том, чтобы увязать особенности Статута с общим законом международной ответственности¹⁵.

МУС как международная организация

Обратимся к вопросу о том, является ли МУС международной организацией, т.е. к вопросу, который тесно связан с проблемой международной правосубъектности.

¹⁴ См. M. Bergsmo, in Triffterer, *op. cit.* (примечание 4), Preamble, notes 20–21.

¹⁵ Начала анализа см. C. Kre and K. Prost, in Triffterer, *op. cit.* (примечание 4), Article 87, notes 24–27.

Признаки международной организации

Согласно общему международному праву, критерии правосубъектности международной правительственной организации могут быть представлены в следующем виде:

- длительное сотрудничество государств-участников;
- органичная структура;
- четкое отличие организации от ее государств-участников;
- существование правовых полномочий, которые могут осуществляться на международном уровне;
- законные цели¹⁶.

МУС явно отвечает всем этим критериям: Суд создается посредством межгосударственного договора и, в соответствии со ст. 1 его Статута, должен стать постоянным учреждением. Согласно ст. 34 МУС имеет следующие органы: Президиум, Апелляционное отделение, Судебное отделение, Отделение предварительного производства, Канцелярию Прокурора и Секретариат. Эти органы не будут подчиняться указаниям государств-участников, а будут функционировать независимо в отведенных им сферах деятельности. Из этого следует, что МУС сам по себе является международной организацией, а не только вспомогательным органом международной организации, как Международные уголовные трибуналы по бывшей Югославии и Руанде (МУТЮ и МУТР)¹⁷.

Типология международных организаций и МУС

Существует ряд критериев, по которым проводится классификация международных организаций. Одно из различий касается целей, которые преследуют организации. В зависимости от исторического развития международных организаций, в традиционном международном праве, в первую очередь, проведено разграничение между международными организациями, борющимися за

¹⁶ Brownlie, *op. cit.* (примечание 1), pp. 678–981; Epping, in Ipsen, *op. cit.* (примечание 1), pp. 391–392; Jennings/Watts, *op. cit.* (примечание 1), pp. 16–22; Scher-

mers/Blokker, *op. cit.* (примечание 13), section 34.

¹⁷ Ruckert, in Triffterer, *op. cit.* (примечание 4), Article 4, note 3.

мир, и другими международными организациями, особенно теми, которые преследуют экономические цели¹⁸. В связи с этим МУС определяется как международная организация борьбы за мир, если под термином «мир» подразумевается понятие, тесно связанное с термином «правосудие». Как отмечалось выше, Суд дополняет систему коллективной безопасности ООН системой коллективного уголовного судопроизводства. МУС будет важным элементом международного порядка, основанным на правовой норме, — в том смысле, что он будет укреплять индивидуальную уголовную ответственность, особенно лиц, занимающих посты в руководстве стран-участников.

Кроме того, международные организации классифицируются в соответствии с их организационной структурой. Несмотря на многочисленные различия в деталях, были определены некоторые общие черты. В частности, обычно выделяют три типа органов: те, которые представляют общие интересы организации, те, которые представляют интересы государств-участников, и, наконец, судебные органы¹⁹. Если взять самый общий уровень и начинать рассмотрение с трех классических независимых сфер полномочий, то необходимо констатировать, что основное внимание в случае международных организаций традиционно сосредоточено в законодательной и исполнительной областях.

МУС резко отличается от этих традиционных моделей. Его организационная структура отражает особенность Суда как организации преимущественно международной юстиции. Функционирование всех органов, перечисленных в ст. 34 Статута (так называемых *интегрированных органов*), будет осуществляться силами международного персонала, не подчиняющегося указаниям правительств государств-участников. Таким образом, в свете ст. 34 Статута МУС является полностью интегрированной международной судебной организацией. Однако его институциональную структуру

¹⁸ Epping, in Ipsen, *op. cit.* (примечание 1), p. 390, Schermers/Blokker, *op. cit.* (примечание 13), section 48; Seidl-Hohenveldern/G. Loibl, *op. cit.* (примечание 8), pp. 13–15.

¹⁹ Seidl-Hohenveldern/G. Loibl, *op. cit.* (примечание 8), pp. 104–106.

можно рассматривать в более широком аспекте с точки зрения включения в нее Ассамблеи государств-участников, что изложено в ст. 112 Статута. Ассамблея не является интегрированным органом, поскольку государства-участники будут представлены в ней лицами, действующими по указанию правительств. Сфера компетенции Ассамблеи также выходит за пределы судебной функции МУС, т.к. Ассамблея государств-участников является прежде всего законодательным и исполнительным органом. Чрезвычайно важным представляется право Ассамблеи принимать рекомендации Подготовительной комиссии (ст. 112, п. 2 (а) Статута), включая Проект правил процедуры и доказывания²⁰. Вопрос о том, можно ли считать Ассамблею государств-участников органом МУС, представляется интересным. Формально ответ должен быть отрицательным, потому что Ассамблея не включена в перечень органов, указанных в ст. 34. Если рассматривать Ассамблею с такой точки зрения, она может показаться органом *sui generis*, возникшим на основе договора.

Однако при анализе структуры МУС вполне возможен и иной, более реальный подход. Если считать законодательную власть Ассамблеи государств-участников важным элементом Статута МУС, то можно привести много аргументов в пользу того, чтобы считать Ассамблею, по сути, органом МУС. При таком подходе институциональная структура МУС как международной организации выглядела бы более сложной. Если считать Ассамблею частью его судебного стержня, состоящего из органов, которые перечислены в ст. 34 Статута, то организация обладала бы также исполнительным и, что более важно, законодательным компонентом для принятия норм производного характера. Что касается принципа разделения полномочий, придание законодательной функции органу, который четко отделен от судебного компонента, представляет собой значительный шаг вперед по сравнению с МУТЮ и МУТР.

²⁰ Сравните К. Ambos, «Verbrechenselemente' sowie Verfahrens and Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshofs in NJW, Vol. 54, 2001, pp. 407–410; H.-P. Kaul,

«Der Aufbau des Internationalen Strafgerichtshofs: Schwierigkeiten und Fortschritte», in VN, Vol. 49, 2001, pp. 215–217.

МУС как международная организация с наднациональными элементами

Что означает понятие «наднациональный»?

Право международной организации связывать обязательствами государство-участника не влечет за собой использование суверенной власти: традиционные международные организации обладают властью лишь над своими государствами-участниками, но не внутри их²¹. Основной признак наднациональности, как этот термин понимается здесь, заключается в том, что принятие норм права международной организацией связано с их прямым действием на территории соответствующих государств-участников и распространяется на отдельных лиц²². Правовые последствия, которые в связи с этим могут вытекать из акта законодательной, исполнительной или судебной власти, непосредственно связывают обязательствами отдельных лиц внутри государства или предоставляют им права без вмешательства какого-либо преобразующего, принимающего или *exequatur* акта этого государства-участника²³. С точки зрения отдельного лица, наднациональный элемент, таким образом, приводит к частичной замене суверенного. Наднациональность, в этом смысле, намечалась уже созданием целого ряда международных комиссий по проблемам рек (таких как Мозельская комиссия или Центральная комиссия по судоходству на Рейне), но оставалась малоизвестной вплоть до конца Второй мировой войны²⁴.

21 H. Mosler, in J. Isensee and P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VII*, C.F. Muller Verlag, Heidelberg, 1992, pp. 609–611; A. Ranzelzhofer, in Th. Maunz and G. Durig (eds.), *Grundgesetz: Kommentar*, 8th ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1998, Article 24, para 1, notes 30, 61.

22 M. Baldus, «Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländische Staaten im Bereich der Sicherheitsverwaltung», in *Die Verwaltung*, Vol. 32, 1999, pp. 488–489; Ranzelzhofer, in Maunz/Durig, *op. cit.* (примечание 21), Article 24, para 2, note 30; K.T. Rauser, *Die Übertragung von Hoheitsrechten*

auf ausländische Staaten, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1991, p. 34.

23 Epping, in Ipsen, *op. cit.* (примечание 1), p. 77; R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 2nd ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1994, p. 139.

24 F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts III*, 2nd ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1977, pp. 318–324; O. Rojahn, in I. von Münch and Ph. Kunig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar 2*, 3rd ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1995, Article 24, note 43, 48; Seidl-Hohenveldern/ Loibl, *op. cit.* (примечание 8), pp. 15–16.

Европейское сообщество как современный пример наднациональной организации

В настоящее время Европейское сообщество (ЕС) является парадигмой наднационального сотрудничества, как это указано в ст. 249, п. 2 договора, учреждающего ЕС. Согласно этому положению ЕС может устанавливать правила, которые не только имеют общее применение, но каждое из которых является обязательным во всей своей полноте и прямо применимо к любому государству-участнику. Если говорить об этом с точки зрения достижения результата, директивы являются обязательными для каждого государства-участника, к которому они обращены, однако у государства должно оставаться право выбора в отношении формы и методов их применения. Вследствие этой наднациональной законодательной власти отдельные лица могут непосредственно обращаться в Суд Европейского сообщества, который обеспечивает защиту их прав.

Международные уголовные трибуналы по бывшей Югославии и Руанде: возникновение наднациональных элементов

Традиционно Организация Объединенных Наций воспринималась как классическая международная организация²⁵. Статьи 24 и 25 Устава ООН рассматривались как правовая основа для принятия решений, являющихся обязательными для государств-участников, но не обладающих прямой силой на территории последних²⁶. Это положение нуждается в пересмотре в свете последующей практики ООН и, в частности, в связи с учреждением двух трибуналов *ad hoc*. Полномочия обоих международных трибуналов не ограничиваются государствами как таковыми, хотя основные решения трибунала направлены именно на государства и государственные образования²⁷.

²⁵ Ch. Tomuschat, in H.-J. Abraham (ed.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 91st ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, Article 24, note 114.

²⁶ Geiger, *op. cit.* (примечание 23), p. 140.

²⁷ C. Kre , «Jugoslawien-Strafgerichtshof», in H. Grütznert and P.-G. Potz (eds), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2nd ed., C.F. Muler Verlag, Heidelberg, 2000, note 60.

На процессе «Обвинитель против Тихомира Блажича» МУТЮ в двух случаях признал право трибунала издавать приказы, прямо относящиеся к отдельным лицам²⁸. Первый случай, — когда соответствующее государство позволяет такое прямое воздействие, т.е. МУТЮ желательного, чтобы его решения имели прямую силу, но он оставляет за государствами право решать относительно допустимого предела их применения. Интересным следствием этой точки зрения является возможность относительной наднациональности *ratione personae*. Второй случай конкретно касается государств, напрямую замешанных в вооруженных конфликтах. В отношении этих государств Камера разрешает проводить расследование на их территории даже при отсутствии разрешения со стороны такого государства. По мнению Камеры, для эффективности международного расследования важно, чтобы опросы можно было проводить на месте без присутствия властей государства, на территории которого ведется расследование.

Еще одним наднациональным элементом, на который ссылаются в судебном решении по делу Блажича, является верховенство Трибунала над национальной уголовной юрисдикцией в соответствии со ст. 9, п. 2 Статута МУТЮ и ст. 8, п. 2 Статута МУТР. На основании этих положений оба трибунала могут просить национальный суд на любом этапе судебного разбирательства отложить дело для передачи его на международный уровень, и национальный суд будет обязан удовлетворить такую просьбу. Подобная ситуация возникла в немецком суде в связи с делом Тадича, когда обвиняемого пришлось выдать МУТЮ, хотя процедура на национальном уровне почти достигла стадии слушания дела в суде²⁹.

²⁸ ICTY, Trial Chamber I, Judgment of 29 October 1997, Blasic, IT-95-14-AR 108 bis, para 41.

²⁹ См. R. Griesbaum, «Über die Verfahrensgrundsätze des Jugoslawien-Strafgerichtshofes, auch im Vergleich zum nationalen Recht», in H. Fischer and S.R. Luder (eds), *Volkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugos-*

lawien-Tribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof, Berlin Verlag Arno Spitz, Berlin, 1999, p.117; J. MacLean, «The enforcement of the sentence in the Tadic case», in H. Fischer, C. Kre and S.R. Luder (eds), *International and national prosecution of crimes under international law*, Berlin Verlag Arno Spitz, 2001, p. 729.

Наднациональные элементы в Статуте МУС

Интересно определить, в какой степени «наднационализация» международного уголовного права, имевшая место в практике трибуналов *ad hoc*, содержится в Статуте МУС. Следует с самого начала отметить ключевое различие между МУС и двумя трибуналами *ad hoc*: Статут МУС основан на принципе дополнительности³⁰. В таком режиме МУС может осуществлять свою юрисдикцию только на вспомогательной основе. Однако понятия наднационального и вспомогательного не являются взаимоисключающими³¹.

В соответствии со Статутом МУС Прокурору разрешено принимать специальные меры, относящиеся к проведению расследования на месте: согласно ст. 99, п. 4 Статута он имеет право на принятие определенных мер принудительного характера для проведения расследования на территории государства-участника, запрашиваемого в целях оказания содействия, и может осуществлять это без присутствия властей данного государства, а ст. 57, п. 3 (d) Статута дает Прокурору широкие полномочия по проведению расследования в том особом случае, когда государство находится в состоянии раздробленности³².

Еще один интересный элемент можно найти в ст. 58, п. 7 Статута. В соответствии с этой статьей Прокурор имеет право непосредственно вызвать в суд лицо, если есть разумные основания пола-

³⁰ См. P. Benvenuti, «Complementarity of the International Criminal Court to national criminal jurisdictions», in F. Lattanzi and W. Schabas (eds), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court I*, Editrice il Sirente, Ripa di Fagnano Alto, 2000, p. 21; J. Holmes, «The principle of complementarity», in R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London*, 1999, p. 41.

³¹ Сравните: O. Lagody, «Legitimation und Bedeutung des Standigen Internationalen Gerichtshofes», in *ZStW*, Vol. 113, 2001, p. 803.

³² Подробности о ст. 99, п. 4 Статута см. у Н.-П. Kaul and C. Kre , «Jurisdiction and cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and compromises», in *YIHL*, Vol. 2, 1999, pp. 168–169; C. Kre , «Strafen, Straffvollstreckung und internationale Zusammenarbeit im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes», in *HuV-I*, Vol. 11, 1998, pp. 160–161; K. Prost and A. Schlunck, in Triffterer, *op. cit.* (примечание 4), Article 99, notes 11–29; S.R. Luder and G. Schotten, «A guide to State practice concerning international humanitarian law: Germany», in *YIHL*, Vol. 3, 2000 (на стадии подготовки).

гать, что данное лицо совершило предполагаемое преступление и что вызов в суд будет достаточной мерой для явки данного лица.

Третий важный момент состоит в том, что, ордер на арест, выдаваемый согласно ст. 58, п. 1 Статута, имеет прямые последствия в национальной правовой системе. В частности, ордер на арест предусматривает в обязательном порядке (что не должно вызывать сомнения у властей страны) выполнение условий ст. 58, п. 1 Статута³³. В результате этого лицо, получившее ордер на арест, имеет право опротестовать арест непосредственно на международном уровне. Это право четко определено в правиле 117, подп. 3 Правил процедуры и доказывания. Как только произошел арест данного лица, государство места содержания под стражей должно руководствоваться ст. 59, п. 4 Статута, а не внутреннегосударственным правом при решении вопроса о предоставлении временного освобождения.

Наконец, эти прямые последствия не заканчиваются с выдачей лица МУС. Они скорее продолжаются в результате передачи судебных полномочий на протяжении всего процесса, осуществляемого МУС, вплоть до вынесения окончательного решения в отношении данного лица. Приговор, как решение международной организации, несомненно, оказывает сильнейшее воздействие на отдельного человека.

Выводы

Международный уголовный суд является субъектом международного права и обладает всеми тремя основными полномочиями, т.е. правом на заключение договоров, на поддержание дипломатических отношений с другими субъектами международного права, а также активную и пассивную международную ответственность. Таким образом, можно утверждать, что правосубъектность МУС действительна *erga omnes*.

МУС является международной организацией, которая представляет собой новую форму интегрированного международного судоустройства. В более широком смысле новая система меж-

³³ Сравните: C. Kre , «Volkerstrafrecht in Deutschland», in *NStZ*, Vol. 20, 2000, p. 623.

дународной юстиции, включающая в себя Ассамблею государств-участников, является еще более сложной организацией, которая обладает исполнительной и, прежде всего, законодательной властью. Осуществление этих полномочий передается органу, состоящему из представителей государств-участников. По сравнению с МУТЮ и МУТР, это институциональное образование лучше отражает принцип разделения властей.

Несмотря на принцип дополнительности, Статут МУС содержит ряд наднациональных элементов. Прежде всего это — право проводить расследования на месте. Кроме того, приказ о явке подозреваемого и выдача ордера на арест влекут за собой прямые последствия. Наконец, имеются основания для того, чтобы считать наднациональными все приказы, отдаваемые МУС в отношении лиц в процессе уголовного судопроизводства.

●

Механизмы, дополняющие судебное преследование

Лора Олсон

В конечном счете, наказание — это один из способов формирования коллективного нравственного сознания, но не единственный и даже не основной.

Рауль Альфонсин (первый президент Аргентины¹, избранный после падения военного режима)

Каждое государство, переживающее переходный период после репрессивного режима или вооруженного конфликта, должно принять решение о том, *нужно ли* ему расследовать совершенные в прошлом нарушения. А государства, решившие разобраться со своим прошлым, чтобы достичь примирения и предотвратить злодеяния в будущем, должны определить, *как* они будут это делать. Чему уделять основное внимание — привлечению к ответственности виновных в нарушениях *или* установлению истины в отношении произошедшего? Решение, как правило, основывается на сочетании этих двух подходов.

Лора М. Олсон — магистр и доктор прав, юридический советник Юридического отдела МККК. Ранее выполняла другие миссии МККК на местах и в штаб-квартире.

Во время неустойчивого переходного периода судебное преследование подозреваемых в совершении преступлений лиц, которые часто являются политическими и военными лидерами, не всегда представляет собой верный или самый простой политический выбор. Тем не менее судебное преследование (привлечение к ответственности виновных) указывает на то, что принцип господства права имеет приоритет над политическими решениями. Многие нарушения, совершенные в период имевшего ранее место репрессивного режима или конфликта, являются не только нарушениями внутригосударственного права, но и международного, требующими судебного преследования². Отсутствие судебного преследования ведет к поощрению безнаказанности и отрицанию того, что некоторые считают «наиболее эффективной гарантией против будущих репрессий»³.

Даже при наличии политической воли к осуществлению судебного преследования число процессов невелико в результате таких основных проблем, как неэффективность судебной системы в силу отсутствия людских ресурсов (в том числе нехватки опытных специалистов) либо финансирования, неумение полиции и обвинителей проводить расследование и представлять веские доводы, или, что еще хуже, работа с коррумпированными или скомпрометировавшими себя чиновниками; отсутствие конкретных доказательств, невозможность преследовать большое число обвиняемых в силу организационных или технических причин,

1 Raoul Alfonsin, «'Never again' in Argentina», *Journal of Democracy*, Vol. 4, January 1993, p. 19.

2 Некоторые примеры: серьезные нарушения международного гуманитарного права (ст. 50/51/130/147, соответственно, четырех Женевских конвенций 1949 г. и ст. 11 и 85 Дополнительного протокола I 1977 г. и нарушения Конвенции 1948 г. о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, Конвенции 1984 г. против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Межамериканской конвенции

1994 г. о насильственном исчезновении людей, Международной конвенции о пресечении преступления апартеида и наказании за него, а также преступления, обусловленные Римским статутом Международного уголовного суда 1998 г.

3 Diane F. Orentlicher, «Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime», *The Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, p. 2542; см. также Jaime E. Malamud-Goti, «Transitional governments in the breach: Why punish State criminals?», *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, 1990, p. 12.

отсутствии необходимого национального законодательства, имплементирующего обязательства по международным договорам, или принятие закона об амнистии, ограничивающей возможности судебного преследования. «Право на восстановление справедливости»⁴, служащее поддержкой судебного преследования, все же не означает преследовать ради преследования. Необходимо соблюдение всех судебных гарантий для обеспечения справедливого судебного преследования.

Даже идеально функционирующая судебная система может сыграть лишь ограниченную роль в достижении примирения и при переходе к миру или прекращении действия режима репрессий. Судебное преследование эффективно обеспечивает личную ответственность, но не обеспечивает институциональной ответственности, т.е. признания того, что определенные институты, возможно даже суды, сыграли определенную роль в нарушениях, и не выдвигает предложений по реформированию этих институтов. Уголовное судопроизводство направлено на установление виновности или невиновности отдельного лица в совершении определенного преступления с соблюдением критерия доказанности; это не всегда совпадает с задачей раскрытия истины. Разумеется, в ходе уголовных процессов выясняется истина⁵, но обязанность суда подчиняться правилам доказывания часто ограничивает раскрытие фактов, а значит, препятствует установлению истины. Уголовные процессы концентрируются на определении индивидуальной вины и часто на единственном инциденте. Пауль ван Зил, юрист, который

4 Три права – право жертвы на информацию, право жертвы на восстановление справедливости и право жертвы на возмещение понесенного ею ущерба – сформулированы в Окончательном докладе «Отправление правосудия и права человека задержанных лиц: вопрос о безнаказанности лиц, виновных в нарушениях гражданских и политических прав человека», подготовленном г-ном Жуане в соответствии с решением Подкомиссии 1996/119, UN Doc.

E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 June 1997 (далее – Доклад Жуане).

5 Например, в Аргентине судебные процессы над бывшими членами хунты, проходившие в середине 80-х гг., где были представлены показания сотен жертв и свидетелей, широко освещались средствами массовой информации. Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, London, 2001, p. 100.

был старшим сотрудником Южноафриканской комиссии по установлению истины и примирению, утверждает, что «судебные процессы мало что поясняют. Их деятельность касается вины отдельных лиц, а не системы в целом. Судебные процессы основаны на противопоставлении:

«мы и они». Судебный процесс не затрагивает *нашего* соучастия. Он создает видимость того, что виновны *они*, а не мы. Так что все белое население Южной Африки смотрит на Эжена де Кока и говорит: «Злой человек», — но не понимает, что оно сделало возможным его появление. Домохозяйки с окраин из семей среднего класса и белые бизнесмены, голосовавшие за Национальную партию, сделали возможным появление Эжена де Кока. Однако на судебном процессе об этом не говорят»⁶.

Судебный процесс не предназначен для исследования развития политической и экономической структуры системы, позволившей возникнуть вооруженному конфликту или установиться репрессивному режиму. Он также не предназначен для оценки насилия, совершенного режимом или сторонами в конфликте. А ведь оба процесса необходимы для проведения структурной реформы и создания коллективной памяти о прошлом, что способствует примирению. В такой период судебное преследование наилучшим образом дополняется другими механизмами. В данной статье коротко описаны важнейшие из этих дополнительных механизмов.

Комиссии по установлению истины

Комиссиями по установлению истины в настоящее время, как правило, называют комиссии по расследованию. Данное название предполагает, что комиссия откроет истину; оно предполагает также четкое понимание того, что есть истина. Тем не менее, поскольку обычно применяется именно это название, мы употребляем его и в данной статье, и оно остается более предпочтительным

⁶ *Ibid.*, р. 101, из интервью с Паулем ван Зилом в Йоганнесбурге, Южная Африка, ноябрь 1997 г.

в качестве обобщающего названия, чем термин «комиссия по установлению истины и примирению», неправомерно подразумевающей, что примирение является целью всех подобных комиссий. На самом деле, на сегодняшний день не все признают, что комиссии по установлению истины содействуют национальному примирению; некоторые считают, что они порождают еще более глубокие обиды, беря старые раны⁷.

С 1974 г. было создано более двадцати официальных комиссий⁸, которые можно определить как органы расследования, имеющие следующие характерные черты⁹:

- комиссия по установлению истины занимается *прошлым*;
- она расследует систему совершения нарушений в определенный период времени, а не какое-либо конкретное событие;
- она является временным органом, как правило, действующим в течение периода времени от шести месяцев до двух лет. Ее работа завершается представлением отчета;
- комиссия действует с санкции, разрешения и в рамках полномочий, официально переданных ей государством (а иногда и вооруженной оппозицией, например в случае мирного соглашения).

Комиссии по установлению истины служат целому ряду целей. В ходе расследования они составляют точную и официальную документацию прошлого, признанную государством. Такая доку-

7 Priscilla B. Hayner, «Fifteen truth commissions – 1974 to 1994: A comparative study», в издании Neil J. Kritz (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. 1, United States Institute of Peace Press, Washington, 1995, p. 225, p. 229 [далее – *Transitional Justice*]; см. также Hayner, *op. cit.* (примечание 5), p. 230.

8 Комиссии по установлению истины в хронологическом порядке и периоды их действия: Уганда (1974); Боливия (1982–1984); Аргентина (1983–1984); Уругвай (1985); Зимбабве (1985); Уганда (1986–1995); Непал (1990–1991); Чили

(1990–1991); Чад (1991–1992); Южная Африка (АНК) (1992); Германия (1992–1994); Сальвадор (1992–1993); Южная Африка (АНК) (1993); Шри-Ланка (1994–1997); Гаити (1995–1996); Бурунди (1995–1996); Южная Африка (1995–2000); Эквадор (1996–1997); Гватемала (1997–1999); Нигерия (1999–2000) и Сьерра-Леоне (2000–2001). См. Hayner, *op. cit.* (примечание 5), Appendix 1, Chart 1, pp. 291–297. В настоящее время действуют комиссии по установлению истины в Перу и Восточном Тиморе.

9 *Ibid.*, p. 14.

ментация нарушений и участия в них государства сама по себе является механизмом, дополняющим судебное преследование, поскольку она предоставляет более полную информацию о системе нарушений, чем отдельные уголовные процессы; при передаче данной документации в суды она может иметь первостепенное значение для последующего судебного преследования. Кроме комиссий по установлению истины, в документировании также участвуют частные неправительственные организации, но их данные часто не получают официального признания.

Комиссия по установлению истины является трибуной, с которой жертвы могут рассказать свои истории, и многие считают это необходимым для продолжения процесса примирения, который несет исцеление. Однако необходимо принимать определенные меры предосторожности, чтобы не нанести жертвам повторной травмы. Поскольку цель комиссий по установлению истины — собрать как можно больше информации в относительно короткий промежуток времени, они просят людей рассказать свои истории достаточно подробно. Одним это может принести облегчение и являться некоей формой правосудия после стольких лет молчания или непризнания со стороны государства. Для других же общение с комиссией по установлению истины наносит повторную травму, может породить гнев и чувство мести, противоречащие цели примирения. Большая часть комиссий по установлению истины не оказывает жертвам достаточной поддержки, такой, например, как компетентное консультирование. Существует всего лишь несколько примеров деятельности подобных служб поддержки: в штатах чилийской и аргентинской комиссий по установлению истины работают психологи и социальные работники; комиссии по установлению истины на Гаити и в Сальвадоре провели базовое обучение своих сотрудников тому, как тактично брать показания. Наиболее серьезную психологическую поддержку жертвам обеспечила Южноафриканская комиссия по установлению истины и примирению — единственная, попытавшаяся создать систему последующей работы со свидетелями, получившими моральные травмы¹⁰.

¹⁰ *Ibid.*, p. 145–146.

Комиссии по установлению истины способствуют идентификации жертв, предоставляя ту или иную форму компенсации¹¹; кроме того, они дают рекомендации по проведению структурных или законодательных реформ, необходимых для предотвращения рецидивов нарушений¹². Иногда комиссии по установлению истины использовались для определения виновных и меры их ответственности. Однако эти комиссии не аналогичны судебным органам: у них явно меньше полномочий, чем у судов, они не могут назначать наказание, такое, например, как приговор к отбыванию тюремного заключения, и принуждать к даче свидетельских показаний¹³. Трудности возникают даже тогда, когда комиссии по установлению истины принимают на себя квазисудебные функции. Например, перед ними всегда встает проблема, называть ли имена подозреваемых преступников. Оглашение имен правонарушителей является частью процесса раскрытия истины, тем более, если очевидно, что судебная система недостаточно хорошо функционирует, чтобы обеспечить их судебное преследование¹⁴. При этом необходимость сказать правду сталкивается с принципом соблюдения надлежащей правовой процедуры¹⁵, которая требует справедливого обращения с лицами и возможности защиты до вынесения приговора об их виновности. Определение основы для правильных критериев доказанности, которым должна следовать комиссия по установлению истины, может облегчить некоторые проблемы, связанные с надлежащей правовой процедурой¹⁶. Однако угроза убийств из мести сохраняется. Руандийская комиссия, например,

¹¹ В Чили и Аргентине программы репараций были основаны на документах комиссий по установлению истины. *Ibid.*, p. 172.

¹² Margaret Popkin and Naomi Roht-Arriaza, «Truth as justice: Investigatory Commissions in Latin America», в издании *Transitional Justice*, *op. cit.* (примечание 7), p. 262.

¹³ Hayner, *op. cit.* (примечание 5), p. 16.

¹⁴ *Ibid.*, p. 107, Hayner, *op. cit.* (примечание 7), pp. 254–255; Juan E. Méndez,

«Accountability for past abuses», *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, p. 265.

¹⁵ Méndez, *op. cit.* (примечание 14), p. 265; José Zalaquett, в издании Alex Boraine et al. (eds), *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, 1994, p. 51.

¹⁶ Hayner, *op. cit.* (примечание 7), p. 257; см. также Méndez, *op. cit.* (примечание 14), p. 265.

огласила имена десятков должностных лиц, двое из которых были убиты через несколько месяцев после опубликования ее отчета¹⁷.

Сальвадорская комиссия по установлению истины решила назвать имена виновных, несмотря на отчаянное сопротивление государства. Комиссия утверждала:

«В мирных соглашениях Стороны недвусмысленно заявили, что необходимо узнать всю правду, и именно поэтому была создана Комиссия. Сегодня нельзя полностью открыть истину, не называя имен. В конце концов, Комиссии было поручено не написать отвлеченного доклада по Сальвадору, а описание наиболее серьезных актов насилия и выдача рекомендаций относительно принятия мер, предупреждающих повторение подобных актов»¹⁸.

В отчете Аргентинской национальной комиссии по исчезновению людей не был приведен перечень имен, но не были убраны и выдержки из показаний свидетелей, содержавшие имена некоторых обвиняемых. Однако позднее конфиденциальный перечень имен, переданный аргентинскому президенту, попал в прессу¹⁹. В отличие от других комиссий по установлению истины, Южноафриканская комиссия по установлению истины и примирению²⁰ проводила главным образом публичные слушания, причем имена обвиняемых регулярно передавались в средствах массовой информации, что давало обвиняемым существенные гарантии защиты. Акт о создании Комиссии гласит, что любое лицо, о котором были негативные упоминания, должно иметь «возможность предъявить Комис-

¹⁷ Одного из них убили повстанцы, а второй, судя по всему, был убит правительственными эскадронами смерти, убравшими свидетеля. Hauner, *op. cit.* (примечание 7), p. 257.

¹⁸ *From Madness to Hope: Report of the Commission on the Truth for El Salvador*, p. 25, цитируется по Hauner, *op. cit.* (примечание 5), p. 117.

¹⁹ Hauner, *op. cit.* (примечание 5), p. 110–111. Через 5 дней после опублико-

вания отчета Комиссии была объявлена широкая амнистия, спасшая всех названных в отчете лиц от судебного преследования. *Ibid.*, p. 40.

²⁰ Южноафриканская комиссия по установлению истины и примирению является единственной комиссией, уполномоченной проводить амнистию на индивидуальной основе.

сии протест в течение указанного периода времени (...) или дать показания на слушании в Комиссии»²¹. Кроме того, когда Южноафриканский апелляционный суд²² вынес решение против Комиссии, он оговорил процедуру, в соответствии с которой лицам, чьи имена предполагается огласить на публичных слушаниях, дается письменное уведомление за двадцать один день. Та же процедура использовалась в отношении лиц, которых Комиссия намеревалась упомянуть в своем заключительном отчете²³.

Для того чтобы работа комиссии по установлению истины была успешной, она должна соответствовать некоторым минимальным требованиям²⁴. Мандат, или компетенция, комиссии, определяющая цель ее работы, рамки расследования и полномочия, которые обычно устанавливаются президентским декретом, законодательством или мирным соглашением, должны быть четкими. Ограниченный мандат значительно уменьшает масштабы раскрываемой истины. Толкуя мандат широко, члены комиссии могут до некоторой степени расширить сферу ее действия. Однако имеются примеры ограничительного толкования мандата комиссий в силу нехватки времени, средств и надежной информации. Комиссия по установлению истины должна действовать беспристрастно и добросовестно, быть независимой от политических сил, обладать необходимыми средствами²⁵ и свободным доступом к информации, необходимой для полного расследования. Часто основной помехой в деятельности комиссий

21 Promotion of National Unity and Reconciliation Act, No 34 (1995) (South Africa), Section 30, quoted in *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, Vol. 1, 1999, chap. 7, para. 21, p. 179.

22 Case No. 3334/96, *Truth and Reconciliation Commission v. Du Preez and Another*, 1996 (3) SA 997; Case No. 4443/96 (Appellate Division) – цитируется по *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, Vol. 1, 1999, chap. 7, sec. 21–76, pp. 170–190.

23 Hayner, *op. cit.* (примечание 5), p. 125.

24 Hayner, *op. cit.* (примечание 7), p. 259. Описание идеальной комиссии по установлению истины см. в комментариях Джамала Беномара, Директора Программы по правам человека Картеровского центра Университета Эмори, приведенных Мэри Элбон, докладчиком на Конференции, в «Truth and justice: The delicate balance – documentation of prior regimes and individual rights», в издании *Transitional Justice*, *op. cit.* (примечание 7), pp. 290–291.

25 Hayner, *op. cit.* (примечание 7), p. 251.

является политическое давление, которое может прямо или косвенно ограничивать их работу, например, затрудняя доступ к информации. В рамках своего мандата комиссии по установлению истины должны быть уполномочены давать рекомендации и рассчитывать на их серьезное рассмотрение. По возможности следует заранее оговорить обязательность рекомендаций комиссии по установлению истины. Отчет комиссии по установлению истины должен быть немедленно опубликован и открыт для общественности²⁶.

Комиссия по установлению истины должна быть создана как можно скорее после разрешения конфликта или смены правительства, когда активно осуществляются перемены, и действовать в течение заданного ограниченного периода времени²⁷. Уложиться во временные рамки может быть трудно, но комиссия по установлению истины не может расследовать все дела и должна сосредоточить свое внимание на наиболее серьезных аспектах проблемы. Если не назначить предельного срока, комиссия может работать годами, как это было с Угандийской Комиссией по расследованию (1986–1995 гг.). Это исключает какой-либо эффективный вклад комиссии в преодоление переходного периода. И, наконец, соглашение о создании комиссии по установлению истины должно быть основано на неподдельной решимости изменить ситуацию к лучшему.

Люстрация

Слово «люстрация» означает очищение или освещение²⁸. Люстрация — это административный механизм, который определяется как «дисквалификация и отстранение определенных категорий

²⁶ *Ibid.*, p. 254. В этом отношении неудачу потерпела комиссия Гаити по установлению истины, опубликовавшая отчет шесть месяцев спустя после окончания своего мандата и не распространившая его среди широкой общественности. Míndez, *op. cit.* (примечание 14), p. 269.

²⁷ Hauner, *op. cit.* (примечание 7), p. 249.

²⁸ Herman Schwartz, «Lustration in Eastern Europe», в издании Transitional

Justice, *op. cit.* (примечание 7), p. 461, No 1. Люстрацию также называют «чистками». Термин происходит от латинского *lustratio*, что означает очищение с помощью жертвоприношения; см. Alexandra Barahona De Brito, Carmen González-Enríquez and Paloma Aguilar (eds), *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 6 [далее – *The Politics of Memory*].

государственных служащих предыдущего режима от должности на определенных постах в государственных и частных учреждениях нового режима»²⁹. В основном люстрация заключается в запрете баллотироваться на политические посты и иногда — в запрете на занятия определенными профессиями, например, преподаванием.

Первыми люстрацию в качестве способа преодоления прошлого выбрали страны бывшего Советского Союза³⁰, где были дисквалифицированы бывшие чиновники-коммунисты и лица, сотрудничавшие с режимом, без возбуждения их уголовного преследования. Поэтому данные законы о люстрации иногда упоминались в качестве «законов о декоммунизации»³¹. Законодательные акты о люстрации были приняты в Чешской республике и Словакии (1991 г.), Албании (1992 г.), Болгарии (1992, 1997, 1998 гг.), Польше (1992, 1997, 1998 гг.), Венгрии (1994, 1996 гг.) и Румынии (1998 г.)³². Но только в Албании, бывшей Чехословакии³³ и Германии³⁴ были проведены чистки, затронувшие большое число лиц. Другие страны воздержались от таких действий, прежде всего из-за пассивного отношения населения: в последние десятилетия существования коммунистических режимов политические репрессии стали гораздо менее жесткими, и в 1980-е гг. жертв было меньше³⁵. В переходный период коммунистическая элита по большей части мирно отдала власть, в отличие от стран Латинской Америки, где бывшая элита опасалась мщения. Отсутствие острой заинтересованности у большей части населения

²⁹ Schwartz, *op. cit.* (примечание 28), p. 461.

³⁰ Luc Huyse, «Justice after transition: On the choices successor elites make in dealing with the past», *Law & Social Inquiry*, Vol. 20, 1995, cited in *Transitional Justice*, *op. cit.* (примечание 7), p. 337. В Бельгии, Франции и Нидерландах после Второй мировой войны люстрация сопровождалась уголовным осуждением. *Ibid.*

³¹ *The Politics of Memory*, *op. cit.* (примечание 28), p. 6; Schwartz, *op. cit.* (примечание 28), p. 463.

³² *The Politics of Memory*, *op. cit.* (примечание 28), p. 6.

³³ *Ibid.*, p. 219. В Словакии закон о люстрации утратил свою силу после распада Федерации 1 января 1993 г. Официальной отмены закона не было, но административные механизмы, необходимые для его исполнения, так и не были задействованы. *Ibid.*, p. 228.

³⁴ *Ibid.*, p. 6.

³⁵ *Ibid.*, p. 219.

объяснялось также тем, что от тридцати до сорока процентов его либо были членами партии, либо были тесно связаны с членами партии. В то же время большинству жителей Восточной Европы приходилось преодолевать экономические трудности, и у них не оставалось времени на то, чтобы проявлять заинтересованность в механизме, неприятно напоминавшем чистку при коммунистах после 1945 г.³⁶ Однако, несмотря на видимое безразличие населения, люстрация была центральным вопросом повестки дня парламентов. Новая политическая элита стремилась с ее помощью четко обозначить свой разрыв с прошлым, особенно потому, что многие ее представители если и не входили в состав прежней элиты, то не были известны своей антирежимной позицией или тем, что пострадали от политических репрессий³⁷.

Люстрация в качестве политики сведения счетов с прошлым вызывает серьезные опасения в отношении процессуальной добросовестности и надлежащей правовой процедуры: право на защиту становится достаточно эфемерным, и зачастую бремя доказывания перекладывается на обвиняемых³⁸. Многие лица, которых подвергли чистке, были вычислены с помощью секретных полицейских досье. Например, в Германии политическая документация полиции была раскрыта и рассмотрена комиссией, в результате чего тысячи государственных служащих, в том числе судьи и офицеры полиции, были уволены за сотрудничество с властью³⁹. *Документирование* (раскрытие информации) как форма признания служит цели, аналогичной той, которой служит документирование, проводимое комиссией по установлению истины. Однако в этих случаях многие полицейские досье были неверными — либо неполными, либо искаженными в пользу агентуры⁴⁰, — что добавляет сомнений в соблюдении правовой процедуры при люстрации. Процесс люстрации бывает также весьма политизирован. Чтобы избежать некото-

³⁶ *Ibid.*, p. 220.

³⁷ *Ibid.*, p. 221.

³⁸ Huuse, *op. cit.* (примечание 30), p. 346.

³⁹ *The Politics of Memory, op. cit.* (примечание 28), p. 6.

⁴⁰ Schwartz, *op. cit.* (примечание 28), p. 464. Бывшая Чехословакия служит одним из примеров. См. *The Politics of Memory, op. cit.* (примечание 28), p. 225.

рых из этих сложностей, следует настаивать на индивидуальном подходе к каждому случаю люстрации, основанном исключительно на действиях именно этого конкретного лица⁴¹.

Такой подход вызывает другие тревожащие проблемы. Многие правительства прибегли к законам о люстрации в период перехода к демократии, когда люди подвергались чисткам за принадлежность к ныне осужденной группе. Это идет вразрез с основными демократическими принципами, к соблюдению которых стремились государства, применившие этот метод. Как установить пределы дисквалификации? Кого считать по-настоящему невиновным?⁴² Пагубное воздействие люстрации распространяется на родных и близких лиц, подвергшихся чистке, что приводит к отчуждению огромной части населения. Если же оценивать практически, то государство лишает себя большого числа специалистов. Павел Досталь, член Федерального Собрания Чехословакии, сказал по поводу Закона о люстрации (Закона о кадровой проверке) 1991 г. следующее: «Если мы не ослеплены ненавистью, то нам следует принять этих людей в свои ряды, поскольку среди них есть специалисты, которые нам очень нужны, если мы действительно собираемся присоединиться к сообществу европейских государств»⁴³.

Возмещение ущерба

В отличие от механизмов, которые обсуждались выше, возмещение ущерба касается жертвы, а не правонарушителя. Международное право устанавливает «право на возмещение ущерба»⁴⁴, налагая этим на государства обязанность обеспечивать возмещение

41 Schwartz, *op. cit.* (примечание 28), р. 466; см. по этому вопросу Andrzej Rzeplinski, «A lesser evil?», *East European Constitutional Review*, Vol. 1, 1992, pp. 33–35, опубликовано в *Transitional Justice, op. cit.* (примечание 7), pp. 484–487.

42 «Все мы в той или иной степени несем ответственность, поддерживая тоталитарную машину на ходу. Никто из нас не

является лишь жертвой этой машины, мы все вместе участвовали в ее создании». Из новогоднего обращения Вацлава Гавела от 1 января 1990 г., цитируется по Andrew Nagorski, *The Birth of Freedom*, Simon and Schuster, New York, 1993, p. 89; Schwartz, *op. cit.* (примечание 28), р. 461.

43 Huuse, *op. cit.* (примечание 30), р. 348.

44 Доклад Жуане, *op. cit.* (примечание 4).

ущерба за нарушение своих международных обязательств⁴⁵. Чтобы успешно выполнить это обязательство, государства должны выделить достаточно времени и ресурсов, необходимых для выполнения любой программы возмещения ущерба.

Возмещение может предоставляться в виде четырех основных форм, таких как: реституция, компенсация, сатисфакция и деклараторное решение⁴⁶. Оно может быть как материальным, так и нематериальным. Материальное возмещение ущерба может быть сделано в виде выплаты наличных денег или в другой денежной форме, например, в форме оплаты образования, жилья или реституции незаконно отобранной собственности. Например, Германия за последние пятьдесят лет выплатила более 600 млрд долл. США жертвам нацизма и их семьям. Спустя более чем пятнадцать лет после окончания военного правления в Бразилии правительство учредило программу репараций, в рамках которой было выделено около 100 тыс. долл. США каждой из 135 семей исчезнувших лиц⁴⁷. В Чили 4 тыс. 886 человек ежемесячно получают чеки на суммы от 345 долл. США в рамках «пенсионного плана», учрежденного в 1997 г. для членов семей лиц, погибших или исчезнувших в годы военной диктатуры. Члены семей погибших или исчезнувших лиц имеют льготы в области образования и здравоохранения, а также освобождение от обязательной военной службы⁴⁸. Южноафриканская комиссия по установлению истины и примирению также сделала рекомендации по материальным и нематериальным возмеще-

⁴⁵ Региональные и международные договоры по правам человека, подтвержденные решениями международных судов. См.: «Комиссия по правам человека: Исследование, касающееся права на реституцию, компенсацию и реабилитацию в отношении жертв грубых нарушений прав человека и основных свобод: Окончательный доклад», Тео ван Бовен, Специальный представитель, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993, 8 July 1993; см. также Доклад Жуане, *op. cit.* (примечание 4).

⁴⁶ «Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms, UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities», Theo van Boven, Special Rapporteur, Preliminary Report, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1990/10, 26 July 1990, paras 25–29.

⁴⁷ Hayner, *op. cit.* (примечание 5), p. 180.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 172–173.

ниям ущерба жертвам, в результате которых были осуществлены программы ограниченного действия⁴⁹.

Однако как можно измерить страдание и потери в деньгах? Имеют ли все жертвы право на одинаковый объем возмещения ущерба? Для некоторых жертв или их семей даже небольшая сумма может быть символическим выражением того, что государство берет на себя ответственность. Другие, например члены организации «Матери Плаза де Майо» в Аргентине, где в 1994 г. был принят закон о возмещении ущерба семьям исчезнувших лиц, отказываются от каких-либо денег, считая, что «кровавые деньги», даваемые в обмен на человеческую жизнь, им не нужны⁵⁰.

Даже если и можно прийти к соглашению о денежном объеме возмещения, многие правительства не располагают средствами, чтобы предоставить прямые финансовые компенсации всем жертвам. Нематериальные возмещения ущерба включают ряд мер. Одна из важнейших его форм – это раскрытие истины, сопровождаемое формальным признанием правительством этой истины и своей ответственности за причиненное зло. Примерами такого возмещения являются возведение мемориалов в честь жертв и принятие превентивных мер, таких как конституционные и структурные реформы или обучение в области прав человека. Здесь можно вновь привести пример Аргентины, создавшей новый правовой статус «насильственно исчезнувших лиц», юридически приравненный к признанию гражданина умершим для ведения гражданских дел, что позволяет семьям, например, оформлять завещания или вступать во владение имуществом, но не объявлять лицо умершим. До того как появился этот закон, семьи не могли привести в порядок дела исчезнувшего, пока они не объявляли, что он «сочтен умершим». Такой статус не удовлетворял членов семей, поскольку он не признавал ответственность государства⁵¹. Судебное преследование преступников и, следовательно, отказ от законов об амнистии, чрезвычайно важны не только потому, что жертвы понимают, что пра-

49 *Ibid.*, p. 178.

50 *Ibid.*, p. 177.

51 *Ibid.*

восудие вершится, но и потому, что без этого судебного преследования жертвам, даже при наличии средств, крайне сложно получить доступ к необходимым доказательствам, чтобы представить свои дела в суд для получения компенсации от государства. В некоторых странах всеобщая амнистия делает невозможными как уголовное преследование, так и подачу гражданских исков.

Обращение к обычаю. Два примера

Все дополнительные механизмы, описанные в данной статье, могут содействовать успешному переходу к новому режиму и примирению, но степень успешности может определяться применением местного обычного права. Например, в Мозамбике традиционные ритуалы проложили путь к примирению после жесточайшего конфликта между правительством и Мозамбикским национальным сопротивлением (РЕНАМО), который завершился в 1992 г. подписанием соглашения об установлении мира в Мозамбике⁵². По окончании конфликта национальные и международные организации обнаружили, что, пока они думали о том, как укреплять мир, оказалось, что на местах процесс примирения уже идет, а они своими идеями только мешают этому⁵³. Жителям Мозамбика удалось удивительно быстро прекратить конфликт и снова начать совместную жизнь, прежде всего с помощью местных приемов утешения. «Недавнее исследование населения Мозамбика, пострадавшего от войны (...), показало, что разговор о пережитых страданиях не всегда помогает пациентам «сжиться» со своим горем»⁵⁴. Традиция исполнения очистительных ритуалов, избавляющих людей от воспоминаний о произошедших на войне злодеяниях, позволяет человеку отстранить от себя прошлое и заново найти свое место в обществе. Кроме того, ритуалы почитания духов предков «восстанавливают прерванные

52 Alsinda Honwana, «Sealing the Past, Facing the Future: Trauma Healing in Rural Mozambique», *Accord – An International Review of Peace Initiatives*, 1998, http://www.-c-r.org/accord/acc_moz/honwana.htm.

53 Хосе Луис Кабасо, бывший правительственный чиновник ФРЕЛИМО. Цитируется по Hayner, *op. cit.* (примечание 5), p. 191.

54 Honwana, *op.cit.* (примечание 52), p. 2; Hayner, *op. cit.* (примечание 5), pp. 193–195.

войной родовые связи и (...) служат духовным руководством и защитой, позволяющими справиться с проблемами, возникающими в процессе восстановления общества»⁵⁵.

На политическом уровне и на индивидуальном, с помощью обычаев, было принято решение не задерживаться на прошлом. Рауль Домингос, бывший лидер РЕНАМО и главный представитель этой партии в парламенте, объясняет смысл примирения в Мозамбике: «Слово «примирение» означает забвение прошлого и терпимость. Мы убивали друг друга, но мы предаем это забвению, потому что мы друг другу сыновья и братья и мы живем вместе. Без этого война никогда бы не закончилась»⁵⁶. Мозамбик остается интересным примером для изучения того, как делается выбор: забыть или помнить прошлое, искать виновных или примириться.

Примером обычного правосудия служит гачача⁵⁷ в Руанде. В этой стране около 120 тыс. человек содержатся под стражей в связи с геноцидом 1994 г. По подсчетам, национальным судам Руанды и Международному уголовному трибуналу по Руанде (МУТР) потребуется минимум сто лет, чтобы провести судебное разбирательство по делам всех этих лиц⁵⁸. Чтобы разрешить эту ситуацию, правительство Руанды решило создать гачачу — альтернативную систему правосудия переходного периода, задействуя общественное и местное правосудие, когда представители общин выступают в роли «народных судей». Президент Руанды Поль Кагаме заметил, что «ес-

55 Honwana, *op.cit.* (примечание 52), p. 5.

56 Hauner, *op. cit.* (примечание 5), p. 192, интервью с Раулем Домингосом, бывшим лидером РЕНАМО в Мозамбике.

57 12 октября 2000 г. Национальная Ассамблея переходного периода проголосовала за принятие закона о введении гачачи. Слово «гачача» на языке киньяруанда означает траву, на которой традиционно проводились сельские собрания. Herve Bar, «Rwanda-Rwandans elect judges for grass-roots courts for genocide hearings», AFP via NewsEDGE, 4 October 2001.

58 «Rwanda: Genocide survivors worried about people's courts», Agence France-Presse via NewsEDGE, 10 March 2001. По другим оценкам, потребуется 150 лет: Abigail Zoppetti, «Crime de guerre. Au Rwanda, retour a la justice coutumiere de les 'gacaca'», Le Temps, 19 July 2001; или 200 лет: Gabriel Gabiro and Julia Crawford, «Les Rwandais expriment des sentiments partagés sur les 'gacaca'», *Arusha International Criminal Tribunal for Rwanda News*, Agence de Presse Hirondelle, 4 May 2001.

ли гачача будет иметь успех, она покажет, что мы нашли собственный способ залечить раны нашего общества. Классическое правосудие даже при наличии всех необходимых средств не может решить всех проблем, оставшихся после геноцида. Гачача позволит узнать правду о случившемся, ускорить процесс восстановления, искоренить безнаказанность, примирить руандийцев и укрепить единство страны»⁵⁹.

Многие продолжают скептически относиться к гачаче не только из-за существующих организационных сложностей и сомнений в компетентности «народных судей», но и потому, что традиционные формы правосудия уже не приемлет все население без исключения⁶⁰. Кроме того, традиционная гачача никогда не предназначалась для судебного разбирательства серьезных преступлений, таких как геноцид. Этот новый вариант гачачи, устанавливающий уголовное право, стоит ближе к механизму пресечения, чем к поиску примирения, лежащему в основе традиционной гачачи, и подвергается критике за недостаток минимальных судебных гарантий. Разбирательства в рамках гачачи планируется начать в мае 2002 г.

Заключение

Механизмы, описанные в данной статье, часто называют альтернативой судебному преследованию, хотя было бы правильнее считать, что они дополняют как судебное преследование, так и друг друга. Как правило, одного механизма не хватает, чтобы успешно провести переход к новому режиму после того, как имели место серьезные нарушения. Чтобы осуществить «право на информацию»⁶¹, необходимо открыть истину. Это можно сделать с помощью уголовных процессов, документации и, более широко, с помощью комиссий по установлению истины. Применяя любой из этих механизмов и признавая истину, государство также предоставляет нематериаль-

⁵⁹ Bar, *op. cit.* (примечание 57).

⁶⁰ Charles Ntampaka, «Le gacaca rwandais, une justice répressive participative», *Actualité du droit International*

Humanitaire, Les Dossiers de la Revue de Droit Pénal et de Criminologie, Vol. 6, la Charte, Brussels, 2001, p. 211, p. 213.

⁶¹ Joinet Report, *op. cit.* (примечание 4).

ное возмещение ущерба жертвам, что является одной из форм удовлетворения «права на возмещение ущерба». Комиссии по установлению истины предлагают реформы, например судебной системы. Проведение таких реформ правительством служит гарантией того, что прошлое не повторится, а это тоже одна из форм возмещения ущерба жертвам. Передача суду документации, собранной комиссией по установлению истины либо частной неправительственной организацией, помогает осуществлять судебное преследование правонарушителей в соответствии с «правом на восстановление справедливости». Судебное преследование преступника или применение административной формы привлечения к ответственности, например люстрации, может одновременно рассматриваться как форма возмещения ущерба. Конкретная ситуация определяет оптимальный выбор комбинации взаимодополняющих механизмов и структуру каждого из них, необходимые для содействия примирению и предотвращения злодеяний в будущем.

●

Новые войны – новое оружие? Обязанность государств оценивать законность средств и методов ведения войны

Изабелла Дауст, Робин Куплэнд и Рикке Исхой

Сейчас, когда меняется характер вооруженных конфликтов и получить доступ к высокотехнологичным средствам и методам ведения войны становится все легче, чрезвычайно важно, чтобы применение новых видов оружия подвергалось тщательному рассмотрению. Это особенно актуально ввиду стремительного развития технологии производства оружия, которое, как отмечал Анри Дюнан еще в 1863 г., если и может сократить «со временем продолжительность войн, то сражения зато будут еще гибельнее»¹.

.....

Изабелла Дауст – юрист, в настоящее время работает юридическим советником в отделе мин и вооружений МККК. Робин Куплэнд – хирург и бывший координатор хирургической деятельности МККК; в настоящее время работает советником МККК по вопросам вооруженного насилия и последствий применения оружия. Рикке Исхой – юридический советник Датского Красного Креста. Мнения, высказываемые в данной статье, принадлежат авторам и не обязательно отражают позицию МККК, Датского Красного Креста или упоминаемых здесь государств. Авторы хотели бы поблагодарить за помощь ряд правительственных работников, к которым они обращались за консультациями при подготовке данной статьи.

Поразительная склонность людей разрабатывать новые виды оружия нередко проявляется параллельно усилиям, направленным на ограничение или регулирование применения этого оружия. В связи с этим интересно отметить, что когда в 1864 г. шли переговоры о принятии I Женевской конвенции, разрабатывалось новое смертоносное оружие. В 1863 г. армия Российской Империи приняла на вооружение пулю, которая разрывалась при соприкосновении с твердой поверхностью. В 1867 г. устройство пули было изменено таким образом, чтобы она разрывалась при соприкосновении с мягким предметом, например с человеческим телом. Признав, что она представляет собой большую угрозу для солдат, русский царь пригласил представителей государств на международную военную комиссию. Результатом ее работы явилась Санкт-Петербургская декларация 1868 г.²

Санкт-Петербургская декларация стала предшественницей как многосторонних договоров по контролю над вооружениями, так и Гаагского права, регулирующего средства и методы ведения войны³. В ее преамбуле устанавливается следующий принцип: единственная законная цель войны состоит в ослаблении военных сил неприятеля и «употребление такого оружия, которое по нанесении противнику раны без пользы увеличивает страдания людей, выведенных из строя, или делает смерть их неизбежною», не соответствует этой цели. Она также утверждает, что употребление подобного оружия противно законам человеколюбия, и прямо запрещает применение взрывчатых снарядов весом менее 400 граммов.

Санкт-Петербургская декларация — первый международный документ, в котором говорится о необходимости рассмотрения законности новых видов оружия. Относительно развития оружия в будущем в ней говорится: «Стороны Договаривающиеся и

¹ Анри Дюнан, «Воспоминание о битве при Сольферино», МККК, М., 1995 г., с. 64. Эта книга впервые увидела свет в 1863 г.

² Декларация об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль, СПб, 1868 г. (Далее — Санкт-Петербургская декларация).

³ См., например, Н. Durham and T. McCormack (eds), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Kluwer, The Hague, 1999, pp. 66–73.

приступившие предоставляют себе право входить впоследствии между собою в новое соглашение всякий раз, когда с целью поддержать постановленные принципы и для соглашения между собою требований войны и законов человеколюбия — вследствие усовершенствований, произведенных науками в вооружении войск — будет сделано какое-либо определенное предложение». В международном праве существует только одна другая ссылка на такое рассмотрение — в ст. 36 Дополнительного протокола I 1977 г.⁴, норме, которой в большинстве государств, к сожалению, не уделяют должного внимания и не придают необходимого значения.

Эта статья представляет собой попытку дать краткий обзор основных элементов данного положения, включая нормы и факторы, которые государствам следует принимать во внимание, чтобы обеспечить соответствие средств и методов ведения войны применимым к ним нормам международного права. В ней также описываются меры, принимаемые некоторыми государствами для имплементации ст. 36 Дополнительного протокола I, и особо подчеркиваются некоторые общие черты таких процедур. Поскольку не существует документов, полностью отражающих то, как государства проводят юридическое рассмотрение новых видов оружия, описываются только процедурные аспекты механизмов рассмотрения, созданных некоторыми государствами. В статье также подчеркивается важность имплементации ст. 36 и междисциплинарного подхода при проведении оценок.

Основные положения статьи 36 Дополнительного протокола I

Обязательство принимать меры по имплементации на уровне отдельных государств

Принцип *pacta sunt servanda* требует, чтобы государства добросовестно выполняли свои договорные обязательства. Для госу-

⁴ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных

вооруженных конфликтов, 8 июня 1977 г. (далее — Дополнительный протокол I).

дарств – участников Женевских конвенций и Дополнительных протоколов к ним это означает принятие ряда мер на национальном уровне, в частности, законодательных мер для наказания виновных в совершении военных преступлений, законодательных и административных мер для предотвращения неправомерного использования красного креста, красного полумесяца и других эмблем, находящихся под защитой, а также назначение и подготовку лиц, имеющих квалификацию в области международного гуманитарного права, в том числе юридических советников в вооруженных силах⁵.

Государства обязаны также принимать во внимание нормы международного гуманитарного права при разработке и применении оружия и военных тактических приемов. В связи с этим следует отметить, что ряд положений Дополнительного протокола I касаются средств и методов ведения войны⁶. Например, ст. 35 гласит, что право сторон в вооруженном конфликте выбирать методы и средства ведения войны не является неограниченным. Она также запрещает применять оружие, снаряды, вещества и методы военных действий, которые способны причинить излишние повреждения или излишние страдания или которые имеют своей целью причинить или, как можно ожидать, причинят обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде⁷. Статья 51 Дополнительного протокола I запрещает применение таких средств и методов ведения военных действий, которые поражают военные объекты и гражданские лица без различия.

С этими положениями связано обязательство государств-участников, налагаемое ст. 36 Дополнительного протокола I, обеспечить соответствие применения новых видов оружия, средств или методов ведения войны нормам международного права.

Приведем в точности текст данной статьи:

«При изучении, разработке, приобретении или принятии на вооружение новых видов оружия, средств или методов ведения

⁵ См., например, A. Segall, *Punishing Violations of International Humanitarian Law at the National Level: A Guide for Common Law States*, ICRC, Geneva, 2001, pp. 21–22.

⁶ Однако в Дополнительном протоколе I нет запретов на конкретные виды оружия.

⁷ См. ст. 35(2) и (3).

войны Высокая Договаривающаяся Сторона должна определить, подпадает ли их применение, при некоторых или при всех обстоятельствах, под запрещения, содержащиеся в настоящем Протоколе или в каких-либо других нормах международного права, применяемых к Высокой Договаривающейся Стороне».

Формулировка этого положения ясно указывает на то, что обязательство проводить рассмотрение новых средств и методов ведения войны с этой точки зрения возлагается на каждое государство — участник Дополнительного протокола I, как в случае, если оно само разрабатывает и производит оружие, так и если оно закупает его⁸. Примечательно, что некоторые государства, еще не ставшие участниками Дополнительного Протокола I, приняли внутригосударственные процедуры, обеспечивающие такое рассмотрение новых видов оружия.

Статья 36 не уточняет, каким образом должно определяться, не подпадает ли какой-либо новый вид оружия, средство или метод ведения войны под запрет, тем не менее она подразумевает принятие последовательных мер на уровне отдельных государств для проведения такой оценки⁹. Даже до принятия Дополнительного протокола I некоторые государства уже приняли внутригосударственные процедуры оценки или изучали возможность их принятия или создания комитета, который проводил бы такую оценку¹⁰.

Нормы, которые следует учитывать при проведении оценок

Статья 36 Дополнительного протокола I требует определения потенциально незаконного характера — при некоторых или при всех обстоятельствах — новых видов оружия, средств и ме-

⁸ См. Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987, p. 426.

⁹ *Ibid.*, p. 428. Меры, принимаемые государствами, могут быть различными, иногда они могут иметь официальный характер, иногда — неофициальный. Процедуры, принятые некоторыми государствами, рассматриваются ниже более подробно.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 426–427.

тодов ведения войны с точки зрения положений Протокола и любых других применимых норм международного гуманитарного права. По результатам рассмотрения, государство должно, в зависимости от обстоятельств, разрешить, ограничить определенными правилами или запретить применение конкретного вида оружия или метода ведения войны¹¹. Однако решение одного государства запретить какой-либо вид оружия не будет обязательным на международном уровне¹².

В статье 36 указывается, что государства должны определить, соответствуют ли новые виды оружия, средства или методы ведения войны, которые они намереваются изучить, разработать, приобрести или принять на вооружение, применимым к ним нормам международного права. Это подразумевает, что первым шагом при проведении оценки должно стать изучение конкретных запретов, содержащихся в документах международного гуманитарного права, участником которых является государство, проводящее оценку, в отношении какого-либо вида оружия или метода ведения войны.

В число таких договоров входят, в частности, Санкт-Петербургская декларация, Гаагские декларации 1899 г., Гаагские конвенции 1907 г., включая Гаагское положение о законах и обычаях сухопутной войны, Женевский протокол о запрещении применения на войне удушливых, ядовитых или других подобных газов 1925 г., Конвенция о биологическом оружии 1972 г.; Конвенция о запрещении военного или иного враждебного использования средств воздействия на природную среду 1976 г., Конвенция о некоторых видах обычного оружия 1980 г. и протоколы к ней — о необнаруживаемых осколках (Протокол I), о минах, минах-ловушках и других устройствах (Протокол II, в его первоначальной форме и с поправками), о зажигательном оружии (Протокол III) и об ослепляющем лазерном оружии (Протокол IV), Конвенция о химическом оружии 1993 г. и Конвенция о запрещении противопехотных мин 1997 г.

11 *Ibid.*, pp. 423–424.

12 H. Levie, *Protection of War Victims: Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, Oceana Publications, New York, 1980, p. 287.

Помимо применимого в этих случаях международного договорного права, государство, проводящее оценку, должно принять во внимание и нормы международного обычного права, относящиеся к оцениваемым средствам и методам войны. Мы не станем выяснять здесь, какие именно нормы имеют обычный характер, однако отметим, что Международный суд в своем Консультативном заключении определил некоторые «главные принципы» гуманитарного права как обычные. Они включают в себя принцип различения целей и запрет на оружие, при применении которого невозможно провести различие между гражданскими и военными объектами; а также запрет на причинение комбатантам чрезмерных страданий и на применение оружия, которое вызывает такие страдания или приводит к бесполезному усугублению их страданий¹³. Эти принципы также закреплены в Дополнительном протоколе I.

Если оцениваемый вид оружия, средство или метод ведения войны не подпадают под конкретный запрет договорных норм или обычного права, государство должно определить, соответствуют ли они нормам Дополнительного протокола I. Особое значение имеют «кардинальные принципы», описанные выше, а именно те, которые закреплены в ст. 35(2), 48 и 51 Дополнительного протокола I. В отношении запрета, содержащегося в ст. 35(2), Международный суд пришел к следующему выводу: излишние страдания — это причинение «вреда большего, чем тот, который неизбежен для достижения законных военных целей»¹⁴. Иными словами, необходимо установить равновесие между военной необходимостью и тем ущербом, который причиняет оружие, чтобы последний не был чрезмерным по отношению к этой военной необходимости.

Положения Дополнительного протокола I, касающиеся защиты природной среды, такие как ст. 35(3) и 55 также должны приниматься во внимание при проведении оценки. Эти положения

¹³ Законность угрозы ядерным оружием или его применения, Консультативное заключение Международного суда, 19 июля 1996 г., ГА ООН, А/51/218, п. 78.

¹⁴ *Ibid.*

предусматривают обязательство защищать природную среду от обширного, долговременного и серьезного ущерба и запрещают средства и методы ведения войны, которые имеют своей целью причинить или, как можно ожидать, причинят такой ущерб.

Наконец, еще одно положение, которое необходимо учитывать, — ст. 1(2) Дополнительного протокола I, также известная как «оговорка Мартенса». Согласно данному положению, первоначально включенному в Гаагскую конвенцию II 1899 г. о законах и обычаях сухопутной войны, в тех случаях, когда не применимо ни договорное, ни обычное право, гражданские лица и комбатанты остаются «под защитой и действием принципов международного права, проистекающих из установившихся обычаев, из принципов гуманности и из требований общественного сознания». Следовательно, можно утверждать, что оружие, неприемлемое для общественного сознания, может быть запрещено по этой причине¹⁵. В связи с этим важно, что Международный суд подтвердил значение оговорки Мартенса, «действенность и применимость которой не подлежат сомнению», и заявил, что она «оказалась эффективным способом учета быстрого развития военной техники»¹⁶. Суд также заявил, что международное гуманитарное право применимо ко всем видам оружия и что их «новизна» не является препятствием для применения к ним данного корпуса права¹⁷.

Оружие, средства и методы ведения войны, подлежащие оценке

Все изучаемые, разрабатываемые, принимаемые на вооружение или приобретаемые новые виды оружия, средства и методы ведения войны, как противопехотные, так и предназначенные для поражения материальных средств, подлежат оценке. Из формулировки ст. 36 Дополнительного протокола I можно сделать вывод,

¹⁵ M. Dando (ed.), «Non-Lethal Weapons: Technological and Operational Prospects», *Jane's Special Report*, London, 2000, pp. 60–65.

¹⁶ *Op. cit.* (примечание 13), pp. 78 и 87.

¹⁷ *Ibid.*, п. 86.

что такую оценку необходимо проводить на каждом из этих этапов¹⁸. В любом случае, представляется логичным, чтобы определение законности имело место на раннем этапе, т.е. во время изучения и разработки, до принятия на вооружение, приобретения и размещения оцениваемых средств и методов ведения войны.

В статье 36 Дополнительного протокола I речь идет об «оружии», а также о «средствах и методах ведения войны», в силу чего статья имеет широкую сферу применения¹⁹. Обычно считают, что выражение «методы ведения войны» означает, каким образом применяется то или иное оружие. Примеры методов ведения войны, запрещенных Дополнительным протоколом I, включают в себя неизбирательные нападения, нападения на установки, содержащие опасные силы, если такие нападения могут вызвать большие потери среди гражданского населения, а также действия, вызывающие голод среди гражданских лиц.

В статье 36 говорится о «новых» видах оружия, средствах и методах ведения войны, но сфера ее применения не ограничивается новыми видами оружия или оружием будущего²⁰. Это положение может применяться и к уже существующему оружию, например, если оно было модифицировано после проведения оценки. Следовательно, термин «новый» не следует понимать строго в его техническом смысле, так как любое оружие может быть «новым» для государства, которое намеревается его приобрести²¹.

Желательно, чтобы государства проводили оценку оружия, которое они собираются экспортировать²², хотя это специально не оговаривается в ст. 36. Это соответствовало бы их обязательству, налагаемому ст. 1, общей для четырех Женевских конвенций 1949 г., и Дополнительного протокола I «соблюдать и заставлять соблюдать» данные договоры.

18 С таким аргументом выступила Швеция, *op. cit.* (примечание 12), p. 285.

19 Различие между терминами «оружие» и «средство ведения войны» не ясно.

20 Оружие будущего, подпадающее под широкий термин «оружие несмертельного

действия», также должно оцениваться согласно ст. 36 Дополнительного протокола I.

21 *Op. cit.* (примечание 8), p. 425.

22 *Ibid.*, p. 426.

Необходимость многопрофильного подхода

Помимо соблюдения вышеупомянутых норм, следует содействовать тому, чтобы государства при проведении оценки решали широкий круг вопросов, в том числе военного, технического и медицинского характера. К ним относится, например, оценка предназначения данного оружия в различных ситуациях, соображения в пользу его разработки, принятия на вооружение или приобретения, а также вопрос о том, нельзя ли добиться того же результата с помощью других средств или методов ведения войны. Необходимо думать и о возможных последствиях распространения такого оружия.

Важно также рассмотреть и то, как скажется применение средств и методов ведения войны на состоянии здоровья и благополучии отдельных лиц и групп населения, а также на природной среде. Что касается первого, следует принять во внимание механизм поражения — посредством снарядов, взрывной волной или как-то иначе. Если новый вид оружия или метод ведения войны предназначен для поражения личного состава, следует рассмотреть уровень смертности, а также виды ранений и повреждений, которые могут стать результатом его боевого применения. Еще один вопрос, которому необходимо уделить внимание, — будет ли военное преимущество, полученное с помощью рассматриваемых видов оружия или методов, более существенным и оправдывающим сопутствующие ранения и страдания комбатантов или гражданских лиц.

Международный Комитет Красного Креста (МККК) постарался обеспечить объективность в рассмотрении некоторых из этих вопросов медицинского характера с помощью проекта СИРУС²³. При осуществлении данного проекта было установлено, что измеримые медицинские последствия применения такого оружия, как автоматы, минометы, бомбы и снаряды, которое широко использовалось на протяжении последних пятидесяти лет, во мно-

²³ Название проекта образовано первыми буквами английских слов «Superfluous Injury or Unnecessary Suffering» («Излишние страдания и чрезмерные повреждения»).

См. также R. Coupland (ed.), *The SIRUS Project: Towards a Determination of Which Weapons Cause «Superfluous Injury or Unnecessary Suffering»*, ICRC, Geneva, 1997.

гих отношениях стабильны. По результатам проекта было предложено признать, что последствия применения других видов оружия, таких как зажигательное и противопехотное лазерное, действие которых основано не на передаче кинетической энергии, а на других принципах, имеют принципиально иную природу. Таким образом, при реализации проекта СИРУС было отмечено различие между оружием, которое поражает снарядами и взрывчатыми веществами, и тем, которое имеет другие поражающие факторы. Было отмечено, что воздействие оружия, зависящее от его конструкции, должно приниматься в расчет при юридической оценке такого оружия²⁴.

Ясно, что те, кто проводит оценку, должны будут собрать все сведения, которые необходимы для тщательного выяснения вышеупомянутых вопросов. Важно отметить один из основных выводов, к которому пришло совещание экспертов, организованное МККК в январе 2001 г.²⁵: нужно, чтобы оценки были очень строгими и многопрофильными, особенно когда оружие наносит поражение не посредством взрывчатых веществ, разрывов снарядов или ожогов и может оказать необычное воздействие²⁶.

24 Примечательно, что виды оружия, поражающие не за счет передачи кинетической энергии, подвергаются осуждению, их запрещают или делают попытки их запретить.

25 Краткое описание этого совещания см. в I. Daoust, «ICRC Expert Meeting on Legal Reviews of Weapons and the SIrUS Project», *IRRC*, No. 83, 2001, pp. 539–542.

26 См. Summary Report by the ICRC, Expert Meeting on Legal Reviews of Weapons and the SIrUS Project, Jongny sur Vevey, Switzerland (29–31 January 2001). Несмотря на то что

конкретные предложения, выработанные в результате проекта СИРУС, не получили широкой поддержки на этом совещании, все эксперты признали важное значение выполнения ст. 36 Дополнительного протокола I. См. также предложения, содержащиеся в документе МККК от января 2000 г., опубликованном после XXVII Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца под названием «The SIrUS Project and reviewing the legality of new weapons».

Опыт некоторых государств²⁷

Практика соблюдения требований ст. 36 имела место только в немногих государствах. Рассматриваемые ниже процедуры были отобраны на основании сведений, предоставленных Австралией, Норвегией, США и Швецией. Согласно имеющейся информации, Бельгия, Дания, Германия, Канада и Нидерланды также принадлежат к числу стран, имеющих внутригосударственные механизмы или процедуры для проведения оценки законности оружия.

Швеция

Швеция была первой страной, которая учредила независимый орган, принимающий решения по выяснению законности оружия. Делегация по наблюдению за проектами по производству оружия с точки зрения международного гуманитарного права (Делегация) была образована еще в 1974 г., за три года до принятия Дополнительного протокола I²⁸. Решение о ее учреждении было принято после того, как Швеция критически оценила применение сторонами некоторых видов оружия во время вьетнамской войны. Оно было продиктовано желанием обеспечить соответствие средств и методов войны, применяемых Вооруженными силами Швеции, международным обязательствам страны.

Шведское правительство назначает членов Делегации по своему выбору. В состав Делегации входят эксперты в области права, военного дела, медицины и технологии вооружений²⁹. Деле-

²⁷ Информация, содержащаяся в данном разделе, была ранее опубликована Датским Красным Крестом и Комитетом по международному праву Датского Красного Креста в докладе, озаглавленном *Reviewing the Legality of New Weapons*, Copenhagen, January 2001. В настоящее время готовится пересмотренная версия данного доклада; она будет включать в себя информацию по внутригосударственным механизмам оценки, созданным другими государствами, а также обсуждение возможных международных инициатив,

способствующих соблюдению ст. 36 Дополнительного протокола I.

²⁸ См. *Legal Examination of Weapon Projects Act*. Дополнительная информация была предоставлена председателем и секретариатом Делегации.

²⁹ В настоящее время в состав Делегации входят начальник медицинской службы, главный инженер и представители министерства обороны, вооруженных сил и министерства иностранных дел. Представители министерства обороны выполняют функции председателя и секретариата Делегации.

гация проводит заседания не реже чем три — четыре раза в год и принимает решения консенсусом.

Делегация оценивает все новые виды оружия, предназначенные для применения в Швеции шведскими вооруженными силами, включая полицию и береговую охрану. Она может также проводить оценку оружия, закупаемого вооруженными силами без участия Управления материально-технического обеспечения вооруженных сил, т.е. оружия, закупаемого за пределами Швеции. С другой стороны, Делегация не оценивает оружие, предназначенное исключительно для экспорта, которое не применяется в Швеции, поскольку оно должно получить одобрение другого органа — Национальной инспекции стратегических продуктов.

Вооруженные силы, Администрация оборонного материально-технического обеспечения и Научно-исследовательский институт вооруженных сил должны уведомлять Делегацию обо всех новых видах оружия, «предназначенных главным образом для поражения живой силы», которые находятся на стадии разработки или производства³⁰. Для проведения оценок Делегация имеет право запросить более подробные сведения, обратившись к этим учреждениям или другим источникам, включая независимых экспертов. Делегация также имеет право инициативы и может оценивать любое оружие, на которое было обращено ее внимание.

Оценка видов оружия должна проводиться как можно раньше. Хотя Делегация не имеет полномочий остановить производство какого-либо оружия, она может уведомить правительство по любым вопросам, возникающим в ходе оценки оружия. Решения Делегации могут быть обжалованы. В таком случае апелляция подается в правительство.

Поскольку Делегация является правительственным органом, на нее распространяется принцип доступа общественности к

³⁰ По словам председателя Делегации, выражение «главным образом» следует понимать в широком смысле и проводить

оценку любых видов оружия, законность которых может вызвать вопросы.

официальным документам³¹. Все документы Делегации заносятся в реестр, который открыт для общественности. Запросы о предоставлении информации оцениваются согласно критериям шведского Закона о государственной тайне.

Соединенные Штаты Америки

Соединенные Штаты, не став пока участником Дополнительного протокола I, тем не менее учредили процедуры, обеспечивающие юридическую оценку оружия. Программа оценки оружия была создана в 1974 г. в результате вьетнамской войны, в связи с которой министерство обороны решило оценить исполнение Соединенными Штатами своих обязательств по праву войны³². Тогда министерство обороны издало директиву о юридической оценке оружия. На основании этой директивы три военных министерства (армии, ВМС и ВВС) одновременно приняли соответствующие инструкции. Требования, касающиеся юридической оценки, были включены в Инструкцию о закупках Министерства обороны в 1996 г.³³

В Соединенных Штатах оценка оружия проводится органами исполнительной власти. Если в закупке какого-либо оружия участвует более одного военного министерства, оценку проводит то министерство, которое отвечает за эту закупку в первую очередь, осуществляя при этом координацию с другими заинтересованными министерствами.

Начальник военно-юридической службы военного министерства, которое отвечает за закупку данного оружия в первую

31 Закон о свободе печати и его положения о публичном характере документов разрешают подачу общих и анонимных запросов на доступ к информации.

32 В этом разделе термину «право войны» отдается предпочтение перед термином «международное гуманитарное право», чтобы отразить терминологию, обычно употребляемую в США министерством армии и управлением военно-юридической службы.

33 См. Department of Defense Instruction 5500.15 (16 October 1974), Department of Defense Directive 5000.1 (15 March 1996), Department of the Army, Regulation No. 27-53 (1 February 1979), Department of Defense Instruction 5000.2 (23 October 2000). Дополнительная информация была предоставлена Министерством армии и Управлением военно-юридической службы.

очередь, несет ответственность за проведение юридической оценки. Если в ходе оценки возникают серьезные юридические вопросы, может осуществляться координация между управлениями военно-юридической службы, Генеральным советом Министерства обороны и (там, где это уместно) Управлением юридического советника государственного департамента³⁴.

Информацию по юридическим или специальным вопросам получают от широкого круга экспертов, включая экспертов в области медицины, экологии и инженерии. Дополнительную информацию о предназначении и основных характеристиках оружия можно также запросить у производителя. В некоторых случаях соответствующее военное министерство может провести дополнительное исследование, чтобы найти ответы на конкретные вопросы.

Министерство обороны и управления военно-юридической службы подчеркивали, что в целях эффективности юридическую оценку следует проводить «сверху вниз» и с опережением. Знание права войны и процедур оценки необходимо на всех уровнях. Ссылки на право войны включаются в процедуры оценки, производители оружия и подрядчики должны быть поставлены в известность о процедурах оценки.

Оценке подлежат все виды оружия, боеприпасы и системы вооружений, предназначенные для применения в вооруженных конфликтах. В системе закупок Министерства обороны существует несколько стадий закупки — от научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ до испытаний и оценки, прежде чем будет размещен контракт о закупке. Соответственно, оценка проводится на наиболее раннем этапе, а если существующее ору-

34 Начальник Управления военно-юридической службы должен обеспечить разрешение заместителя Министра обороны по закупкам и технологии в координации с генеральным юридическим советником секретариата министра обороны и заместителем министра обороны по военно-поли-

тическим вопросам на деятельность, которая, как можно разумно предполагать, вызывает вопросы, связанные с выполнением обязательств по соглашениям о контроле над вооружениями, участником которых являются США.

жие существенно изменяется, то могут быть произведены новые оценки. Поощряются также юридические оценки новых, передовых или вновь создаваемых технологий, с помощью которых могут быть разработаны виды оружия или системы вооружений.

Закупка новых видов оружия не может производиться без удовлетворительной юридической оценки. В результате такой оценки может быть принято решение об отказе от закупки какого-либо оружия или изъятии какого-либо оружия из существующих запасов. Кроме того, закупка оружия может быть отложена, если сведения о нем будут сочтены недостаточными.

Хотя официального процесса апелляции не существует, менеджер программы может обратиться с просьбой о проведении новой юридической оценки на основании новых или дополнительных сведений.

Все дела, касающиеся оценок, хранятся в архивах. По большей части доклады об оценке не являются секретными и доступны общественности согласно американскому Закону о свободе информации.

Норвегия

В Норвегии Комитет по оценке юридических аспектов новых видов оружия, методов и средств ведения войны (Комитет) был учрежден в 1994 г. на основании директивы Министерства обороны³⁵. Первоначально предполагалось, что Комитет будет подчиняться непосредственно Министерству обороны, однако согласно новой директиве, выпущенной в октябре 1998 г., было разрешено проводить процесс оценки в норвежских вооруженных силах. Это сопровождалось требованием, чтобы вооруженные силы ежегодно отчитывались перед Министром обороны, который, в свою очередь,

³⁵ Директива о Комитете по оценке юридических аспектов новых видов оружия, средств и методов ведения войны при

Министерстве обороны Норвегии, 6 октября 1994 г. Дополнительные сведения были предоставлены председателем Комитета.

отчитывается перед Министерством обороны. Комитет работает с 1 января 1999 г.³⁶

Во главе Комитета стоит Бюро юридических служб командования обороны. Среди членов Комитета – представители Научно-исследовательского института обороны, Управления материально-технического обеспечения армии, Управления тыловых ресурсов и Штабного колледжа обороны³⁷. Эти различные учреждения решают, кто будет представлять их в Комитете. Министерство обороны в нем не представлено.

Оценки проводятся на наиболее раннем этапе, в зависимости от того, что подвергается оценке: вид оружия, метод применения или военная доктрина. Оценке подлежат все виды оружия, применяемые норвежскими вооруженными силами, – как противопехотные, так и предназначенные для поражения военной техники. При необходимости проводится оценка существующих видов оружия, средств и методов ведения войны. Это требуется, например, когда Норвегия принимает на себя новые международные обязательства. Проблемы, которые могут возникнуть при взаимодействии с вооруженными силами других государств, особенно если обязательства последних по международному гуманитарному праву отличаются от принятых на себя Норвегией, должны рассматриваться и оцениваться.

Министерство обороны утверждает закупки оружия после того, как получит описание проекта от соответствующей структуры в вооруженных силах. Эти описания проектов должны включать существенную информацию о юридических оценках³⁸.

36 Название Комитета было изменено на «Комитет Министра обороны по оценке юридических аспектов новых видов оружия, средств и методов ведения войны». См. Директиву об оценке с точки зрения международного права средств и методов ведения войны, Министерство обороны, 2 ноября 1998 г., Директиву Министра обороны об оценке с точки зрения международного права средств и методов ведения войны, 28 июня 1999 г. Эти сведения были

предоставлены Командованием обороны Норвегии.

37 Ожидается, что в будущем в него войдет член Медицинской службы армии. При необходимости, в оценках могут принимать участие независимые эксперты.

38 См. Директиву об оценке с точки зрения международного права средств и методов ведения войны, Министерство обороны, 2 ноября 1998 г. *op.cit.* (примечание 36).

Комитетом было составлено руководство по правовым аспектам оценок оружия, включающее в себя нормы общего и частного характера, для тех, кто отвечает за закупки новых видов оружия и разработку военных доктрин. Кроме того, министерство обороны может в любое время потребовать от министра обороны проведения юридической оценки.

Комитет не может остановить производство какого-либо вида оружия в случае, если его рекомендации не соблюдаются или если оценка не была проведена. Рекомендации Комитета не являются решениями, поэтому подать апелляцию на них нельзя.

В силу того что Комитет подчиняется министру обороны, доклады по оценке как таковые не подпадают под действие Норвежского закона об информации и обычно недоступны для общест-венности. Однако доклад министра обороны министерству обороны подпадает под действие Закона об информации, при соблюдении правил об исключении сведений, не подлежащих разглашению.

Австралия³⁹

В Австралии любой новый вид оружия — разрабатываемый или закупаемый — должен пройти оценку, прежде чем он будет принят на вооружение силами обороны⁴⁰. Оценки оружия проводятся исключительно Министерством обороны. Назначенные представители сил обороны должны встречаться не реже одного раза в год для обсуждения любых предложений по изменению существующих видов оружия или принятию новых.

³⁹ Источником сведений об оценках оружия в Австралии послужил, главным образом, документ общего характера, подготовленный профессором Тимом Мак-Кормаком (Австралийский Красный Крест), который преподает международное гуманитарное право на юридическом факультете Мельбурнского университета. Этот документ называется «Интеграция проекта СИРУС в процессы оценки на уровне отдельных государств: подход Австралии»,

он был представлен на семинаре, проводившемся в рамках XXVII Конференции Красного Креста и Красного Полумесяца. Профессор Мак-Кормак и подполковник Майкл Келли любезно предоставили дополнительную информацию.

⁴⁰ Оценки проводятся до закупки. Прежде чем будет определено, приемлемо ли оружие, может пройти продолжительный период полевых и иных испытаний.

Чтобы облегчить проведение оценок, требуется подробная информация об оружии, проходящем оценку. Такую информацию обычно получают от производителя и других вооруженных сил или из специальной литературы, заключений экспертов либо иных источников, заслуживающих доверия.

Для оценки законности новых видов оружия Юридическая служба сил обороны составляет перечень следующих вопросов:

- Каково назначение нового оружия?
- Какие факторы способствуют принятию на вооружение нового вида оружия?
- Каким образом поражает новое оружие (с помощью взрывной волны, осколков и т.д.)?
- Предназначается ли новое оружие для поражения живой силы?
- Какие ранения может причинить новое оружие людям?
- Существует ли другое оружие, которое может выполнять ту же функцию, что и предлагаемое новое оружие, если да, то какое?
- Было ли это новое оружие принято на вооружение вооруженными силами других государств или другими ведомствами в Австралии или за границей, если да, то какими?
- Можно ли получить данные об оценке нового оружия от вооруженных сил других государств или от других ведомств в Австралии или за границей?

Помимо этих вопросов, лицам, принимающим участие в оценке, даются указания о том, как им следует оценивать собранную информацию и в чем состоят применимые правовые критерии. Включаются также примеры из предыдущих оценок.

Окончательное решение не имеет обязательной юридической силы, но если оно отрицательное, оружие закуплено не будет, при условии отсутствия противоречий в юридическом заключении. Хотя официального процесса апелляции не существует, возможно обращение за дополнительной консультацией до того, как оружие будет закуплено.

Юридическая служба сил обороны хранит в своих архивах материалы по всем оценкам оружия. Учитывая потенциальную

полезность проводившихся в прошлом оценок, сохранение такой информации считается чрезвычайно важным.

Общие черты процедур оценки

Как явствует из различных процедур оценки, описанных выше, меры, принимаемые государствами, различны, но имеют некоторые общие черты.

Во-первых, можно отметить, что оценка оружия часто проводится министерствами обороны и (или) вооруженными силами, однако привлекаются различные эксперты из других соответствующих министерств, включая экспертов в области медицины, техники и окружающей среды. Как упоминалось выше, один из главных выводов Совещания экспертов МККК, проведенного в январе 2001 г., заключался в том, что многопрофильный подход имеет важное значение⁴¹.

Во-вторых, решающее значение имеет время проведения оценки. Оценки необходимо проводить на возможно более раннем этапе, будь то при исследовательских работах и разработке оружия или при его закупке и принятии на вооружение, но, в любом случае, до его развертывания. Это целесообразно и с точки зрения затрат: следует способствовать тому, чтобы производители не разрабатывали и не изготавливали оружие, которое вооруженные силы не смогут или не захотят использовать.

В-третьих, при оценках оружия желательно также обеспечивать гласность. Некоторые государства пришли к выводу, что при определенной степени гласности законным интересам безопасности ущерб не причиняется. Так обстоит дело, например, в Швеции, где запрос о предоставлении информации оценивается с точки зрения критериев, содержащихся в шведском Законе о государственной тайне. Подобным же образом большинство оценок оружия в США не являются засекреченными и могут быть обнародованы согласно Закону о свободе информации.

⁴¹ См. ICRC Summary Report of the Expert Meeting, *op. cit.* (примечание 26).

Заключение

Вот уже двадцать пять лет прошло после принятия Дополнительного протокола I, но лишь несколько государств приняли меры по юридической оценке оружия. Это можно объяснить несколькими причинами. Например, страны, не занимающиеся разработкой или производством оружия, а закупающие его у других государств, могут полагаться на оценки, осуществляемые этими государствами. В результате, они могут считать, что у них нет необходимости реализовывать ст. 36 Дополнительного протокола I. С другой стороны, государства могут проводить правовые оценки де-факто, не устанавливая официальной процедуры на национальном уровне, и сведения об этих неофициальных мерах или процессах будет трудно получить.

Этим отсутствием данных, а также тем обстоятельством, что внимание государств недостаточно привлекалось к ст. 36, и может объясняться существующий уровень применения данной нормы на практике. Однако в ответ на предложения, с которыми выступили Швеция и МККК, важность проведения юридических оценок оружия была недавно снова подчеркнута на Второй конференции государств-участников по рассмотрению действия Конвенции 1980 г. о некоторых видах обычного оружия, проводившейся в Женеве с 11 по 21 декабря 2001 г. В своем Заключительном заявлении Конференция призвала государства, которые еще этого не делают, осуществлять, как это предписывает ст. 36 Дополнительного протокола I, оценки новых видов оружия, средств и методов ведения войны, чтобы обеспечить их соответствие нормам международного гуманитарного права или другим применимым нормам международного права⁴².

Учитывая стремительное техническое развитие в области вооружений, выполнение ст. 36 Дополнительного протокола I остается сегодня делом первостепенной важности. Надеемся, что будут предприниматься дальнейшие усилия по сбору сведений о существующих внутригосударственных процедурах оценки и обмену

⁴² См. CCW/CONF.II/2, р. 11.

такими сведениями. Это даст представление о том, как проводятся оценки и как их можно усовершенствовать, а также будет способствовать сотрудничеству между государствами. Эти усилия должны включать в себя распространение информации о статье 36 Дополнительного протокола I с тем, чтобы способствовать созданию государствами, которые еще этого не сделали, механизмов проведения оценки на национальном уровне. Кроме того, многопрофильный подход с привлечением экспертов в области права, военнослужащих, работников здравоохранения, экспертов по охране окружающей среды, инженеров должен считаться чрезвычайно важным элементом всех проводимых оценок.

●

Электронная война: нападение на компьютерные сети и *jus in bello*

Михель Н. Шмитт

Несмотря на постоянные дискуссии о наличии или отсутствии «революции в военном деле», неоспоримо, что способы ведения войны в двадцать первом веке будут коренным образом отличаться от того, что видел век двадцатый. В начале нового века трагическим событием, к которому было приковано внимание мировой общественности, явились террористические акты 11 сентября 2001 г. и их последствия. Возможно, не менее значимым событием века будет формирование нового инструмента ведения военных действий — «информационной войны».¹ Это поставит под сомнение сегодняшнюю военную доктрину, потребует пересмотра концепции зоны боевых действий и расширит гамму имеющихся методов и средств ведения войны. Особого внимания заслуживает влияние информационных войн на принципы международного гуманитарного права и обратное влияние этих принципов на информационные войны.

Михель Н. Шмитт – профессор международного права и руководитель программы международных отношений и вопросов безопасности в Европейском центре исследования проблем безопасности им. Дж. Маршалла, Гармиш-Партенкирхен, Германия.

Обобщенно и коротко говоря, информационная война — это вид информационных операций, то есть «меры, предпринимаемые для оказания воздействия на информацию и информационные системы противника, для защиты собственной информации и собственных информационных систем»². Такие операции включают, по существу, любые меры, направленные на обнаружение, видоизменение, уничтожение или передачу данных, хранящихся в компьютере, обрабатываемых компьютером или пересылаемых с помощью компьютера. Это может происходить в мирное время, во времена кризисов или при решении стратегических, оперативных или тактических задач в ходе вооруженных конфликтов.³ Информа-

1 В документе «Национальная военная стратегия США» ключевым элементом стратегии на это столетие названо информационное превосходство. «Информационное превосходство — это способность собирать, обрабатывать и распространять непрерывный поток точной и надежной информации, одновременно используя в своих интересах деятельность неприятеля в этой области и препятствуя такой его деятельности». «Joint Chiefs of Staff, National Military Strategy (1997), <http://www.dtic.mil/jcs/nms/strategy.htm>. Превосходное собрание очерков о характере войн двадцать первого века см. Robert H. Scales (ed.). *Future War Anthology*, Carlisle Barracks, Pa., US Army College, 2000. По проблеме информации и конфликтов см. Stephan Metz, *Armed Conflict in the 21st Century: The Information Revolution and Post-Modern Warfare*, Carlisle Barracks, Pa., US Army College, 2000; William A. Owens and Edward Offley, *Lifting the Fog of War*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2000; Thomas E. Copeland (ed.). *The Information Revolution and National Security*, Carlisle Barracks, Pa., US Army College, 2000; David S. Alberts, John J. Garstka and Frederick P. Stein, *Network Centric Warfare: Developing and Leveraging Information Superiority*, 44ISR

Cooperative Research Program, Washington D.C., 1999; Dan Kuehl, *Strategic Information Warfare: A Concept*, Working Paper 322, Strategic & Defence Studies Centre, Australian National University, Canberra, 1999; Zaimay Khalilzad and John White (eds), *Strategic Appraisal: The Changing Role of Information Warfare*. RAND, Santa Monica, 1999; Dorothy E. Denning, *Information Warfare and Security*, ACM Press, New York, 1999; James Adams, *The Next World War: Computers are the Weapons and the Front Line is Everywhere*, Simon & Schuster, New York, 1998.

2 Joint Chiefs of Staff, *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms*, Joint Publication 1-02, 12 April 2001 (далее — JP 1-02), p. 203. К операциям, которые могут рассматриваться в качестве информационных операций, относятся обеспечение оперативной безопасности, психологические операции, военные хитрости, электронная война, физическое нападение и компьютерное нападение на сети. См. Joint Chiefs of Staff, *Joint Doctrine for Information Operations*, Joint Publication 3-13, 9 October 1998, pp. 1-9 (далее — JP 3-13).

3 В стратегическом плане информационные операции могут проводиться для «достижения национальных целей путем

ционные операции отличаются от других объектом нанесения ущерба или защиты. Этим объектом является информация.

Информационная война в более узком понимании — «информационные операции, проводимые во время кризиса или конфликта с целью достижения или содействия достижению конкретных целей в отношении конкретного противника или противников».⁴ Таким образом, информационная война отличается от других операций тем, что она происходит в обстановке кризиса или конфликта. Например, обычный шпионаж мирного времени, в отличие от проводимого во время кризиса или военных действий, это информационная операция, не являющаяся информационной войной.

Нападения на компьютерные сети (НКС) которые могут означать как информационную войну так и просто информационные операции, — это «операции по нарушению, ухудшению или уничтожению информации, находящейся в компьютерах и компьютерных сетях, или предотвращению доступа к ней, а также операции по нарушению работы, ухудшению или уничтожению самих компьютеров и сетей».⁵

воздействия на все элементы (политический, военный, экономический, информационный) государственной власти противника или потенциального противника, при одновременной защите своих соответствующих элементов». В оперативном плане цель информационных операций заключается в «нанесении ущерба линиям связи, материально-техническому снабжению, командованию и управлению войсками и связанным с этим возможностям и действиям противника, при одновременной защите своих аналогичных возможностей и действий». И наконец, в тактическом плане цель заключается в нанесении ущерба «информации и информационным системам, относящимся к командованию и управлению, разведке и к другим информационно обусловленным процессам, непосредственно относящимся к проведению военных операций...». JP 3-13, *op. cit.* (примечание 2), p. 1-2-1-3.

4 JP 1-02, *op. cit.* (примечание 2), p. 203.

5 *Ibid.*, p. 88. В документе *USAF Intelligence Targeting Guide*, AF Pamphlet 14-210, 1 February 1998, (*Руководство BBC США по разведке целей*, Инструкция 14-210 от 1 февраля 1998 г.), в п. 11.4.3 даны следующие понятия, относящиеся к информационной войне:

Искажение — изменение информационного содержания; манипуляции с данными, с тем чтобы они стали бессмысленными или ошибочными. Уничтожение существующих сведений.

Обман — особый тип искажения; изменение или добавление информации с тем, чтобы реальная ситуация была изображена в искаженном виде. Создание ложных сведений, включая маскировку.

Задержка — обратимое замедление проходящего через систему потока информации, а также замедление процесса приобретения и распространения новых сведений.

Предотвращение доступа — обратимая обстановка потока информации на некоторое

Независимо от условий, в которых происходят НКС, суть их заключается в том, что в качестве средств нападения используют поток данных,⁶ что отличает НКС от других видов информационных операций. Имеется широкий спектр таких средств. К ним, в частности, относятся: получение доступа к компьютерной системе с тем, чтобы иметь возможность управлять ею; пересылка вирусов, уничтожающих или изменяющих данные; установка в систему логических мин замедленного действия, рассчитанных на приведение в действие в определенных условиях или в назначенное время; введение «червей» в систему, которые начинают самотиражироваться и перегружают сеть; использование анализаторов для отслеживания и (или) перехвата данных.

В данной статье НКС рассматриваются в ситуации *международного* вооруженного конфликта и только в контексте *jus in bello* (права войны), то есть совокупности правовых норм, трактующих, что допустимо или недопустимо в ходе военных действий, независимо от законности или незаконности первоначального применения силы воюющими сторонами.⁷ Рассмотрение поэтому концентрируется на НКС в контексте вооруженного конфликта «государство против государства». Следует также отметить, что статья рассматривает *позитив-*

время; в то время как на своей территории информация может передаваться и использоваться, противник не имеет к ней доступа. Предотвращение получения и распространения новых сведений.

Нарушение – снижение возможности поставлять и (или) обрабатывать информацию (обратимое). Это – сочетание задержки и искажения. Задержка получения и распространения новых сведений и уничтожение существующих сведений.

Ухудшение качества – постоянное снижение возможности поставлять и (или) обрабатывать информацию.

Разрушение – разрушение информации до ее передачи; долговременное уничтожение возможности поставлять и (или) обрабатывать информацию.

⁶ Следовательно, электронная атака (ЭА) не подпадает под эту категорию. На-

пример, использование электромагнитного импульса для разрушения электронных схем компьютера будет ЭА, а передача кода или инструкции на центральный процессор, вызывающая электрическое замыкание, будет НКС. *Ibid.*

⁷ По проблеме НКС и *jus ad bellum* (права прибегать к силе), то есть совокупности международных правовых норм, определяющих законность применения государствами силы, см. Michael N. Schmitt, «Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, 1999, p. 885; Richard Aldrich, «How Do You Know You are at War in the Information Age?», *Houston Journal of International Law*, Vol. 22, 2000, p. 223.

ное право, а не законодательство будущего. Формулирование законодательства будущего совершенно необходимо по мере изменения характера войны,⁸ но в данном случае мы просто анализируем применимость существующего гуманитарного права к нападениям на компьютерные сети и ищем возможные пробелы в этом праве.

Применимость существующего гуманитарного права к нападениям на компьютерные сети

Сначала следует выяснить, подпадает ли нападение на компьютерные сети вообще под действие гуманитарного права. Во-первых, ни в одном документе гуманитарного права нет ни одного положения, непосредственно рассматривающего НКС либо информационную войну или информационные операции, это может означать, что НКС во время вооруженных конфликтов пока не регулируется этим правом. Во-вторых, можно ссылаться на то, что НКС разрабатывались и применялись после принятия существующих договоров права, и, поскольку участники этих договоров не учитывали такие нападения, они не охватываются этим правом. В-третьих, возможным аргументом в пользу неприменимости является то, что гуманитарное право относится к методам и средствам силового характера, а так как в НКС мало «физического» воздействия, то оно выпадает из сферы действия гуманитарного права.⁹ Другими словами, гуманитарное право относится к вооруженным конфликтам, а нападения на компьютерные сети осуществляется без «оружия».

Первые два аргумента легко опровергаются. Не суть важно, что в действующих конвенциях ничего не сказано об НКС. Во-первых, в оговорке Мартенса, являющейся общепризнанным

⁸ Анализ НКС в контексте права и этики, который приводит к выводу о необходимости новой конвенции, см. в работе William J. Bayles, «The Ethics of Computer Network Attack», *Parameters*, Spring 2001, p. 44.

⁹ По этому вопросу см. Emily Haslam, «Information Warfare: Technological Changes and International Law», *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 5, 2000, p. 157. В част-

ности, следует обратить внимание на анализ автором доводов, приведенных в работах: Richard Aldrich, «The International Legal Implications of Information Warfare», *Airpower Journal*. Fall 1996, p. 99; and Mark Shulman, «Discrimination in the Laws of Information Warfare», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, 1999, p. 939.

принципом гуманитарного права, сказано, что в случаях, не предусмотренных международными соглашениями, «гражданские лица и комбатанты остаются под защитой и действием принципов международного права, проистекающих из установившихся обычаев, из принципов гуманности и из требований общественного сознания».¹⁰ Согласно этой норме ко всем событиям, происходящим во время вооруженного конфликта, применимы принципы гуманитарного права, правового вакуума нет. Принятие «международного обычая» в качестве источника права в ст. 38 Статута Международного суда также показывает ошибочность утверждения о неприменимости, основанного на отсутствии конкретного *lex scripta*.¹¹

10 Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), (далее – Дополнительный протокол I), ст. 1(2). Женевские конвенции от 12 августа 1949 г. и дополнительные протоколы к ним. МККК. Москва. 2001 г. В первоначальной формулировке оговорки Мартенса, включенной в преамбулу Гаагской конвенции IV о законах и обычаях сухопутной войны от 18 октября 1907 г., говорится, что «население и воюющие стороны остаются под охраной и действием начал международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из законов человечности и требований общественного сознания», Международное право. Ведение военных действий. Сборник Гаагских конвенций и иных соглашений. МККК. Москва. 1999 г., с. 19.

11 Статут Международного суда определяет обычай как всеобщую практику, признанную в качестве правовой нормы. Статут Международного суда, 26 июня 1977 г., ст. 38(1)(b). В Новой формулировке США отмечается, что обычай «проистекает из общей и последовательной практики государств, которой они придерживаются исходя из чувства правовой ответственности». Restate-

ment (Third), Foreign Relations Law of the United States, sec. 102(2) (1987). См. также *North Sea Continental Shelf Cases*, 3 ICJ Reports 1969, p. 44 («Действия, о которых идет речь, должны не просто сводиться к установившейся практике, а должны быть такими или осуществляться таким образом, чтобы свидетельствовать об убеждении, что такая практика является обязательной в силу существования правовой нормы, требующей придерживаться такой практики»); *The Paquete Habana*, 175 US 677, 20 S.Ct. 290, 44 L.Ed 320 (1900); *The S.S. Lotus (France v. Turkey)*, PCIJ (ser. A) No. 10, 1927; *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, 5 ICJ Reports, 1950, p. 266; *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, ICJ Reports, 1960, p. 6. Научные комментарии, касающиеся международного обычного права, см. в Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, «Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, 2000, p. 639; Patrick Kelly. «The Twilight of Customary International Law», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, 2000, p. 449; Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1971.

Аргументы, базирующиеся на том, что НКС появились после принятия сегодняшних нормативных документов, также не состоятельны. Точно такая аргументация была представлена Международному суду в документе *Законность угрозы ядерным оружием или его применения*. В своем консультативном заключении Суд сразу же отклонил утверждение, согласно которому гуманитарное право не применимо в отношении ядерных вооружений, так как его «принципы и нормы были разработаны до изобретения ядерного оружия». Как отметил Суд, «[п]о мнению подавляющего большинства государств, а также ученых, не может быть сомнений в применимости гуманитарного права к ядерному оружию».¹² Поскольку нет причин проводить различие между ядерным и компьютерным оружием, — во всяком случае, на основании времени их создания по отношению ко времени вступления в силу соответствующих норм гуманитарного права, — то тот же самый вывод можно отнести и к НКС. Более того, изучение нового оружия и систем вооружений с точки зрения их соответствия гуманитарному праву является правовым, а зачастую и политическим требованием.¹³ Очевидно, что если по отношению ко вновь появляющимся методам и средствам ведения войны *изначально* не применимы существующие ранее законы, то это было бы не так.

12 Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения. ООН, А/51/218, 19 July 1996, ч. 85.

13 Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 36: «При изучении, разработке, приобретении или принятии на вооружение новых видов оружия, средств или методов ведения войны Высокая Договаривающаяся Сторона должна определить, подпадает ли их применение, при некоторых или при всех обстоятельствах, под запрещения, содержащиеся в настоящем Протоколе или в каких-либо других нормах международного права, применяемых к Высокой Договаривающейся Стороне». В США проверка вооружений предусмотрена параграфом 4.7.3.1.4.

инструкции Министерства обороны № 5000.2 Operation of the Defense Acquisition System (Организация системы закупок для нужд обороны), где сказано, что «приобретение и закупка Министерством обороны вооружения и систем вооружений должны осуществляться согласно применимому внутреннему праву и всем применимым договорам, международному обычному праву и праву вооруженных конфликтов (известному также под названием «законы и обычаи войны»)». Кроме этого, поощряется правовая проверка новых, новейших и нарождающихся технологий, которые могут привести к разработке вооружений и систем вооружений».

Таким образом, остается третий аргумент в пользу неприемимости гуманитарного права к нападению на компьютерные сети, а именно, что это не *вооруженный* конфликт, во всяком случае, не является таковым при отсутствии обычных военных действий. В сущности, вооруженный конфликт является условием, приводящим в действие *право войны*. Статья 2, общая для четырех Женевских конвенций 1949 г., предусматривает, что, помимо постановлений, относящихся к мирному времени, эти конвенции будут «применяться в случае объявленной войны или всякого другого *вооруженного конфликта*, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны».¹⁴ В Дополнительном протоколе I 1977 г., который, так же как и Конвенции, посвящен международным вооруженным конфликтам, принят тот же критерий вооруженного конфликта, ставшего в обычном праве общепринятым условием применения гуманитарного права.¹⁵ В Дополнительном протоколе II 1977 г., — в контексте вооруженного конфликта немеждународного характера — также принят термин «вооруженный конфликт»¹⁶, а это показывает, что вооруженный конфликт является условием, определяемым его характером, а не его участниками,¹⁷ местом, где он происходит¹⁸, или, как ранее в случае войны, объявлением таковой воюющими сторонами.¹⁹

14 Женевская конвенция от 12 августа 1949 г. об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, (далее – ЖК I), ст. 2; Женевская конвенция от 12 августа 1949 г. об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, (далее – ЖК II), ст. 2; Женевская конвенция от 12 августа 1949 г. об обращении с военнопленными, (далее – ЖК III), ст. 2; Женевская конвенция от 12 августа 1949 г. о защите гражданского населения во время войны, (далее – ЖК IV), ст. 2, *op. cit.* (примечание 10), с. 3, 32, 57 и 137, соответственно.

15 Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 1.

16 Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), принят 8 июня 1977 г., *op. cit.* (примечание 10).

17 Дополнительный протокол I рассматривает конфликты между государствами, а Дополнительный протокол II – конфликты между государством и группой (или группами) повстанцев.

18 Вооруженный конфликт немеждународного характера имеет место исключительно в пределах одного государства.

19 Гагская конвенция III об открытии военных действий, 18 октября 1907 г., ст. 1, Международное право. Ведение военных

Итак, в общем и целом ясно, что гуманитарное право начинает действовать с началом вооруженного конфликта. Но что есть вооруженный конфликт? В комментариях Международного Комитета Красного Креста к Женевским конвенциям 1949 г. и в комментариях к Дополнительным протоколам 1977 г. этот термин понимается очень широко. В комментарии к Конвенциям вооруженный конфликт трактуется как «любой спор, возникший между двумя государствами и ведущий к *действиям вооруженных сил*, даже если одна из сторон конфликта отрицает наличие состояния войны. При этом не имеет значения, как долго длится конфликт и насколько велики жертвы».²⁰ Аналогичным образом в комментарии к Дополнительному протоколу I говорится, что «гуманитарное право распространяется на любой спор между двумя государствами *с применением их вооруженных сил*. При этом не имеет значение ни продолжительность, ни интенсивность конфликта...».²¹ В комментарии к Дополнительному протоколу II вооруженный конфликт определяется как «наличие открытых *военных действий* между более или менее организованными *вооруженными силами*».²² *Обязательным условием* во всех трех случаях является использование вооруженных сил.

Но спор или разногласие, ведущие к использованию вооруженных сил, не могут быть единственным критерием. Вооруженные силы постоянно используются против неприятеля, не при-

действий, *op. cit.* (примечание 10), с. 15. Согласно комментарию к Женевским конвенциям 1949 г. «... нет больше необходимости в формальном объявлении войны или в признании состояния войны в качестве предварительного условия применения Конвенции. Конвенция становится применимой с момента фактического начала военных действий». Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in the Field*, ICRC, Geneva, 1952, p. 32 (далее – GC I Commentary).

²⁰ GC I Commentary, *op. cit.* (примечание 19), с. 32–33 (выделено нами).

²¹ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmerman (eds). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 1987, (далее – *Additional Protocols: Commentary*) ч. 62 (выделено нами). Комментарий к Дополнительному протоколу II отсылает к комментарию к ст. 3, общей для четырех Женевских конвенций 1949 г., и к Комментарию к Дополнительному протоколу I, Комментарий к Дополнительному протоколу II. МККК. Москва. 2000, ч. 4448.

²² Комментарий к Дополнительному протоколу II, *op. cit.* (примечание 21), ч. 4341 (выделено нами).

водя обязательно к состоянию вооруженного конфликта, например при авиационной рекогносцировке или наблюдении. Более того, сегодня общепризнано, что такие изолированные инциденты, как пограничные стычки или ограниченные по масштабу вылазки, не достигают уровня вооруженного конфликта в том смысле, как этот термин применяется в гуманитарном праве.²³ Отсюда следует, что практика государств, подтверждаемая трудами специалистов-международников, показывает, что содержащееся в Дополнительном протоколе I отрицание критериев интенсивности и продолжительности оказывается несколько преувеличенным.

Напротив, «вооруженные силы» более логично понимать как краткое нормативное обозначение деятельности определенного характера и интенсивности. Во времена создания соответствующих правовых актов *вооруженные* силы являлись субъектами, осуществлявшими рассматриваемые действия требуемого уровня интенсивности; цель достигалась именно тем, что внимание сосредоточивалось на вооруженных силах. Получившие подтверждение соответствующие положения Конвенций и комментарии к ним основывались на субъектах деяний, так как ссылка на субъекты нежелательных деяний, а именно на вооруженные силы, была в то время удобным и надежным способом регламентирования таких деяний.

О каких же деяниях идет речь? Логичный ответ нам дают цели, лежащие в основе гуманитарного права. Из изучения его документов, принципов становится ясно, что его суть заключается в предоставлении защиты лицам, не принимающим непосредственного участия в военных действиях, а также их имуществу.²⁴ Особенно следует отметить, что объектами защиты являются гражданское население

²³ См., например, обсуждение этого вопроса в: Ingrid Detter De Lupis, *The Law of War*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 20–21; Christopher Greenwood, «Historical Development and Legal Basis», in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 42.

²⁴ Например, в Преамбуле к Дополнительному протоколу I говорится, что необходимо «... подтвердить и развить положения, предусматривающие защиту жертв вооруженных конфликтов, и дополнить меры, направленные на обеспечение более эффективного их применения...». Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10).

ние и гражданские объекты, а также лица, вышедшие из строя (например, раненые и взятые в плен), или оказывающие гуманитарную помощь (например, медицинский персонал). Когда речь идет о целях защиты, на которую они имеют право, то обычно говорят о защите от ранения или смерти, а когда речь идет об имуществе, — от ущерба или разрушения. Эти цели Женевского права дополняются нормами Гаагского права, направленного на ограничение страданий путем, как правило, ограничений, налагаемых на определенные виды оружия и методы ведения военных действий.²⁵

Это очень краткое изложение основных целей гуманитарного права помогает понять суть термина «вооруженный конфликт». Вооруженный конфликт имеет место, когда группа людей предпринимает действия, причиняющие ранения, смерть, ущерб или разрушение. Этот термин также обозначает действия, направленные на достижение таких результатов, или предвидимые последствия которых будут таковыми. Так как речь идет о *jus in bello*, а не о *jus ad bellum*, то мотивация, лежащая в основе этих действий, не имеет значения. Это же относится и к противоправности или законности таких действий. Поэтому, например, сторона, начинающая вооруженный конфликт такими действиями, возможно, руководствуется законными соображениями упреждающей (или препятствующей) самообороны; тем не менее, поскольку действия были направлены на причинение ранения, смерти, ущерба или разрушения, они регулируются гуманитарным правом. Следует отметить, что, согласно преобладающим сегодня взглядам, действия, носящие спорадический или изолированный характер, не удовлетворяют этим требованиям. Кроме этого, поскольку речь идет о праве, применимом к

²⁵ Термин «Женевское право» относится к разделу права вооруженных конфликтов, предоставляющего покровительство следующим категориям лиц: гражданскому населению, военнопленным, больным, потерпевшим кораблекрушение, а также медицинскому персоналу. Оно отличается от Гаагского права, регулирующего примене-

ние методов и средств ведения военных действий, оккупацию и нейтралитет. О международных правовых документах, относящихся к каждому из этих разделов или включающих элементы обоих разделов, см.: Фредерик де Мулинен. Право войны. Руководство для вооруженных сил. МККК. Москва. 1999, с. 3–4.

международным вооруженным конфликтам, необходимо, чтобы ответственность за соответствующие действия можно было возложить на государство.²⁶

Возвращаясь к рассматриваемой теме и не касаясь вопросов *ad bellum*, следует отметить, что принципы гуманитарного права применимы, когда нападение на компьютерные сети, которое может быть приписано государству, является отнюдь не спорадическим и изолированным инцидентом и либо имеет целью причинить ранение, смерть, ущерб или разрушение (или привести к аналогичным результатам), либо такие результаты предсказуемы. И не важно, что здесь не используются классические *вооруженные* силы. В соответствии с этим критерием нападение представителями какого-либо государства на компьютерную сеть системы управления воздушным движением большого аэропорта другого государства подпадает под действие гуманитарного права. Это же относится и к нападению с целью разрушения нефтепроводов путем резкого повышения давления нефти в них после взятия под контроль компьютеров, регулирующих расход нефти²⁷; и к нападению, ведущему к расплавлению ядерного реактора путем нарушения работы его компьютерного центра управления; и к использованию компьютеров для выпуска токсичных химикатов из производственных помещений или хранилищ. С другой стороны, гуманитарное право не распространяется на нарушение работы университетской интрасети, на перекачку финансовой отчетности, на временную приостановку доступа к Интернету или на кибершпионаж, так как даже если такие нападения и являются частью широкой кампании аналогичных действий, их предсказуемые последствия не заключаются в причинении ранения, смерти, ущерба или разрушения.

²⁶ О возложении ответственности за деяние на государство см. Проект статей «Ответственность государств за международно-противоправные деяния», принятый Комиссией международного права на ее пятьдесят третьей сессии (2001 г.). ООН, A/RES/56/83.

²⁷ Возможность такого развития событий описана в *President's Commission on Critical Infrastructure Protection, Critical Foundations: Protecting America's Infrastructures*, October 1997, at A-46.

Должно быть ясно, что — с учетом прогресса в методах и средствах ведения войны, и особенно, информационной войны — критерий субъекта недостаточен для применения гуманитарного права; вместо него более подходит критерий последствий. Вряд ли это может считаться открытием в области права. Нельзя же отрицать, например, что биологическая или химическая война (без применения «силового» оружия) подпадают под гуманитарное право. Принятие возможных последствий в качестве критерия обосновано также тем, что с началом вооруженного конфликта законность или незаконность деяния никак не зависят от средства причинения ранения, смерти, ущерба или разрушения (за исключением запрещений, касающихся конкретных видов вооружений). Умышленный выбор гражданского лица или других пользующихся защитой лиц или объектов в качестве цели нападения является незаконным, независимо от применяемых для этого методов или средств. Использование голода, удушения, избиения, расстрела, бомбардировки и даже кибернападения — все это входит в сферу действия гуманитарного права, поскольку следствием является определенный результат. Этот факт опровергает любое утверждение о том, что кибернападения сами по себе не подпадают под действие гуманитарного права, поскольку они якобы не «вооруженная» сила. Нет, они могут либо подпадать, либо не подпадать — все зависит от характера и возможных последствий таких нападений.

Объекты нападения на компьютерные сети

Как указывалось выше, нападения на компьютерные сети подпадают под действие гуманитарного права, если они являются неотъемлемой частью либо классического конфликта, либо «кибернетической войны», целью или предвидимым последствием которых является причинение ранения, смерти, ущерба или разрушения. Если это так, то необходимо выяснить, на какие объекты могут быть направлены такие нападения.

Для начала полезно выяснить, на какое поведение распространяются нормы, основанные на обычаях и регулирующие выбор целей. Поскольку в наиболее актуальных, в данном контексте,

положениях Дополнительного протокола I сформулированы нормы, применимые как к его участникам, так и к сторонам, не являющимся участниками (в качестве императивной нормы обычного права), то инструмент служит удобной отправной точкой для дальнейших рассуждений.²⁸ Статья 48, являющаяся основной нормой, обеспечивающей защиту гражданского населения, предусматривает, что «...стороны, находящиеся в конфликте, должны ... направлять свои действия только против военных объектов».²⁹ На первый

28 Не будучи участником Протокола I, США тем не менее считают, что многие его положения являются выражением обычного международного права. Неофициальное, но авторитетное, по общему мнению, описание таких положений см. в Michael J. Matheson, «Session One: The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions», *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, 1987, p. 419. См. также International & Operational Law Division, Office of the Judge Advocate General, Department of the Air Force, *Operations Law Deployment Deskbook*, tab 12, no date, and comments by the then State Department Legal Advisor Abraham D. Soafer in «Agora: The US Decision Not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims», *American Journal of International Law*, Vol. 82, 1988, p. 784.

29 Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 48. Первостепенное значение этого принципа для гуманитарного права отмечено в комментарии МККК к этой статье:

«В этой статье подтверждена основная норма защиты и проведения различия. Это фундамент, на котором зиждется кодификация законов и обычаев войны: гражданское население и гражданские объекты пользуются уважением и защитой в период вооруженных конфликтов, и с этой целью необхо-

димо проведение различия между ними и комбатантами и военными объектами. Вся правовая система, созданная в Гааге в 1899 и 1907 г. и в Женеве с 1864 по 1977 гг. основана на этой норме обычного права. Эта норма уже подразумевалась в Санкт-Петербургской декларации 1868 г. об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль, в которой говорится, «что единственная законная цель, которую должны иметь государства во время войны, состоит в ослаблении военных сил неприятеля». Это было связано с желанием предотвратить чрезмерные повреждения и излишние страдания комбатантов путем запрещения использования взрывчатых снарядов весом менее 400 граммов и не было специально направлено на защиту гражданского населения. Тем не менее иммунитет гражданского населения в этом документе косвенно подтверждался... В Гаагских конвенциях 1899 и 1907 гг., так же как и в Женевских конвенциях 1929 и 1949 гг., норма защиты рассматривалась в качестве общепринятой нормы права, хотя в то время не считалось необходимым дословно формулировать эту норму в самих текстах. Эта норма включена в рассматриваемый Протокол с целью подтверждения необходимости проведения различия и установления ограничений на нападения на военные объекты». *Additional Protocols: Commentary, op. cit.* (примечание 21), ч. 1863–1864.

взгляд, ст. 48 исключает возможность *любой* военной операции, в том числе, НКС, направленной не против чисто военного объекта. Однако это не так. В последующих статьях запрещения постоянно формулируются с использованием термина «нападение»: «гражданское население как таковое, а также отдельные гражданские лица не должны являться объектом нападений»;³⁰ «гражданские объекты не должны являться объектом нападения»;³¹ «нападения неизбирательного характера запрещаются»³², «нападения должны строго ограничиваться военными объектами»³³ и так далее. Термин этот точно определен в ст. 49: «нападения» означают акты насилия в отношении противника, независимо от того, совершаются ли они при наступлении или при обороне». Следовательно, вообще говоря, запрещение касается не столько выбора невоенных объектов в качестве объектов нападения, сколько *нападения* на них, особенно с применением насилия. Подтверждением такой интерпретации служит ст. 51, в которой формулируется общий принцип, гласящий, что «гражданское население и отдельные гражданские лица пользуются общей защитой от *опасностей*, возникающих в связи с военными операциями», которая запрещает «акты *насилия* или угрозы *насилием*, имеющие основной целью терроризировать гражданское население».³⁴ Об этом же говорится в комментарии к ст. 48, где отмечается, что «слово «операция» следует понимать в контексте всего раздела; оно имеет в виду военные операции, в процессе которых используется *насилие*».³⁵

В свете такой интерпретации — исключается ли нападение на компьютерные сети из категории «нападений» по той причине, что здесь отсутствует насилие? Нет, и по той простой причине, что вооруженные нападения могут включать и кибернападение. «Нападения» — это краткое нормативное обозначение, предназначенное для описания определенных последствий. Очевидно, что соответствующие положения направлены на защиту пользующихся кровью-

30 Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 51(2).

31 *Ibid.*, ст. 52(1).

32 *Ibid.*, ст. 51(4).

33 *Ibid.*, ст. 52(2).

34 *Ibid.*, ст. 51(1) и 51(2) (выделено нами).

35 Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (примечание 21), ч. 1875 (выделено нами).

тельством лиц от ранения и смерти, а пользующихся покровительством объектов — от ущерба и разрушения. В терминологическом смысле «насилие» следует рассматривать здесь в качестве *последствий* насилия, а не *актов* насилия. Большие физические или душевные страдания³⁶ людей естественным образом подпадают под концепцию ранения; аналогичным образом полная потеря средств (например, денег, акций и др.), которые могут быть превращены в реальную собственность, представляет собой ущерб или разрушение. Дело в том, что причинение неудобства или беспокойства или лишь ухудшение качества жизни не удовлетворяют этому требованию; достаточным критерием являются страдания людей. Например, подрыв фондового рынка или банковской системы могут, по существу, привести к краху экономики и, как результат, — к тяжелой безработице, голоду, душевным страданиям и т. д., что подтверждается трагическими событиями депрессии 1930-х гг. Если НКС приведет к таким же тяжелым страданиям, то оно явится «нападением» в том смысле, в котором этот термин применяется в гуманитарном праве.

Другие статьи этого раздела подтверждают такое толкование. Например, в правилах соразмерности говорится о нападении, которое может повлечь «потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам или то и другое вместе»³⁷; в правилах, относящихся к охране окружающей среды, говорится о методах и средствах, которые причинят «обширный, долговременный и серьезный ущерб»³⁸; защита плотин, дамб и атомных электростанций формулируется с использованием терминов «тяжелые потери среди гражданского населения»³⁹, «которые были бы чрезмерны по отношению к конкретному и непосредственному военному преимуществу, которое предполагается таким образом получить». Кроме этого, во время переговоров по Дополнительному протоколу I был поднят вопрос о том, является ли установка наземных

36 Учет человеческих страданий вполне логичен, так как Дополнительный протокол запрещает терроризировать, то есть психологически воздействовать. Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 51(2).

37 *Ibid.*, ст. 51(5)(b); 57(2)(a)(iii); 57(2)(b).

38 *Ibid.*, ст. 35(3) and 55(1).

39 *Ibid.*, ст. 56(1).

мин нападением. Большинство посчитало, что является, так как «всякий раз, когда человек подвергается опасности в результате установки мины, это нападение»⁴⁰. Аналогичным образом нападение на компьютерную сеть, представляющее предсказуемую угрозу для покровительствуемых лиц или имущества, является нападением.

Вернемся снова к ст. 48. В качестве общего правила (различные другие запрещения рассмотрены ниже) эта статья запрещает такие направленные против невоенных целей НКС, целью или предсказуемым результатом которых являются ранение, смерть, ущерб или разрушение. При отсутствии иных специальных запрещающих положений гуманитарного права операции НКС, которые едва ли могут привести к вышеуказанным последствиям, допустимы против невоенных объектов, например против гражданского населения.⁴¹ В результате такого разграничения важность тщательной оценки того, является или не является операция информационной войны «нападением», явно возрастает. В прошлом подход к этой проблеме сводился к формулировке *res ipsa loquitur* (лат. — вещь говорит сама за себя). Однако НКС гораздо менее однозначны по сравнению с традиционными военными операциями и поэтому требуют более глубокого рассмотрения с точки зрения их последствий.

НКС резко расширяют возможности для выбора целей (но не нападения) среди невоенных объектов, но неверно было бы рассматривать это как ослабление всей правовой структуры. Напротив, это просто отражает расширение диапазона допустимых методов и средств в результате технологического прогресса, а существующие нормы не меняются. Вспомним, например, что психологические операции против гражданского населения, не причиняющие физического вреда, совершенно допустимы, если их целью не является терроризирование.⁴² И не важно, носит ли операция воен-

⁴⁰ Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (примечание 21), ч. 1881.

⁴¹ См.: Haslam, *op. cit.* (примечание 9), p. 173.

⁴² США даже разработали доктрину ведения психологических операций. Joint

Chiefs of Staff, Joint Doctrine for Psychological Operations, Joint Publication 3–53, 10 July 1996. Акты, имеющие целью терроризировать гражданское население, запрещены Дополнительным протоколом I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 51(2).

ный или невоенный характер. Однако, несмотря на то что объективный режим остается неизменным, появление НКС обнаруживает правовой пробел, который, оставаясь незаполненным, неминуемо усилит воздействие войны на гражданское население.

Если операция НКС есть «нападение», то на что оно нацелено? Теоретически возможные цели подразделяются на три обширные категории: 1) комбатанты и военные объекты; 2) гражданское население и гражданские объекты; 3) объекты двойного назначения. Кроме этого, отдельные виды потенциальных целей пользуются специальной защитой. Полезно рассмотреть каждую из этих категорий в отдельности.

Комбатанты и военные объекты

Комбатанты и военные объекты являются по определению законными целями и могут подвергаться нападению, если используемые для этого методы и средства, как об этом будет говориться в следующем разделе, соответствуют ограничениям, налагаемым гуманитарным правом. Лица, планирующие нападения или принимающие решение о нападении, обязаны сделать «все практически возможное», чтобы удостовериться в том, что объекты нападения являются законными, то есть не пользуются иммунитетом от нападения согласно гуманитарному праву.⁴³

43 Additional Protocol I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 57(2)(a)(i). В комментарии к этому положению более подробно объясняется эта обязанность:

«Конечно, лица, планирующие такое нападение или принимающие решение о нем, будут исходить из информации, которую они получают, и нельзя ожидать, что они лично будут знать объект нападения или его точные характеристики. Это, однако, не снимает с них ответственности, и в сомнительных случаях, даже при малейшем сомнении, они должны затребовать дополнительную информацию и, при необходимости, дать указание тем из своих подчиненных и тем лицам, отвечающим за огневую поддержку (особен-

но за артиллерию и авиацию), в компетенцию которых это входит и которые несут перед ними ответственность, о проведении дополнительной разведки. В случае дальнего огневого воздействия информацию получают, в частности, при помощи воздушной разведки и служб разведки, которые, естественно, пытаются собрать данные о вражеских военных целях, используя различные средства. При оценке информации следует тщательно проверять ее надежность, не забывая при этом, что ничто не мешает противнику устраивать ложные военные объекты и маскировать реальные. На самом деле ясно, что никакой ответственный военачальник не заинтересован нападать на объекты, не пред-

Комбатантами называются лица, входящие в состав вооруженных сил, кроме медицинского и духовного персонала; вооруженные силы «состоят из всех организованных вооруженных сил, групп и подразделений, находящихся под командованием лица, ответственного перед этой стороной [находящейся в конфликте] за поведение своих подчиненных... Такие вооруженные силы подчиняются внутренней дисциплинарной системе, которая, среди прочего, обеспечивает соблюдение норм международного права, применяемых в период вооруженных конфликтов»⁴⁴. Нападение на компьютерные сети, заставляющее, например, военную систему управления воздушным движением выдавать ложную навигационную информацию, в результате чего разбивается самолет военно-транспортной авиации, перевозящий комбатантов, безусловно, допустимо.

К военным объектам, согласно ст. 52 Дополнительного протокола I, относятся те объекты, «которые в силу своего характера, расположения, назначения или использования вносят эффективный вклад в военные действия и полное или частичное разрушение, захват или нейтрализация которых при существующих в данный момент обстоятельствах дает явное военное преимущество».⁴⁵ Военное оборудование и установки, кроме предметов медицинского и религиозного назначения, безусловно, являются военными объектами и, следовательно, могут быть подвергнуты нападению на компьютерные сети. Это, однако, очевидные примеры. В других случаях зачастую бывает трудно определить, какие объекты являются военными.⁴⁶ Проблема заключается в установлении требуемой связи между объектом нападения и военными операциями.

Суть дилеммы — в толковании терминов «эффективный» и «явный». Некоторые структуры, например Международ-

ставляющие интерес с военной точки зрения. В этом отношении интересы гуманитарного права и военные интересы совпадают». *Additional Protocols: Commentary, op. cit.* (примечание 21), ч. 2195.

⁴⁴ Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 43(1)–(2).

⁴⁵ *Ibid.*, ст. 52(2).

⁴⁶ В Комментариях констатируется: «Текст данного параграфа, безусловно, может послужить хорошим руководством, но его не всегда легко толковать, особенно тем, кто принимает решение о нападении, и о том, какие использовать для этого средства и методы». *Additional Protocols: Commentary, op. cit.* (примечание 21), ч. 2016.

ный Комитет Красного Креста (МККК), дают очень узкое толкование этим терминам. Согласно Комментарию МККК к Протоколу, эффективный вклад вносят объекты «непосредственно используемые вооруженными силами» (например, оружие и оборудование), объекты, «особо значимые для военных операций» (например, мосты), а также объекты, которые предполагается использовать, или уже использующиеся для военных целей.⁴⁷ Что касается «явного военного преимущества», то Комментарий исключает нападения, которые предполагают лишь «возможное или неопределенное» преимущество.⁴⁸ В отличие от этого, США, не ставя под сомнение формулировку определения термина, включают сюда экономические объекты, которые «косвенно, но эффективно поддерживают способность противника вести военные действия», то есть очень широко интерпретируют его.⁴⁹

Это различие наводит на интересные мысли в отношении нападений на компьютерные сети. Допустимо ли нападать на банковскую систему, если богатство является основой военной мощи? А как быть с министерством по налогам? А фондовый рынок? А допустимы ли нападения на брокерские фирмы, если это подрвет заинтересованность инвестирования в экономику? А если экспортная выручка страны слишком зависит от какой-либо одной отрасли промышленности (например, нефтедобывающей), то можно ли использовать нападение на компьютерные сети для подрыва производства и распределения? Проблема удара по экономическим целям особенно актуальна, поскольку функционирование большинства из них глубоко компьютеризировано и поэтому очень привлекательно для тех, кто выбирает цели для информационной войны.

47 *Ibid.* ч. 2020–2023.

48 *Ibid.* ч. 2024.

49 US Navy/Marine Corps/Coast Guard, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* (NWP 1–14M, MCWP 5–2.1, COMDTPUB P5800.7), para 8.1.1 (1995), reprinted as an annotated version in *US Naval War College's International Law Studies*

series, Vol. 73 (далее – Handbook [Наставление]). Это утверждение названо «формулировкой обычного международного права». В подтверждение ее в Наставлении цитируется General Counsel, Department of Defense, Letter of 22 September 1972, reprinted in *American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, p. 123.

Вопрос критерия, о котором говорилось выше, заключается в следующем: повлечет ли за собой нападение ранения, смерть, ущерб и разрушение? Как только это определено, начинаются различные толкования понятия «военный объект», результатом чего, вероятнее всего, будут различия в оценке легитимности нанесения удара по цели. С другой стороны, если бы операция была нацелена на причинение, например, лишь неудобства, то она не достигла бы уровня нападения и поэтому была бы допустимой, независимо от наличия или отсутствия связи объекта с военной операцией. Например, если бы во время ударов войск НАТО по Белграду в апреле 1999 г. вместо «силового» оружия против сербской государственной телестанции было использовано НКС, то вероятнее всего не было бы ни ранений, ни смертей, ни ущерба или разрушений. В этом случае критика в отношении того, что был-де атакован гражданский объект, скорее всего, не была бы услышана и не было бы той негативной общественной реакции, так же как и рассмотрения в Европейском суде по правам человека.⁵⁰

Гражданское население и гражданские объекты

Гражданские лица — это лица, не рассматриваемые в качестве комбатантов,⁵¹ а гражданский объект — это объект, не являющийся военным.⁵² Запрет на нападение на гражданских лиц и гражданские объекты является почти абсолютным. В частности, Дополнительный протокол I предусматривает:

Статья 51(2): «Гражданское население как таковое, а также отдельные гражданские лица не должны являться объектом нападений. Запрещаются акты насилия или угрозы насилия».

⁵⁰ *Bankovic & Others v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, ECHR, App. No. 52207/99 (2001). 12 декабря 2001 г.

Суд принял решение, что это заявление неприемлемо.

⁵¹ Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 50(1).

⁵² *Ibid.*, ст. 52(2).

ем, имеющие основной целью терроризировать гражданское население».

Статья 52: «Гражданские объекты не должны являться объектом нападения или репрессалий».⁵³

При сомнении относительно статуса объекта или лица статус следует считать гражданским.⁵⁴ И опять же, в случае нападения на компьютерные сети вопрос критерия заключается в следующем: является ли целью или предсказуемым результатом нападения причинение ранения, смерти, ущерба или разрушения? Если да, то применяется установленное ранее запрещение, которое, безусловно, подтверждает существующее обычное право.

К сожалению, имеются трудности в толковании ясных, на первый взгляд, норм. Ранее было показано, что критерии отличия гражданских объектов от военных могут быть разными. Подобные же различия существуют в отношении того, в каких случаях можно нападать на гражданское лицо. Такая возможность допускается Дополнительным протоколом I только в случае, если гражданское лицо принимает «непосредственное участие в военных действиях», о чем в Комментарий говорится как о «враждебных действиях, которые по своей природе или намерению могут нанести фактический ущерб персоналу или оборудованию вооруженных сил противника».⁵⁵ Это — проблема незаконных комбатантов. Некоторые предлагают даже более строго ограничить иммунитет гражданских лиц, например, считать, что гражданские лица, не участвующие непосредственно во враждебных действиях, но выполняющие на военной базе во время военных действий существенные с точки зрения

⁵³ *Ibid.*, ст. 51(2) и 52. Статут Международного уголовного суда также запрещает умышленные нападения на гражданское население или на гражданские объекты. Римский статут Международного уголовного суда (в дальнейшем — Римский статут). Статьи 8(2)(b)(i) и (ii). См. также M. Cherif Bassiouni, *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, Transnational Publishers, New York, 1999. p. 39.

⁵⁴ *Ibid.*, ст. 50(1) (в отношении гражданского населения) и ст. 52(3) (в отношении гражданских объектов).

⁵⁵ *Ibid.*, ст. 51(3); Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (примечание 21), ч. 1944.

поставленных задач функции, являются законными целями для нападения.⁵⁶

В контексте информационных операций вопрос определения гражданских лиц и объектов приобретает большое значение. В некоторых странах предпочитают передавать функции информационной войны, будь то обслуживание оборудования или ведение операций, сторонним лицам. Более того, нападение на компьютерные сети может быть поручено невоенным государственным службам. В случае если гражданский подрядчик или невоенный персонал выполняют вспомогательные функции, необходимые для проведения операций, например обслуживают оборудование для НКС, то, с точки зрения последней интерпретации, на них можно сразу же нападать. Поскольку они являются важными целями, то любой причиненный им вред не будет учитываться при оценке соразмерности нападения (см. выше). С другой стороны, если критерий «непосредственное участие в военных действиях» понимать в узком смысле, то это означает, что сохраняется покровительство, которым они пользуются в качестве гражданских лиц, а в случае пленения они в качестве лиц, «следующих за вооруженными силами», имеют право на статус военнопленных.⁵⁷

Если гражданские лица сами участвуют в нападении на компьютерные сети, то проблема становится более сложной. Если результатом НКС явилось причинение ранения, смерти, ущерба или разрушения или если была предсказуемая угроза такого результата, то «преступники» являются незаконными комбатантами. Этот статус применим, поскольку они принимали непосредственное участие в военных действиях, не выполняя требований, предъявляемых к комбатантам. В качестве незаконных комбатантов они могут подвергаться непосредственным нападениям, а причиненный им вред не будет учитываться при оценке соразмерности, в случае же пленения они не будут иметь права на статус военнопленных.

⁵⁶ Письмо от начальника управления военной юстиции Министерства армии США советнику посольства ФРГ по вопросам исследований в области обороны и техноло-

гии (экономика) от 22 января 1988 г., цитируется по W. H. Parks, «Air War and the Law of War». *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1992. p. 1.

⁵⁷ ЖК III, *op. cit.* (примечание 14), ст. 4(4).

И наоборот, если гражданские лица осуществляли операции, связанные с компьютерными сетями, которые не достигли уровня «нападений», то такие лица не будут считаться незаконными комбатантами, так как они не совершили «враждебных действий, которые по своей природе или намерению могут нанести фактический ущерб персоналу или оборудованию вооруженных сил противника». Их гражданский статус и соответствующее право на покровительство остаются неизменными. Тем не менее, так же как и вспомогательный персонал, если они приписаны к военной части и следуют за ней, то в случае пленения они получают статус военнопленных.⁵⁸ Конечно, сооружения и оборудование, используемые для осуществления операций, безусловно, могут стать военными целями и в результате быть подвергнуты нападению; но непосредственно на операторов нападать нельзя.

Понятно, что использование гражданских лиц, будь то подрядчики или государственные служащие, чревато юридическими ловушками. Очевидно, что разумный подход заключается в использовании военного персонала для целей информационной войны.

Объекты двойного назначения

Объект двойного назначения — это объект, используемый как для гражданских, так и для военных целей. Примерами общеизвестных объектов двойного назначения являются аэропорты, железные дороги, энергосистемы, коммуникационные системы, заводы, производящие предметы военного и гражданского назначения и спутники, как, например, INTELSAT, EUROSAT и ARABSAT, и др. Если объект используется для военных целей, то он является военным объектом и может подвергнуться нападению, включая нападение на компьютерные сети, даже если военное назначение объекта вторично по сравнению с гражданским.

Здесь следует сделать несколько оговорок. Во-первых, является ли объект военным объектом, зависит от того, какое толкование термина — узкое или широкое — принимается. Во-вторых, являет-

58 *Ibid.*

ся ли объект объектом двойного назначения и, следовательно, военным объектом, зависит от характера конкретного конфликта. Например, летное поле в одном случае может использоваться для снабжения войск, а в другом — не использоваться в военных целях. В-третьих, объект, который можно использовать для военных целей, но который в настоящее время используется исключительно для гражданских целей, является военным объектом в том случае, если вероятность его военного использования обоснована и не отдалена по времени от момента конфликта. И наконец, объекты двойного назначения следует тщательно оценить с точки зрения требований проведения различия и соразмерности, о чем говорилось выше, так как нападение на такие объекты связано с риском причинения побочного вреда и случайного ущерба гражданскому населению и гражданским объектам.

Объекты, пользующиеся особой защитой

Кроме общих норм, относящихся к защите гражданского населения, некоторые объекты пользуются особой защитой. Противоречивой категорией объектов, подлежащих особой защите, являются плотины, дамбы и атомные электростанции. Поскольку функционирование этих объектов зависит от компьютеров и компьютерных сетей, то они особенно уязвимы для НКС. Статья 56 Дополнительного протокола I, с которой не согласны США, запрещает нападать на подобные сооружения, «если такое нападение может вызвать высвобождение опасных сил [например, воду или радиоактивность] и последующие тяжелые потери среди гражданского населения».⁵⁹

59 Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 56(1). Это запрещение распространяется и на нападения на другие военные объекты, находящиеся поблизости от них, если нападение может вызвать высвобождение опасных сил. Имеются исключения к общему запрещению, предусмотренному этой статьей:

«2. Общая защита от нападения, предусмотренная в пункте 1, прекращается:

а) в отношении плотин и дамб только в том случае, если они используются каким-

либо образом, отличающимся от их нормального функционирования, и для регулярной существенной и непосредственной поддержки военных операций и если такое нападение является единственным практически возможным способом прекратить такую поддержку;

б) в отношении атомных электростанций только в том случае, если они вырабатывают электроэнергию для регулярной существенной и непосредственной поддержки военных операций и если такое

Данное запрещение действует, даже если это военные объекты. Между прочим, НКС — это достаточно надежное средство нейтрализации таких сооружений без высвобождения опасных сил, что трудно выполнимо при использовании «силового» оружия.

Запрещаются нападения с целью вызвать голод среди гражданского населения или иным способом лишить его объектов, необходимых для выживания,⁶⁰ даже если «жертвой» таких нападений, как предполагалось, должны были стать вооруженные силы противника.⁶¹ В число необходимых для выживания объектов входят запасы продуктов питания, посевы, скот, питьевая вода. Согласно этому ограничению нападение на компьютерные сети, скажем, системы хранения и распределения продуктов питания или водоочистных сооружений, обслуживающих гражданское население, недопустимо, даже если ими пользуются также и вооруженные силы.

Кроме этого, Дополнительный протокол I запрещает проведение военных операций, которые могут причинить обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде,⁶² хотя США не

нападение является единственным практически возможным способом прекратить такую поддержку;

с) в отношении других военных объектов, размещенных в этих установках или сооружениях или поблизости от них только в том случае, если они используются для регулярной существенной и непосредственной поддержки военных операций и если такое нападение является единственным практически возможным способом прекратить такую поддержку».

Ibid., ст. 56(2).

⁶⁰ *Ibid.*, ст. 54(2). См. также Римский статут, *op. cit.* (примечание 53), ст. 8(2)(b)(xxv).

⁶¹ Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (примечание 21), ч. 2110. Запрещение, однако, не применяется в отношении объектов, используемых противником для жизнеобеспечения исключительно его вооруженных сил или «для прямой поддержки

военных действий». Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 54(3). Примером последнего может служить использование сельскохозяйственных угодий в качестве укрытия для вооруженных сил.

⁶² *Ibid.*, ст. 35(3) и 55. См. также Римский статут, *op. cit.* (примечание 53), ст. 8(2)(b)(iv). По проблеме ущерба, причиняемого природной среде во время вооруженных конфликтов см.: Jay E. Austin and Carl E. Bruch (eds), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; Michael N. Schmitt, «Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict», *Yale Journal of International Law*, Vol. 22, 1997, pp. 1–109; Richard J. Grunawalt, John E. King and Ronald S. McClains (eds), *Protection of the Environment during Armed Conflict and other Military Operations*, US Naval War College International Law Studies. Vol. 69, 1996.

считают, что это положение является формулировкой обычного права. Нападение на компьютерные сети вполне может привести к таким опустошительным последствиям. Удар по ядерному реактору может вызвать расплавление его активной зоны и последующее высвобождение радиоактивности. Аналогичным образом НКС может быть использовано для того, чтобы вызвать утечку химикатов из производственных или складских емкостей или для разрушения крупного нефтепровода. Существует много других возможностей причинения ущерба природной среде при помощи НКС. Необходимо отметить, что запрещение применимо и в том случае, если нападение было направлено на законную военную цель и даже если это нападение отвечает требованию соразмерности. Если ожидаемый ущерб превышает допустимый уровень, то операция запрещается.

И наконец, необходимо отметить, что существует ряд других объектов, лиц и видов деятельности, пользующихся особой защитой, которые уязвимы для нападений на компьютерные сети, но которые не представляют в отношении НКС каких-либо особенных преимуществ или проблем. При выборе целей нападения с этими объектами следует обращаться так же, как и при планировании «силовых» нападений.⁶³ Кроме того, имеются ограничения на нанесение

63 Например, военные и гражданские медицинские формирования и предметы медицинского снабжения не подлежат нападению, если они не используются для военных целей. Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 12. Имеются специальные критерии для распространения этой защиты на гражданские учреждения. *Ibid.*, ст. 12(2). См. также Римский статут, *op. cit.* (примечание 53), ст. 8(2)(b)(ix) и (xxv). Медицинский транспорт пользуется аналогичным покровительством. Дополнительный протокол I, *op. cit.*, ст. 21–31. Степень защиты зависит от типа санитарных перевозок и их местоположения. Другими объектами, пользующимися покровительством, являются культурные ценности, места отправления культа, а также убежища, оборудование и материалы организаций гражданской обо-

роны. *Ibid.*, ст. 53 и 62(3). Кроме этого, запрещается затруднять проведение операций по оказанию гуманитарной помощи. *Ibid.*, ст. 70. Применяются специальные положения в отношении того, когда такие операции имеют право на защиту. Римский статут, *op. cit.* (примечание 53), ст. 8(2)(b)(iii). Согласно этим запрещениям нападение на компьютерные сети с целью, например, изменения информации о группах крови в базе данных больницы, или отключения электроэнергии в бомбоубежище, или преднамеренной переадресации грузов гуманитарной помощи будет незаконным. Конечно, использование покровительствуемых объектов или зон не по назначению, для военных целей, превращает их в законные военные объекты, которые можно подвергать нападению.

ударов, в том числе, на нападения на компьютерные сети, по некоторым объектам и лицам — в качестве репрессалий.⁶⁴

Ограничения, налагаемые на нанесение ударов по законным целям

Основные предписания относительно нанесения ударов по законным целям базируются на принципе проведения различия.⁶⁵ Этом принцип наиболее наглядно показывает, как в гуманитарном праве соблюдается баланс интересов государства, прибегающего к насилию, и более широких человеческих интересов, заключающихся

⁶⁴ Репрессалии — это незаконные в других случаях действия, применяемые в ответ на незаконное поведение противника. Они должны применяться с единственной целью — заставить противника действовать законно. Противник при этом должен быть предварительно предупрежден (если это возможно); репрессалии должны быть соразмерны нарушениям, допускаемым противником, и должны прекращаться, как только он начнет соблюдать существующие ограничения на свое поведение. Право на репрессалии было сильно ограничено договорным правом, которое в большой степени отражает обычное право. Существуют специальные запрещения на репрессалии против гражданского населения; военнопленных, раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение; медицинского и духовного персонала и их оборудования; покровительствуемых зданий, оборудования и судов; гражданских объектов; культурных ценностей; объектов, необходимых для выживания гражданского населения; установок, содержащих опасные силы; а также против природной среды. ЖК I *op. cit.* (примечание 14), ст. 46; ЖК II *op. cit.* (примечание 14), ст. 47; ЖК III *op. cit.* (примечание 14), ст. 13; ЖК IV *op. cit.* (примечание 14), ст. 33; Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 20, 51–56. Следует признать,

что некоторые страны считают, что ограничения, налагаемые Дополнительным протоколом I на репрессалии, не отражают обычного права. США, признавая, что в большинстве случаев репрессалии против гражданского населения нецелесообразны (и незаконны), утверждают, что их абсолютное запрещение «устраняет важное сдерживающее средство, которое в настоящее время защищает гражданское население и другие жертвы войны всех участвующих в конфликте сторон». Soafer, *op. cit.* (примечание 28), р. 470. Официальную точку зрения США по вопросу репрессалий против гражданского населения см. в Handbook, *op. cit.* (примечание 49), части 6.2.3 и 6.2.3.1–3. При присоединении к Протоколу Соединенного Королевства заявило оговорку точно такого же содержания. Перепечатано в Red Cross Treaty Database (договорная база данных МККК) на сайте <http://www.icrc.org/ihl>. По мнению этих и других стран, принявших данную точку зрения, нападения в качестве репрессалий на компьютерные сети являются вопросом не права, а политики.

⁶⁵ Подробный анализ этого принципа см. в Esbjörn Rosenblad, *International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1979.

в защите не принимающих в нем участия людей от последствий, — того, что, в лучшем случае, является печальной необходимостью.

Требование проведения различия двояко. В отношении оружия оно запрещает использование таких его видов, которые не способны действовать, проводя различие между комбатантами и военными объектами, с одной стороны, и гражданским населением, гражданскими объектами и другими находящимися под покровительством объектами — с другой. В отношении тактики и использования оружия оно требует, чтобы при осуществлении военных операций принимались меры для проведения различия между указанными двумя категориями — военной и гражданской. В Дополнительном протоколе I это сформулировано в ст. 51(4):

«К нападениям неизбирательного характера относятся: (а) нападения, которые не направлены на конкретные военные объекты; (b) нападения, при которых применяются методы или средства ведения военных действий, которые не могут быть направлены на конкретные военные объекты; или (с) нападения, при которых применяются методы или средства ведения военных действий, последствия которых не могут быть ограничены, как это требуется в соответствии с настоящим Протоколом, и которые, таким образом, в каждом таком случае поражают военные объекты и гражданские лица или гражданские объекты без различия».

Подпункт (а) относится к неизбирательному использованию, а подпункты (b) и (с) — к неизбирательным оружию и тактике. Проблема неизбирательного использования включает три взаимосвязанных компонента: проведение различия, соразмерность и сведение к минимуму побочного вреда и случайного ущерба.⁶⁶

⁶⁶ Эта классификация заимствована из работы: Christopher Greenwood, «The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium», in Michael N. Schmitt and Leslie C. Green (eds), *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, Naval War College, Newport, RI, 1998, p. 185; работа опубликована также в *US Naval War College International Law Studies*, Vol. 71, 1998. В ВВС США используют категорию военной необходимости, гуманности и

рыцарства, а принцип соразмерности является частью категории необходимости, а ВМС США используют категории военной необходимости, гуманности и рыцарства. Ср.: Department of the Air Force, *International Law: The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, AF Pamphlet 110-31, 1976, at 1-5-1-6 with Handbook, *op. cit.* (примечание 49), para. 5-1.

Оружие неизбирательного действия

Нападения на компьютерные сети осуществляются системой оружия, состоящей из компьютера, программы и средств, при помощи которых эта программа передается. Очевидно, что сам компьютер — машина избирательного действия, так как он может очень точно пересылать программу на те или иные компьютеры или сети. Так, например, работает электронная почта. Можно написать программу, которая — возможно умышленно — окажется абсолютно неизбирательной. Известным примером является компьютерный вирус, который без всякого участия его создателя распространяется от компьютера к компьютеру. Так как программу, даже если это неуправляемый вирус, можно нацеливать на конкретные военные объекты, то ее нельзя относить к оружию неизбирательного действия на том основании, что ею нельзя управлять. Впрочем, такая программа может оказаться неизбирательной в том случае, если ее *последствия* нельзя ограничить. Во многих случаях после запуска программы-вируса для поражения компьютера или сети оператор, осуществивший нападение, не имеет никаких возможностей ограничить ее последующую ретрансляцию. Это вполне возможно и в отношении закрытых сетей, так как вирус можно передавать при помощи дискет. Короче говоря, злонамеренная программа, которая может бесконтрольно распространяться по гражданским сетям, является оружием неизбирательного действия и потому подлежит запрету.

Но следует, однако, осторожно относиться к этому ограничению. Заметим, что в ст. 51(4) говорится о «методах и средствах ведения военных действий». Средство ведения военных действий определено в комментарии к Дополнительному протоколу I как «оружие», а методы ведения военных действий — это способ использования оружия.⁶⁷ В обычном значении «оружие» — это то, что может использоваться для *нападения* на противника. Из вышеизло-

⁶⁷ Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (примечание 21), ч. 1957.

женной трактовки термина «нападения» в гуманитарном праве следует, что компьютерная программа явится частью системы оружия только в том случае, если она может оказать воздействие, охватываемое этим термином, а именно, причинять ранение, смерть, ущерб и разрушение (в том числе и такие сопутствующие виды воздействия, как причинение тяжелых душевных страданий, запугивание и т. д.). Если же она не может оказать такого воздействия, то программа не является частью системы оружия и, следовательно, не подлежит запрету — во всяком случае, на основании ее неизбирательного характера.

Проведение различия

Принцип проведения различия, который, безусловно, является частью обычного гуманитарного права, сформулирован в ст. 48 Дополнительного протокола I: «Стороны, находящиеся в конфликте, должны всегда проводить различие между гражданским населением и комбатантами, а также между гражданскими объектами и военными объектами и соответственно направлять свои действия только против военных объектов». Если запрещение нападать на гражданское население превращает определенную категорию потенциальных объектов нападения в незаконные цели, то требование проведения различия распространяет защиту на случаи, когда нападение, возможно, и не направленно непосредственно на гражданское население и гражданские объекты, но возможность удара по ним, тем не менее, высока. Так происходит, например, когда производится выстрел вслепую, хотя оружие позволяет осуществить прицеливание.

Это запрещение особенно актуально в контексте нападения на компьютерные сети. Например, оно относится к случаю, когда, используя определенные средства НКС, имеется возможность выбрать в качестве объекта нападения военную цель, а вместо этого предпринимается ширококомасштабное нападение, способное причинить ущерб гражданским системам. Аналогия этому — обстрелы Ираком ракетами СКАД населенных пунктов Саудовской Аравии и Израиля во время войны в Персидском зали-

ве в 1990–1991 гг.⁶⁸ Ракеты СКАД не являются по своей природе оружием неизбежного действия. Наоборот, их можно нацеливать с достаточной точностью, например на военные соединения в пустыне. Однако использование ракет СКАД против населенных пунктов было действием неизбежного характера, даже если в намерение Ирака входило нанесение удара по военным объектам, находящимся в этих пунктах. Вероятность поражения лиц и объектов, находящихся под защитой, была настолько выше, чем поражение законных целей, что использование этих ракет было недопустимым. Учитывая сегодняшнюю взаимосвязь компьютерных систем, нападение на компьютерные сети вполне может быть таким же.

Соразмерность

Умысел — это то, что отличает принцип соразмерности от принципа проведения различия. Проведение различия ограничивает непосредственные нападения на находящиеся под покровительством лица и объекты, а также нападения, при которых преступно пренебрегают возможными последствиями для таких лиц и объектов. В противоположность этому принцип соразмерности относится к ситуациям, в которых ущерб находящимся под покровительством лицам или объектам является предсказуемым, но не намеренным. Этот принцип чаще всего нарушается (иногда не преднамеренно, а по преступной небрежности) в результате: 1) отсутствия достаточного знания или понимания того, против чего совершается нападение; 2) неспособности точно рассчитать силу удара по цели; и 3) невозможности обеспечить поражение выбранной цели с абсолютной точностью.⁶⁹ Все три юридические ловушки нужно иметь в виду, говоря о нападениях на компьютерные сети.

68 Об этих ракетных обстрелах см. US Department of Defense, «Conduct of the Persian Gulf War», Title V Report to Congress, 1992, p. 63, reprinted in 31 *International Legal Materials*. 1992, p. 612.

69 Подробно по этому вопросу см. в Michael N. Schmitt, «Bellum Americanum: The US View of Twenty-First Century War and its Possible Implications for the Law of Armed Conflict», *Michigan Journal of International Law*, Vol. 19, 1998, p. 1051, pp. 1080–1081.

Как сказано в Дополнительном протоколе I, нападение является неизбирательным, если оно, «как можно ожидать, попутно повлечет за собой потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам или то и другое вместе, которые были бы чрезмерны по отношению к конкретному и непосредственному военному преимуществу, которое предполагается таким образом получить».⁷⁰ Конкретное и непосредственное военное преимущество — это преимущество «существенное и относительно близкое по времени [...] ... малозаметные и отдаленные преимущества не принимаются во внимание».⁷¹ Более того, принимается во внимание преимущество, получаемое от всей операции, а не только от данного единичного нападения.⁷²

По существу, принцип соразмерности требует нахождения баланса, то есть решения очень сложной задачи, так как различные составляющие (страдания и ущерб в сравнении с военным преимуществом) взвешиваются без учета общей шкалы ценностей.⁷³ Осложняет дело то, что ответы на эти и подобные вопросы — даже если предположить, что существуют «правильные» ответы на них, — очень контекстуальны, так как военное преимущество, полу-

⁷⁰ Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 51(5)(а) и 57(2)(а)(iii) и (b). По проблеме соразмерности см.: William J. Fenrick. «The Rule of Proportionality and Protocol Additional I in Conventional Warfare», *Military Law Review*, Vol. 98, 1982, p. 91; Judith G. Gardam, «Proportionality and Force in International Law», *American journal of International Law*, Vol. 87, 1993, p. 391.

⁷¹ Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (примечание 21), ч. 2209.

⁷² По этому вопросу было сделано много заявлений о понимании, деклараций и оговорок странами — участницами Протокола. Например, Соединенное Королевство сделало следующую оговорку при ратификации Дополнительного протокола I в 1998 г.: «По мнению Соединенного Королевства, военное преимущество, которое предполагается

получить в результате нападения, следует понимать как военное преимущество, которое предполагается получить от нападения в целом, а не только от отдельных или конкретных частей нападения». Сайт МККК, *op. cit.* (примечание 64).

⁷³ Например, как сравнить жизни пассажиров с ценностью военного самолета при организации нападения на компьютерные сети системы управления воздушным движением? Каков допустимый предел человеческих страданий в результате отключения электрических сетей, удовлетворяющих как военные, так и гражданские нужды? Можно ли нападать на телекоммуникационные системы, если это приведет к ухудшению работы служб спасения населения в чрезвычайных ситуациях?

чаемое в результате нападения, всегда зависит от военной обстановки в данный момент.⁷⁴ Признавая сложность реального осуществления этого принципа, авторы комментария к Дополнительному протоколу I говорят, что «осуществление этих положений на практике потребует высокой степени доброй воли воюющих сторон, а также желания действовать согласно общим принципам уважения гражданского населения».⁷⁵

Дополнительно усложняет дело «эффект домино», то есть не прямой результат нападения, но его последствия. Иными словами, речь идет о последствиях последствий нападения. Наиболее часто упоминаемым примером этого является нападение на электрические сети Ирака во время войны в Персидском заливе в 1990–1991 гг. Это нападение полностью вывело из строя оперативную систему управления войсками Ирака, но одновременно оно лишило электроэнергию и гражданское население («первичный» результат), что нанесло ущерб больницам, холодильным установкам, службам чрезвычайной помощи и так далее. Аналогичным образом, когда во время операции Allied Force («Союзная сила») войска НАТО нанесли удар по югославским сетям электроснабжения, одним из результатов этого явилось отключение станций снабжения питьевой водой.⁷⁶ Эти нападения инициировали «эффект домино» и «вторичным» результатом стали страдания населения. Очевидно, что будь это НКС, результат был бы точно такой же. Более того, «эффект домино» при нападениях на компьютерные сети выглядит более угрожающим, чем при «силовом» нападении, так как компьютеры, в частности компьютеры военных и гражданских сетей, соединены между собой.

74 Проблема заключается также в том, что сам процесс оценки сложен. Например, ценностные критерии диктуются культурой, эти ценностные критерии меняются во времени. О воззрениях на систему ценностей в связи с причинением ущерба природной среде во время вооруженного конфликта более подробно см. в Michael N. Schmitt, «War and the Environment: Fault

Lines in the Prescriptive Landscape», *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 37, 1999, p. 25.

75 Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (примечание 21), ч. 1978.

76 «NATO Denies Targeting Water Supplies». BBC World Online Network, 24 May 1999, http://www.news.bbc.co.uk/hi/english/world/europe/newsid_351000/351780.stm.

«Эффект домино» оказывает влияние на анализ соразмерности, так как его нужно учитывать при сопоставлении риска причинения побочного ущерба и случайного ранения с военными преимуществами. К сожалению, при нападении на компьютерные сети такие ущерб и ранения, будь то прямые или косвенные, трудно прогнозировать, не зная, как работают эти компьютерные сети и к каким другим системам они подсоединены. Несмотря на эту трудность, лица, планирующие нападение или принимающие решение о нем, обязаны всегда, когда это практически возможно, попытаться избежать причинения побочного ущерба и случайного ранения. Эта обязанность подразумевает принятие некоторых мер для того, чтобы спрогнозировать ущерб или ранения, которые могут быть причинены в результате нападения.⁷⁷ Учитывая сложность нападения на компьютерные сети, высокую вероятность повреждения гражданских систем, а также относительно слабое понимание существа и последствий этого лицами, отдающими приказ о нападении, на всех стадиях планирования при выполнении боевой задачи должны иметься специалисты-компьютерщики для оценки возможных побочных и случайных последствий.⁷⁸ Кроме этого, неоценимую помощь в оценке возможного «эффекта домино» могут оказать моделирование и имитация, подобные тем, которые уже были проведены в отношении ядерного оружия. Очень хорошо было бы сделать это до начала военных действий, в спокойной обстановке, вне дыма и пыли сражений.

Минимизация побочного ущерба и случайных ранений

Определяя соразмерность, устанавливают, можно ли вообще нападать на военный объект. Впрочем, даже если выбранная цель является законной и планируемое нападение соразмерно, нападающий обязан избрать метод и средства ведения военных дей-

⁷⁷ См. Дополнительный протокол, *op. cit.* (примечание 10), ст. 57.

⁷⁸ Объединенный центр военного анализа, размещаемый в центре ВМФ в Даль-

грене, штат Виргиния, в настоящее время занимается моделированием инфраструктур иностранных государств и непредвиденных последствий.

ствий, которые, как ожидается, при прочих равных условиях (например, риск для осуществляющих нападение сил, вероятность успеха, запасы оружия и т. д.) причинят наименьшие побочный ущерб и случайные ранения.⁷⁹ Более того, если для достижения цели можно атаковать различные объекты, то выбор следует остановить на объекте, нападение на который связан с наименьшим риском причинения побочного ущерба и случайных ранений.⁸⁰

Наличие такого средства, как нападение на компьютерные сети, фактически увеличивает выбор способов сведения к минимуму побочного ущерба и случайного ранения. Если в прошлом для нейтрализации объекта, поддерживающего усилия противника, возможно, требовалось его физическое уничтожение, то сегодня такой объект можно будет просто «выключить». Например, вместо того чтобы бомбить аэродром, можно нарушить систему управления воздушным движением. Это же относится к системам производства и распределения энергии, коммуникационным системам, промышленным предприятиям, и т. д. Те, кто планируют такие нападения или принимают решение об их осуществлении, должны, как и ранее, думать о побочном ущербе, случайном ранении и об «эффекте домино» (как в вышеприведенном примере с электрическими сетями в Ираке). Однако риски, связанные с классическими «силовыми» военными действиями, существенно снижаются при использовании НКС. В каких-то случаях желаемый результат может быть достигнут простым прерыванием работы объекта-цели. Такая тактика особенно привлекательна в случае объекта двойного назначения. Рассмотрим системы электроснабжения. Военная необходимость, возможно, потребует выключить систему только на короткое время, например непосредственно перед штурмом и во время его. Как только настоятельная необходимость ее приостановки отпадет, система может быть вновь запущена, чем будут уменьшены негативные последствия для гражданского населения. Поскольку объекты физически не разрушаются и, следовательно, не требуют ремонта или восстановления, ускоряется процесс возврата населения к нормальной жизни по прекращении конфликта.

79 *Ibid.*, ст. 57(2)(a).

80 *Ibid.*, ст. 57(3).

Вероломство

Важнейшие нормативные ограничения на нападения на компьютерные сети проистекают из принципа проведения различия, тем не менее несколько других связанных с этим аспектов гуманитарного права необходимо учитывать при использовании этого нового средства войны. Один из них — запрещение вероломства. Вероломство — это симулирование права на защиту с целью злоупотребления доверием противника. Примерами этого служат симулирование ранения, болезни, или обладания статусом некомбатанта, или сдачи в плен, неправомерное использованием эмблем, предоставляющих защиту, например красного креста или красного полумесяца. Вероломство отличается от военных хитростей, которые направлены на то, чтобы ввести противника в заблуждение или побудить его действовать опрометчиво, но которые не связаны с ложным притязанием на право на защиту. Военные хитрости не запрещаются.

Информационная война, включая нападения на компьютерные сети, предоставляет множество возможностей для военных хитростей и вероломства. Объясняется это тем, что оба способа предназначены для передачи... ложной информации. Например, законная военная хитрость может заключаться в передаче ложных данных о развертывании или переброске войск, которые предназначены для того, чтобы их перехватил противник. Или она может состоять во внесении изменений в базы данных разведки противника, или в пересылке сообщений в штабы противника, якобы из нижестоящих подразделений, или в направлении указаний в нижестоящие подразделения, якобы из их штабов.⁸¹ Все такие действия являются совершенно законными.

С другой стороны, любое действие, направленное на то, чтобы заставить противника поверить, что обладаешь статусом, предо-

⁸¹ Статья 39 запрещает использовать военные эмблемы, воинские знаки различия или форменную одежду противника. Это запрещение, с которым США не согласны, за исключением случаев такого использования во время боя (см. *Handbook, op. cit.*, [примечание 49], пара 12.1.1, fn 2), не рас-

пространяется на использование кодов, паролей и т.п. Micheal Bothe, Karl J. Partsch and Waldermar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, M. Nijhoff, The Hague, 1982. Впрочем, ст. 38 запрещает неправомерное использование защитных сигналов.

ставляющим защиту, и тем самым получить возможность убивать, причинять ранения или брать в плен противника, будет незаконным.⁸² Например, медицинские формирования и санитарно-транспортные средства могут использовать для своего опознавания коды и сигналы, установленные Международным союзом электросвязи, Международной организацией гражданской авиации и Межправительственной морской консультативной организацией.⁸³ Передача обманным образом этих кодов/сигналов или — что более вероятно в контексте нападения на компьютерные сети — перевод системы противника в режим отображения приема таких сигналов было бы явным примером вероломства. Министерство обороны США также высказало мнение, что использование «компьютерной трансформации для создания изображения руководителя государства-противника, извещающего свои войска о подписании соглашения о перемирии или прекращении огня, явилось бы военным преступлением, если такое извещение ложно».

Заключение

В общем и целом, существующие гуманитарные нормы достаточны для обеспечения защиты, которой пользуются гражданское население, гражданские объекты и другие находящиеся под защитой лица и объекты. Тем не менее некоторые ранее не существовавшие аспекты НКС действительно создают новые, и иногда тревожные, ситуации. Некоторые трудности в оценке происходящего в связи с методами компьютерной войны во время операции НАТО против Югославии в 1999 г. являются неопровержимым свидетельством того, что вопрос о том, как рассматривать НКС в свете положений гуманитарного права, пока еще остается открытым.⁸⁴

82 Дополнительный Протокол I, *op. cit.* (примечание 10), ст. 37, Римский статут, (примечание 53), ст. 8(2)(b)(vii) и (xi). Конвенция (IV) о законах и обычаях сухопутной войны, 18 октября 1907 г., прилагаемое Положение, ст. 23(b)7, в сборнике «Международное право. Ведение военных действий», (примечание 10), с. 27, запрещают вероломное убийство.

83 Дополнительный протокол I, *op. cit.* (примечание 10), Приложение, ст. 11.

84 О сомнениях в отношении применения НКС во время операции «Союзная сила» см. Bradley Graham, «Military Grappling with Rules for Cyber Warfare: Questions Prevented Use on Yugoslavia», *Washington Post*, 8 November 1999, p. A1.

Во-первых, для того чтобы применить существующие нормы к НКС, необходимо принять ряд принципов в плане толкования терминов. Наиболее важным из них является толкование терминов «вооруженный конфликт» и «нападение» на основе критерия последствий. При отсутствии такого понимания этих терминов применимость, и следовательно, адекватность существующих принципов гуманитарного права ставится под вопрос. Между прочим, рассмотрение нападения на компьютерные сети в контексте *jus ad bellum* (права прибегать к силе) также приводит к толкованию, основанному на критерии последствий.⁸⁵

Во-вторых, даже если принять параметры, проистекающие из предлагаемых толкований, пробелы в праве остаются. Наиболее существенным является то, что нападения на гражданское население и гражданские объекты, не причиняющие ранений, смертей, ущерба или разрушений (или иным образом не ведущие к недопустимым страданиям) в целом разрешаются. Учитывая, что «силовые» нападения обычно вызывают такие последствия, гражданское население и гражданские объекты пользуются широкой защитой во время традиционных военных операций. Тем не менее нападение на компьютерные сети, поскольку оно может и не являться *нападением*, открывает широкие возможности для избрания в качестве целей нападения находящиеся под защитой лица и объекты. Стимулы для проведения таких операций тем сильнее, чем более принудительный характер носят «цели войны» стороны, которая осуществляет НКС. Например, желание «выключить свет» гражданскому населению, чтобы побудить его оказать давление на свое руководство с тем, чтобы оно придерживалось определенной линии поведения или воздерживалось от нее (именно это предлагал сделать командующий ВВС НАТО во время операции «Союзная сила») будет расти по мере увеличения возможностей достижения

⁸⁵ См. Schmitt, «Computer Network Attack», *op. cit.* (примечание 7).

этой цели.⁸⁶ Отсутствие «силовых» результатов, по существу, провоцирует НКС.

С гуманитарной точки зрения, это весьма удручающее обстоятельство. Часть нападений на компьютерные сети, возможно, и не достигнут уровня нападения, но другие, безусловно, достигнут. То, что нападение на цель можно совершить не только «силовым» способом, вовсе не означает, что нормы гуманитарного права становятся неприменимыми. Гражданское население и гражданские объекты продолжают пользоваться статусом, предоставляющим защиту, в отношении тех воздействий НКС, которые причиняют человеческие страдания и физические разрушения. Более того, даже при нападениях на компьютерные сети военных объектов принцип соразмерности продолжает защищать гражданское население и гражданские объекты от ранений и ущерба, чрезмерных по отношению к военному преимуществу. Например, отключение подачи электроэнергии в город с целью вывода из строя оперативной системы управления войсками и связи противника может допускаться в том случае, если это не причинит чрезмерных страданий населению. Впрочем, если операция направлена не на военный объект, то вопрос ставится так: достигает ли причиненный ущерб уровня ущерба от «нападения»? Если достигает, то НКС запрещается.

В-третьих, и это вселяет надежду, НКС, возможно, позволят достигать желанных военных целей, причиняя меньше сопутствующих разрушений и случайных ранений, чем это происходит при обычных «силовых» нападениях. Безусловно, военачальники будут обязаны, в некоторых случаях, задействовать свои кибернетические средства вместо «силового» оружия, если этим можно умень-

86 Вот что вспоминает генерал-лейтенант ВВС США, который руководил действиями авиации во время операции «Союзная сила»:

«Я считал, что в первую же ночь следует отключить электроэнергию, уничтожить основные мосты через Дунай и прекратить подачу воды, с тем чтобы на следующее утро

именитые граждане Белграда, проснувшись, спросили себя: «Зачем мы это делаем?» А затем обратились бы с этим вопросом к Милошевичу».

Craig R. Whitney. «The Commander: Air Wars Won't Stay Risk-Free, General Says», *The New York Times*, 18 June 1999, p. A1.

шить сопутствующие и случайные последствия.⁸⁷ Кроме того, при оценке соответствия нападения принципу соразмерности совершенно необходимо тщательно анализировать последствия таких операций, и особенно «эффект домино». Это потребует участия стратегов, юристов и специалистов-компьютерщиков на всех стадиях определения объектов нападения.⁸⁸

И наконец, использование сугубо гражданских технологий и ноу-хау для проведения военных операций при помощи компьютеров испытывает на прочность не только существующее понятие «нападение», но и традиционный статус комбатанта. Несоблюдение строгих ограничений на участие гражданских лиц в военных действиях неминуемо увеличит опасности, ожидающие гражданское население, и ослабит действие норм гуманитарного права.

Таким образом, решение еще предстоит найти. Несмотря на то что гуманитарное право в своем сегодняшнем виде обычно является достаточным для того, чтобы защитить от последствий нападений на компьютерные сети покровительствуемые лица, и хотя оно даже обещает периодически усиливать такую защиту, тем не

87 В комментарии к Дополнительным протоколам, *op. cit.* (примечание 21), ч. 1871, говорится, что «обязанностью участвующих в конфликте сторон является иметь средства, позволяющие уважать положения Протокола. В любом случае недопустимо, чтобы сторона, обладающая такими средствами, не применяла их и тем самым сознательно не проводила требуемого различия».

88 Стандартное подразделение информационных операций показано в JP 3–13, *op. cit.* (примечание 2), на рис. IV–4 и в сопровождающем тексте. Оно включает: офицера по информационным операциям из J–3 (Joint Staff Operations Directorate – Управление операциями Объединенного штаба); представителей J–2 (Joint Staff Intelligence Directorate – Управление разведки Объединенного штаба), J–4 (Joint Staff Logistics Directorate – Управление материально-техни-

ческого снабжения Объединенного штаба), J–5 (Strategic Plans and Policy Directorate – Управление стратегического планирования Объединенного штаба), J–6 (Joint Staff Command, Control & Communications Systems Directorate – Управление системами оперативного руководства и связи Объединенного штаба), J–7 (Operational Plans and Joint Force Development Directorate – Управление оперативных планов и развития объединенных сил), органов управления боевых частей и подразделений, служебные и функциональные подразделения; начальника военно-юридической службы, а также специалистов по связи с общественностью, контрразведке, связи с гражданскими властями, определению целей, специальным операциям, электронной войне, психологическим операциям, дезинформации и обеспечению безопасности действий войск.

менее существенные нормативные провалы налицо. Поэтому, по мере расширения возможностей для нападений на компьютерные сети, — как в смысле их изоциренности, так и доступности таких возможностей, — постоянный правовой мониторинг совершенно необходим. Нельзя терять из виду гуманитарные принципы, иначе допустимое в ходе ведения войны будет вытеснено возможным.



Ответственность государства за нарушения международного гуманитарного права

Марко Сассоли

Можно сказать, что международное публичное право состоит из двух слоев: первый (традиционный слой) — право, регулирующее сосуществование членов международного сообщества, главным образом, государств, и сотрудничество между ними; второй слой — новый, его составляют законы, по которым живет сообщество из шести миллиардов человек. Несмотря на то что международное гуманитарное право возникло как часть традиционного слоя, т.е. как право, регулирующее отношения между воюющими государствами, в настоящее время оно почти утратило свое значение, если не рассматривается в контексте второго слоя, т.е. права, защищающего жертвы войны от государств и всех остальных участников военных действий.

Марко Сассоли — профессор международного права Квебекского университета в Монреале (Канада), бывший делегат МККК и глава делегации, а также бывший заместитель начальника юридического отдела МККК. Профессор благодарит своих научных ассистентов, г-жу Марию-Луизу Туга и г-на Изабелито Доминго за ценную помощь при подготовке статьи.

Поэтому соблюдение международного гуманитарного права может рассматриваться через призму обоих слоев. В той области права, которая применяется, по существу, в ситуациях анархии, незаконных действий и зачастую — беззакония, таких как вооруженные конфликты, главное внимание в механизмах имплементации права сосредоточивается и должно быть всегда сосредоточено на предупреждении. Международный комитет Красного Креста (МККК), выступающий в качестве традиционного имплементирующего механизма международного гуманитарного права, действует как нейтральный посредник между государствами и институционализированный представитель жертв войны. На обоих уровнях МККК предотвращает нарушения международного гуманитарного права и старается решить связанные с этим проблемы, *inter alia*, «замещаая» воюющие стороны, которые не выполняют свои гуманитарные обязанности.¹ МККК использует подход, ориентированный на жертву, а не на нарушения права.² Тем не менее нарушения происходящие в правовой системе, должны также иметь правовые последствия. Нарушения совершаются физическими лицами.

Международное гуманитарное право — одна из немногих областей международного права, приписывающая нарушения отдельным лицам и предписывающая санкции в отношении таких лиц. Этот подход, характерный для второго слоя публичного международного права, стремительно развивался в течение последних лет.

Несмотря на то что международное гуманитарное право все больше работает как против, так и в интересах отдельных лиц, оно также является частью первого слоя в том плане, что реализуется в отношениях между государствами. В этой традиционной структуре нарушения права приписываются государствам, и поэтому меры по пресечению нарушений и возмещению ущерба должны быть направлены против государств, ответственных за такие нарушения.

¹ О способах действий, см. P. Bonard, *Modes of Action Used by Humanitarian Players*, ICRC, Geneva, 1999.

² М. Сассоли, «The victim-oriented approach of international humanitarian law

and of the International Committee of the Red Cross (ICRC)» *Victims, Nouvelles Etudes Penales*, Vol. 7, 1988, pp. 147–180.

Последствия нарушений, наступающие в межгосударственных отношениях, изложены в нормах, касающихся ответственности государств. В настоящей статье предпринимается попытка показать, как эти нормы применяются к нарушениям международного гуманитарного права.

Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятый в 2001 году

Сейчас настало время окончательно выяснить вопрос об ответственности государств за нарушения международного гуманитарного права, потому что в прошлом году Комиссия международного права (КМП) наконец приняла **Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния** (далее — Проект статей),³ что стало кульминацией работы Комиссии за 45 лет. Настоящая кодификация так называемых вспомогательных норм международного права касается нарушений всех основных норм, за исключением тех случаев «и в той мере, в какой условия наличия международно-противоправного деяния, или содержание международной ответственности государства, или ее имплементация определяются специальными нормами международного права».⁴ Поэтому при рассмотрении вопроса об ответственности государств будет важно определить, для каких норм, установленных в Проекте статей, международное гуманитарное право предусматривает *lex specialis*.

В Проекте статей и комментариях к ним, также принятым КМП, часто делается ссылка на международное гуманитарное право как на пример или на исключение из норм, содержащихся в

³ Организация Объединенных Наций. Доклад Комиссии международного права. Пятьдесят третья сессия (23 апреля – 1 июня и 2 июля – 10 августа 2001 г.). Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Пятьдесят шестая сессия. Дополнение № 10 (A/56/10), См. сайт:

<<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>> (далее – Доклад), pp. 26–380.

Генеральная Ассамблея ООН приняла к сведению Проект статей в Резолюции A/RES/56/83 от 12 декабря 2001 г.

⁴ Проект ст. 55.

Проекте статей. Анализ и обсуждение этих ссылок позволяют лучше понять определение и последствия нарушений международного гуманитарного права на межгосударственном уровне. Это, несмотря на недавние успехи, достигнутые в области международного уголовного права, все еще имеет первостепенное значение для обеспечения уважения к жертвам войны до тех пор, пока международное сообщество продолжает состоять из суверенных государств, а международное сообщество еще не достигло формы институционализированного мирового государства, в котором корпоративная маска — и сопутствующая ответственность — государства больше не имеют значения. Пока же согласование международного гуманитарного права со вспомогательными понятиями, общими для международного права в целом, является одним из способов его совершенствования.⁵

Международное гуманитарное право – «замкнутая система»?

Прежде чем приступить к анализу Проекта статей с точки зрения имплементации международного гуманитарного права, необходимо определить, права ли КМП в своем допущении, что эти статьи в принципе применимы к этой области права. Может быть, международное гуманитарное право есть «замкнутая система», реализация которой возможна исключительно по собственным правилам? Международный суд (МС) использовал понятие «замкнутой системы», дав при этом ограниченный перечень возможных реакций на нарушения в контексте права дипломатических отношений. МС заявил, что «дипломатическое право само предоставляет необходимые средства защиты [...] и санкции за незаконную деятельность сотрудников дипломатических и консульских миссий».⁶ КМП отказалась от этой концепции даже применительно к дипломатическо-

⁵ См. предыдущую, подчас сбивающую с толку попытку в работе: Т. Каменов, «The origin of State and entity responsibility for violations of international humanitarian law in armed conflicts», F. Kalshoven and Y Sandoz (eds), *Implementaion of International*

Humnitarian Law, Dordrecht, Martinis Nijhoff Publishers, 1989, in particular p. 170.

⁶ United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, ICJ Reports 1980, p. 3, at p. 38, para. 83, and p. 40, para.86.

му праву, сведя ее к норме, согласно которой «принимающее контрмеры государство не освобождается от выполнения своих обязательств [...] уважать неприкосновенность дипломатических агентов и консульских должностных лиц, дипломатических и консульских помещений, архивов и документов».⁷ В этом отношении дипломатическое и гуманитарное право сходны. Они должны гарантировать минимальные контакты между государствами, независимо от их отношений в других областях. Мы увидим, что контрмеры, заключающиеся в поведении, затрагивающем интересы жертв войны, также, в основном, запрещены. Из этого запрета, однако, не следует, что международное гуманитарное право может выполняться исключительно посредством механизмов, явно предусмотренных этим правом. Во-первых, мы увидим, что большое количество этих механизмов подробно описывают или изменяют общие нормы, касающиеся ответственности государств, и могут быть поняты только в этих рамках. Во-вторых, станет очевидно, что международные суды применяли общие нормы, касающиеся ответственности государства, для того, чтобы приписывать или не приписывать некоторые нарушения международного гуманитарного права данному государству.⁸ Считать, что международное гуманитарное право может выполняться исключительно через его собственные механизмы, было бы равнозначно признанию МГП в качестве области права, имеющей менее обязательный характер и большие пробелы.

Присвоение деяния государству

Для того чтобы нарушения права попадали под межгосударственные нормы, относящиеся к традиционному слою международного права, такие нарушения должны заключаться в действиях, которые приписываются государству. В противном случае нарушения права могут повлечь индивидуальную уголовную ответственность, и именно эта вторая возможность отличает международное гуманитарное право от большинства других областей международного права.

⁷ Проект ст. 50(2)(b).

⁸ См. примечания 19 и 20 (ниже).

Поведение лиц из состава вооруженных сил

Первый вопрос, возникающий в этом контексте, — это вопрос о том, несет ли государство ответственность за все действия собственных вооруженных сил. Проект статьи 7 гласит:

«Поведение органа государства [...] рассматривается как деяние этого государства по международному праву, если этот орган действует в этом качестве, даже если этот орган, лицо[...] превышают свои полномочия или нарушают указания». В соответствии со ст. 3 Гаагской конвенции IV⁹ и ст. 91 Протокола I¹⁰, сторона — участник конфликта «несет ответственность за все действия, совершаемые лицами, входящими в состав ее вооруженных сил».¹¹ Существуют три положения, четко относящиеся к действиям, совершенным в нарушение приказов или инструкций. Согласно проекту указанной статьи, государство отвечает только за поведение лиц из состава своих вооруженных сил, действующих в этом качестве. Это ограничение может исключить все действия, совершенные ими как частными лицами, как-то: кража, сексуальные преступления солдата во время увольнительной на оккупированной территории. В своем комментарии КМП просто указывает, что норма международного гуманитарного права является иллюстрацией проекта статьи.¹² Ранее, комментируя соответствующий проект статьи, принятый в первом чтении, КМП все еще рассматривала положение международного гуманитарного права как исключение из общего правила, как *lex specialis*, в силу которого государства принимают на себя ответственность за по-

9 Конвенция (IV) о соблюдении законов и обычаев войны (в дальнейшем — Гаагская конвенция IV) с Приложением: Положение о законах и обычаях сухопутной войны (в дальнейшем — Гаагское положение), Гаага, 18 октября 1907 г., воспроизведено в работе «Международное право. Ведение военных действий». Сборник Гаагских конвенций и иных соглашений. МККК. Москва. 1999 г.

10 Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных

вооруженных конфликтов от 8 июня 1997 г., (в дальнейшем — Протокол I).

11 Широкое значение термина «вооруженные силы» см. в ст. 43 Протокола I, а по вопросу последствий в плане вменения в вину см. F. Kalshoven, «State responsibility for warlike acts of the armed forces» *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991, pp. 847–848; и Kamenov, *op. cit.* (примеч. 5), pp. 174–176.

12 Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 101 (п. 4 по проекту ст. 10).

ведение своих военнослужащих, даже если они совершают проступки как частные лица.¹³ По мнению автора настоящей статьи, правильной является последняя точка зрения, единодушно поддерживаемая работами ученых¹⁴ и одним из судебных решений.¹⁵ *Подготовительные работы по ст. 3 Гаагской конвенции IV* указывают на желание изменить ранее существовавшую норму, согласно которой государство не отвечало за несанкционированные действия солдат в отсутствие командиров. Единственная сделанная оговорка иллюстрирует опасение, что государство может нести ответственность в отношении всего ущерба, вызванного действиями войск этого государства.¹⁶ Несомненно, что, помимо субъективного элемента — возможности быть приписанными государству, эти действия должны содержать объективный элемент наступления ответственности — быть незаконными,¹⁷ т.е. нарушать конкретные положения международного гуманитарного права. Абсолютная ответственность за такие действия объясняется и тем фактом, что солдаты представляют собой особую категорию представителей государства, контролируруемую государством значительно строже по сравнению с другими должностными лицами. Те, кто не желает рассматривать ст. 3 Гаагской конвенции IV как *lex specialis* в отношении проекта ст. 7, могут считать, что,

13 *Yearbook of ILC 1975*, Vol. II, p. 69 (para. 26 on Draft Art. 10).

14 A. W. Freeman, «Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 88, 1955–II, p. 333–339; R. Bierzanek, «The responsibility of States in armed conflicts», *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 11, 1981–1982, pp. 96–98; L. Condorelli, «L'imputation a l'Etat d'un fait internationalement illicite: Solutions classiques et nouvelles tendances», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 189, 1984–VI, pp. 146–148, три из них — с самыми ссылками; и Kalshoven, *op. cit.* (примеч. 11), p. 837–838, 853; Y. Sandoz, «Unlawful damage in armed conflicts and

redress under international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, No. 228, 1982, 136–137; Kamenov, *op.cit.* (примеч. 5), pp. 174–176; и S. Boelaert-Suominen, «Iraqi war reparations and the laws of war: A discussion of the current work of the United Nations Compensation Commission with specific reerence to environmental damage during warfare», *Austrian Journal of Public International Law*, Vol. 50, 1996, pp. 296–297.

15 M. Huber in the *Arbitral Award on British Claims in the Spanish Zone of Morocco*, UNRIIA, Vol. II, стр. 645.

16 Freeman, *op cit.* (примеч.14), pp. 336–343;и Sandoz, *op. cit.* (примеч. 14), p. 137.

17 Проект статьи 2.

по крайней мере в военное время и в отношении действий, на которые распространяется международное гуманитарное право, лица из состава вооруженных сил всегда считаются при исполнении служебных обязанностей и никогда не действуют как исключительно частные лица. В этом качестве солдаты никогда бы не вступали в контакт с гражданами страны противника и не совершали бы действий на его территории.

Представители *де факто*

В рамках второй проблемы присвоения деяния, имеющей определенное значение для международного гуманитарного права, ставится вопрос об условиях, при которых можно считать, что вооруженная группа, воюющая против правительственных вооруженных сил, представляет *де факто* иностранное государство. Это влечет то последствие, что поведение группы может быть приписано указанному государству и будет применяться право международных вооруженных конфликтов. Проект ст. 8 гласит: «Поведение лица или группы лиц рассматривается как деяние государства по международному праву, если это лицо или группа лиц фактически действует по указанию либо под руководством или контролем этого государства при осуществлении такого поведения». КМП указывает: «В любом случае вопрос о том, была ли степень контроля государства за тем или иным поведением достаточной для того, чтобы присвоить ему это поведение, должен решаться с учетом обстоятельств каждого конкретного дела».¹⁸ Это справедливо для оценки фактов, в то время как применимый правовой стандарт, предусмотренный вспомогательной нормой присвоения деяния, должен оставаться неизменным во всех случаях.

Такое присвоение деяния государству было предметом рассмотрения в деле *Никарагуа*, решение по которому выносилось Международным судом (МС). Суд требовал довольно высокой степени *эффективного контроля* для подобного присвоения деяния,

¹⁸ Доклад, *ор. сi.*, (примечание 3), с. 99 (п. 5 по ст. 8).

когда записал по вопросу об ответственности США за действия контрас, воевавших против правительства Никарагуа, что «участие США, каким бы довлеющим или решающим оно ни было в финансировании, организации, подготовке, поставках оружия и оснащении контрас, выборе объектов для нападения и планировании всей операции, само по себе оно остается недостаточным для вменения в вину Соединенным Штатам актов, совершенных контрас (...). Для того чтобы это поведение приводило к возникновению юридической ответственности Соединенных Штатов, в принципе необходимо было бы доказать, что государство осуществляло эффективный контроль за военными и полувоенными операциями, в ходе которых были совершены якобы имевшие место нарушения».¹⁹

Хорошо известно, что в деле *Тадича* Апелляционная Камера Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МУТЮ) заявила, что этот тест, примененный Международным судом, не убедителен, так как противоречит самой логике ответственности государства и не соответствует государственной и судебной практике. Несмотря на предложения, высказанные рядом авторов, МУТЮ счел, что критерии установления ответственности государства и критерии, необходимые для применения международного гуманитарного права, регулирующего международные вооруженные конфликты, — одни и те же. По мнению Трибунала, когда речь идет об ответственности за действия военной организации, *общий контроль*, осуществляемый иностранным государством над этой конкретной организацией, является достаточным основанием для того, чтобы считать иностранное государство ответственным за все действия, совершенные этой организацией, и, таким образом,

¹⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 1986, p. 14, para. 115. Значительно менее ограничительный стандарт, примененный МС в Предписании от 8 апреля 1993 г. в деле *Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Bosnia and*

Herzegovina v. Yugoslavia), (ICJ Reports 1993, P. 3, para. 52), объясняется, по нашему мнению, конкретным главным обязательством предотвратить преступление геноцида (там же, пп. 44–45) и не являет собой развитие вспомогательной нормы, как утверждает Боллэр-Суоминен в цитируемой работе (примечание 14), стр. 297.

применять международное гуманитарное право, регулирующее международные вооруженные конфликты.²⁰

КМП считает, что правовые проблемы и фактическая ситуация, с которыми пришлось столкнуться в деле *Тадича*, отличаются от тех, что стояли перед МС в деле *Никарагуа* в том смысле, что МУТЮ был уполномочен рассматривать вопросы личной уголовной ответственности, а не ответственности государства.²¹

При всем должном уважении к КМП, автор статьи придерживается иного мнения. КМП пишет, что вопрос в деле *Тадича* касался не ответственности, а применимых норм международного гуманитарного права. Это верно. Однако проблема, которую предварительно надо было решить в деле *Тадича*, была та же, что решалась в деле *Никарагуа*. Несомненно, что до установления индивидуальной ответственности в конкретном деле необходимо прояснить нормы, согласно которым лицо должно было бы действовать. Международное гуманитарное право, регулирующее международные вооруженные конфликты, могло применяться к действиям, совершенным г-ном Тадичем, боснийским сербом, против боснийских мусульман во время конфликта с правительством Боснии, только если эти действия можно было с правовой точки зрения рассматривать как действия другого государства, а именно, Федеративной Республики Югославии.

Кто-то станет утверждать, что этот стандарт недавно снизился еще больше, когда Совет Безопасности ООН согласился с действиями США, предпринятыми в порядке самообороны и направленными против Афганистана в ответ на нападения террористов 11 сентября 2001 г., совершенные негосударственным образованием, группой Аль-Каеда, нашедшей приют у талибов, которые

²⁰ Case IT-94-1, Prosecutor v. Tadic, 1999, paras 116–144; and M. Sassoli and L. Olson, «Report, Judgment, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-A, ICTY Appeals Chamber, 15 July 1999 «American Journal of International Law, Vol. 94, 2000, p. 575. См. также нашу критику в работе

M. Sassoli and L. Olson, «The decision of the ICTY Appeals Chamber in the *Tadic* Case: New horizons for international humanitarian and criminal law?», *International Review of the Red Cross*, №. 839, 2000, pp. 737–742.

²¹ Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 98–99 (п. 5 on Art. 8).

тогда фактически правили Афганистаном.²² Возможно, что по отношению к применению силы действуют особые нормы присвоения деяния. В противном случае, применение силы со стороны США в отношении Афганистана (а не просто против объектов Аль-Каеды в Афганистане) могло бы быть оправдано правом на самооборону от вооруженного нападения, только если вооруженное нападение Аль-Каеды могло быть приписано Афганистану. Такое присвоение деяния, очевидно, было сделано США просто потому, что Афганистан предоставил прибежище и оказал поддержку этой группе, независимо от того, осуществляло ли это государство общий контроль над группой. Еще только предстоит определить, означает ли это дальнейшее развитие вспомогательной нормы, которую можно применять ко всем основным нормам, а также предполагается ли применение этой новой нормы ко всем государствам (и аналогичным случаям) в будущем, — это требование является обязательным для признания его *правовой* нормой.

Levée en masse

Еще одно положение, принятое КМП по присвоению деяния государству, это проект ст. 9 «Поведение в отсутствие или при несостоятельности официальных властей». Согласно комментарию, это конкретное положение есть своего рода отголосок устаревшего института международного гуманитарного права, известного под названием «*levée en masse*», т.е. нормой, в соответствии с которой гражданские лица, берущиеся за оружие при приближении противника и в отсутствие регулярных сил, имеют статус комбатантов и право принимать непосредственное участие в военных действиях.²³ Это положение проясняет, что ответственность за поведение таких гражданских лиц, например за нарушения международного гуманитарного права, несет государство.

²² См., в частности, резолюции Совета Безопасности ООН 1368 (2001) и 1373 (2001). Предварительные соображения в отношении этих событий изложены в работе: L. Condorelli, «Les attentats du 11 septembre et leurs suites: Ощ va le droit

international?», *Revue générale de droit international public*, Vol. 105, 2001, pp. 838–839.

²³ Статья 4(A)(6) Конвенции III (примечание 33) и ст. 2 Гаагского положения.

Поведение при осуществлении государственной власти

В условиях, характеризующихся приватизацией и отменой государственного регулирования, даже в областях обороны, обеспечения безопасности и тюремной системы, возможно, следует упомянуть проект ст. 5, согласно которой государство отвечает за частные образования и отдельных лиц, уполномоченных «правом этого государства осуществлять элементы государственной власти». В качестве примеров КМП называет частные охранные фирмы, заключающие контракты, в соответствии с которыми их сотрудники работают тюремными охранниками и в этом качестве осуществляют полномочия, касающиеся содержания под стражей и поддержания дисциплины, или которым авиапредприятия передают некоторые полномочия в области иммиграционного контроля.²⁴

Повстанческие движения

Дополнительным положением, приписывающим поведение негосударственных образований или физических лиц государству, является проект ст. 10 «Поведение повстанческого или иного движения». Это положение устанавливает, что такое поведение можно приписать государству, если движение становится новым правительством государства, или новому государству, если группе удастся создать новое государство. Для норм, регулирующих ответственность государства, как и для международного гуманитарного права, законность или незаконность восстания не имеет значения, скорее, «внимание должно заостряться на данном конкретном поведении, а также его правомерности или неправомерности в соответствии с применимыми нормами международного права».²⁵ Более того, КМП считает, что при определении типов групп, обозначаемых термином «повстанческое движение», «за ориентир может быть принят порог применения законов вооруженного конфликта, предусмотренный в Дополнительном прото-

²⁴ Доклад, *op. cit.*, (примечание 3), с. 83–84 (п. 2 по ст. 5).

²⁵ *Ibid*, с. 108 (п. 11 по ст. 10).

коле II».²⁶ По мнению автора, это не должно, однако, означать, что государство не отвечает за нарушения ст. 3, общей для Женевских конвенций, которая применима и к немеждународным вооруженным конфликтам (но имеет более низкий порог применения), если такие нарушения совершаются вооруженной группой, которая впоследствии становится новым правительством того государства, но в момент нарушения положения Протокола II на группу не распространялись.

Хотя КМП занималась ответственностью исключительно государств как субъектов международного права, она тем не менее отмечает: «Существует еще одна возможность, когда повстанческое движение само может быть привлечено к ответственности за собственное поведение по международному праву, например, за нарушение норм международного гуманитарного права, совершенное его силами».²⁷ Действительно, международное гуманитарное право косвенным образом предоставляет сторонам в немеждународных вооруженных конфликтах — независимо от того, добились они своих целей или нет — функциональную международную правосубъектность, необходимую для осуществления прав и выполнения обязанностей, установленных МГП.²⁸ Полезно вспомнить, что нарушения международного гуманитарного права сторонами влекут за собой их международную правовую ответственность; это имеет особое значение для соответствующих прав и обязанностей третьих стран в случае таких нарушений.

Непринятие мер

Настоящая глава была бы неполной, если бы в ней отсутствовало упоминание о причине ответственности, которая, по мнению КМП и, вероятно, вполне справедливо, вытекает из основ-

²⁶ *Ibid*, p. 107 (п. 9 ст. 10) и ст. 1(1) Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающегося защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов, от 8 июня 1977 г., (в дальнейшем — Протокол II).

²⁷ Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 110 (п. 16 ст. 10).

²⁸ См. P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Vol. II, 1st ed., Geneva, Georg, 1954, p. 314; C. Zorngibe, *La guerre civile*, Paris, PUF, 1975, pp. 187–189; and the Constitutional Court of Colombia in Case No. C-225/95, partly reproduced in M. Sassrlí and A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, ICRC, Geneva, 1999, p. 1361, para. 14.

ных норм.²⁹ Частные образования и отдельные лица могут нарушать международное гуманитарное право, даже если их поведение невозможно приписать государству.³⁰ В таких случаях государство может иметь обязательство предотвращать поведение, противоречащее международному праву, преследовать виновных в судебном порядке и назначать наказания, если такое поведение имеет место.³¹ Здесь не рассматривается вопрос о том, какие нормы международного гуманитарного права требуют той или иной степени усердия от государств в отношении нарушений международного гуманитарного права частными лицами или образованиями. Достаточно сказать, что некоторые нормы явным или неявным образом требуют такого усердия.³² Предлагается во избежание нарушения обязательств принимать превентивные меры уже в мирное время, например, распространять знания о международном гуманитарном праве³³ и осуществлять судебное преследование виновных в серьезных нарушениях³⁴, которые также приводили бы к ответвен-

29 Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 58–59 (п. 4 ст. 2); *u Report of the International Law Commission on the Work of its fifty-first Session*, UN Doc. A/54/10, para. 420 (сайт в Интернете: <<http://www.un.org/law/ilc/reports/1999/english/99repfra.htm>>).

30 *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, International Criminal Tribunal for Rwanda, Appeals Chamber, Judgment of 1 June 2101, paras 432 – 445, сайт в Интернете: <<http://www.icttr.org>>.

31 Для справок см. *Yearbook of the ILC* 1975, Vol. 2, p. 87; L. Condorelli, *op.cit.* (примеч. 14), pp. 105–116; R. Pisillo-Mazzeschi, «The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States», *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, pp. 9–51 и работу того же автора: «*Due diligence*» e *Responsabilia internazionale degli stati*, Giuffrè, Milan, 1989.

32 Например, ст. 13(2) Конвенции III (примечание 33) и ст. 43 Гаагского положения.

33 Статьи 47/48/127/144, соответственно, четырех Женевских конвенций (Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12 августа 1949 г. [в дальнейшем – Конвенция I]; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, от 12 августа 1949 г. [в дальнейшем – Конвенция II]; Женевская конвенция об обращении с военнопленными, от 12 августа 1949 г. [в дальнейшем – Конвенция III]; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны, от 12 августа 1949 г. [в дальнейшем – Конвенция IV]; и ст. 83 и 87(2) Протокола I и ст. 19 Протокола II.

34 Статьи 50/51/130/147, соответственно, Конвенций и ст. 11(4), 85 и 86 Протокола I.

ности за поведение частных лиц и организаций, которому способствуют такие упущения. И наконец, обязательство «заставлять соблюдать», отраженное в ст. 1, общей для всех Конвенций, также могло бы рассматриваться как установление стандарта должного усердия в отношении частных лиц и организаций, если последние оказываются под юрисдикцией государства, или даже в отношении нарушений международного гуманитарного права государствами и негосударственными субъектами за рубежом, которые могли находиться под влиянием государства.³⁵

Помощь или содействие в совершении нарушений международного гуманитарного права

Согласно проекту ст. 16, государство несет ответственность за помощь или содействие другому государству в совершении нарушения международного права, если помогающее государство связано соответствующей нормой и действует, зная обстоятельства, в которых происходит нарушение. КМП разъясняет, что государство, помогающее другому государству, как правило, не обязано допустить возможность того, что такая помощь используется для совершения действий, незаконных с точки зрения международного права; кроме того, помощь будет незаконной, если она предоставляется для того, чтобы способствовать совершению нарушения и должна действительно содействовать ему.³⁶ Нарушения международного гуманитарного права часто совершаются с использованием оружия, предоставляемого третьими странами. Если применение этих конкретных видов оружия не запрещено, государство, предоставляющее оружие, не отвечает за нарушения международного гу-

³⁵ *Kamenov, op. cit.* (примечание 5), с. 179–182, определяет такую ответственность как «полупрямую»; а N. Levrat, в работе «Les conséquences de l'engagement pris par le H.P.C. de 'faire respecter' les conventions humanitaires», in Kalshoven and Sandoz, *op. cit.* (примеч. 5), pp. 274–291 высказывает мнение, что это обязательство

относительно поведения должно выполняться посредством механизмов, предусмотренных международным гуманитарным правом. О межгосударственном аспекте ответственности за обеспечение соблюдения см. текст после примечания 78.

³⁶ *Доклад, op. cit.* (примечание 3), с. 151 (п. 3 ст. 16).

манитарного права, совершаемые государством-получателем с помощью такого оружия. Однако как только государство-поставщик оружия узнает о том, что государство-получатель систематически нарушает международное гуманитарное право, применяя определенное оружие, помогающее государство должно прекратить дальнейшие поставки оружия, даже если такой вид оружия может использоваться на законных основаниях. В самом деле, как только о нарушениях международного гуманитарного права становится известно, продолжающаяся помощь обязательно будет способствовать дальнейшим нарушениям. Возможно, столь жесткий стандарт отсутствует в комментарии КМП, однако он подкрепляется, в соответствии с международным гуманитарным правом, особым обязательством третьей страны не только *не* содействовать нарушениям, но также «заставлять» все другие государства соблюдать нормы международного гуманитарного права.³⁷ Государство, оказывающее содействие, зная, что это содействие используется для нарушений, конечно же не выполняет это конкретное обязательство.

Обстоятельства, исключающие противоправность нарушений международного гуманитарного права

КМП выделяет шесть обстоятельств, исключающих противоправность действия, во всем остальном соответствующего определению «незаконное»: согласие, самооборона, контрмеры, *форс-мажор*, бедствие и необходимость.³⁸ Однако КМП также указывает, что никакое обстоятельство не может устранить незаконность нарушения императивных норм международного права. МС, МУТЮ и

³⁷ См. примечания 78–80 (ниже).

³⁸ Проект ст. 20–25. Здесь мы рассмотрим согласие, самооборону, бедствие и необходимость. О контрмерах см. текст после примечания 88. В отношении *форс-мажора*, если непреодолимая сила или непредвиденное событие, не подконтрольные государству, не позволяют ему физически соблюдать требования международного гуманитарного права (см. определение в проекте ст. 23), по нашему мнению, не происходит никакого незакон-

ного действия (например, если терпящий бедствие военный самолет падает на гражданское население). См. также работу: L. Condorelli and L. Boisson De Chazournes, «Quelques remarques a propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire en toutes circonstances», *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, p. 22.

КМП считают, что основные нормы международного гуманитарного права являются императивными.³⁹ Анализ норм международного гуманитарного права в целях определения, какие из них являются достаточно основополагающими для отнесения их к *jus cogens*, не отвечал бы целям настоящей статьи. Некоторые видные авторы полагают, что императивными (абсолютными) являются все нормы международного гуманитарного права.⁴⁰ По крайней мере, с точки зрения концепции *jus cogens*, в соответствии с правом договоров,⁴¹ международное гуманитарное право само доказывает это, запрещая отдельные соглашения, которые отрицательным образом сказываются на положении покровительствуемых лиц.⁴² Было бы затруднительно найти нормы международного гуманитарного права, которые прямо или косвенно не защищают права покровительствуемых лиц во время международных вооруженных конфликтов. Более того, как в международных, так и немеждународных вооруженных конфликтах эти нормы защищают «основные права личности», которые являются классическими примерами *jus cogens*.⁴³

Согласие

Что касается согласия как обстоятельства, исключающего противоправность деяния, договоры международного гуманитарного права сами устанавливают, что ни одно государство не вправе освободить себя или другое государство от ответственности за грубые нарушения.⁴⁴ Это подтверждает, что государство не может дать согласия на нарушение норм международного гуманитарного права, которые защищают права жертв.⁴⁵

³⁹ См. примечания 71–74 (ниже).

⁴⁰ Condorelli and Boisson De Chazournes, *op. cit.* (примечание 38), p. 33–34.

⁴¹ Статья 53 Венской конвенции о праве международных договоров. Действующее международное право, т. 1, Москва, Издательство Московского независимого института международного права. 1996 г., с. 359.

⁴² Статьи 6/6/6 и 7, соответственно, четырех Конвенций.

⁴³ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, ICN Reports 1970, p. 3, at p. 32, para 34.

⁴⁴ Статьи 51/52/131 и 148, соответственно, четырех Конвенций.

⁴⁵ Condorelli and Boisson De Chazournes, *op. cit.* (примечание 38), pp. 22–23, обосновывают настоящий вывод обязательством соблюдать МГП «при любых обстоятельствах», как это предусмотрено в ст. 1, общей для четырех Конвенций.

Самооборона

Комментарий КМП разъясняет, что «[в] отношении обязательств по международному гуманитарному праву и не допускающих отступлений положений в области прав человека самооборона не исключает противоправности поведения».⁴⁶ Это — необходимое следствие абсолютного разделения между *jus ad bellum* о законности применения силы и *jus in bello*, к которому относится международное гуманитарное право, регулирующее способ применения силы.⁴⁷ С этой точки зрения, достойно сожаления и вызывает изумление то обстоятельство, что МС в своем Консультативном заключении о ядерном оружии не смог «прийти к окончательному выводу относительно законности или незаконности применения ядерного оружия каким-либо государством в чрезвычайном случае самообороны, когда под угрозу поставлено само дальнейшее существование этого государства».⁴⁸ В самом деле, если применение ядерного оружия обычно нарушает международное гуманитарное право, как это можно понять из указанного Консультативного заключения МС, то его применение является нарушением даже в чрезвычайном случае самообороны.⁴⁹

⁴⁶ Доклад, *op. cit.* (примеч. 3), с. 176 (п. 3 ст. 21).

⁴⁷ См. Протокол I, ч. 5 Преамбулы; военный суд США в Нюрнберге в деле *Wilhelm List et al.*, Комиссия ООН по военным преступлениям, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 34–76. По данному делу и другим ссылкам см. *Sassli and Bouvier, op. cit.* (примечание 28), pp. 83–87, 665, 681 и 682; С. Greenwood, «The relationship between *jus ad bellum* and *jus in bello*», *Review of International Studies*, Vol. 9, 1983, pp. 221–234; Р. Кольб. О происхождении терминологической пары *jus ad bellum/jus in bello*. Международный

журнал Красного Креста. №. 18. 1997, с. 643–653; Н. Meyrowitz, *Le principe de légalité des belligerants devant le droit de la guerre*, Pedone, Paris, 1970.

⁴⁸ Консультативное заключение Международного Суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, Distr. GENERAL A/51/218, 19 July 1996, ч. 97.

⁴⁹ Проект ст. 50(1)(с), кроме того, недвусмысленно запрещает контрмеры, затрагивающие «обязательства гуманитарного характера, запрещающие репрессалии» (см. ниже примечание 93).

Необходимость

Проект ст. 25 ограничивает необходимость как обстоятельство, исключающее противоправность, случаями, когда поведение «является единственным для государства путем защиты существенного интереса от большой и неминуемой опасности» и не наносит серьезного ущерба другому существенному интересу. Однако проект статьи не допускает ссылки на необходимость, если рассматриваемое международное обязательство исключает такую возможность. В комментарии КМП, в частности, говорится о том, что «некоторые гуманитарные конвенции, применимые к вооруженному конфликту, четко исключают возможность ссылок на военную необходимость. Другие конвенции, хотя и не содержат положений, четко исключающих ссылки на состояние необходимости, применяются в чрезвычайных ситуациях, создающих опасность для ответственного государства, и явно затрагивают его существенные интересы. В таком случае невозможность использования ссылки на состояние необходимости ясно обуславливается предметом и целью соответствующей нормы»⁵⁰. Действительно, международное гуманитарное право — это право, созданное для вооруженных конфликтов, которые по определению являются чрезвычайными ситуациями. Поэтому оно имплицитно исключает ссылку на необходимость в качестве оправдания, за исключением тех случаев, когда в некоторых нормах явным образом предусматривается иное.⁵¹ Об этом было со всей категоричностью заявлено КМП в ее комментарии к ст. 33, принятом в первом чтении, часть которого стоит процитировать:

«Нормы гуманитарного права, относящиеся к ведению военных действий, были приняты с полным осознанием того факта, что «военная необходимость» как раз и обуславливает ведение воен-

⁵⁰ Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 205–206 (п. 19 и 21 ст. 25). Также Boelaert-Suominen, *op. cit.* (примечание 14), р. 301, с дальнейшими ссылками. Точка зрения в защиту общего исключения (строго ограниченного) для случаев военной необходимости изложена в работе

H. McCoubrey, «The nature of the modern doctrine of military necessity», *The Military Law and Law of War Review*, Vol. 30, 1991, pp. 216–242.

⁵¹ См., например, ст. 33(2) Конвенции I, ст. 49(2) и (5), 53, 55(3) и 108(2) Конвенции IV и ст. 54(5) Протокола I.

ных действий. Представители государств, формулировавшие эти нормы, хотели тем самым установить определенные ограничения на государства (...). И, разумеется, в их планы не входило, чтобы военная необходимость ретроспективно разрушила то, чего они добились с таким трудом. Они также хорошо понимали, что соблюдение предусматриваемых ими ограничений может помешать успеху военной операции, но если бы они хотели ввести эти ограничения только в случаях, где они бы не сказывались на успешности военной операции, они сказали бы об этом открыто, или, что более вероятно, отказались бы от этой работы как относительно бесполезного занятия. Конвенции по гуманитарному праву имели целью подчинить в некоторых областях интересы воюющей стороны более высокому интересу».⁵²

КМП справедливо отмечает, что соображения военной необходимости «принимаются во внимание в контексте формулирования и толкования первичных обязательств» по международному гуманитарному праву либо в качестве критерия, лежащего в основе многих основных норм этого права, либо конкретно упоминаются в формулировках некоторых других норм.⁵³ Можно добавить, что военная необходимость также является запретительным принципом международного гуманитарного права, исключающим любое поведение, которое может привести к причинению ущерба или страданий, которые не являются необходимыми для получения военного преимущества.⁵⁴

Бедствие

По мнению автора, соображения, подобные изложенным и касающиеся необходимости, должны применяться и к бедствию. В последнем случае, в отличие от необходимости, опасность

⁵² «Report of the International Law Commission on the work of its thirty-second session», *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part Two, p. 46, para. 28.

⁵³ Доклад, *op. cit.* (примеч. 3), с. 205 (ч. 21 по ст. 25).

⁵⁴ G. Venturini, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 1988, pp. 127–165; W. V. O'Brien, «The meaning of military necessity in international law», *World Polity*, Vol. 1, 1957, pp. 138–163; ст. 23(1)(е) и (g) Гаагского положения и ст. 35(2) Протокола I.

грозит отдельным лицам, а не государству. Проект ст. 24 исключает противоправность в случае, если лицо, совершающее действие, не может никак иначе спасти собственную жизнь и жизнь других людей, находящихся на его попечении. Тем не менее ситуация бедствия может не являться следствием поведения государства, делающего на нее ссылку, а само действие не обязательно будет создавать сопоставимую или даже большую угрозу. Предполагается, что физические лица по определению находятся в бедственном положении, участвуя в вооруженных конфликтах, так же как и государства в случае состояния необходимости. Надо полагать, что нормы международного гуманитарного права принимают это во внимание.⁵⁵ Например, считать, что государство не отвечает за своих солдат, которые стреляют в гражданские лица, чтобы спасти собственные жизни, было бы практически равносильно лишению этого права сферы действия. Что касается одного из нарушений, а именно пытки, в случае которого ссылались на необходимость и бедствие как на обстоятельства, исключающие противоправность⁵⁶, следует помнить, что это нарушение является нарушением *ius cogens* и что соответствующие положения международного договорного права явным образом запрещают такую защиту.⁵⁷

Правовые последствия нарушений международного гуманитарного права

Во второй части Проекта статей рассматривается суть государства, т.е. обязательства, вытекающие для ответственного госу-

⁵⁵ Не вдаваясь в разъяснения, Кондорелли и Буассон де Шазурн, *op. cit.* (примечание 38), с. 22, считают, что бедствие исключает противоправность нарушений МГП.

⁵⁶ См. бытовавшую ранее практику Суда Израиля и Следственной комиссии Ландау, оказывавших «умеренное физическое давление» при допросах палестинцев, которая противоречит ст. 31, 32 и 147 Конвенции IV и которая, к счастью, не применялась в деле *Wa'al Al Kaaqaa et al. v. The State of Israel*.

См. Sasstli and Bouvier, *op. cit.* (примечание 28), pp. 824–829. См., однако, более позднюю работу: Н. Morris, «Israel court ruling confirms denial of prisoners' rights» *Financial Times*, 8 апреля 2002 г.

⁵⁷ Ст. 2(2) Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 г. Права человека. Сборник международных договоров, т. I. ООН, Нью-Йорк и Женева, 1994 г.

дарства из его ответственности. Государство, ответственное за нарушение, должно прекратить противоправные действия и возместить ущерб в полном объеме, что включает реституцию, компенсацию или сатисфакцию. В ст. 3 Гагской конвенции IV⁵⁸ и в ст. 91 Протокола I конкретно говорится только о денежной компенсации. Однако, поскольку в соответствии с этими положениями такая компенсация должна выплачиваться, только «если к тому есть основание», ее можно рассматривать, как и в общем международном праве, в качестве дополнения к »*restitutio in integrum*». ⁵⁹ Кроме того, Проект статей напоминает нам о том, что обязательство возместить ущерб действует и в случаях нарушений международного гуманитарного права, регулирующего немеждународные вооруженные конфликты, остающиеся за рамками вышеупомянутых норм международного договорного права.

КМП подчеркивает, что такие обязательства могут также существовать в отношении лиц или объединений, не являющихся государством, например, в случае «нарушения прав человека и других нарушений международного права, когда основным бенефициаром нарушенного обязательства является не государство». Проект статей не рассматривает такие права, «которые могут возникнуть непосредственно в отношении любого [частного] лица», но признает такую возможность. ⁶⁰ Вправе ли, и если да, то до какой степени, частные лица сами обвинять в нарушениях, зависит от каждой применимой основной нормы. ⁶¹ Безусловно, обязательства, вытекающие из международного гуманитарного права, установлены в интересах жертвы войны. Однако когда речь идет о международных вооруженных конфликтах, многие из них все еще формулируются как обязательства одних государств перед другими. Установленное в международном гуманитарном праве обязательство выплачивать компенсацию за нарушения традиционно рассматривалось как обязательство выплачивать компенсацию потерпев-

⁵⁸ См. примечание 9.

⁵⁹ Проект ст. 36(1).

⁶⁰ Доклад *op. cit.* (примечание 3), с. 215–216 (п. 3 ст. 28).

⁶¹ Проект ст. 33(2) и *Report, op. cit.* (примечание 3), pp. 234–235 (para. 4 on

Art. 33).

шему государству,⁶² т.е. государству, гражданами которого являются пострадавшие лица и которому они должны были адресовать свою жалобу. Эта точка зрения в значительной степени определяется традиционным взглядом на дипломатическую защиту, согласно которому считается, что государство, гражданином которого является пострадавшее лицо, должно подавать претензию от своего имени, а не от имени своего гражданина.⁶³ По меньшей мере, в международном гуманитарном праве такая схема не всегда верна, так как многие нормы формулируются в духе права прав человека как права жертв войны. В таких случаях единственная проблема — процедурная, т.е. пострадавшие лица не имеют процессуальной правоспособности в обычных процедурах по урегулированию споров. Однако, по существу, в соответствии с международным правом, они процессуально правоспособны. Их государство и даже любое третье государство⁶⁴ вправе представлять эту правоспособность на международном уровне в их интересах. Эти лица могут сами обращаться в национальные суды, если в данной правовой системе международное право непосредственно применимо, а соответствующие нормы обладают сами по себе исполнительной силой или если внутреннее законодательство предоставляет им частное право на иск.⁶⁵ Как из-

62 Ср. J. S. Pictet (ed.), *Commentary, III, Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, ICRC, Geneva, 1960*, p. 630; Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols, ICRC/Nijhoff, Geneva, 1987*, p. 1056; *Доклад о защите жертв войны*, подготовленный МККК, Женева, июнь 1993, воспроизведенный в цит. работе Сассоли и Бувье (примеч. 28), p. 457; *Contra*, на основе анализа подготовительной работы по ст. 3 Гаагской конвенции IV, Kalshoven, *op. cit.* (примечание 11), pp. 830–832; и Voelaert-Suominen (примечание 14), pp. 294–295.

63 Case concerning the Factory of Chorzow, Claim for Indemnity, Merits, PCIJ, Series A, No. 17, pp. 27–28.

64 См. текст ниже, после примечания 97, по проекту ст. 48(2)(b).

65 См. решения судов США по делам *Handel v. Artukovic*, US District Court for the Central District of California, 601 F. Supp. 1421, 1985, частично воспроизведено в цит. работе Сассоли и Бувье (примечание 28), с. 714–719, и *Kadic et al. v. Karadzic, International Legal Materials* 34 (6), 1995, pp. 1595–1614; частично воспроизведено в цит. работе Сассоли и Бувье (примечание 28), с. 1274–1251, а также решение Верховного Суда Индии по делу *People's Union for Civil Liberties v. Union of India, S. C. 1203–1208*, частично воспроизведено в цит. работе Сассоли и Бувье (примечание 28), с. 1399–1401.

вестно из истории, бывшие воюющие стороны иногда учреждали третейские суды или специальные суды для рассмотрения подобных исков, возбуждавшихся против них лицами стороны бывшего противника.⁶⁶ Однако слишком часто они отказывались возмещать ущерб в случаях нарушения мирных договоров и иных соглашений⁶⁷. Это практика, которая в настоящее время рассматривалась бы как явное нарушение международного гуманитарного права.⁶⁸

Нарушения международного гуманитарного права как серьезные нарушения императивных норм

В статье не ставится целью обсуждение концепции международных преступлений государств, которая сначала была принята, а затем, после очень продолжительной дискуссии, отвергнута КМП.⁶⁹ В результате такого качественного разграничения различных нарушений международного права в Проекте статей остается класс серьезных нарушений императивных норм⁷⁰. Поскольку МС в своем Консультативном заключении по ядерному оружию охарактеризовал основные нормы международного гуманитарного права, применимого к вооруженному конфликту, как нормы, воплощающие «незыблемые принципы международного обычного права»⁷¹, КМП считает, что было бы «оправданно рассматривать их как императивные».⁷²

66 См.: Смешанные арбитражные суды, учрежденные согласно ст. 304 Версальского договора и комиссиями по рассмотрению претензий, учрежденные США, Англией и Францией в соответствующих оккупационных зонах в Германии после Второй мировой войны (Freeman, *op. cit.* [примечание 14], pp. 375–389).

67 Kalshoven, *op. cit.* (примечание 11), pp. 835–837; Voelaert-Suominen, *op. cit.* (примечание 14), p. 295; и Kamenov, *op. cit.* (примечание 5), pp. 172–173 and 218.

68 См. примечание 42.

69 Самая последняя работа: N. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 299–314.

70 Проект ст. 40 and 41.

71 *Консультативное заключение Международного Суда, op. cit.* (примечание 48), с. 34, п. 79.

72 *Доклад, op. cit.* (примечание 3), с. 291–292 (п. 5 ст. 40). См. также «Report of the International Law Commission on the work of its thirty-second session», Yearbook of the International Law Commission 1980, Vol. II, Part Two, p. 46, Para. 28; and The Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others, ICTY Trial Chamber, Judgment, The Hague, 14 January 2000, Case No IT-95-16, para. 520; Levrat, *op. cit.* (примечание 35), pp. 270–273, и примечания 40–43 (выше).

Соглашаясь с таким определением, автор тем не менее напоминает, что МС оставил открытым вопрос о том, действительно ли нормы международного гуманитарного права, которые он применил, являются частью *jus cogens*⁷³. С другой стороны, можно добавить, что КМП в своем проекте, принятом после первого чтения, определила, что серьезные нарушения международного гуманитарного права в крупных масштабах являются бесспорными примерами «международных преступлений государств».⁷⁴

Серьезные нарушения императивных норм имеют особые последствия, и КМП смогла прийти к соглашению лишь по некоторым из них.⁷⁵ Те, о которых идет речь в Проекте статей, касаются прав и обязанностей третьих стран в случае подобных нарушений и будут рассмотрены ниже в контексте выполнения государством обязательств в отношении нарушений.⁷⁶

Выполнение государством обязательств при нарушениях международного гуманитарного права

Одним из самых трудных, деликатных и в то же время редко анализируемых вопросов международного гуманитарного права является вопрос о том, что другие государства могут или обязаны делать при нарушении каким-либо государством международного гуманитарного права. Некоторые утверждают, что, по крайней мере в отношении выполнения государством своих обязательств, международное гуманитарное право является замкнутой системой.⁷⁷ Однако, мы увидим, что механизмы имплементации

⁷³ Консультативное заключение Международного Суда, *op. cit.* (примечание 48), ч. 83.

⁷⁴ Condorelli and Boisson de Chazournes, *op. cit.* (примечание 38), pp. 33–34; и Проект статьи 19(3)(с), принятой КМП в первом чтении, *Yearbook of the ILC 1976, Vol. II, Part Two*, p. 95.

⁷⁵ Отсюда, исключая оговорку в проекте ст. 41(3), касающейся дальнейших

последствий, к которым могут привести столь серьезные нарушения международного права.

⁷⁶ См. текст перед примечанием 110 и перед примечанием 120.

⁷⁷ См. об этом: Levrat, *op. cit.* (примечание 35), pp. 281–291; и Каменов, *op. cit.* (примечание 5), p. 170.

международного гуманитарного права восходят к механизмам имплементации норм общего международного права, касающихся ответственности государств, и их легче понять в рамках именно этой системы. Кроме того, будет показано, что один механизм, предусмотренный международным гуманитарным правом, а именно ст. 89 Протокола I, настолько туманно сформулирован, что все общие механизмы могут рассматриваться как его применение.

Обязательство «заставлять соблюдать» международное гуманитарное право

В соответствии со ст. 1, общей для всех четырех Женевских конвенций, и Протокола I, все государства обязуются «заставлять соблюдать» их положения («обеспечивать [...] соблюдение») «при любых обстоятельствах». Эта статья сегодня всеми понимается как ссылка на нарушения, совершаемые другими государствами.⁷⁸ В решении по делу *Nicaragua* МС высказал мнение, что она является конкретным выражением «общего принципа гуманитарного права» и что она применима и к праву немеждународных вооруженных конфликтов.⁷⁹ Совет Безопасности ООН, Генеральная Ассамблея ООН и подавляющее большинство государств — участников четвертой Женевской конвенции к тому же применили этот принцип, обратившись с призывом к другим государствам отреагировать на нарушения Израилем этой Конвенции на оккупирован-

⁷⁸ Ср. Pictet, *op. cit.* (примечание 62), p. 18; M. Bothe, K.J. Partsch and W.A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1982, p. 43; Condorelli and Boisson de Chazournes, *op. cit.* (примечание 38), pp. 26–35; L. Condorelli and L. Boisson de Chazournes, «Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests», *International Review of the Red Cross*, № 837, 2000, pp. 67–87; Levrat, *op. cit.* (примечание 35), pp. 263–296;

U. Palwankar, «Measures available to States for fulfilling their obligations to ensure respect for international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, No. 298, 1994, pp. 9–25.

⁷⁹ *Military and Paramilitary Activities*, *op. cit.* (примечание 19), para. 220. По последнему аспекту см. B. Kessler, *Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Art. 1*, Duncker und Humblot, Berlin, 2001.

ных им территориях.⁸⁰ Однако не ясно, какие меры, какими государствами и в соответствии с какой процедурой могут быть предприняты. Поэтому интересно проанализировать эти вопросы с точки зрения норм, касающихся ответственности государства, а также и возможную реакцию отдельного государства, которое прямо пострадало от нарушений международного гуманитарного права. По мнению автора, общая ст. 1 в некоторых случаях применяет общие нормы, касающиеся ответственности государства, в других — устанавливает специальную вспомогательную норму и является одновременно основной нормой, к которой применимы нормы, касающиеся ответственности государства.

Прежде всего необходимо определить, когда государство может считаться пострадавшим в результате нарушения международного гуманитарного права. Только после этого можно объяснить, какой может быть реакция потерпевшего государства и какие меры могут быть приняты другими государствами, если это вообще возможно.

Какие государства считаются потерпевшими в результате нарушений международного гуманитарного права?

Согласно проекту ст. 42 «государство вправе в качестве потерпевшего государства призвать к ответственности другое государство», если нарушенное обязательство является обязательством в отношении «этого государства в отдельности». Если нарушенное обязательство является обязательством в отношении группы госу-

⁸⁰ Ср. Резолюция Совета Безопасности 681 (1990), резолютивный п. 5; резолюции Ген. Ассамблеи ООН ES-10/2 от 5 мая 1997, ES-10/3 от 30 июля 1997 г., ES-10/4 от 19 ноября 1997, ES-10/6 от 24 февраля 1999 г. и Доклад Председателя совещания экспертов по четвертой Женевской конвенции в Женеве, 27–29 октября, 1998 (все резолюции воспроизводятся в цит. работе Сассоли

и Бувье [примеч. 28], с. 852–868), и недавно принятая Декларация Конференцией Высоких Договаривающихся Сторон четвертой Женевской конвенции, созданной на основании общей ст. 1 в Женеве, 5 декабря 2001 г., см. сайт в Интернете: <http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc.html>, в которой приняли участие 114 государств.

дарств или международного сообщества⁸¹ в целом, только особо пострадавшие государства вправе применить нормы, при которых наступает ответственность государства, если только нарушение не «носит такой характер, что радикальным образом меняет положение всех других государств, в отношении которых существует обязательство, в том, что касается дальнейшего исполнения этого обязательства». Договоры по международному гуманитарному праву не попадают в эту категорию, предназначенную для взаимозависимых обязательств, например категория договоров о разоружении или о конкретных режимах. Тот факт, что многие обязательства, вытекающие из международного гуманитарного права, целостны (то есть они могут только либо соблюдаться по отношению ко всем государствам, либо нарушаться по отношению ко всем государствам), не позволяет сделать их частью этого исключения. Поэтому представляется, что только сторона противника в международном вооруженном конфликте, государство, на территории которого произошло нарушение международного гуманитарного права, или государство, к которому принадлежат жертвы, может считаться «потерпевшим».

Кое-кто может возразить, апеллируя к ст. 1, общей для всех четырех Конвенций, подразумевающей, что каждое государство в отдельности является потерпевшим в результате любого нарушения международного гуманитарного права, в особенности, если оно толкуется в свете ст. 89 Протокола I, которая разрешает третьим странам действовать в том числе и индивидуально.⁸² Они могут так-

81 Докладчик Дж. Кроуфорд, подчеркнул, что «в международное сообщество, кроме государств, входят также организации – субъекты права: например, Европейский Союз, Международный Комитет Красного Креста, сама Организация Объединенных Наций» (International Law Commission, Fifty-third Session, *Fourth report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/517 para. 36, см. сайт в Интернете: <<http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>>).

82 См. об этом: Levrat, *op. cit.* (примечание 35), pp. 274–275, который писал, однако, в то время, когда КМП все еще отстаивала более широкое понятие «потерпевшего государства», и который считает, что потерпевшее государство вправе обращаться исключительно к мерам, предусмотренным МГП. В отношении ст. 89 Протокола I см. текст после примечания 104.

же добавить, что в случае непринятия такого толкования самые распространенные нарушения в сегодняшнем мире, т.е. нарушения права немеждународных вооруженных конфликтов, *юридически* никому не причиняют вреда. Сторонники такого толкования могут даже сослаться на КМП, которая пишет, что «для того чтобы иметь возможность призвать к ответственности в своих собственных интересах, государство должно быть наделено конкретным правом предпринимать такие действия, например правом, специально закрепленным в договоре, или должно считаться потерпевшим государством».⁸³ Общую ст. 1 можно рассматривать как статью, предоставляющую такое *право* действовать, когда она далее устанавливает *обязательство* «заставлять соблюдать». В то время как «право действовать в соответствии с договором» представляется альтернативой праву «потерпевшего государства», сноска, добавленная КМП к первому, называющая его *lex specialis* относительно проекта ст. 42 (определяющей потерпевшее государство), позволила бы сделать вывод о том, что государство, имеющее право действовать, является потерпевшим государством.⁸⁴ Таким образом, общая ст. 1 была бы *специальным законом* в отношении определения потерпевшего государства, аналогично ст. 386 Версальского договора и ст. 33 Европейской конвенции по правам человека, упомянутой КМП.

Автор работы не согласен, что в соответствии с общей ст. 1 все государства считаются потерпевшими государствами. Упомянутые КМП договорные нормы касаются только процессуальной правоспособности государства в суде⁸⁵ и не обязательно означают, что любое государство с такой процессуальной правоспособностью является потерпевшим и во всех других отношениях. Более того, во время второго чтения КМП явно отказалась от подхода, которого она придерживалась во время первого чтения, причислявшего к категории потерпевших любое другое государство, связанное нормой, предоставляющей защиту правам человека или всех государств в

⁸³ Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 303–304 (п. 2 ст. 42).

⁸⁵ *The S.S. Wimbledon*, PCIJ, Series A, No. 1, p. 7, for the Treaty of Versailles.

⁸⁴ Там же, примечание 703.

случае международного преступления.⁸⁶ В качестве компенсации она ввела специальную норму «применения положений, предусматривающих ответственность, государством, которое не является потерпевшим государством», предназначенную именно для таких случаев.⁸⁷ По мнению автора, общая ст. 1 должна рассматриваться как предвестник, кодифицирующий такую возможность для всех государств призвать к ответственности государство из соображений интересов сообщества, а не в качестве *lex specialis*, универсального средства, которое превращает нарушения международного гуманитарного права в дело лишь двух сторон. Описываемые ниже нормы, касающиеся возможных исков со стороны таких «других государств», представляются более уместными, например, в ситуациях с нарушениями международного гуманитарного права, регулирующего немеждународные вооруженные конфликты, так как эти нормы касаются прав бенефициариев нормы, а не прав государства-истца.

Контрмеры

Потерпевшее государство, согласно данному выше определению, может применить нормы, предусматривающие ответственность государства, нарушающего международное гуманитарное право, и потребовать, чтобы государство-нарушитель выполняло свои обязательства, вытекающие из его ответственности.⁸⁸

Потерпевшее государство также вправе принять контрмеры с целью заставить государство-нарушителя выполнять собственные основные и дополнительные обязательства. «Контрмеры» — это современный термин, означающий репрессалии, по крайней мере, вне контекста международных вооруженных конфликтов.⁸⁹ Такие контрмеры могут заключаться во временном невыполнении

⁸⁶ *Yearbook of the ILC* 1985, Vol. II, Part Two, p. 25 (первое чтение проекта ст. 40 (2)(e)(iii) и (3)). Даже в соответствии с этими нормами была разница между правами непосредственно потерпевших государств и государств, потерпевших только в правовом отношении (См. K. Sachariew, «States' entitlement to take action to enforce inter-

national humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, №. 270, 1989, pp. 180, 184–188).

⁸⁷ См. текст после примечания 97.

⁸⁸ См. текст после примечания 57.

⁸⁹ *Доклад, op. cit.* (примечание 3), с. 337–338 (п. 3 перед ст. 49).

международных обязательств потерпевшим государством в отношении государства, ответственного за нарушение.⁹⁰ Контрмеры должны быть соразмерны понесенному ущербу, при этом необходимо принимать во внимание тяжесть международно-противоправного деяния и рассматриваемые права.⁹¹ Как только государство-ответчик выполнит свои обязательства, контрмеры должны быть прекращены.⁹²

В проекте статьи 50(1)(с) четко заявляется, что контрмеры не могут влиять на «обязательства гуманитарного характера, запрещающие репрессалии». КМП замечает, что это положение «отражает базовое запрещение репрессалий против индивидуумов, которое существует в международном гуманитарном праве. В частности, в соответствии с Гаагской (1929 г.) и Женевской (1949 г.) конвенциями и Дополнительным протоколом I 1977 г. запрещены репрессалии в отношении определенных групп защищенных лиц и эти запреты широко приняты».⁹³ Что касается обязательств по международному гуманитарному праву, которых не касаются запреты репрессалий, контрмеры не могут на них повлиять, в отличие от обязательств по защите основных прав.⁹⁴ По мнению автора, эти обязательства также не могут быть затронуты контрмерами, принимаемыми в ответ на нарушения норм международного права. Если первоначальное нарушение — это нарушение «*jus ad bellum*», это ограничение есть неизбежное следствие основополагающего отличия и разделения между *jus ad bellum* и *jus in bello*.⁹⁵ Если бы любые нормы международного гуманитарного права можно было нарушать в качестве контрмеры против акта агрессии, эти нормы были бы бессмысленны. Однако, если признается, что даже самое вопиющее нарушение международного гуманитарного права, т.е. агрессия, не может служить оправданием нарушений международного гуманитарного права как контрмеры, предполагается, что никакое иное нарушение права мира не может

90 Проект ст. 49.

91 Проект ст. 51.

92 Проект ст. 53.

93 Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 496 (п. 8 ст. 50), а также ст. 46/47/13 (3)/33 (3),

соответственно, четырех Конвенций, и ст. 20, 51(6), 52(1), 53(с), 54(4), 55(2), 56(4) Протокола I.

94 Проект ст. 50(1)(b).

95 См. примечание 47 (выше).

послужить основанием для контрмер, нарушающих международное гуманитарное право. Если это верно, тогда даже нарушения международного гуманитарного права, не запрещенные в качестве репрессалий, могут быть оправданы только как контрмеры в ответ на нарушения международного гуманитарного права.

В отношении контрмер, принимаемых в ответ на нарушения международного гуманитарного права, важно отметить, что, согласно проекту статьи 50(1)(а) и (b) они не могут включать ни угрозу применения силы, ни применение силы, ни нарушения основных прав человека. В этом контексте КМП ссылается на Общий комментарий 8 (1997 г.) Комитета по экономическим, социальным и культурным правам о воздействии экономических санкций на гражданское население и особенно на детей. КМП цитирует текст Комментария, заявляя, что, независимо от обстоятельств, такие санкции обязательно должны учитывать в полном объеме экономические, социальные и культурные права, а также, что «важно провести различие между основной целью оказания политического и экономического давления на правящую элиту конкретной страны, которое должно заставить ее соблюдать положения международного права, и связанными с этими санкциями страданиями большинства уязвимых групп в стране, ставшей объектом санкций».⁹⁶ Кроме того, КМП проводит аналогию со ст. 54(1) Протокола, которая четко устанавливает, что «[з]апрещается использовать голод среди гражданского населения в качестве метода ведения войны».⁹⁷

Действия, которые могут быть предприняты другими государствами

- Применение любым государством положений, предусматривающих наступление ответственности

Согласно проекту ст. 48(1) любое государство, за исключением потерпевшего государства, вправе призвать к ответственнос-

⁹⁶ Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 348–349 (п. 7 по ст. 50) и UN Doc. E/C.12/1997/8, 5 December 1997, para. 4.

⁹⁷ Доклад, *op. cit.* (примечание 3), п. 348–349 (para. 7 on Art. 50).

ти другое государство, если нарушенное обязательство является обязательством в отношении международного сообщества в целом. Как явствует из общей ст. 1, нормы международного гуманитарного права относятся к таким обязательствам *erga omnes*.⁹⁸ Поэтому «[д]любое государство» вправе (а согласно общей ст. 1 — должно) в случае нарушений международного гуманитарного права потребовать прекращения нарушений от государства, несущего за них ответственность, а также репарации «в интересах потерпевшего государства или бенефициариев нарушенного обязательства».⁹⁹ Эти бенефициарии нередко будут отдельными жертвами войны. Термин «любое государство» используется для того, чтобы не сложилось впечатление, что эти государства должны действовать сообща или в унисон.¹⁰⁰ Таким образом, в отношении общей ст. 1 становится ясно, что третьи страны не обязаны действовать сообща или согласованно, когда они ссылаются на ответственность государства, нарушающего международное гуманитарное право.¹⁰¹ Если имеются разногласия относительно того, является ли данный акт нарушением, то те, кто квалифицируют его как нарушение, должны действовать индивидуально.

- Допустимость контрмер в интересах сообщества

Самым трудным в праве об ответственности государства и в международном гуманитарном праве является вопрос о том, могут ли (а согласно общей ст. 1 — должны ли) «государства, не являющиеся потерпевшими государствами», прибегать к контрмерам. В то время, как Докладчик выступал за признание коллективных контрмер в случае грубых и доказанных нарушений таких обязательств перед международным сообществом,¹⁰² и несмотря на принятие редакционной комиссией в 2000 г. статьи, разрешающей

⁹⁸ Condorelli and Boisson de Chazournes (примечание 38), p. 29; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon, Oxford, 1997, pp. 152–153; Каменов, *op. cit.* (примечание 5), p. 206.

⁹⁹ Проект ст. 48(2).

¹⁰⁰ Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 332 (п. 4 ст. 48).

¹⁰¹ *Contra*, Sachariew, *op. cit.* (примечание 86), pp. 180, 194–195.

¹⁰² International Law Commission, Fifty second Session, J. Crawford, *Third Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/507/Add. 4, para. 406, сайт в Интернете: <<http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>>.

любому государству принимать контрмеры в интересах бенефициариев в случае серьезных нарушений императивных норм,¹⁰³ КМП сама приняла только исключаящую оговорку. В соответствии с проектом ст. 54, глава о контрмерах «не затрагивает права любого государства [иного, нежели пострадавшее государство] [...] принять правомерные меры против этого [несущего ответственность] государства для обеспечения прекращения нарушения и предоставления возмещения в интересах потерпевшего государства или бенефициариев нарушенного обязательства». В своем комментарии КМП анализирует различные прецеденты и делает вывод, что «в настоящее время в международном праве отсутствует ясность в отношении контрмер, принимаемых в общих или коллективных интересах. Государственная практика на этот счет скудна и фрагментарна и касается ограниченного числа государств. Как представляется, в настоящее время не существует явно признанного права (...) принимать контрмеры в коллективных интересах». Следовательно, считает КМП, решение этого вопроса будет найдено в ходе дальнейшего развития международного права.¹⁰⁴

• Сотрудничество в случае серьезных нарушений

Возникающий здесь вопрос заключается в следующем: дает ли ст. 89 Протокола I, в качестве *lex specialis*, более четкие указания для третьих стран. Статья гласит: «В случаях серьезных нарушений Конвенций или настоящего Протокола Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются принимать меры как совместно, так и индивидуально, в сотрудничестве с Организацией Объединенных Наций и в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций». *Travaux préparatoires* не помогают понять эту норму, так как она обсуждалась, главным образом, в связи с запретом репрессалий — проблемой, которую она более не рассматривает. Некоторые делегации, включая те, которые внесли ее на рассмотрение, считали ее запу-

¹⁰³ См. ILC, Fifty-second Session, State Responsibility, *Draft Articles Provisionally Adopted by the Drafting Committee on Second Reading*, UN Doc. A/CN.4/L.600, Art.

54(2), сайт в Интернете: <<http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>>.

¹⁰⁴ Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 368 (п. 6 ст. 54).

танной.¹⁰⁵ Ссылка на Устав ООН, вероятно, была сделана, чтобы исключить применение силы. Некоторые комментаторы считают, что статья «открыла путь к применению международного гуманитарного права в рамках ООН»,¹⁰⁶ тогда как другие утверждают, что она ничего не добавляет к ст. 56 Устава ООН.¹⁰⁷ Последняя, несомненно, содержит *mutatis mutandis* то же обязательство, но направленное на *повышение* уровня жизни, обеспечение полной занятости, экономического и социального прогресса, решение международных экономических и социальных проблем, проблем в области здравоохранения и в других областях, сотрудничество в области культуры и образования и, в частности, на всестороннее соблюдение прав человека. Предполагается, что ст. 89 Протокола I идет дальше, так как она посвящена реагированию на *нарушения*. В этом контексте обязательство действовать, в том числе индивидуально, имеет большое значение, в особенности когда оно сочетается с обязательством «обеспечить соблюдение», даже если такое действие должно предприниматься, что справедливо, в сотрудничестве с ООН и, очевидно, при полном соблюдении Устава ООН.¹⁰⁸ Несмотря на то что авторы проекта статьи на Дипломатической конференции высказывали мнение, что такие меры «не могут быть приняты без разрешения Генеральной Ассамблеи или Совета Безопасности [ООН]»,¹⁰⁹ ре-

105 Акты Дипломатической конференции по вопросу о подтверждении и развитии международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, *Женева (1974–1977)*, Т. III, с. 304 (предложение Сирии), Т. VI, с. 83 (Испания), 368–370 (обсуждение), 403–404 (Франция), 388 (Индонезия), 389–390 (Италия), 396 (Перу).

106 Condorelli and Boisson de Chazournes, «Common Article 1», *op. cit.* (примечание 78), p. 78.

107 Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *op. cit.* (примечание 62), p. 1053.

108 G. Gaja, «*Jus cogens* beyond the Vienna Convention», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 172,

1981–III, p. 299, подразумевает, что ст. 89 составляет правовую основу для контрмер. Кондорелли и Буассон де Шазурн в цит. раб. (примечание 38), с. 31–32, по-видимому полагают, не вдаваясь в дальнейшие объяснения, что в ст. 89 речь идет исключительно о согласованных мерах через посредство институционализированных механизмов ООН. Однако они не исключают возможности принятия индивидуальных контрмер, как это делают Захарьев, в цит. работе (примечание 86), с. 180 и 192–194, и Каменов в цит. работе (примечание 5), с. 210–211.

109 Акты Дипломатической конференции, *op. cit.*, (примечание 105), Т. VI, с. 367 (Сирия).

дакция этого положения говорит об ином. Более того, с этим не совпадают взгляды членов КМП о проекте ст. 41(1).

Статья 89 соответствует проекту статьи 41(1) об ответственности государств, в котором выражается аналогичная мысль и предусматривается, что «государства должны сотрудничать с целью положить конец правомерными средствами любому серьезному нарушению» обязательства, вытекающего из императивной нормы общего международного права. Комментарии КМП добавляют к этому не много, поясняя, что с «учетом разнообразных обстоятельств, которые могли бы возникнуть в этом отношении, в данном предписании в деталях не раскрывается, какую форму должно приобретать такое сотрудничество», а также не указываются «меры, которые надлежит принимать государствам, с тем чтобы положить конец серьезным нарушениям».¹¹⁰ Тем не менее КМП отказывается от предложения собственной редакционной комиссии предусмотреть согласованные контрмеры.¹¹¹ КМП: «[С]отрудничество может быть организовано в рамках компетентной международной организации, в частности ООН. Вместе с тем в пункте 1 предусматривается также возможность неинституционализованного сотрудничества».¹¹² В качестве примера такого сотрудничества в случае серьезных нарушений международного гуманитарного права можно назвать Конференцию Высоких Договаривающихся Сторон четвертой Женевской конвенции (Женева, 5 декабря 2000 г.) на основании общей ст. 1, в которой участвовали 114 государств — участников Конвенции.¹¹³ Что касается средств сотрудничества, КМП подчеркивает, что они должны быть законными и что выбор «будет зависеть от обстоятельств конкретной ситуации. Вместе с тем из этого положения ясно вытекает, что обязательство сотрудничать применяется к государствам независимо от того, были ли они затронуты, каждое по отдельности, серьезным нарушением. При серьезных нарушениях от всех государств требуются совместные и

110 Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 295 (п. 2 ст. 41).

111 См. примечание 103 (выше).

112 Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 295 (para. 2 on Art. 41).

113 О правовых основаниях Конференции см. примечание 80 (выше).

скоординированные усилия по противодействию последствиям этих нарушений». КМП приходит к выводу, что цель «пункта 1 состоит в том, чтобы укрепить существующие механизмы сотрудничества на той основе, что от всех государств требуется принятие надлежащих мер реагирования».¹¹⁴

- Реакция, не предполагающая контрмер

С необходимостью следует вывод о том, что ни проект ст. 41 и 54, ни общая ст. 1 и ст. 89 Протокола I не проясняют вопрос о том, могут ли третьи страны принять контрмеры против серьезных нарушений международного гуманитарного права. Однако необходимо правильно понимать этот вывод. Контрмеры — это поведение, противоречащее международным обязательствам. Но государства могут использовать бесчисленное число способов оказания давления на другие государства, не нарушая при этом международных обязательств. Если не считать конкретных договорных обязательств, ни одно государство не обязано оказывать финансовую поддержку другому государству, покупать оружие у этого государства,¹¹⁵ голосовать за это государство в международных организациях, принимать официальных лиц этого государства или заключать с ним договоры. Итак, ничто не мешает государству реагировать таким образом на нарушения международного гуманитарного права, и общая ст. 1 предписывает такое поведение. Единственная трудность здесь заключается в том, чтобы эти меры воздействовали только на тех, кто принимает решение о том, нарушать или выполнять обязательства по международному гуманитарному праву, но не на остальное население.¹¹⁶

- Институционализированное реагирование

Проект ст. 41(1), и ст. 89 Протокола I призывают, главным образом, к институционализированному реагированию через ООН на серьезные нарушения международного гуманитарного пра-

¹¹⁴ Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 295 (пп. 2 и 3 ст. 41).

Druck», *Neue Zürcher Zeitung*, 10 апреля 2002 г., с. 13.

¹¹⁵ См., например, реакцию Швейцарии на недавние нарушения МГП Израилем «Rüstungskoooperation mit Israel unter

¹¹⁶ См. по данному вопросу примечания 96 и 97 (выше).

ва. В последние годы ООН действительно реагировала на такие нарушения, принимая меры в соответствии с Главой VII Устава ООН.¹¹⁷ Такие меры могут рассматриваться как выполнение ответственности государством, но они не охватываются Проектом статей.¹¹⁸ Обычно государство не отвечает за поведение международной организации, к которой оно принадлежит, или за ее поведение, будучи членом органа международной организации.¹¹⁹ Однако возникает вопрос: если государства связаны обязательством в соответствии с общей ст. 1 и ст. 89 Протокола I, предписывающим им действовать в определенных обстоятельствах через международную организацию, не нарушают ли они это обязательство, если как члены органов этой организации, например как члены Совета Безопасности ООН, они препятствуют осуществлению действий этой организацией.

- Отношение к ситуациям, возникшим в результате серьезных нарушений

Второй пункт проекта ст. 41 важен в случае нарушений международного гуманитарного права, которые представляют собой серьезные нарушения обязательства, вытекающего из императивной нормы общего международного права. Этот пункт гласит: «Ни одно государство не признает правомерным положение, сложившееся в результате серьезного нарушения [...], и не оказывает помощи или содействия в сохранении такого положения». Такое обязательство имеет большое значение не только в связи с созданием поселений на оккупированных территориях, в нарушение ст. 49(6) четвертой Женевской конвенции, и с торговлей товарами, произведе-

117 Condorelli and Boisson de Chazournes, «Common Article 1», *op. cit.* (примечание 78), pp. 77–82.

118 Доклад, *op. cit.* (примечание 3), с. 364 (п. 2 по ст. 54) и проект ст. 57 и 59.

119 См. Резолюцию, принятую Институтом международного права 1 September 1995 в *Annuaire de l'Institut de droit international 1996*, Vol. 66–II, p. 448, Art. 6; Reports by R. Higgins in *Annuaire de l'Institut de droit international 1995*, Vol.

66–I, pp. 281–283 и 410–413; и после тщательного анализа возможных правовых оснований такой ответственности – P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruylant, Brussels, 1998, pp. 430–520. Больше нюансов – в работе I. Shihata, *Annuaire de l'Institut de droit international 1995*, *loc cit.*, pp. 291 и 312, а также K. Zemanek, *Ibid.*, p. 327.

денными в таких поселениях¹²⁰, но в равной мере и в связи с тем, что оно относится к импорту алмазов. Это позволяет сторонам продолжать до бесконечности немеждународные вооруженные конфликты, в которых систематически нарушается международное гуманитарное право и которые, в нарушение международного гуманитарного права, ведутся с участием большого числа детей.¹²¹

- Точные права и обязательства третьих стран

Читатель вновь может испытать чувство неудовлетворенности, не получив, как и в случае с другими работами на эту тему, ясных указаний относительно мер, которые третьи страны могут и должны принимать, когда происходят нарушения международного гуманитарного права. Автор настоящей статьи утверждает, что в результате тщательных юридических исследований невозможно было получить более ясных указаний. Ответ не может быть более точным, так как договоры сами по себе не являются более точными и практика, создающая обычаи, крайне разнообразна. Некоторые специалисты даже квалифицируют последнюю как чересчур избирательную и поэтому не способную создать правовые нормы, которые, очевидно, должны быть одинаковыми для всех аналогичных ситуаций. Более того, такая практика часто бывает неизвестна. Политические и правовые соображения, а также те, которые касаются *jus ad bellum* и *jus in bello*, неизбежно смешиваются, и даже в абстрактных заявлениях государства не желают ограничивать собственную свободу реагировать на такие ситуации в будущем, в которых политическое равновесие, экономические и политические интересы, а иногда и гуманитарная целесообразность могут подсказать разные ответные действия. Тем не менее общая ст. 1 и ст. 89 Протокола I вместе указывают на опреде-

¹²⁰ См. призывы в резолюциях Совета безопасности ООН ES-10/2 от 5 мая 1997 г., ч. 7 постановляющей части, и ES-10/6 от 24 февраля 1999 г., ч. 3 и 4 постановляющей части.

¹²¹ См. «Kimberley process reaches an agreement on control system in the fight against conflict diamonds, US Congress at the

same time accepts clean diamonds act», сайт в Интернете: <<http://www.conflictdiamonds.com/pages/Interface/newsframe.html>>, а также о мерах, принимаемых Швейцарией относительно торговли необработанными алмазами, сайт в Интернете: <http://www.eda.admin.ch/sub_ecfin/f/home/docus/diaman.html>.

ленные рамки, в которых могут оставаться действия государства и за пределы которых они не могут выходить, чтобы обеспечить соблюдение международного гуманитарного права. Если бы только каждое государство мира систематически и несмотря на любые иные соображения призывало к ответственности государство, допустившее нарушение, как только, по его мнению, такое нарушение международного гуманитарного права имело место, и требовало бы прекращения нарушения и репараций в интересах жертв, как оно вправе это делать в соответствии с проектом ст. 48(2) и должно делать в соответствии с общей ст. 1, многого можно было бы добиться.

Заключение

Государства все реже выступают в роли единственных игроков на международной арене, и в еще большей степени это относится к вооруженным конфликтам. Нормы, регулирующие ответственность государств, в частности, как они кодифицированы КМП, предназначены исключительно для государств — как для каждого в отдельности, так и для государств — членов международного сообщества. Поэтому их способность обеспечить более строгое соблюдение международного гуманитарного права не следует переоценивать, особенно если сравнить их с механизмами превентивного и репрессивного характера, действующими в отношении отдельных лиц. Проект статей и Комментарий к ним проясняют, однако, многие важные вопросы, касающиеся выполнения международного гуманитарного права, и поэтому могут надежнее защитить жертвы войны силами государств, так как в жестокой реальности многих современных конфликтов государства продолжают играть, прямо или косвенно, главную роль, в особенности когда им не позволяют спрятаться за дымовой завесой ярлыков типа «глобализация», «развалившиеся государства» или «неподконтрольные элементы». Они гораздо чаще, чем им этого хотелось бы, несут ответственность в соответствии с общими нормами вменения в вину незаконных действий. Более того, нарушения все-таки имеют последствия: не только гуманитарные последствия для жертв, но также правовые последствия для государства, несущего ответственность за нарушение.

Наконец, путем сочетания механизмов международного гуманитарного права и общих норм, касающихся ответственности государства, все остальные государства могут и должны действовать, когда происходят нарушения. В идеале, они должны это делать через всемирные и региональные институты — аспект, которым, пожалуй, пренебрегла КМП. Однако недавние события показывают, что происходит определенный возврат к односторонности — там, где ситуация действительно имеет значение. Проект статей об ответственности государства, применяемых к нарушениям международного гуманитарного права, напоминает нам, что все государства могут предпринимать ответные действия, оставаясь в правовых рамках, и до некоторой степени объясняют, что именно государства должны делать. Возможно, это самый главный вывод из проведенного анализа. Безусловно, должна присутствовать политическая воля, но потребность в соблюдении международного гуманитарного права и ее обеспечение есть вопрос не политики, а скорее, права.

●

Справедливая война, агрессивная война и международное гуманитарное право

Франсуа Бюньон

*«Heureux ceux qui sont morts pour la terre charnelle,
Mais pourvu que ce fbit dans une juste guerre.
Heureux ceux qui sont morts pour quatre coins de terre
Heureux ceux qui sont morts d'une mort solennelle».*
Charles Pйguy¹

*«Qui croira a la justice de votre guerre
si elle est faite sans mesure?»*
Franzosis de La Noue²

Мир был в состоянии шока после кровопролитных террористических актов 11 сентября 2001 г. в Нью-Йорке и Вашингтоне, и чувства, вызванные этими трагическими событиями, еще далеко не утратили своей остроты. Сотни миллионов женщин и мужчин видели на экранах своих телевизоров, как воспламенились, а за-

Франсуа Бюньон – начальник Управления международного права и сотрудничества внутри Движения Международного Комитета Красного Креста. В данной статье получил дальнейшее развитие анализ вопросов, которые автор поднимает в исследовании «Справедливая война и агрессивная война», опубликованном в «Московском журнале международного права» № 4/98/32 за октябрь–декабрь 1998 г.

тем рухнули башни-близнецы Всемирного торгового центра. Несомненно, последствия этих событий будут ощущаться на протяжении многих месяцев и даже лет и определяют новое соотношение сил на международной арене.

Эти террористические акты и конфликт, захлестнувший Афганистан, пробудили интерес к международному гуманитарному праву и с новой остротой поставили вопрос о взаимосвязи между причинами конфликта, с одной стороны, и соблюдением норм, регулирующих ведение военных действий и предоставляющих защиту жертвам войны, — с другой.

Справедливая война и соблюдение международного гуманитарного права

Во все времена государства и народы, взявшиеся за оружие, утверждали, что встали на путь войны для защиты правого дела. Слишком часто они ссылались на это, отказывая в милосердии своим противникам и оправдывая самые ужасные бесчинства. Врага обвиняли в том, что он выступал за неправое дело, и возлагали на него вину за все лишения, страдания и потери, которые влечет за собой любая война. Поражения неприятеля было достаточно, чтобы доказать его виновность, а побежденных, сколько бы их ни было, убивали или угоняли в рабство.

«Война святая», «война священная», «война справедливая». История показывает: в совершении самых тяжких преступлений часто были виновны именно те воюющие стороны, которые громче всех кричали о своем выступлении в защиту возвышенных принципов.

1 Charles Péguy, «Ève», *Œuvres poétiques complètes*, Paris, Gaillard (Bibliothèque de la Pléiade), 1941, pp. 705–946, ad p. 800.

(«Блаженны те, кто погибает на войне за грешную землю, /Если война эта справедлива. /Блаженны те, кто погибает за всю землю. /Блаженны те, кто погибает достойно».)

2 François de La Noue (1531–1591), cité par André Gardot, «Le droit de la guerre dans l'œuvre des capitaines français du XVI siècle», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, tome 72, 1948, vol. I, pp. 393–539, ad p. 450. («Кто поверит, что ваша война справедлива, /если она не знает границ?»)

Летописцы бесстрастно повествовали о массовых убийствах, которыми крестоносцы осквернили свою победу при взятии Иерусалима³. В Европе во время религиозных войн, а затем Тридцатилетней войны совершались ужасные преступления, которые отобразил на своих устрашающих гравюрах Жак Калло, однако очень многие теологи, представлявшие как одну, так и другую сторону, поспешили оправдать эти преступления на основании текста Евангелия⁴. Однако ужасные события прошлых веков бледнеют перед массовыми убийствами и преступлениями, совершенными во время идеологических крестовых походов XX века: гражданской войны в России, войны в Испании и Второй мировой войны.

Ограничение насилия

На всех этапах исторического развития люди, несмотря ни на что, стремились ограничить насилие, включая такую его узаконенную форму, как война, потому что ограничение насилия является сутью человеческой цивилизации.

На протяжении долгого времени это были нормы обычного права, в основе которых лежали религиозные постулаты; народы, принадлежащие к одной культурной среде и почитающие одних и тех же богов, соблюдали эти правила, но о них быстро забывали, когда нужно было сражаться с врагами, говорящими на другом языке и поклоняющимися другим богам.

Основоположники международного права оказали решающее влияние на принятие правил, ограничивающих насилие во

³ Матфей Эдесский сообщает, что Годфруа де Буйон убил в Иерусалимском Храме 65 тыс. «неверных». Paul Rousset, *Histoire des Croisades*, Paris; Editions Payot, 1978, pp. 104–105; Zoé Oldenbourg, *Les Croisades*, Paris, Gallimard, 1965, pp. 154–156; Steven Runciman, *A History of the Crusades*, vol. I, *The First Crusade*, Harmondsworth, Penguin Books, 1971, p. 287.

⁴ Jean Delumeau, *Naissance et affirmation de la Réforme*, 4^e édition, Paris, Presses univer-

sitaires de France (Nouvelle Cléo, vol. 32), 1983, pp. 174–184 et 209–216; Henri Hauser, *La prépondérance espagnole (1559–1660)*, Paris, Librairie Félix Alcan (Collections Peuples et civilisations, tome IX), 1933, pp. 90–101, 120–132, 253–331 et 373–390; Emile G. Léonard, «La Réforme et la naissance de l'Europe moderne», in: *Histoire universelle*, vol. III, *De la Réforme a nos jours*, Paris, Gallimard (Encyclopédie de la Pléiade), 1958, pp. 3–114, en particulier les pp. 84–86 et 97–99.

время войны. Закрепляя эти правила в позитивном праве, то есть в действиях и волеизъявлении монархов и государств, они открыли путь к признанию универсальных норм, позволяющих преодолеть различия цивилизаций и религий. И хотя Гроций (1583–1645) придерживался схоластической доктрины справедливой войны, он заложил, тем не менее, основы международного права, которое зиждется на позитивном праве, и расставил первые вехи, которые затем приведут к принятию законов и установлению обычаев войны, действующих и по сей день⁵. Но именно Ваттель (1714–1767) первым поставил под сомнение если не саму доктрину справедливой войны, то, по крайней мере, ее последствия в том виде, в каком было принято их представлять:

«Война не может быть справедливой для обеих сторон. Одна утверждает свое право, другая это право оспаривает. Одна жалуется на обиду, другая отрицает нанесение обиды. Эти стороны выступают как два лица, спорящие об истине какого-либо положения. Поэтому невозможно, чтобы два противоречащих мнения были верны в одно и то же время.

Может, однако, случиться, что обе соперничающие стороны действуют добросовестно и что в сомнительном случае еще не ясно, не чьей стороне право. Нации равны и независимы и не могут возводить себя в судьи над другими нациями. Из этого следует, что во всяком деле, сеющем сомнения, военные действия обеих воюющих сторон могут одинаково считаться законными, по меньшей мере, в отношении внешних последствий, пока дело не разрешено»⁶.

Ваттель, таким образом, открыто не отвергает доктрину справедливой войны, потому что допускает, что война не может быть справедливой с обеих сторон, но признает ее относительный характер и отсекает ее выводы. Действительно, поскольку государства обладают суверенитетом и их нельзя судить без их согласия, он

⁵ Peter Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, en particulier les pp. 597–612.

⁶ Эмер де Ваттель. «Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов». Госюриздат – Москва, 1960 г. с. 445.

приходит к выводу, что редко существует возможность установить, какая из воюющих сторон защищает правое дело. Каждая из них искренне верит в правоту своего дела. Поэтому обе могут иметь равное право прибегнуть к оружию. Более того, — и в этом его учение диссонирует с бытовавшими в то время нравами — эта неопределенность и вытекающая из нее искренняя вера в свою правоту характерны, по мнению Ваттеля, для обоих противников, даже в случае гражданской войны⁷.

Законы и обычаи войны, из-за отсутствия определенности в ее оценке, будут развиваться на основе принципа терпимости⁸.

Возникновение в Европе в XVII и XVIII вв. национальных государств кардинально изменило концепцию войны и повлияло на участь ее жертв. С установлением нового порядка в Европе после заключения Вестфальских договоров (1648 г.), положивших конец Тридцатилетней войне, войну более не рассматривают как средство утверждения одного догмата, идеи или религии, ее считают всего лишь средством — правда, далеким от совершенства, — позволяющим урегулировать разногласие между двумя монархами, отказывающимися призвать на помощь какого-то одного судью. Возникновение национальных государств способствовало также

⁷ Ваттель, *op. cit.* Книга третья, глава XVIII.

⁸ «Война неизбежно выражает господствующие идеи. Она обретает форму страстей, которые ее подпитывают. На поле боя человек встречается в первую очередь со своими демонами. И в конечном счете, право войны должно содержать правила, по которым будет проходить эта кровавая схватка.

Но право войны предусматривает также определенное уважение противника. Римское уравнение: чужестранец=варвар — придает законный характер уничтожению людей и препятствует возникновению права. Так же обстоят дела, когда врага рассматривают как недочеловека или как носителя преступной идеологии.

В этом случае также пропадают условия, необходимые для сдерживающего соглашения, и «правильное право», на которое ссылаются, чтобы дать волю насилию, означает поражение права. Уголовная война не знает ограничений, потому что с преступниками не заключают мир. И только тогда, когда война становится худшим и до слез неадекватным средством регулирования международных разногласий, она допускает кодификацию норм, принимаемых по молчаливому согласию или закрепленных в договорах». Pierre Boissier, Histoire du Comité international de la Croix-Rouge, De Solferino a Tsoushima, Paris, Plon, 1963 (réédition par procédé photomécanique, Genève, Institut Henry-Dunant, 1978), pp. 188–189.

развитию норм, направленных на смягчение последствий войны. Войны вели князья; государства сражались друг с другом при помощи своих вооруженных сил, представителей которых легко можно было узнать по форменной одежде; следовало щадить гражданское население, которое не принимало никакого участия в войне, а также раненых воинов и тех, кто сдался на милость победителя. Государства решили отказаться от применения вероломных способов ведения войны и запретили использовать некоторые виды оружия (например, разрывные пули или отравленное оружие), которые вызывают чрезмерные страдания и не соизмеримы с той единственной законной целью, ради которой они ведут войну, — ослаблением военных сил неприятеля⁹.

Со временем эти нормы были кодифицированы в Женевских конвенциях 1864, 1906, 1929 и 1949 гг., а также в Санкт-Петербургской декларации 1868 г. и Гаагских конвенциях 1899 и 1907 гг.

Обычно выделяют два вида правил, ограничивающих насилие во время войны:

- правила, относящиеся к ведению военных действий, которые касаются методов и средств ведения боя и запрещают нападения неизбирательного характера, нападения, направленные против лиц, не являющихся комбатантами, применение оружия, способного причинять страдания, несоизмеримые с целью, стоящей перед воюющими сторонами, а также вероломство;
- правила, в соответствии с которыми защита предоставляется некомбатантам и лицам, выведенным из строя: раненым и больным военнослужащим, потерпевшим кораблекрушение, военнопленным, лицам из состава медицинского персонала и гражданскому населению.

⁹ «Единственная законная цель, которую должны иметь государства во время войны, состоит в ослаблении военных сил неприятеля» — так провозглашается в Декларации об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль, приня-

той в Санкт-Петербурге 29 ноября (по старому стилю) 1868 г. См. «Международное право. Ведение военных действий. Сборник Гаагских конвенций и иных соглашений». Москва. МККК. 1999, с. 253.

Отметим, однако, что обе группы правил взаимозависимы и дополняют друг друга. Так, правила, налагающие ограничения на воздушные бомбардировки и запрещающие бомбардировки неизбирательного характера, относятся к праву, регулирующему ведение боевых действий, если встать на позицию пилота военного самолета; одновременно они являются правилами, предоставляющими защиту гражданскому населению, если рассматривать последствия воздушных бомбардировок уже на земле. Эти два вида норм смыкаются в Дополнительных протоколах к Женевским конвенциям от 8 июня 1977 г., в которых были обновлены и положения, касающиеся ведения боевых действий, и нормы, защищающие жертвы войны.

Запрещение прибегать к войне и международное гуманитарное право

Большинство норм гуманитарного права было принято во времена, когда война считалась законным способом разрешения споров. Война была атрибутом верховной власти; она была законной, когда была делом государя. Только развязавшее ее государство судило о причинах, которые побудили его взяться за оружие. Таково было юридическое кредо государств, и такая точка зрения господствовала до Революции 1789 г. и вплоть до XIX в.

В наши дни ситуация совершенно иная: право прибегать к войне было ограничено Уставом Лиги Наций, а затем война была запрещена Парижским пактом (или «пактом Келлога — Бриана»)¹⁰ и Уставом Организации Объединенных Наций. В Парижском пакте подписавшие его государства заявили, что осуждают войну в качестве средства урегулирования международных споров и отказываются от нее как от инструмента национальной политики. Кроме того, Устав Организации Объединенных Наций запрещает прибегать к силе в международных отношениях, за исключением принудительных коллективных действий, предусмотренных

¹⁰ Подписан в Париже 27 августа 1928 г.
Текст см. в: *Société des Nations, Recueil des Traités*, vol. 94, pp. 58–64.

гл. VII, и права на законную индивидуальную или коллективную оборону, предусмотренную ст. 51.

Но тогда встает вопрос: может ли воюющая сторона сослаться на то, что стала жертвой агрессии, чтобы отказаться от своих обязательств по международному гуманитарному праву и не соблюдать эти правила?

Этот вопрос приводит к постановке более общей проблемы: являются ли нормы, регулирующие взаимоотношения воюющих сторон (*jus in bello*), независимыми от норм, касающихся регулирования использования силы или запрещения прибегать к силе (*jus ad bellum*), иными словами — может ли тот факт, что один из противников развязал агрессивную войну, изменить условия применения *jus in bello*, в частности гуманитарных норм?¹¹

11 Фундаментальное исследование взаимосвязи между *jus in bello* и *jus ad bellum* — см. Henry MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Éditions A. Pedone, 1970; См. также следующие работы: Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, Publié sous la direction de Jean S. PICTET, vol. I, La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, CICR, 1952 (далее — Commentaires), pp. 25–28; Denise BINDSCHEDLER-ROBERT, «A Reconsideration of the Law of Armed Conflicts», in *The Laws of Armed Conflicts*, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1971, pp.5–61, особенно pp. 9–10; Ian BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1968, pp. 406–408; Yoram DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, 2^e édition, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, особенно pp. 155–162; Paul GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, tome II, Genève, Librairie Georg & Cie, 1954, pp. 93–100, 253–261 et 295–305; Sir Hersch LAUTERPACHT, «The Limits of the Operation of the Law of War», *The British Year Book of*

International Law, Vol. XXX, 1953, pp. 206–243; L. OPPENHEIM, *International Law*, Vol. II, Disputes, War and Neutrality, 7^e édition par Sir Hersch Lauterpacht, London, Longman, 1952, pp. 177–197; Dietrich SCHINDLER, «Abgrenzungsfragen zwischen ius ad bellum and ius in bello» in: *Völkerrecht im Dienste des Menschen, Festschrift für Hans Haug*, Herausgegeben von Yvo Hangartner und Stefan Trechsel, Bern und Stuttgart, Verlag Paul Haupt, 1986, pp. 215–258; Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, Vol. II, *The Law of Armed Conflict*, London, Stevens & Sons, 1968, pp. 96–106; Krzysztof SKUBISZEWSKI, «Use of Force by States — Collective Security — Laws of War and Neutrality», in: *Manual of Public International Law*, Edited by Max Sørensen, London, Mac Millan, 1968, pp. 739–854, en particulier les pp. 808–812; Robert W. TUCKER, *The Law of War and Neutrality at Sea* (International Law Studies, Vol. 50), Newport (Rhode Island), United States Naval War College, 1955, pp. 3–25; Robert W. TUCKER, *The Just War: A Study in Contemporary American doctrine*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1960; Gregory Ivanovic Tunkin, *Droit international*

Во время всех конфликтов, происходящих в последнее время, одна или другая воюющая сторона — а чаще обе — заявляли о том, что они осуществляют свое право на законную оборону, чтобы противостоять агрессии, жертвами которой стали они или их союзники. Высказывалось мнение, что в этих условиях они были освобождены от соблюдения обязательств, налагаемых на них законами и обычаями войны, и что жертва агрессии не обязана соблюдать нормы по отношению к своему агрессору. Некоторые авторы, в частности, в Соединенных Штатах и в Советском Союзе попытались придать этим высказываниям форму правовой теории, предлагая *подчинить применение права войны праву прибегать к войне*¹². Здесь возможны два решения:

- если агрессивная война — незаконный акт, международное преступление, по преимуществу не поддающееся какой-либо регламентации, то следует признать, что в случае агрессии законы и обычаи войны не применяются ни к той, ни к другой из воюющих сторон;
- если из незаконности использования силы следует только то, что государство-агрессор лишается прав, предоставляемых *jus in bello*, государство это по-прежнему несет все вытекающие из него обязательства. Таким образом, законы и обычаи войны применяются дифференцированно: государство-агрессор по-прежнему вынуждено выполнять все обязанности, обусловленные статусом воюющей стороны, тогда как государство — жертва аг-

public: Problèmes théoriques (traduit du russe par le Centre de Recherches sur l'URSS et les pays de l'Est de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg), Paris, Éditions A. Pedone, 1965, pp. 35–55 et 210–219; Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, 2^e édition, Basic Books, 1992; Quincy WRIGHT, «The Outlawry of War and the Law of War», *American Journal of International Law*, Vol. 47, No. 3, July 1953, pp. 365–376. С советской концепцией пра-

ва вооруженных конфликтов можно ознакомиться в исследовании Jiri Toman, *L'Union soviétique et le droit des conflits armés*, Genève, Institut universitaire de Hautes Etudes internationales, 1997.

¹² Основные положения этой доктрины излагаются в: MEYROWITZ, *op. cit.*, pp. 77–140.

рессии освобождается от обязательств по отношению к своему противнику¹³.

Отказ соблюдать международное гуманитарное право в случае агрессивной войны

Только первое решение доводит до логического конца подчинение права войны (*jus in bello*) праву прибегать к войне (*jus ad bellum*). И тем не менее его следует отбросить без колебаний. Ведь и внутренний правовой порядок, и международный, т.е. право вообще, как раз и регулируют реальные ситуации, возникающие в результате незаконных действий¹⁴. Кроме того, поскольку в рамках Устава ООН война возможна только как следствие агрессии, следовало бы признать, что государства разработали нормы, которые нигде применить, что абсурдно. Наконец, такое решение прямо ведет к полному хаосу и вандализму, рядом с которыми ужасы минувших войн покажутся детскими играми. Словом, первый вариант ведет к абсурдным и чудовищным результатам.

Дифференцированное применение международного гуманитарного права в случае агрессивной войны

Второй подход следует рассмотреть более подробно. В целом дифференцированное применение законов и обычаев войны может основываться на трех аргументах:

а) справедливости ради надо четко различать агрессора и его жертву; было бы неправомерным, если бы гуманитарное право ставило на одну доску государство-агрессора и то государство, которое противостоит агрессии; напротив, это право должно прийти

¹³ Детальное изложение доктрины дифференцированного применения гуманитарного права см. в документе CDDH/41, представленном 12 марта 1974 г. Демократической республикой Вьетнам на рассмотрение Дипломатической конференции по вопросу о подтверждении и развитии международного гуманитарного права, приме-

няемого в период вооруженных конфликтов: см. *Акты* вышеуказанной конференции, т. IV, с. 177–190.

¹⁴ Такова, в частности, цель уголовного права во внутреннем правовом порядке и норм, касающихся международной ответственности, – в международном праве.

на помощь жертве агрессии, всячески препятствуя действиям агрессора и недвусмысленно его осуждая;

б) поскольку агрессивная война — преимущественно военное преступление, которое влечет за собой и охватывает все остальные, никто не обязан соблюдать нормы права войны по отношению к тому, кто нарушил первую из них, распахнув перед войной двери; иными словами, государство-агрессор само ставит себя вне закона;

в) согласно принципу «*ex iniuria jus non oritur*», государство-агрессор не может обладать правами, источник которых — незаконный акт¹⁵.

Каков вес этих аргументов?

Запрещение прибегать к силе или угрожать силой в международных отношениях, несомненно, осталось бы пустым звуком, если бы не сопровождалось санкциями, в частности проведением различия между агрессором и жертвой. Очевидно и бесспорно, что современное международное право проводит такое различие, к примеру, в том, что касается права на законную индивидуальную или коллективную самооборону, применение коллективных мер принудительного характера, предусмотренных гл. VII Устава Организации Объединенных Наций, отношений с третьими государствами, присоединения территорий, договоров, навязываемых агрессором его жертве, а также репараций по окончании военных действий. Кроме того, предусматривается уголовное преследование лиц, участвовавших в подготовке и развязывании агрессивной войны и руководстве ею.

Здесь возникает вопрос: может ли незаконный характер применения силы оправдать дискриминационное применение норм, регулирующих взаимоотношения воюющих сторон, в частности норм гуманитарного права?

Этот вопрос надо рассмотреть и в теоретическом плане, и в свете действующего права.

¹⁵ В соответствии с изречением «*ex iniuria jus non oritur*», незаконный акт не может быть источником прав.

Что касается теории, сразу признаем, что у принципа «*ex iniuria jus non oritur*» есть серьезные исключения во внутреннем правовом порядке и в международном праве, так что нет уверенности, что в нем можно признать один из главных принципов права, упомянутых в ст. 38 (п. 1 (с)) Статута Международного суда¹⁶. А главное, даже если допустить, что мы его признали одним из главных принципов права, в данном конкретном случае это породило бы двойную путаницу: с логической точки зрения, мы смешали причину и следствие, а с юридической — источник права или обязательства и того факта, который влечет за собой применение этого права или этого обязательства. Если сгорел дом, требования пострадавшего оправдывает не пожар, а страховой полис, который он предъявляет страховой компании. Будь то иначе, ни один домовладелец не стал бы платить страховых взносов. Точно так же и с войной: источником прав и обязанностей, вытекающих из законов и обычаев войны, является не она, а гуманитарные конвенции — в том, что касается обязательств и прав, предусмотренных этими договорами, и обычное право — в отношении прав и обязательств, проистекающих из него. Вооруженный конфликт, как бы его ни квалифицировали — просто реальный факт, вле-

16 В том, что касается внутреннего права, можно упомянуть максиму «*male captus, bene iudicatus*» (плохо поймали, да хорошо судили), согласно которой уголовный суд провозглашает себя правомочным судить подозреваемого, даже если тот доставлен незаконным способом, например похищен в другом государстве. В международном же плане можно упомянуть о том, что оккупация территории, которая является фактической ситуацией, влечет за собой юридические последствия даже тогда, когда она не опирается на сколько-нибудь законный правовой акт и возникла в результате применения насилия в чистом виде. Напомним и о том, что международное право относительно безразлично к тому, создано ли правительство какого-либо государства в соответствии с конституци-

онным правом этого государства. Если оно осуществляет реальный контроль над большей частью территории и населения, в международном плане за ним обычно признается вся полнота полномочий, даже если оно пришло к власти незаконным путем. Точно так же и незаконный акт *in foro domestico* приводит в международном плане к юридическим последствиям, которые чаще всего и оспаривать не станут. Известно, что доктрину Тобара, согласно которой государство не должно признавать иностранное правительство, если оно образовалось в результате переворота, никто за пределами Америки никогда не признавал и она никогда не применялась сколько-нибудь длительное время.

куший за собой применение договорных гуманитарных норм или норм обычного права. Будь то иначе, все воюющие стороны обладали бы одинаковыми правами и обязательствами, независимо от того, присоединились ли они к гуманитарным конвенциям или нет. Однако это не так. Таким образом, принцип «*ex iniuria jus non oritur*» не имеет никакого значения для нашего вопроса¹⁷.

Отбросим и аргумент, приравнивающий ответственное за агрессию государство к лицу, объявленному вне закона. Не следует слишком доверять аналогиям между внутренним и международным правом, особенно когда идет речь о понятиях, заимствованных из уголовного права. В данном случае заимствование окажется и ложным, и коварным. Ложь — в том, что оно приравнивает международную ответственность государства к уголовной ответственности правонарушителя. Коварство — в том, что оно допускает, что преступника автоматически лишают всякой защиты закона, чего не может потерпеть ни один правопорядок. В любом правовом государстве правонарушитель остается под властью и под защитой уголовного права, сколь бы ни было серьезным вменяемое ему преступление. Как акт незаконный, агрессия влечет за собой правовые

¹⁷ В некотором смысле вся теория дифференцированного применения права войны покоится на ошибочной, по моему мнению, концепции, согласно которой *jus in bello* предоставляет воюющим сторонам субъективные права и полномочия. Однако на самом деле это не так. Право войны не предоставляет прав и полномочий, это не его задача; оно ограничивает свободу действий воюющих сторон, как то подтверждает арбитражное решение, вынесенное 2 августа 1921 г. по делу о судах и буксирах Дуная: «Международное право, применяемое к ведению войны, скорее, свод ограничительных норм, нежели норм, предоставляющих полномочия», *Recueil des Sentences arbitrales*, vol. I, New York, Nations Unies, 1948, p. 104. См. также: «*International Law is prohibitive law*», The

Hostage Trial, United States v. List et al. United States Military Tribunal, Nuremberg, 8th July 1947 to 19 February 1948, *Law Report of Trials of War Criminals*, Selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol. VIII, London, His Majesty's Stationery Office, 1949, pp. 34–92, ad p. 66. Полномочия, обычно называемые «правами воюющей стороны», — это, по сути дела, не что иное, как осуществление государственного суверенитета во время войны в границах, устанавливаемых правом войны (о том же см. Schwarzenberger, *op. cit.*, pp. 63–65). Будь то иначе, отсутствие правил в какой-то отдельной области влекло бы за собой отсутствие прав и полномочий, а не отсутствие ограничений свободы действий воюющих сторон, как это имеет место в действительности.

последствия, в частности, право на законную коллективную или индивидуальную самооборону, принятие коллективных мер принудительного характера, непризнание территориальных приобретений, осуществленных с помощью силы, недействительность договоров, навязанных с помощью угроз или применения силы, дискриминационное отношение со стороны третьих государств, репарации по окончании военных действий и т.д. Но агрессивная война не может вывести государство-агрессора из сферы действия права¹⁸.

Остается аргумент, основанный на требовании справедливости. С нравственной точки зрения, он, несомненно, наиболее притягателен. Тем не менее, он совершенно не учитывает задач гуманитарного права: оно не ставит на одну доску агрессора и жертву агрессии, да у него и нет на это полномочий. Единственная его задача — защитить человека, невзирая ни на какие соображения политического, военного, идеологического, религиозного, расового, экономического или иного характера. Гуманитарное право устанавливает только одно равенство — то, которое основывается на неотъемлемом праве всех жертв войны на обращение, согласующееся с принципом гуманности. Никакие требования правосудия или справедливости не могли бы оправдать того, что все подданные государства, или даже только его военнослужащие, рассматриваются как преступники только потому, что принадлежат к государству, считающемуся агрессором. Из международной ответственности государства невозможно вывести индивидуальную уголовную ответственность всех его военнослужащих или любого из его подданных.

Итак, признаем, что главные аргументы в пользу дискриминационного применения *jus in bello* надо отвергнуть. Кроме того, настоятельные соображения требуют поддержать принцип равенства воюющих сторон перед правом войны.

Определение агрессора

Действительно, очень трудно определить агрессора. Несмотря на полувековой спор в международных инстанциях, по этому

¹⁸ Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 127–130.

вопросу так и не удалось достигнуть единого понимания термина, которое было бы обязательным для всех. Ни Пакт Келлога-Бриана, ни Устав Организации Объединенных Наций такого определения не содержат. Что же касается Резолюции 3314 (XXIX), принятой 14 декабря 1974 г. Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций¹⁹, то она далека от подлинного определения. Она практически умалчивает о свойственных нашей эпохе скрытых формах агрессии — подрывной деятельности, террористических актах, об иностранном вмешательстве в случае гражданской войны, оккупации с согласия марионеточного правительства и так далее. Кроме того, если не считать национально-освободительных войн²⁰, Резолюция 3314 приняла во внимание элемент, по существу, субъективный — причину применения вооруженной силы, что несовместимо с истинным определением, так как определение, которое может иметь правовые последствия, должно основываться на объективных и подлежащих проверке элементах. Наконец, это определение не налагает никаких обязательств на Совет Безопасности²¹.

Принятие 17 июля 1998 г. Статута Международного уголовного суда также не решило эту проблему. Дело в том, что государства так и не договорились об определении агрессии и порядке осуществления юрисдикции Суда в отношении этого преступления. Статья 5 (п. 2) Статута гласит: *«Суд осуществляет юрисдикцию в отношении преступления агрессии, как только будет принято в соответствии со ст. 121 и 123 положение, содержащее определение этого преступления и излагающее условия, на которых Суд осуществляет юрисдикцию касательно этого преступления. Такое положение сообразуется с соответствующими положениями Устава Организации Объединенных наций»*. Статут вступил в силу 1 июля 2002 г., и к нему присоединилось уже 77 государств²². Но до тех пор

19 «Определение агрессии», Резолюция, принятая XXIX сессией Генеральной Ассамблеи ООН 14 декабря 1974 г. «Действующее международное право» в 3 т., том II, с. 199–202. Москва: Издательство Московского независимого института международного права, 1997.

20 Статья 7 приложения к Резолюции 3314.

21 Статья 4 Резолюции 3314.

22 По состоянию на 5 августа 2002 г.

пока не будет достигнут компромисс по этому вопросу, Суд будет осуществлять юрисдикцию только в отношении преступления геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений. Рабочая группа, рассматривающая вопрос о преступлении агрессии и действующая в рамках Подготовительной комиссии Международного уголовного суда, находится только на стадии предварительного обсуждения этого вопроса²³.

Можно ли преодолеть эту трудность, доверив компетентному органу ответственность принимать в каждом конкретном случае решение относительно того, является ли сторона агрессором? Существование любой угрозы миру, любого нарушения мира или акта агрессии определяет Совет Безопасности ООН²⁴. Согласно ст. 25 Устава ООН, эта констатация действительна *erga omnes*, потому что все государства — члены Организации Объединенных Наций обязаны ее принять. Тем не менее трудности остаются. Поскольку нет юридических критериев, связывающих Совет Безопасности, решение его остается политическим актом и не ясно, каким образом оно могло бы привести к юридическим последствиям, помимо тех, которые предусмотрены Уставом или положениями других соглашений. Однако ни одно положение Устава не разрешает дискриминационного применения *jus in bello* во взаимоотношениях воюющих сторон²⁵. Кроме того, для констатации наличия агрессии требуется согласие пяти постоянных членов Совета Безопасности²⁶. Таким образом, Совет был бы парализован каждый раз, когда виновным в агрессии оказывался бы один из его постоянных членов, кто-либо из их союзников или подопечных. Учитывая современную структуру международной системы, лишь совершенно исключительные обстоятельства (вроде тех, которые сложились в июне и июле 1950 г., когда развязалась война в Корее, или летом и осенью 1990 г. после оккупации Кувейта Ираком) позволили бы Совету принять такое решение.

В этих условиях весьма заманчиво обойтись без решения Совета Безопасности. Сторонники дискриминационного при-

23 Сведения получены на сайте:
<http://www.un.org/law/icc/prepcomm/prefra.htm>.

24 Статья 39 Устава ООН.

25 Meyrowitz, *op. cit.*, p. 8.

26 Статья 27, п. 3.

менения права войны предложили положиться либо на решение Генеральной Ассамблеи²⁷, либо на общественное мнение²⁸.

Однако Устав ООН не предусматривает таких полномочий для Генеральной Ассамблеи. Что же касается общественного мнения, то спросим себя, кто возьмется его толковать, и поймем, что эта скользкая дорожка ведет к тому, что констатировать агрессию будет каждое правительство в одностороннем порядке.

Поскольку нет централизованной и обязательной юридической процедуры, позволяющей констатировать агрессию во всех случаях на основе точных юридических критериев и таким образом, чтобы это стало обязательным для всех воюющих сторон, теория дискриминационного применения *jus in bello* ведет к тому, что обе стороны не станут применять это право: каждая из них считает противника агрессором и ссылается на это, чтобы освободить себя от соблюдения норм права войны. Так и возвращаются к варварству.

Но даже если мы допустим, что эту трудность удалось бы преодолеть и при исключительной политической гармонии среди членов Совета Безопасности удалось бы принять решение, не оставляющее места для каких-либо возражений, то возникли бы другие, не менее серьезные трудности.

О правах, не подразумевающих никаких обязанностей, и об обязанностях, не связанных ни с какими правами

Действительно, теория дискриминационного применения права войны предусматривает, что можно разделить вытекающие из него права и обязанности; при этом обязанности остаются за государством-агрессором, которое лишается всех прав, тогда как жертва агрессии пользуется неограниченными правами и не несет никаких обязанностей.

Эта концепция свидетельствует о глубоком непонимании права войны вообще и гуманитарного права в частности. В са-

27 Wright, *loc. cit.*, p. 370.

28 A. Alvarez, *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*, Paris, Éditions A. Pedone, 1959, p. 510.

мом деле, законы и обычаи войны никак не стремятся предоставить воюющим сторонам субъективные права, не связанные с какими-либо обязанностями, равно как и наделить их обязанностями, не связанными с какими-либо правами. Они стремятся защитить человека, установив объективные правила, предоставляющие права и налагающие обязанности и на ту, и на другую воюющие стороны.

Таково же положение с эмблемой красного креста и красного полумесяца: эмблема защищает медицинские учреждения и формирования, которые ею обозначены, но защищает в равной мере и противную сторону, поскольку, обозначенные эмблемой, сооружения не могут использоваться для враждебных действий. Аналогичным образом целью проведения различия между комбатантами и некомбатантами является защита гражданского населения. Одновременно это различие защищает и противника в той мере, в какой гражданские лица сознают, что, участвуя во враждебных действиях, они теряют иммунитет, в силу которого им предоставляется защита. Наконец, статус военнопленного защищает как пленника, так и неприятельскую державу, поскольку сокращает категории лиц, которые могут совершать враждебные действия и при этом претендовать в случае пленения на защиту, обеспечиваемую этим статусом. То же самое можно сказать и о запрещении вероломства, защите парламентариев, соблюдении перемирий, поддержании порядка и безопасности на оккупированных территориях и т. д. Как видим, нельзя отделить права от обязанностей, не разрушив и те, и другие, не уничтожив правил²⁹. Право войны держится на равновесии прав и обязанностей: если равновесие нарушить, мы окажемся не перед односторонним применением права, а перед вседозволенностью и анархией.

Репрессалии и принцип взаимности

Дискриминационное применение гуманитарного права представляет собой одну из форм репрессалий: не в силах наказать

²⁹ Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 106–116, en part. p. 112.

тех, кто несет личную ответственность за подготовку и развязывание агрессивной войны, наказывают тех, кто под рукой: раненых и больных, военнопленных и интернированных гражданских лиц, население оккупированной территории. С этой точки зрения, все положения Женевских конвенций и Дополнительных протоколов к ним, запрещающие прибегать к репрессалиям против больных и раненых военнослужащих, медицинского персонала, лиц, потерпевших кораблекрушение, военнопленных или гражданского населения³⁰, также не позволяют дифференцированно применять международное гуманитарное право.

Наконец, дискриминационное применение законов и обычаев войны невозможно и с практической точки зрения. Дипломаты и юристы часто рассуждают так, будто нормы права войны предназначаются исключительно для них. При всем нашим уважением к людям этих почтенных профессий заметим, что они не правы. Нормы существуют, прежде всего, для тех, от кого, в конечном счете, зависит, применять их или не применять, т. е. для комбатантов. Каково же их положение? Каждая нация ждет от своих солдат, что они будут стойко переносить страдания и лишения, смирятся со смертью своих товарищей и, если надо, пожертвуют своей жизнью. Ждут от них и того, что они будут щадить раненых или пленных противников. Это нелегко. Однако воинская дисциплина, рыцарский дух, участь товарищей, попавших в руки неприятеля, и, возможно, гуманность, которую не до конца подавил ужас сражений, позволяют в той или иной степени обеспечить соблюдение этих правил. Кроме того, каждый комбатант интуитивно знает, что, если на поле сражения фортуна отвернется от него, ему, возможно, придется положиться на защиту, предоставляемую гуманитарным правом; поэтому он хорошо подумает, прежде чем нарушит нормы, от соблюдения которых может зависеть его собственная жизнь, жизнь его близких или товарищей по оружию. С другой стороны, было бы иллюзией считать, что солдат будет уважать право войны, если мы с самого начала объявим его вне закона

³⁰ Конвенция I, ст. 46; Конвенция II, ст. 47; Конвенция III, ст. 13, ч. 3; Конвенция IV, ст. 33, ч. 3; Протокол I, ст. 20, 51, п. 6, 52, п. 1, 53, п. с, 54, п. 4, 55, п. 2 и 56, п. 4.

на том только основании, что он принадлежит к государству, которое считают агрессором. Никакая юридическая аргументация не заставит комбатанта соблюдать предоставляющие защиту нормы, если ему заранее отказывают в защите, предоставляемой этими нормами.

Нереально и то, что государство будет соблюдать законы и обычаи войны, зная в то же время, что оно само, как и его подданные, лишено всех вытекающих отсюда прав.

Эта психологическая невозможность порождена глубоким противоречием, с точки зрения формальной логики: нельзя считать незаконными все военные действия, совершаемые той стороной, которую сочли агрессором, одновременно требуя, чтобы она соблюдала различия между военными действиями, законными с точки зрения законов и обычаев войны, и военными действиями, по сути своей незаконными, поскольку они ведутся в нарушение законов и обычаев войны. Нельзя требовать от противника соблюдения законов и обычаев войны, заявив, что каждое из его действий будет считаться военным преступлением только на том основании, что оно совершается в ходе агрессивной войны.

Словом, какими бы юридическими или моральными соображениями ни вдохновлялась теория дискриминационного применения права войны, на практике она ведет к тому же, что и концепция, согласно которой агрессивная война не поддается никакой регламентации, т. е. к войне, ничем не сдерживаемой.

Принцип равенства воюющих сторон перед правом войны

Принцип равенства воюющих сторон перед правом войны надо сохранить. Его соблюдение соответствует требованиям гуманности, поскольку она предписывает уважать жертв войны при любых обстоятельствах, к какой бы стороне они ни принадлежали. Отвечает он и требованию сохранения общественного порядка, поскольку только применение этого принципа позволяет избежать ничем не сдерживаемой эскалации насилия³¹. Наконец, он отвечает

³¹ Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 252–259.

и требованиям цивилизованности, поскольку, как подчеркивал Блюнчли, «право войны цивилизует в равной степени и справедливую, и несправедливую войну»³².

Эти выводы полностью согласуются с действующим правом.

В самом деле, ни Устав Лиги Наций, ни Парижский договор не ущемляют принципа, провозглашающего равенство воюющих сторон перед правом войны. «Комитет одиннадцати», созданный в 1930 г. Советом Лиги Наций для изучения изменений, которые следовало внести в ее Устав, чтобы привести его в соответствие с пактом Келлога-Бриана, совершенно определенно признал, что *jus in bello* применяется и сохраняет всю свою действенность и в том случае, когда речь идет о сопротивлении агрессии, и в том, когда она идет о международных полицейских мерах, как бы ни квалифицировались эти операции³³.

Устав Организации Объединенных Наций также не содержит никаких предписаний, изменяющих условия применения права войны во взаимоотношениях воюющих сторон. Напротив, он безоговорочно подтверждает принцип суверенного равенства государств³⁴. Равенство воюющих сторон перед правом войны является проявлением принципа суверенного равенства государств.

Устав Международного военного трибунала (Нюрнбергского международного трибунала), текст которого прилагается к Лондонскому соглашению от 8 августа 1945 г. об уголовном преследовании и наказании главных военных преступников европей-

³² *Das Kriegsrecht zivilisiert den gerechten und den ungerechten Krieg ganz gleichmassig*, Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Das moderne Volkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nordlingen, Beck, 1868, p.292, paragraphe 519.

³³ «Amendement du Pacte de la Société des Nations en vue de le mettre en harmonie avec le Pacte de Paris», Rapport du Comité nommé par le Conseil, 8 mars 1930, *Journal officiel de la Société des Nations*, 1930, pp. 353 à 383, particulier les pp. 354–355.

³⁴ Пункт 1 ст. 2. Ни одно из предписаний Устава ООН не оправдывает дискриминационного применения законов и обычаев войны, и это надо сопоставить с многочисленными положениями, разрешающими или предписывающими дискриминацию агрессора в отношениях третьих стран с воюющими сторонами. Принцип интерпретации *expressio unius est exclusio alterius* подтверждает тот факт, что авторы Устава не хотели посягнуть на принцип равенства воюющих сторон и не сделали этого.

ских государств и который является актом международного права, пошел дальше других, квалифицировав агрессивную войну не только как незаконный акт, влекущий за собой международную ответственность государства, но и как международное преступление, ведущее к уголовному преследованию лиц, ответственных за подготовку и развязывание войны. Тем не менее он совершенно ясно и четко устанавливал различие между преступлениями против мира, такими как «руководство, подготовка, развязывание и продолжение агрессивной войны или войны в нарушение договоров, обязательств и международных соглашений», и военными преступлениями, то есть «нарушением законов и обычаев войны», что означает, что за действия, согласующиеся с законами и обычаями войны, нельзя преследовать в судебном порядке, даже если их совершали в ходе агрессивной войны³⁵.

Трибунал проводил строгое различие между преступлениями против мира и военными преступлениями. К военным преступлениям он отнес только действия, совершенные в нарушение законов и обычаев войны, незаконный характер которых доказал, ссылаясь на Женевские и Гаагские конвенции. При этом он согласился с тем, что обвиняемые могут ссылаться на осуществление прав, предусмотренных *jus in bello*, даже если они принимали участие в агрессивной войне³⁶. Тем самым Трибунал подтвердил принцип равенства воюющих сторон перед правом войны и независимость *jus in bello* от *jus ad bellum*.

35 Статья 6 Устава Международного военного трибунала. Текст Лондонского соглашения от 8 августа 1954 г. и дополнений к нему см.: *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 82, pp. 280–301.

36 Текст постановления Нюрнбергского международного трибунала приводится, в частности, в *American Journal of International Law*, Vol. 41, number 1, January 1947, pp. 172–333. Следует особо отметить, что Трибунал не осудил адмиралов Длница и Редера за ведение безжалостной подводной войны, в том числе, за торпедирование торговых судов союзни-

ков и нейтральных стран и неоказание помощи уцелевшим, на том основании, что незаконность таких действий с точки зрения законов и обычаев войны не была в должной мере доказана (с. 304–305 и 308). Таким образом, он допустил, что нормы *jus in bello* применяются не только для обвинения, но и для оправдания обвиняемых, которых нельзя судить за враждебные действия, если их незаконность с точки зрения законов и обычаев войны установить не удалось, и даже в том случае, когда эти действия совершены в ходе агрессивной войны.

Почти все национальные судебные инстанции, уполномоченные вести судебное преследование лиц за совершение военных преступлений в ходе Второй мировой войны, применяли те же принципы, подтверждая тем самым независимость *jus in bello* от *jus ad bellum*³⁷.

Женевские конвенции от 12 августа 1949 г. дважды подтвердили принцип равенства воюющих сторон в том, что касается применения гуманитарного права, запретив применять репрессалии против лиц и имущества, находящихся под защитой этих Конвенций³⁸, и записав в ст. 1, общей для четырех Конвенций:

«Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются при любых обстоятельствах соблюдать и заставлять соблюдать настоящую Конвенцию».

Это положение подчеркивает обязательную силу Женевских конвенций, применение которых не может зависеть от того, как оценили законность применения силы участники конфликта или международная организация³⁹. Ст. 2, общая для Конвенций, кроме того, уточняет, что Конвенции применяются *«в случае объявления войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами».*

Это толкование подтверждается в *«Комментарии к Женевским конвенциям»*, опубликованном Международным Комитетом Красного Креста:

*«Применение Конвенции не зависит от характера конфликта, идет ли речь о войне «справедливой» или «несправедливой», об агрессии или о сопротивлении агрессии. Эти факторы никак не могут повлиять на предоставляемую защиту и надлежащий уход за ранеными и больными»*⁴⁰.

³⁷ Многочисленные примеры приведены в: Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 62–76.

³⁸ Конвенция I, ст. 46; Конвенция II, ст. 47; Конвенция III, ст. 13, ч. 3; Конвенция IV, ст. 33, ч. 3.

³⁹ Такая же интерпретация дана в: MEYROWITZ, *op. cit.*, pp. 37–40.

⁴⁰ *Commentaire*, vol. I, p. 28.

Дипломатическая конференция по вопросу о подтверждении и развитии международного гуманитарного права, которая проходила в Женеве с 1974 по 1977 г. с целью обновления положений международного гуманитарного права с учетом новых условий и новых форм конфликта, поставила точку в спорах, включив в преамбулу Протокола I следующее положение:

«Высокие Договаривающиеся Стороны [...]

Подтверждая далее, что положения Женевских конвенций от 12 августа 1949 года и настоящего Протокола должны при всех обстоятельствах полностью применяться ко всем лицам, которые находятся под защитой этих документов, без какого-либо неблагоприятного различия, основанного на характере или происхождении вооруженного конфликта или на причинах, выдвигаемых сторонами, находящимися в конфликте, или приписываемых им»⁴¹.

Это положение, принятое Дипломатической конференцией на основе консенсуса, без споров и возражений⁴², следует считать официальным толкованием Женевских конвенций. Стало быть, оно обязательно для всех государств – участников Женевских конвенций, независимо от того, присоединились они к Протоколу I или нет.

Оно подтверждает независимость гуманитарного права по отношению к *jus ad bellum*. Следовательно, государство не может ссылаться ни на то, что оно стало жертвой агрессии, ни на какие-либо другие соображения, связанные с причиной возникновения или характером конфликта, чтобы отказаться выполнять обязательства, налагаемые международным гуманитарным правом, и соответствующие правила. Такой подход противоречил бы духу и букве Женевских конвенций и Дополнительного протокола I.

⁴¹ Протокол I, преамбула, ч. 5. Согласно ст. 31, ч. 2 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г., преамбула является неотъемлемой частью договора.

⁴² Акты Дипломатической конференции по вопросу о подтверждении и развитии международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов (1974–1977 гг.), т. VII, Документ CDDH/SR.54, с. 179–196.

В Римском статуте Международного уголовного суда подтверждается независимость *jus in bello* от *jus ad bellum*. Действительно, Суд осуществляет юрисдикцию в отношении преступления геноцида, преступлений против человечности, военных преступлений и преступления агрессии, но при этом наказание устанавливается за каждое из этих преступлений, даже если многие из них могут быть совершены одновременно⁴³. Убедительно подтверждает тот факт, что Суд может выносить решения в отношении преступления геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений до того, как будет достигнуто согласие в определении преступления агрессии и условий, в которых Суд осуществляет юрисдикцию касательно этого преступления. Независимость военных преступлений от преступлений против мира⁴⁴.

Практика государств

Большинство государств, которые были вовлечены в вооруженные конфликты, произошедшие после 1945 г., утверждали, что пользуются правом законной самообороны, индивидуальной или коллективной, для борьбы с агрессивной войной, жертвами которой, по их словам, стали они сами или кто-либо из их союзников. Тем не менее только одно из них, насколько нам известно, сделало из этого конкретные выводы, касающиеся гуманитарного права и деятельности Международного Комитета Красного Креста (МККК), вплоть до заключения Парижских соглашений (январь 1973 г.), которые должны были положить конец вьетнамской войне, и репатриации американских военнопленных. Демократическая Республика Вьетнам отвергала все предложения услуг МККК, ссылаясь, в частности, на то, что, будучи жертвой агрессивной войны со стороны Соединенных Штатов, Вьетнам не обязан применять положения Женевской конвенции III к американским военнопленным, как не обязан разрешать МККК деятельность в их интересах, предусмотренную Женевскими конвенциями. Все шаги,

⁴³ Статья 13 Римского статута Международного уголовного суда.

⁴⁴ Статья 5, п. 2 Римского статута Международного уголовного суда.

предприняты МККК с тем, чтобы оказать помощь этим пленным, оказались безрезультатными⁴⁵.

В ходе вьетнамо-китайского конфликта в феврале 1979 г. правительство Социалистической Республики Вьетнам использовало тот же аргумент. Тем не менее после долгих дискуссий, это правительство все-таки разрешило делегатам МККК посетить китайских военнопленных, захваченных в ходе конфликта, хотя и заявило, что оно было жертвой агрессивной войны со стороны Китайской Народной Республики⁴⁶.

Наконец, ратифицируя Протокол I, ханойское правительство не сделало никаких оговорок по поводу ч. 5 преамбулы⁴⁷. Таким образом, оно, по-видимому, изменило свою позицию в том, что каса-

45 Позиция ханойского правительства была изложена многократно, в частности, в ноте Министерства иностранных дел Демократической Республики Вьетнам от 31 августа 1965 г. в ответ на обращение Международного Комитета Красного Креста от 11 июня 1965 г. относительно ведения военных действий во Вьетнаме; французский текст этой ноты напечатан в *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 562, octobre 1965, pp. 485–486. Следует также обратиться к документу CDDH/41, представленному 12 марта 1974 г. на рассмотрение Дипломатической конференции по вопросу о подтверждении и развитии международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов (Акты Конференции, т. IV, с. 177–190). Краткое изложение переговоров между МККК и правительством Демократической Республики Вьетнам содержится в следующих исследованиях: Michel Barde, *La Croix-Rouge et la Révolution indochinoise: Histoire du Comité international de la Croix-Rouge dans la guerre du Vietnam*, Genève, Institut universitaire de Hautes Études internationales, 1975; Jacques Freymond, *Guerres, Révolutions, Croix-Rouge*, Genève, Institut

universitaire de Hautes Études internationales, 1976, pp. 85–94. Правительство ДРВ ссылалось и на оговорку, которую оно сделало к ст. 85 Конвенции III относительно обращения с военными преступниками. Анализ позиции ханойского правительства в свете международного гуманитарного права см.: Paul de La Pradelle, «Le Nord-Vietnam et les Conventions humanitaires de Genève», *Revue générale de Droit international public*, vol. 75, N° 2, avril-juin 1971, pp. 313–332.

46 Rapport sur la mission de protection et d'assistance effectuée en République socialiste du Viet-Nam du 5 au 14 avril 1979, в особенности annexe 7.1, p. 11, Archives du CICR, dossier 251 (69). Rapport sur la mission de protection et d'assistance effectuée en République socialiste du Viet-Nam du 24 au 31 mai 1979, в особенности pp. 6–10 et annexe 8, Archives du CICR, dossier 251 (69).

47 Ратификационная грамота Протокола I Социалистической Республики Вьетнам от 28 августа 1981 г. и сообщение Федерального департамента иностранных дел Швейцарии автору настоящей статьи от 24 июня 1982 г.

ется условий применения Женевских конвенций, и присоединилось к общему мнению Дипломатической конференции, согласно которому никакие соображения, связанные с характером или происхождением конфликта или его причинами, не могут помешать применению гуманитарного права.

Со времени принятия Устава ООН только три крупные военные операции были предприняты на основании ст. VII Устава Организации Объединенных Наций и мандата Совета Безопасности⁴⁸:

- действия Соединенных Штатов и их союзников в Корею, которые основывались на Резолюции 83 (1950), принятой Советом Безопасности 27 июня 1950 г.;
- имеющие целью освобождение Кувейта действия антииракской коалиции, обоснованием для которых послужила Резолюция 678 (1990), принятая 29 ноября 1990 г.;
- участие сил НАТО в операциях, проводившихся в Боснии и Герцеговине, которое основывалось на резолюциях 816 (1993) и 836 (1993), принятых 31 марта и 4 июня 1993 г., а также на ряде последующих резолюций.

Но ни разу государства, действовавшие по предписанию Совета Безопасности или с его разрешения, не пытались вывести из этого, что они вправе не соблюдать обязательства, налагаемые на них международным гуманитарным правом.

Практика государств подтверждает, таким образом, теоретические выводы: воюющая сторона не может ссылаться на то, что является жертвой агрессии или защищает правое дело, чтобы не соблюдать обязательства, налагаемые на нее законами и обычаями

⁴⁸ Мы не упоминаем здесь о тех многочисленных случаях, когда Совет Безопасности принимал решение о создании сил по поддержанию мира или разведению сторон, основной целью которых было предотвращение вооруженных столкновений, а не ведение военных действий против государства-агрессора. В своей резолюции № 1368 от 12 сентября 2001 г. Совет Безо-

пасности ООН осудил террористические акты, произошедшие 11 сентября в Нью-Йорке и Вашингтоне, заявил о своей решимости противостоять при помощи всех имеющихся средств создаваемым террористическими актами угрозам международному миру и безопасности и признал право США на законную самооборону.

войны, и в частности требования гуманитарного права. И в этом нет ничего удивительного. Эти выводы отражают желание международного сообщества ограничить насилие и обеспечить защиту человеческой личности при любых обстоятельствах, независимо от причин, побудивших воюющие стороны взяться за оружие.

В конечном счете, правое дело не должно позволять воюющим сторонам игнорировать элементарные требования гуманности или быть поводом для применения ничем не ограниченного насилия. Даже у справедливой войны есть пределы.

Выводы

Значение права познается в моменты кризиса или чрезвычайной напряженности, потому что именно в эти моменты особенно велико искушение оправдать применение средств, обычно отвергаемых в других случаях. Нормы права вооруженных конфликтов принимались как раз для того, чтобы ограничить насилие во время войны, и какой бы жестокой ни была агрессия, что бы ни защищали стороны в конфликте и каковы бы ни были причины, побудившие их взяться за оружие, — ничто не может служить оправданием отказа от соблюдения этого права.

В этом смысле ни одно государство, ни одна партия, независимо от того дела, которому, по их мнению, они служат, не может заявить, что правовые нормы не имеют никакого значения. С другой стороны, никого нельзя вывести из зоны защиты, предоставляемой этим правом.

Идет ли речь о борьбе с терроризмом или о любой другой форме конфликта, нужно следить за тем, чтобы не уничтожить при помощи оружия те ценности, для защиты которых, как утверждают, это оружие используется. «Кто поверит, что ваша война справедлива, если она не знает границ?» — писал Франсуа де Ла Ну, один из лучших военачальников Генриха Наваррского, будущего короля Генриха IV⁴⁹.

49 Francois de La Noue (1531–1561), cité par André Gardot, «Le droit de la guerre dans l'œuvre des capitaines français du XVI

siècle», Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, tome 72, 1948, vol. I, pp. 393–539, ad p. 450.

Эта мысль находит подтверждение в «Алжирских хрониках» Альбера Камю:

«Следует признать, что ценности, которые дороги одному народу или всему человечеству, нельзя сохранить, не сражаясь за них, — история, по крайней мере, знает такие примеры, но просто борьбы (или применяемой для этого силы) недостаточно для того, чтобы их сохранить. Необходимо, чтобы сама борьба была оправдана и освящена этими ценностями. Стремиться к истине и в то же время не погубить ее при помощи того же оружия, которым ее защищают, — только такой ценой можно придать словам их живой смысл»⁵⁰.

Ни одно террористическое движение, какими бы средствами оно ни располагало и какими бы жестокими ни были совершенные им акты, не в состоянии разрушить современное общество или демократическое государство, основанное на единстве его граждан, на уважении права и соблюдении основополагающих прав человеческой личности. Многие говорят о том, что руководители террористических организаций осознают это и рассчитывают на то, что потрясение, вызванное совершенными ими действиями, вынудит государство, против которого они направлены, своими руками разрушать основы, на которых зиждется его здание. Именно эти ценности необходимо защищать.

Террористов, для которых не существует государственных границ и сети которых опутали весь мир, можно победить только с помощью согласованных действий на международном уровне. Такие действия станут успешными лишь в том случае, если будет уважение к международному правовому порядку, последний оплот которого, если так можно выразиться, составляет международное гуманитарное право.



⁵⁰ Albert Camus, *Actuelles III, Chroniques algériennes (1939–1958)*, in: *Œuvres com-*

plètes, Essais, Paris, Editions Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1965, p. 898.

Террористические акты, «терроризм» и международное гуманитарное право

Ханс-Петер Гассер

С незапамятных времен гражданские лица становились жертвами террористических актов. Простые люди, едущие на работу в автобусе или сидящие в летнем кафе, — вот обычные жертвы неизбирательного насилия: не известные деятели национального или международного масштаба, а простые прохожие. Однако бывает и так, что в результате террористического акта удар наносится лицам, находящимся в центре всеобщего внимания: правительственным чиновникам, лидерам оппозиции, лицам из состава вооруженных сил или полиции. Использование таких средств, как ничем не сдерживаемое и неизбирательное насилие, всегда считалось противоречащим основополагающим нормам права войны — как тем, которые закреплены в международных договорах, предоставляющих защиту человеку, так и кодифицированным во внутреннем законодательстве, в частности в уголовном праве. Нет ни одной цивилизации, ни одного вероучения, как, впрочем, и ни одного порядочного человека, которые бы

ХАНС-ПЕТЕР ГАССЕР работал ранее старшим юридическим советником Международного Комитета Красного Креста и был редактором Международного журнала Красного Креста.

оправдывали террористические акты. Более того, террористы всегда в судебном порядке преследовались за свои преступления.

Террористические акты, направленные против жизни и имущества человека, приносили страдания и горе не только отдельным жертвам, но часто имели далеко идущие последствия для жизни всего народа или даже для хода исторического развития. Например, убийство в 1914 г. в Сараево австрийского эрцгерцога послужило поводом для начала Первой мировой войны. Это событие и революция в 1917 г., которая разрушила Российскую империю, возвестили конец длительного периода стабильности в Европе девятнадцатого века. В двадцатом веке мир захлестнула волна террористических актов. Редкий конфликт последнего времени не характеризовался чудовищной жестокостью по отношению к гражданским лицам, единственной целью которой было терроризировать гражданское население государства, находящегося в состоянии войны. Можно вспомнить лишь некоторые примеры: война, которая привела к независимости Алжира, подавление движений за независимость в Советском Союзе, различные вооруженные конфликты в Индокитае, в частности война во Вьетнаме с участием сил США и их союзников, массовые убийства людей в Камбодже, гражданская война на Шри-Ланке и в некоторых африканских странах, вооруженный конфликт в Колумбии, события, которые в течение многих лет сотрясают Северную Ирландию и, конечно, войны на Ближнем Востоке, особенно нескончаемая трагедия в Палестине.

Даже поверхностный взгляд на обстановку, в которой происходили эти события, показывает, что террористические акты обычно являются частью вооруженного конфликта или косвенным образом как-то связаны с ним, т.е. с ситуацией, в которой мирные пути урегулирования разногласий между противоборствующими сторонами не увенчались успехом и не привели к окончанию конфликта. Нельзя, однако, не замечать, что террористические акты совершались и в «нормальное» (казалось бы) время.

70-е гг. двадцатого столетия ознаменовались огромным числом террористических актов, направленных против гражданских лиц, наиболее заметные из них были связаны с конфликтом

между народами Израиля и Палестины и некоторыми арабскими странами. Это также было временем, когда вопрос о терроризме в целом и реакция международного сообщества на подобные события были поставлены на повестку дня Организации Объединенных Наций и международных правительственных организаций. Вопрос обсуждался и среди ученых, и в средствах массовой информации. Более того, терроризм, под названиями «война за национальное освобождение» и «партизанская война», стал основным вопросом Дипломатической конференции, которая привела к принятию 8 июня 1977 г. двух Дополнительных протоколов к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. Начав процесс приведения международного гуманитарного права в соответствие с требованиями современности, Международный Комитет Красного Креста неожиданно столкнулся с проблемой.

Уничтожение захваченными пассажирскими самолетами башен-близнецов Всемирного торгового центра в Нью-Йорке и части Пентагона в Вашингтоне 11 сентября 2001 г. и последующая военная кампания, осуществленная США против Афганистана с целью «уничтожить терроризм», снова поставили политику и практику терроризма в центр внимания международного сообщества. Реакция в мире на эти события была особенно острой еще и потому, что существует очевидная связь между ними и более чем тридцатилетним конфликтом на Ближнем Востоке, связанным с решением судьбы палестинского народа. Мир становится свидетелем применения значительного насилия в поддержку или противодействие целям противоборствующих сторон. Акции палестинских смертников, направленные против гражданского населения на израильской территории, и карательные вторжения израильских вооруженных сил на территории Западного берега и сектора Газа, которые приводили к потерям среди гражданского населения и разрушению гражданской инфраструктуры, особенно домов, породили страшную ненависть между двумя народами, которых история и география обрекли на совместную жизнь.

В статье, опубликованной в 1986 г., я проанализировал положения международного права, особенно международного гумани-

тарного права, с тем чтобы посмотреть, как в них отражена проблема террористических актов и что предусмотрено в отношении тех, кто их совершает¹. Основной вывод заключался в том, что существующее гуманитарное право запрещает все возможные формы терроризма, осуществляемые в ходе вооруженного конфликта и что, на первый взгляд, нет причин для того, чтобы предлагать поправки к Женевским конвенциям 1949 г. Представляется, что выводы из анализа, проведенного в 1986 г., справедливы и для сегодняшнего дня. Но все же мир изменился во многих отношениях за последние два десятилетия, и свежий взгляд на вопрос отражения проблемы терроризма в международном гуманитарном праве может оказаться полезным.

Следующие значительные события и явления, несомненно, существенно повлияли на контекст, в котором действует международное гуманитарное право.

- Двухполюсность, когда одна сверхдержава контролирует и уравновешивает все, что предпринимает другая сверхдержава, уже не является основной характерной чертой мирового порядка. Закончилась холодная война. Сейчас есть только одно государство, достаточно сильное, чтобы контролировать или, по крайней мере, оказывать влияние на события, происходящие во всем мире. Это Соединенные Штаты. В то же самое время так называемые «войны, введущиеся чужими руками», стали играть менее важную роль.
- Борьба против остатков колониализма сегодня уже не является проблемой. Это значит, что почти исчезло подчас болезненное противопоставление «для вас террорист — для меня борец за свободу» (и наоборот).
- Благодаря развитию информационных технологий стало возможным получать информацию в любой точке мира практически моментально.
- В то же самое время соблюдение основных прав человека вновь стало предметом озабоченности международного сообщества, которое укрепило механизмы международного контроля, обес-

¹ См. Hans-Peter Gasser, «Prohibition of terrorist acts in international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, July/August 1986, No 253, 1986, p. 200.

печивающего такое соблюдение, создав, *inter alia*, судебные органы для того, чтобы предать правосудию лиц, совершающих правонарушения, и, в частности, приняв Римский статут, учреждающий Международный уголовный суд (МУС).

Это имеет отношение к нашей теме — не столько к нормам, запрещающим терроризм, сколько к мерам, принимаемым для противодействия насилию со стороны террористов. Действительно, никогда ранее правительства не вводили в действие свои вооруженные силы на территории иностранного государства, чтобы вести борьбу с теми, кого они считают «террористами», и даже уничтожать их. Другими словами, «война с терроризмом» стала оправданием применения вооруженной силы против другой страны. И хотя «война с терроризмом» является политическим лозунгом, который можно сравнить с «войной с бедностью» или «войной со СПИДом», нападение на третью страну превращает такую кампанию в вооруженный конфликт по смыслу законов войны. С другой стороны, юрисдикция МУС, позволяющая ему судить лиц, обвиняемых в совершении террористических актов, делает судебное преследование террористов делом всего международного сообщества, но одновременно на государства оказывается давление, с тем чтобы они сами в судебном порядке преследовали таких лиц в соответствии со своим внутренним уголовным законодательством.

Здесь мы не будем рассматривать вопрос о том, является ли применение силы против другого государства с целью «борьбы с терроризмом» совместимым с действующим международным правом на применение силы, в частности с Уставом ООН². Соединенные Штаты обосновали свою вооруженную интервенцию в Афганистане присущим ему правом на самооборону, которое закреплено в ст. 51 Устава. Представляется, что эта позиция с юридической точки зрения не вызвала ни у кого возражений. Не оспаривается положение, что антитеррористические действия выходят за рамки отдельной национальной юрисдикции и, таким образом, — за рамки внутренней системы правоприменения. Можно даже сказать, что такие

² Оживленная дискуссия среди юристов-международников уже привела к тому, что

существует весьма солидный список литературы по этому вопросу.

кампании выходят за рамки правоприменения как такового. Диктуются ли действия, предпринимаемые в ответ на террористические акты, «национальными интересами» какого-либо государства, как оно их понимает, если лица, обвиняемые в совершении преступления, не попадают под юрисдикцию этого государства?

Прежде всего, данная статья рассматривает положения международного гуманитарного права, которые запрещают террористические акты. Во второй части будут рассмотрены некоторые правовые вопросы, возникающие в связи с ответной реакцией на террористические акты, т.е. с антитеррористическими операциями, или, как называют их политики и средства массовой информации, — с «войной против терроризма». Наконец, будет поставлен вопрос о том, достаточно ли существующих международных норм для того, чтобы запретить терроризм на международном уровне.

Запрет терроризма международным правом

Международное договорное право

В настоящее время нет какого-то универсального договора, который бы полностью запрещал терроризм и применялся при всех обстоятельствах. Единственной попыткой разработать такой договор было создание в 1937 г. в рамках Лиги Наций проекта Конвенции о предупреждении терроризма и наказании за него. Однако эта конвенция так и не вступила в действие.

За последние несколько десятилетий ООН приняла целый ряд договоров, имеющих дело с конкретными аспектами терроризма. К самым важным из них относятся³:

- Конвенция о преступлениях и некоторых других действиях, совершенных на борту воздушного судна 1963 г.
- Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 г.
- Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации 1971 г.

³ Полный список договоров, касающихся терроризма, можно найти по адресу: [«http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp»](http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp).

- Конвенция по предотвращению и наказанию преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, включая дипломатических представителей 1973 г.
- Конвенция против взятия заложников 1979 г.
- Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства 1988 г.
- Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 г.
- Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма 1999 г.

В последние годы Специальный комитет, учрежденный Генеральной Ассамблеей ООН, работал над текстом всеобъемлющей конвенции о международном терроризме⁴. Во время написания данной статьи переговоры все еще продолжались.

Инициативы, направленные на борьбу с терроризмом с помощью принятия международных документов, предпринимались и на региональном уровне: Европейская конвенция 1977 г. о пресечении терроризма касается аспектов борьбы с терроризмом в Европе, а в июне 2002 г. государства - участники Организации американских государств (ОАГ) приняли Межамериканскую конвенцию по борьбе с терроризмом.

Основные договоры по международному гуманитарному праву, которые имеют отношение к нашему вопросу, это четыре Женевские конвенции от 12 августа 1949 г. о защите жертв войны⁵, а

⁴ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 51/210, 17 December 1996. Информацию о работе Специального комитета, учрежденного в соответствии с резолюцией 51/210, можно найти в его ежегодных докладах. Во время написания данной статьи самым последним источником информации был доклад Рабочей группы «Меры по ликвидации международного терроризма», A/C.6/56/L.9, 29 October, 2001.

⁵ Конвенция (I) об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях,

Женева, 12 августа 1949 г.; Конвенция (II) об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, Женева, 12 августа 1949 г.; Конвенция (III) об обращении с военнопленными, Женева, 12 августа 1949 г.; Конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны, Женева, 12 августа 1949 г. 190 государств являются участниками этих Конвенций (данные на 30 июня 2002 г.)

также два Дополнительных протокола к ним 1977 г.⁶ Многие другие договоры, как, например, Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (1954 г.), имеют дело с различными аспектами вооруженного конфликта и тем самым косвенно касаются вопроса о терроризме.

Нельзя, конечно, забывать, что все государства (предположительно) запрещают террористические акты в своем внутреннем законодательстве, особенно в уголовном.

Определение

Ни в одном из вышеупомянутых договоров не дается определение терроризма или террористических актов. Терроризм — это социальное явление, имеющее много аспектов, которые могут быть различными, в зависимости от ситуации. Ни специалисты в области международного права, ни представители правительств не пришли к единому всеобъемлющему и приемлемому для всех определению. Единственное имеющееся определение можно найти в тексте Конвенции 1937 г. о предупреждении терроризма и наказании за него: «преступные деяния, направленные против государства или имеющие целью вызвать чувство страха у отдельных лиц, группы лиц или населения в целом».

Это не очень четкое определение, поскольку в тексте говорится только о «преступных деяниях» и не уточняется, какие деяния являются незаконными в контексте терроризма.

Проект всеобъемлющей конвенции ООН о международном терроризме, подготовленный Специальным комитетом и его рабочей группой, предлагает следующее определение террористических актов (ст. 2): «Любое лицо совершает преступление по смыслу настоящей Конвенции, если оно, используя любые средства, незаконно и умышленно причиняет:

⁶ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), от 8 июня 1977 г. и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа

1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), от 8 июня 1977 г. (160 и 153 государства, соответственно, являются участниками этих протоколов на 30 июня 2002 г.)

- смерть или тяжкое телесное повреждение любому лицу; или
- серьезный ущерб государственной или частной собственности, в том числе месту общественного использования, государственному или правительственному объекту, системе общественного транспорта, объекту инфраструктуры или окружающей среде; или ущерб собственности, местам, объектам или системам, упомянутым в части 1(b) настоящей статьи, который влечет или может повлечь крупные экономические убытки,

когда цель такого деяния в силу его характера или контекста заключается в том, чтобы запугать население или заставить правительство или международную организацию совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения»⁷.

Станет ли этот текст общепризнанным ориентиром в решении проблемы терроризма, еще предстоит увидеть.

В настоящей статье мы не собираемся выработать определение терроризма или террористических актов. Множество попыток сделать это продемонстрировали, что вопрос отягощен политическими соображениями, которые не укладываются в разумные и приемлемые для всех правовые определения. Более того, понятие терроризма изменяется со временем. В последнее время оно расширилось и включает теперь такие явления, как кибер-терроризм и незаконные финансовые сделки через государственные границы. Пока не существует консенсуса относительно того, как реагировать на само явление, вряд ли можно будет согласовать его определение.

Однако мы все более или менее представляем себе, что имеется в виду, даже в отсутствие четко сформулированного определения. Можно предположить, что это общее представление о терроризме включает в себя следующие элементы:

- Терроризм – это насилие или угроза применить насилие в отношении простых гражданских лиц, их жизни, имущества и благополучия. При совершении террористических актов не про-

⁷ Доклад Рабочей группы – см. примечание 4.

дится различия между теми, кто является объектом этого действия, и теми, кто случайно оказался рядом, или между группами лиц, случайно оказавшимися рядом. Террористы наносят неизбирательные удары.

- Терроризм является средством достижения политических целей, которые, как утверждается, не могут быть достигнуты обычными законными средствами в рамках установленного конституционного порядка.
- Террористические акты обычно являются частью стратегии. Они осуществляются организованными группами в течение длительного времени.
- Террористические акты часто направлены против людей, не имеющих никакого отношения к результатам, которые предполагается достичь, и не имеющих на них непосредственного влияния, т.е. против обычных гражданских лиц.
- Цель террористических актов заключается в том, чтобы породить страх и создать условия, которые, по мнению террористов, будут способствовать победе их дела.
- Терроризм рассчитан на унижение других людей.

Большинство людей считает террористические акты преступлениями. Однако в определенных обстоятельствах некоторые пытаются оправдать такие действия, поскольку они способствуют достижению цели, которая, как считают эти люди, важнее, чем запрет на неизбирательное насилие в отношении гражданских лиц.

Для того чтобы лучше прояснить рассматриваемую тему, следует пристальнее рассмотреть понятие «террористический акт» или «акт терроризма». «Терроризм» не является правовым понятием. Гораздо в большей степени он представляет собой сочетание политических целей, пропаганды и насильственных актов — сплав мер, принимаемых для достижения цели. Терроризм, тем не менее, является преступным поведением. И наоборот, «борьба с терроризмом» — это совокупность мер, принимаемых для противодействия терроризму. Антитеррористические меры могут быть очень разными — от действий, предпринимаемых Советом Безопас-

ности ООН, до судебного преследования на национальном уровне лиц, подозреваемых в терроризме.

Запрет терроризма международным гуманитарным правом

Международное гуманитарное право регулирует вооруженный конфликт. Так, Женевские конвенции 1949 г. касаются террористических актов постольку, поскольку они имеют место в условиях вооруженного конфликта, или, выражаясь просто, во время войны.

Насилие, направленное против людей, и разрушение имущества неотделимы от войны. Применение силы на поражение против лиц и объектов противоречит международному гуманитарному праву, только если такие действия выходят за границы, установленные международными нормами. Насилие является характерной чертой терроризма. Международное право должно, таким образом, провести разделительную черту между насилием, которое является законным во время войны, и террористическими актами, т.е. незаконным применением насилия. Как можно установить это различие?

Международное гуманитарное право подходит к решению проблемы с двух сторон. Во-первых, право применять силу и совершать акты насилия есть только у вооруженных сил каждой стороны в вооруженном конфликте. Только лица из состава таких вооруженных сил пользуются «привилегией» применять силу против вооруженных сил противника, но их право выбирать методы и средства ведения войны не является неограниченным. С другой стороны, объектами насильственных действий могут быть только лица из состава вооруженных сил и военные объекты. Во-вторых, другие категории лиц (в частности, гражданское население) или объектов (в основном, гражданской инфраструктуры) не являются законными целями военных нападений — они, выражаясь языком Женевских конвенций, являются «покровительствуемыми», и их следует щадить при всех обстоятельствах.

Международное гуманитарное право не предоставляет неограниченной «лицензии» на применение насилия любой формы про-

тив другой стороны в вооруженном конфликте. С незапамятных времен международные правила разграничили методы и средства ведения войны, которые являются законными, и методы и средства ведения войны, которые являются незаконными, например, применение химического оружия или убийство гражданских лиц, не принимающих участия в военных действиях. Прибегать к незаконным методам и средствам — значит нарушать правовой порядок, и в серьезных случаях такие действия могут преследоваться судом как преступления, в соответствии с национальным законодательством, или как военные преступления. Следовательно, лица из состава вооруженных сил, хотя они и имеют право совершать насильственные действия, могут быть привлечены к ответственности за нарушения норм, предоставляющих защиту лицам и гражданскому имуществу. Другими словами, офицеры и солдаты могут (или должны) преследоваться в судебном порядке на национальном или международном уровне и наказываться за террористические акты, если будет установлено, что они их совершили.

Нормы, применимые к международным вооруженным конфликтам

Женевские конвенции 1949 г. и Дополнительные протоколы к ним 1977 г. только дважды упоминают конкретно акты терроризма: в ст. 33 IV Женевской конвенции и ст. 51, ч. 2, Протокола I.

Под заголовком «Защита гражданского населения» ст. 51 Протокола I кодифицирует основные нормы, которые должны соблюдаться во время военных действий. Статья 52 добавляет точные правила, запрещающие разрушение гражданских объектов, в частности тех, которые являются частью гражданской инфраструктуры⁸. Напоминая об обязанности предоставлять защиту гражданскому населению от опасностей, возникающих в результате военных действий, — обязанности, которое прочно укоренилось в обычном праве, ч. 2 ст. 51 устанавливает:

⁸ На 30 июня 2002 г. 160 государств были участниками Протокола I. Соединенные Штаты Америки, Израиль, Афганистан и некоторые другие государства, включая

Иран, Ирак и КНДР, не связаны Протоколом I, который запрещает нападения на гражданских лиц и объекты гражданской инфраструктуры.

«Гражданское население как таковое, а также отдельные гражданские лица не должны являться объектом нападений. Запрещаются акты насилия или угрозы насилием, имеющие основной целью терроризировать гражданское население».

Часть 4 того же положения запрещает неизбирательные нападения⁹ во время войны. Это положение относится к военным действиям (или любым насильственным действиям):

- которые не направлены на конкретные военные объекты;
- когда применяются методы или средства ведения военных действий, которые не могут быть направлены на конкретные военные объекты;
- при которых применяются методы или средства ведения военных действий, последствия которых не могут быть ограничены, как это требуется в соответствии с правом,

и, следовательно, характер которых является таковым, что военные и гражданские объекты поражаются неизбирательно. Другими словами, запрещены нападения или насильственные действия, которые, хотя и предполагалось направить их против военной цели, фактически привели к смерти или ранению гражданских лиц или разрушили гражданские объекты без соблюдения принципа соразмерности.

Вне всякого сомнения, эти нормы запрещают террористическую деятельность, если она направлена против гражданских лиц. По определению террористические акты — это действия, «имеющие основной целью терроризировать гражданское население» (ст. 51, ч. 2). Террористические акты всегда либо направлены против гражданских лиц, либо являются неизбирательными действиями, которые обычно поражают гражданских лиц. Однако для того чтобы квалифицировать действие как террористический акт, оно *не должно* обязательно или исключительно быть направлено против гражданских лиц и инфраструктуры. Необходимо подчеркнуть, что угрозы насилием, имеющие целью терроризировать гражданское население, также за-

⁹ «Нападения» означают акты насилия в отношении противника..., ст. 49 Протокола I.

прещены. *Намерение* терроризировать гражданское население является необходимым элементом для определения террористических актов по той простой причине, что во время войны любое применение силы на поражение может вызвать чувство страха у сторонних наблюдателей, даже если нападение направлено против законной цели (например, воздушная бомбардировка военной цели, находящейся недалеко от места нахождения гражданских лиц).

В качестве первого вывода по этому основному пункту может служить утверждение, что террористические акты, наносящие ущерб гражданским лицам и гражданскому имуществу, запрещены современным международным правом, регулирующим международные вооруженные конфликты, в частности ст. 51 и 52 Протокола I 1977 г. к Женевским конвенциям. Эти запреты нельзя обойти, ссылаясь на право прибегнуть к репрессалиям¹⁰; они имеют абсолютный характер. Террористические акты, в результате которых погибают или получают серьезные ранения гражданские лица, являются грубыми нарушениями IV Женевской конвенции, другими словами, — военными преступлениями¹¹. Это значит, что совершившие их лица должны предстать перед судом и в случае определения их вины должны быть наказаны судами своей страны. В соответствии с условиями, установленными в Римском статуте, эти лица могут подпадать под юрисдикцию Международного уголовного суда. Террористические акты, совершенные во время вооруженного конфликта, будут, по всей вероятности, рассматриваться как военные преступления (ст. 8 Римского статута), а в других ситуациях такие действия могут быть квалифицированы как преступления против человечности (ст. 7)¹².

10 Протокол I, ст. 51, ч. 6, и 52, ч. 1.

11 Статья 147.

12 Статут Международного уголовного суда (МУС), принятого в Риме 17 июля 1998 г.: ст. 7 (преступления против человечности) и ст. 8 (военные преступления), в частности ч. 2 а) и б). После ратификации более чем 60 государствами Римский статут вступил в действие 1 июля 2002 г. Соединенные Штаты, Израиль, Афганистан и некоторые дру-

гие страны, включая Иран, Ирак и КНДР, не являются участниками Суда, учрежденного для преследования лиц, обвиняемых в совершении серьезных военных преступлений, таких как террористические акты, «в частности, когда они совершены в рамках плана или политики или при крупномасштабном совершении таких преступлений» (Римский статут, ст. 8, ч. 1).

Кроме общих запретов, устанавливаемых ст. 51 и 52 (которые, в основном, сформулировали нормы обычного права), некоторые другие положения гуманитарного права также имеют отношение к рассмотрению вопроса о международном гуманитарном праве в применении к терроризму. Обычно они касаются специфических потребностей в защите, например, защиты культурных ценностей от любых враждебных актов¹³ или правовой защиты, предоставляемой установкам, содержащим опасные силы (таким как дамбы, плотины и атомные электростанции)¹⁴.

Если до сих пор мы рассматривали защиту, предоставляемую международным гуманитарным правом гражданским лицам и гражданскому имуществу во время вооруженных конфликтов, то теперь мы обратимся к вопросу о том, предоставляют ли международные нормы правовую защиту и от тех террористических актов, которые направлены против лиц из состава вооруженных сил. Ответ не столь очевиден, так как солдатам разрешается стрелять и по ним также можно вести огонь. Лица из состава вооруженных сил, несомненно, являются активными участниками военных действий и одновременно — законными мишенями во время таких действий. И то, что представляется террористическим актом, если действие направлено против гражданского населения или объектов, может быть законным актом войны, если он направлен против сил противника. Однако «право сторон, находящихся в конфликте, выбирать методы или средства ведения войны не является неограниченным», гласит основополагающая норма права войны. Закрепленная в ст. 35 ч. 1 Протокола I, данная норма налагает на ведение войны ограничения в интересах тех, кто принимает участие в военных действиях, т.е. лиц из состава вооруженных сил. Во второй части ст. 35 установлено: «Запрещается применять оружие, снаряды, вещества и методы ведения военных действий, способные причинить излишние повреждения или излишние страдания». Примером подобного незаконного поведения

¹³ Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 14 мая 1954 г., ст. 4. См. также Протокол I, ст. 53.

¹⁴ Протокол I, ст. 56.

по отношению к лицам из состава вооруженных сил является вероломство. Статья 37 Протокола I запрещает акты вероломства, которые являются насильственными действиями, предпринимаемыми с целью обмануть доверие противника. Например, применение насилия, симулируя обладание статусом гражданского лица или некомбатанта, является вероломством. Отдельные террористические акты могут иметь вероломный характер.

Вышесказанное четко демонстрирует, что террористические акты могут считаться преступлением, если они направлены против лиц из состава вооруженных сил.

Проанализировав положения международного гуманитарного права, устанавливающие ограничения на ведение военных действий, рассмотрим теперь нормы, касающиеся участи лиц, которые перестали участвовать в боях и оказались во власти стороны противника, будучи ранеными или больными; в качестве задержанных лиц или лиц из числа населения оккупированной территории.

I и II Конвенции подтверждают обычное правило, по которому лица, вышедшие из строя в результате ранения или болезни, должны «пользоваться покровительством и защитой при всех обстоятельствах». В частности, «запрещается добивать или истреблять их»¹⁵. «Преднамеренное убийство» покровительствуемого лица является серьезным нарушением I и II Женевских конвенций, т.е. военным преступлением¹⁶.

Согласно III Женевской конвенции 1949 г. с лицами из состава вооруженных сил, захваченными и удерживаемыми стороной противника в качестве военнопленных, следует обращаться в соответствии с подробным сводом правил, которые предусматривают гуманное обращение с ними. Любые виды обращения, угрожающего их жизни, либо другие формы насилия по отношению к ним строго запрещены; с ними всегда следует обращаться гуманно¹⁷. Особое внимание в праве уделяется условиям, при которых удер-

¹⁵ I Конвенция, ст. 12, ч. 2; II Конвенция, ст. 12, ч. 2.

¹⁶ I Конвенция, ст. 50; II Конвенция, ст. 51.

¹⁷ III Конвенция, ст. 13.

живаемые лица могут допрашиваться: «Никакие физические или моральные пытки и никакие другие меры принуждения не могут применяться к военнопленным для получения от них каких-либо сведений. Военнопленным, которые откажутся отвечать, нельзя угрожать, подвергать их оскорблениям или каким-либо преследованиям или ограничениям»¹⁸. Явное невыполнение этих обязательств является серьезным нарушением Конвенции о военнопленных, т.е. военным преступлением¹⁹.

Особое значение имеет правовой режим, устанавливаемый международным гуманитарным правом для защиты гражданских лиц стороны противника, удерживаемых противостоящей стороной или иным образом находящихся под ее контролем как на территории этой стороны, так и на оккупированной территории. Цель IV Женевской конвенции заключается в том, чтобы обеспечить гуманное обращение с гражданскими лицами, проживающими на территории, контролируемой иностранным государством. Правила, кодифицированные этой Конвенцией, не оставляют никаких сомнений: террористические акты, совершаемые гражданскими лицами, которые находятся под контролем стороны в конфликте, являются незаконными. Статья 33, между прочим, является единственным положением Конвенций 1949 г., в которой употребляется слово «терроризм». В ней говорится: «Ни одно покровительствуемое лицо не может быть наказано за правонарушение, совершенное не им лично. Коллективные наказания, так же как и всякие меры запугивания или террора, запрещены». Статья 33 касается ситуаций, в которых лицо, находящееся во власти противника, подвергается особой опасности стать жертвой мер «запугивания или террора», будучи задержанным или проживая на оккупированной территории. Однако термин «терроризм», употребляемый в тексте IV Женевской конвенции, кажется, имеет более узкое значение, чем в современном языке. Преднамеренное убийство, пытки и негуманное обращение, взятие заложников или «производимое в большом масштабе разрушение (...) имущества» являются серьез-

18 III Конвенция, ст. 17, ч. 4.

19 III Конвенция, ст. 120.

ными нарушениями IV Женевской конвенции, т.е. военными преступлениями²⁰.

Протокол I значительно укрепляет международные нормы, касающиеся защиты гражданских лиц, если им грозит непосредственная опасность в связи с ведением военных действий. Основное правило предусматривает, что гражданские лица не должны становиться объектом военных действий. Серьезное нарушение этого запрета является военным преступлением²¹. Договор вводит и новые нормы в интересах лиц, которые оказываются под контролем противника. Под заголовком «Основные гарантии» ст. 75 кодифицирует те основные стандарты, которые должны соблюдаться всеми органами власти — как минимум и при всех обстоятельствах — в отношении лиц, принадлежащих к стороне противника. Это те гарантии, которые применяются в обстоятельствах, когда соответствующие лица не пользуются более благоприятным обращением в соответствии с более подробными положениями. В ст. 75 Протокол I явным образом «заимствует» общепризнанные нормы из международного права прав человека.

Здесь следует напомнить, что международное право регулирует поведение лиц, которые действуют от имени стороны в *международном* вооруженном конфликте, т.е. от имени государства. Образования иные, нежели государства, не могут быть сторонами в таком конфликте, за исключением движений за национальное освобождение, которые могут квалифицироваться как сторона в международном вооруженном конфликте при условии, что такое движение выполняет строгие условия, устанавливаемые Протоколом I²². Если эти условия выполнены, освободительное движение получает те же права и принимает на себя те же обязательства в вооруженном конфликте, что и государство, не считая, конечно, тех прав, которые связаны со статусом подписавшего международный договор.

Таким образом, можно сделать вывод, что в международном вооруженном конфликте террористические акты запрещены без каких-либо исключений или оговорок. В частности, репрес-

20 IV Конвенция, ст. 147.

22 Протокол I, ст. 1, ч. 4 и ст. 96, ч. 3.

21 Протокол I, ст. 85, ч. 3.

салии не могут оправдываться тем, что являются реакцией на террористические акты. Репрессалии в отношении гражданских лиц запрещены при всех обстоятельствах²³.

Невыполнение наиболее важных норм считается серьезным нарушением Женевских конвенций и Протокола I. Другими словами, такие нарушения являются военными преступлениями. При определенных условиях, которые очень четко сформулированы, Международный уголовный суд (МУС) имеет полномочия судить лиц, подозреваемых в совершении наиболее серьезных преступлений. Но МУС принадлежит лишь вспомогательная роль. В соответствии с положениями Женевских конвенций и Римского статута, государство, обладающее юрисдикцией в отношении соответствующих лиц, а не международный трибунал, имеет приоритетное право судить их²⁴.

Особенно важно отметить, что лица из состава вооруженных сил, которые совершили террористические акты, являющиеся серьезным нарушением Женевских конвенций, могут быть привлечены к ответственности и подвергнуться судебному преследованию за свои действия. Это справедливо и в том случае, если они находятся в руках стороны противника и пользуются статусом военнопленного. Статус комбатанта или военнопленного не предоставляет иммунитета от уголовного преследования за действия, противоречащие международному праву. IV Женевская конвенция также ни при каких обстоятельствах не дает гражданским лицам права применять силу. Поэтому любое лицо, которое подозревается в совершении насильственных действий, может преследоваться в судебном порядке.

Нормы международного права, применимого в немеждународных вооруженных конфликтах

Международное гуманитарное право, применимое к немеждународным вооруженным конфликтам, — это результат компромисса между концепцией суверенитета и соображениями

²³ Протокол I, ст. 51, ч. 6. Некоторые государства – участники Протокола I сделали оговорку к нормам, касающимся запрещения репрессалий. Соединенные

Штаты выразили свое неприятие этой нормы другими средствами.

²⁴ Римский статут, ст. 1 и 17.

гуманности. Во внутреннем вооруженном конфликте по крайней мере одна сторона не является государством; обычно это группа мятежников, решивших свергнуть правительство, или повстанческое движение, сражающееся за автономию или отделение. Сегодня все согласны с тем, что внутренние конфликты с высоким уровнем насилия не могут оставаться за пределами сферы действия международного права, предоставляющего людям защиту от военных действий независимо от того, принимают эти лица активное участие в насильственных действиях или нет. Действительно, гражданские войны часто имеют столь же опустошительные последствия, что и вооруженные конфликты между государствами. Статья 3, общая для четырех Женевских конвенций (1949 г.), и Дополнительный протокол II (1977 г.) установили основные нормы, направленные на ограничение насилия и страданий в немеждународных вооруженных конфликтах. Обычное право подтверждает и дополняет основополагающую ст. 3 и пятнадцать статей Протокола II.

У нас нет намерения затушевать различия между двумя типами вооруженных конфликтов. Но все-таки можно заметить, что нормы, запрещающие террористические акты в ходе немеждународных вооруженных конфликтов, по сути своей идентичны нормам, применимым в немеждународных вооруженных конфликтах. Не употребляя самого слова «терроризм», ст. 3, общая для четырех Женевских конвенций, запрещает террористические действия в следующих выражениях:

«Лица, которые непосредственно не принимают участия в военных действиях, включая те лица из состава вооруженных сил, которые сложили оружие, а также те, которые перестали принимать участие в военных действиях вследствие болезни, ранения, задержания или по любой другой причине, должны при всех обстоятельствах пользоваться гуманным обращением без всякой дискриминации по причинам расы, цвета кожи, религии или веры, пола, происхождения или имущественного положения или любых других аналогичных критериев.

С этой целью запрещаются и всегда и всюду будут запрещаться следующие действия в отношении вышеуказанных лиц:

а) посягательство на жизнь и физическую неприкосновенность, в частности, всякие виды убийства, увечья, жестокое обращение, пытки и истязания;

б) взятие заложников;

с) посягательство на человеческое достоинство, в частности оскорбительное и унижающее обращение;

(...)»

Протокол II подтверждает и развивает эти нормы. Под заголовком «Гуманное обращение», имея в виду тех, кто не принимает или более не принимает участия в военных действиях, ст. 4, ч. 2 d) прямо запрещает «акты терроризма» как противоречащие праву. Более того, Протокол II — и в этом заключается его новаторство — также кодифицирует нормы ведения военных действий во время внутренних конфликтов. Основным положением, конечно, является обязательство проводить различие между теми, кто принимает активное участие, и теми, кто его не принимает в военных действиях, в частности, гражданскими лицами, ранеными и больными. Статья 13 прямо запрещает нападения на гражданское население, а также на отдельные гражданские лица. Более того, в ч. 2 статьи говорится, что «запрещаются акты насилия или угрозы насилием, имеющие основной целью терроризировать гражданское население». Те же самые слова мы находим в ч. 2 ст. 52 Протокола I, которые применимы к международным вооруженным конфликтам.

Ни статья 3, ни Протокол II не содержат положения, аналогичного ст. 35 Протокола I, которая для условий международного вооруженного конфликта кодифицирует давно установившийся принцип: стороны в вооруженном конфликте не имеют неограниченного права выбирать методы и средства ведения боя и, в частности, оружие, причиняющее излишние повреждения или чрезмерные страдания, считается незаконным. Однако четвертый параграф преамбулы Протокола II вновь формулирует основную мысль оговорки Мартенса для немеждународных вооруженных конфликтов. Оговорка Мартенса устанавливает, что в случае отсут-

ствия конкретных запретов необходимо найти правило, которое бы соответствовало принципам гуманности и требованиям «общественного сознания»²⁵.

Ни общая статья 3, ни Протокол II 1977 г. не содержат каких-либо положений, касающихся уголовной ответственности за (неправильные) действия во время международного вооруженного конфликта. В отношении лиц, совершивших преступление в таких обстоятельствах, меры должны приниматься в рамках национальной судебной системы. Однако Международный уголовный трибунал для бывшей Югославии заключил в одном из своих важных решений, что наиболее вопиющие преступления, совершенные во время немеждународного вооруженного конфликта, должны считаться международными преступлениями. Следовательно, нормы международного права применимы в ходе судебного процесса к лицу, которое преследуется за преступление, совершенное во время немеждународного вооруженного конфликта²⁶. Это значит, что террористические акты, совершенные во время немеждународного вооруженного конфликта, могут быть приравнены к серьезным нарушениям, как они определены Женевскими конвенциями 1949 г. Те же нормы применяются, если речь идет о юрисдикции государств или МУС.

Немеждународный вооруженный конфликт отличается от вооруженного конфликта между государствами тем, что одна сторона в конфликте является государством, а с другой стороны воюют одна или несколько групп лиц, которые стоят в оппозиции правительству. И если очевидно, что государства имеют обязательства выполнять международные нормы, которые являются обязательными для них (*pacta sunt servanda*), ст. 3 и Протокол II налагают обязательства и на силы оппозиции, которые не являются государствами. Так, лица из состава этих сил должны соблюдать запрет на террористические акты, а командиры сил оппозиции обя-

²⁵ Полный текст оговорки Мартенса в ее современной редакции см. в Протоколе I, ст. 1, ч. 2.

²⁶ *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-AR 72, ICTY Appeals Chamber, 2 October 1996.

заны обеспечить соблюдение международных норм. Другими словами, они должны принимать все необходимые меры для того, чтобы соблюдался запрет на террористические акты, в том числе меры, принимаемые в случае нарушения такого запрета.

Подводя итог, можно с полной уверенностью сказать, что запрещение прибегать к террористическим актам прочно закреплено в праве, применимом к немеждународным вооруженным конфликтам²⁷, как и в нормах, регулирующих международные вооруженные конфликты. Все террористические акты, без каких-либо исключений, запрещены. Этот вывод очень важен, поскольку именно немеждународные вооруженные конфликты характеризуется особенно высоким уровнем насилия.

Войны за национальное освобождение и партизанская война: становится ли менее строгим запрет на террористические акты?

Обсуждая текст Протокола I, делегаты Дипломатической конференции в Женеве должны были найти решение двух спорных вопросов, а именно, статуса войны за национальное освобождение и правового режима, применимого к партизанской войне. Приемлемые решения были найдены и 8 июня 1977 г. Конференция приняла Протокол I на основе консенсуса. Оба вопроса имеют определенное значение для дискуссии, касающейся права, применимого к терроризму.

Статья 1, ч. 4 Протокола I объявляет войны за национальное освобождение международными вооруженными конфликтами. Это значит, что вся совокупность права, разработанная для международных вооруженных конфликтов, применяется к войне, в которой народ сражается против колониальной державы в осуществление своего права на самоопределение. Международное гуманитарное право должно, следовательно, уважаться во всем его объе-

²⁷ См. также проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (1996), составленный Комиссией международного права. Ст. 20 (f)(iv) этого

документа называет серьезные террористические акты, совершенные во время немеждународных вооруженных конфликтов, военными преступлениями.

ме любой группой, которая претендует на статус освободительного движения по смыслу ст. 1 ч. 4, и ст. 96 ч. 3. Таким образом, запрет на террористические акты, несомненно, действует и во время войн за национальное освобождение.

Статья 44 Протокола I несколько модифицирует одно из сформулированных столетие тому назад условий, которым должен отвечать комбатант для того, чтобы международное право признало его лицом из состава вооруженных сил. В соответствии с этим условием требуется, чтобы комбатанта можно было опознать в качестве такового, т.е. он должен отличать себя от окружающих его гражданских лиц. В соответствии с принятыми в 1997 г. нормами, лицо из состава вооруженных сил не обязательно утратит статус комбатанта, если в узко определенных обстоятельствах боя он не будет отличать себя от гражданских лиц. Это новое правило не имеет отношения к запрету на терроризм, остающемуся в силе. Любой комбатант, который решает принять участие в партизанской войне, остается связанным обязательством соблюдать все нормы, касающиеся ведения военных действий и предоставления защиты гражданским лицам. Его никак нельзя оправдать, если он сочетает (законную) партизанскую борьбу с (преступной) террористической кампанией.

Споры по этим двум вопросам затихли после окончания Дипломатической конференции 1977 г. Более того, ни одна из сторон в вооруженном конфликте ни разу не применила ни одного из этих двух положений. Однако в 1987 г. президент Рейган представил Протокол II о немеждународных вооруженных конфликтах Сенату «для получения консультации и согласия» на ратификацию²⁸. В том же самом Письме-представлении излагались причины, по которым Соединенные Штаты отказываются ратифицировать Протокол I, хотя они и подписали этот договор в 1977 г. В течение того же самого периода в различных журналах были опубликованы точ-

²⁸ Текст Письма-представления опубликован в «AGORA: The U.S. decision not to ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims», *American Journal of International Law*, Vol. 81, No. 4,

October 1987, p. 910. См. также комментарий автора настоящей статьи: Hans-Peter Gasser, «An appeal for ratification by the United States», *Ibid.*, p. 912.

ки зрения тех советников американской Администрации, которые сформировали ее отрицательное отношение к Протоколу I.

Все аргументы, использованные для «поражения» Протокола I, оказались связанными с ч. 4 ст. 1 (война за национальное освобождение) и ст. 44 (партизанская война). Дуглас Дж. Фейт, который был тогда помощником заместителя министра обороны, пришел к несколько удивительному, если не сказать абсурдному, выводу о том, что новые положения права, кодифицированные в Протоколе I, служат делу терроризма²⁹ и что он «сводит на нет все вековые достижения в области права и морали». А Абрахам Д. Софаер, бывший тогда юридическим советником Государственного департамента, приравнивал вооруженную борьбу народа за самоопределение к терроризму³⁰. Поэтому он отказывается принять Протокол I, который, как он считает, включив положение о войне за национальное освобождение, оправдывает такие войны, — аргумент, не заслуживающий внимания, поскольку ни Протокол I, ни любой другой договор по международному гуманитарному праву не оправдывает использование силы. Оглядываясь назад, можно сказать, что выводы, сделанные этими авторами, не основаны на результатах анализа, а скорее являются предлогом для решения не ратифицировать Протокол I. Не естественно ли предположить, что, отвергая Протокол I, США оставляли для себя открытой возможность вести в дальнейшем «войну с терроризмом»?

Резолюция 1373 Совета Безопасности

После событий 11 сентября 2001 г. Совет Безопасности Организации Объединенных Наций принял 28 сентября 2001 г. резолюцию 1373, которая называется также антитеррористической резолюцией. Касается ли этот текст каким-либо образом международного гуманитарного права? Содержатся ли в нем какие-либо

²⁹ Douglas J. Feith, «Law in the service of terror: The strange case of Additional Protocol», *The National Interest*, No. 1, Fall 1985. Во время «войны с терроризмом» Фейт был заместителем министра обороны

по вопросам политики в администрации Буша.

³⁰ Abraham D. Sofaer, «Terrorism and the law», *Foreign Affairs*, Summer 1986, p. 901.

указания на то, как существующее право должно быть изменено? Внимательное прочтение резолюции 1373 показывает, что в ней, в основном, предлагается значительное число мер превентивного характера для борьбы с терроризмом, которые должны быть приняты государствами на национальном уровне. Речь идет об уголовном преследовании лиц, подозреваемых в террористической деятельности, и о сотрудничестве государств в этой области. В части об уголовном преследовании предполагаемых террористов нет ничего, что бы уже не было предусмотрено Женевскими конвенциями и Дополнительными протоколами к ним в отношении ситуаций вооруженного конфликта. И хотя резолюция 1373 важна для межгосударственного сотрудничества в деле борьбы с терроризмом, этот текст не имеет целью дополнить право, кодифицированное договорами по международному гуманитарному праву.

Международное гуманитарное право и «война с терроризмом»: некоторые предварительные замечания

Любой террористический акт несовместим с международным гуманитарным правом, применяемым во время вооруженных конфликтов. Как и любое другое нарушение Женевских конвенций 1949 г., такие акты требуют определенных действий со стороны государств – участников договоров, принимаемых для исправления ситуации. Они не только заинтересованы в том, чтобы на законных основаниях положить конец преступному поведению и тем самым оградить своих собственных граждан, но и имеют юридическое обязательство следить за соблюдением права, преследовать в судебном порядке и наказывать преступников, а также предотвращать совершение любых дальнейших действий, противоречащих гуманитарному праву³¹.

Женевские конвенции и Дополнительные протоколы к ним 1977 г. предусмотрели целый ряд мер и процедур для обеспе-

³¹ Статья 1, общая для четырех Женевских конвенций 1949 г., напоминает эту простую истину следующими словами: «Высокие Договаривающиеся Стороны

обязуются при любых обстоятельствах соблюдать и заставлять соблюдать настоящую конвенцию».

чения соблюдения своих положений. В частности, «серьезные нарушения», как они называются в Женевских конвенциях, наиболее важных положений являются международными преступлениями и все государства-участники обладают юрисдикцией вести судебное преследование виновных (универсальная юрисдикция). Как уже было неоднократно продемонстрировано в данной работе, террористические акты являются серьезными нарушениями международного гуманитарного права. Более того, Женевские конвенции не исключают действий третьих государств, предпринимаемых в ответ на серьезные нарушения или в целях предотвращения дальнейших нарушений, особенно если соответствующее государство само не принимает должных мер. Подразумевает ли подобное участие третьей стороны право на использование силы, не является вопросом, ответ на который следует искать в международном гуманитарном праве: это вопрос Устава ООН³².

После потрясения, пережитого в результате событий 11 сентября 2001 г., рядом государств были приняты меры для предотвращения террористических актов на своей территории. К этим мерам, среди прочих, относятся:

- ужесточение контроля со стороны полиции, особенно в отношении иностранных граждан;
- использование более «энергичных» методов допроса, которые могут считаться бесчеловечным обращением или даже пытками;
- ограничение права лиц, подозреваемых в терроризме, на беспристрастный суд, например, установление ограничений на доступ к свидетелям и на осуществление других прав подсудимых, т.е. меры, которые могут иногда приравниваться к отмене презумпции невиновности подозреваемых;
- ужесточение процедур в отношении лиц, ищущих убежища, беженцев и мигрантов, например, пренебрежение запретом на высылку таких лиц против их воли в страну, где они вынуждены

³² Hans-Peter Gasser, «Ensuring respect for the Geneva Conventions and Protocols: The role of third States and the United Nations», Hazel Fox and Michael A. Meyer

(eds), *Effecting Compliance*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 1993, pp. 15–49, esp. p. 27 ff.

опасаться за свою жизнь (принцип запрета на выдворение (*non-refoulement*)).

Будучи не обязательно противоправными, эти меры могут быть явными нарушениями обязательства государства соблюдать международные обязательства по праву прав человека и гуманитарному праву. Адам Робертс говорит следующее о трудностях, с которыми приходится сталкиваться международному гуманитарному праву в антитеррористических операциях:

«В ходе военных операций, осуществляемых с целью положить конец террористической деятельности, в действиях антитеррористических сил стала намечаться тенденция пренебрегать основными правовыми ограничениями. В целом ряде случаев пленные подвергались жестокому обращению или даже пыткам. В некоторых случаях чрезмерные методы со стороны правительства или задействованных сил могут только содействовать усилению террористической деятельности. Иногда использованию таких чрезмерных методов способствовали третьи государства, поддерживающие соответствующее правительство. Оказать давление на правительство или армию с тем, чтобы они изменили свой подход к проведению антитеррористической деятельности, заставить их более строго соблюдать право войны и права человека, может оказаться нелегкой задачей»³³.

Предлагаемый краткий анализ исходит из двух предпосылок или, скорее, убеждений. *Во-первых*, международное гуманитарное право не мешает эффективно бороться с терроризмом. Однако высказывалось мнение, что Женевские конвенции налагают излишне строгие ограничения на проведение допроса задержанных. Опасность подобного аргумента более чем очевидна, и международное сообщество должно неустанно следить за тем, чтобы была обеспечена физическая и психическая неприкосновенность даже самых отъявленных преступников. *Во-вторых*, лица, подозреваемые в тер-

33 Adam Roberts, «Counter-terrorism, armed force and the laws of war», *Survival*, Vol. 44, Spring 2002, p. 13.

роризме, остаются под защитой международного гуманитарного права, независимо от того, принадлежат они к вооруженным силам или формированиям, или являются гражданскими лицами («незаконные бойцы»). Они являются и остаются покровительствуемыми лицами по смыслу Женевских конвенций. Если они попадают в плен или подвергаются задержанию по какой-либо причине, с ними необходимо обращаться в соответствии с положениями III или IV Женевской конвенции, в частности, с теми нормами, которые регулируют режим содержания под стражей. Их можно преследовать в судебном порядке за насильственные действия, но эти лица имеют право на определенные судебные гарантии, если они предстают перед судом за свои деяния.

Решение правительства США о статусе лиц, захваченных в ходе военной кампании в Афганистане и удерживаемых на базе США в Гуантанамо и других местах, а также об обращении с ними вызвало острую полемику. Основной вопрос заключался в том, какой правовой статус должен быть предоставлен различным категориям пленным, если некоторые из них были, как можно предположить, лицами из состава Вооруженных сил Афганистана (движения Талибан), а другие не являлись таковыми (члены Аль-Каеды или других групп). Правительство США решило не предоставлять статуса военнопленных никому из них, оставив вопрос об их правовом статусе открытым. Хотя практические сложности и могли помешать установлению принадлежности каждого пленного к какой-либо организации, все же данное решение вызывает крайнее удивление, поскольку оно игнорирует прецедент. Действительно, Соединенным Штатам приходилось решать аналогичные проблемы во время войны во Вьетнаме, где захваченные в плен лица стороны противника либо принадлежали к составу Вооруженных сил Северного Вьетнама, либо были вьетконговцами и, следовательно, не признавались комбатантами по смыслу права войны. Военное командование США во Вьетнаме придерживалось следующего принципа: захваченные в плен лица из состава Вооруженных сил Северного Вьетнама получали статус военнопленных в соответствии с III Женевской конвенцией; вьетконговцы из партизанских

формирований пользовались обращением, предоставляемым военнопленным (хотя им и не предоставлялся статус военнопленных, как он определен в III Конвенции), если они были захвачены в тот момент, когда фактически участвовали в военных действиях и одновременно открыто носили свое оружие. Таким образом, они считались «незаконными бойцами», которых признавали в качестве лиц, принимающих участие в военных действиях. Ношение форменной одежды не входило в число требований. Вьетконговца, которого арестовали при попытке бросить гранату в кафе в центре Сайгона, передали вьетнамским властям для судебного преследования как преступника или террориста³⁴.

Такая политика, очевидно, полностью удовлетворяла правительство США. В частности, ничто не мешало вести уголовные процессы в отношении любого пленного или задержанного лица, к какой бы категории они ни принадлежали, за совершение военных преступлений. Такой тщательно продуманный подход к решению очень сложного вопроса был, конечно, продиктован и тем фактом, что Северный Вьетнам удерживал целый ряд американских военнослужащих, особенно летчиков. У афганской стороны не было пленных американцев в ходе кампании по борьбе с терроризмом.

III Женевская конвенция, с ее исчерпывающим сводом правил, определяющих материальные условия содержания лиц из состава вооруженных сил, захваченных в плен, и обращение с ними, является, возможно, наиболее известным документом и представляет собой самую прочную опору в фундаменте здания международной правовой системы, которая обеспечивает защиту жертвам войны. Конвенция об обращении с военнопленными наилучшим образом отвечает интересам вооруженных сил и их личного состава — как офицеров, так и солдат — и поэтому никогда не была предметом споров и разногласий. Ее ослабление было бы трагедией для военнослужащих, которым придется воевать в будущих конфликтах. Право, ко-

34 United States Military Assistance Command, Vietnam, «Criteria for classification and disposition of detainees» Annex A of Directive No. 381-46 (Dec. 27, 1967),

reprinted in *American Journal of International Law*, Vol. 62, 1968, p. 766. See also Gasser, *op. cit.* (примечание 28), p. 921.

торое предоставляет им защиту в условиях плена, не должно подрываться никакой «войной против терроризма».

Отказ предоставить статус военнопленных захваченным в плен комбатантам не ставит их за рамки системы права. Такие лица должны считаться гражданскими лицами. Их положение регулируется IV Женевской конвенцией о защите гражданского населения во время войны. Если они являются не гражданами стороны противника в конфликте, а гражданами третьих стран, у них остается статус иностранцев. С гражданскими задержанными лицами следует обращаться в соответствии с положениями IV Женевской конвенции. Гражданские задержанные лица, которые подозреваются в совершении тяжкого преступления, могут и должны предстать перед судом. IV Женевская конвенция не предоставляет им никакого иммунитета от судебного преследования за террористические акты, но она не устанавливает обязательства обеспечить им справедливый суд³⁵.

В связи с этим МККК заявил, что он «он по-прежнему глубоко убежден в том, что соблюдение международного гуманитарного права никоим образом не является препятствием в борьбе с терроризмом и преступностью. Международное гуманитарное право предоставляет удерживающей державе право в судебном порядке преследовать военнопленных, подозреваемых в совершении военных преступлений или любых других преступлений до или во время военных действий»³⁶.

Заключительные замечания: является ли международное гуманитарное право адекватным инструментом в борьбе с терроризмом?

Женевские конвенции 1949 г., Дополнительные протоколы к ним 1977 г., другие международные договоры и обычное

³⁵ Статья 5 IV Женевской конвенции ограничивает права лица, которое «подозревается на законном основании в деятельности, враждебной для безопасности» соответствующего государства или участвует в такой деятельности. Право на гу-

манное обращение и на справедливый суд, как оно гарантируется Конвенцией, не затрагивается.

³⁶ Пресс-релиз МККК от 9 февраля 2002 г.

право запрещают без какого-либо исключения террористические акты, совершаемые в ходе международных и немеждународных вооруженных конфликтов. Договорное право установило процедуры, которые обязывают государства принимать меры по предотвращению и пресечению нарушений и дают возможность международному сообществу реагировать в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций. В частности, грубые нарушения международного гуманитарного права являются международными преступлениями, что означает, что государства должны предать правосудию подозреваемого преступника в своих собственных судах, в судах другого государства-участника или в международном уголовном суде.

Меры по борьбе с терроризмом и порядок предания суду подозреваемых террористов должны соответствовать международному гуманитарному праву, если подобные акты совершаются в ходе вооруженного конфликта. И, поскольку возрастает опасность того, что даже основополагающие обязательства могут не выполняться в ходе «войны с терроризмом», представляется особенно важным подчеркнуть, что все, тем или иным образом участвующие в борьбе с терроризмом, обязаны уважать международное гуманитарное право. Тщательное соблюдение МГП в ходе военных кампаний, ведущихся с целью искоренить терроризм, укрепляет решимость выполнять положения права при всех обстоятельствах.

Целью международного гуманитарного права является предоставление защиты и помощи жертвам вооруженных конфликтов. Женевские конвенции 1949 г. и другие договоры МГП не предоставляют необходимых средств для борьбы с терроризмом. Международное гуманитарное право не может искоренить терроризм еще и потому, что причины терроризма многочисленны и сложны. Только гражданское общество может достичь этой цели, действуя согласованно и настойчиво в своих странах и на международной арене. Конфликты политического характера должны быть урегулированы политическими средствами и таким образом, чтобы создавалась возможность обеспечить больше справедливости для всех. Всем, кто действует на национальном или международном

уровне, должно быть ясно, что прибегать к неизбирательному насилию противозаконно и достойно осуждения, а в конечном итоге — бесполезно. Соблюдение международного гуманитарного права в ходе антитеррористических операций является положительным вкладом в дело искоренения терроризма.

После чудовищных событий 11 сентября 2001 г. встал вопрос о том, может ли международное гуманитарное право применяться для решения задач по борьбе с терроризмом. Никакая отрасль права не является совершенной и непреложной и, конечно, не является таким международное гуманитарное право, которое должно приспособливаться к изменениям в методах ведения вооруженных конфликтов. Необходимо постоянно проводить оценку для того, чтобы определить, являются ли существующие нормы адекватными, и все конструктивные предложения о внесении изменений должны приниматься серьезно. Примечательно, что пока еще не было высказано никаких предложений относительно того, как усилить положения Женевских конвенций и Дополнительных протоколов и повысить их эффективность в борьбе с терроризмом. Отказ предоставить статус военнопленных террористам не достигает поставленных целей и грозит только отступлением в борьбе за обеспечение защиты лицам из состава вооруженных сил.

Удивительно также, что в Соединенных Штатах высказывались сомнения относительно достаточности права, хотя США не ратифицировали Протокол I 1977 г. Как было продемонстрировано, это как раз тот договор, который усиливает правовой арсенал для борьбы с терроризмом. Ратифицировав его, 160 государств, включая друзей и союзников США (за исключением Израиля), подчеркнули его значимость для защиты жертв насилия. Сначала надо принять Протокол I, прежде чем предпринимать новые инициативы по изменению положений, которые на самом-то деле оказываются вполне удовлетворительными. Более того, в существующих обстоятельствах мало кто верит в успех длительной процедуры пересмотра права, которая потребует созыва дипломатической конференции и последующей ратификации нового договора или поправки всеми государствами — участниками Женевских конвенций.

Наконец, следует помнить о том, что международное право гарантирует гуманное обращение с совершившими преступление, будь то гражданские лица или военнослужащие, но не препятствует отправлению уголовного правосудия. Напротив, судебное преследование лиц, подозреваемых в совершении преступлений, является важнейшим компонентом обеспечения соблюдения гуманитарных обязательств. Учредив Международный уголовный суд, мировое сообщество внесло значительный вклад в дело судебного преследования и наказания террористов и предотвращения террористических актов. Римский статут и Женевские конвенции 1949 г. закрепляют право всех людей на справедливый суд, и вряд ли в начале XXI века кто-то захочет оспорить это право.



Ислам и международное гуманитарное право: от столкновения – к диалогу цивилизаций

Джеймс Кокейн

О современном мире все чаще говорят, что он охвачен «конфликтом цивилизаций», имея в виду в особенности конфликт между западной культурой и исламской¹, в связи с чем усиливается опасность утраты международным гуманитарным правом его универсального характера. Какую роль может сыграть МГП, продукт европейской цивилизации, в регулировании отношений *между* цивилизациями?

В прошлом некоторые ученые искали решение этой проблемы в попытках доказать, что основные принципы гуманитарного права разделяют и неевропейские цивилизации, сравнивая, например, исламские традиции, обычаи и законы войны с МГП². За немногими исключениями³, подобные сравнительные исследования имеют два недостатка. Во-первых, они склонны представлять обе

Джеймс Кокейн – бакалавр гуманитарных наук (диплом с отличием), бакалавр права (Сиднейский университет, диплом с отличием), старший сотрудник по правовым вопросам Отделения международных преступлений Генеральной прокуратуры Австралии. Автор благодарит д-ра К. Ролофсена из Утрехтского университета за его энтузиазм и обширные познания, способствовавшие появлению данного исследования.

правовые традиции (исламскую и западную) в виде неподвижных, цельных структур. На самом деле обе являются сложными правовыми традициями, динамичными (изменяющимися с течением времени) и неоднородными (состоящими из различных под-традиций)⁴.

1 См., например, Samuel P. Huntington, «The clash of civilizations?», *Foreign Affairs*, Vol. 72, No. 3, Summer 1993, p. 22. А также Leon T. Hadar, «What green peril?», *Foreign Affairs*, Vol. 72, No. 2, Spring 1993, p. 27, и Judith Miller, «The challenge of radical Islam», *Foreign Affairs*, Vol. 72, No. 2, Spring 1993, p. 43.

2 См., например, М.К. Ereksoussi, «Le Coran et les Conventions humanitaires», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, No. 503, November 1960, pp. 641–650; Sobhi Mahmassani, «The principles of international law in the light of Islamic doctrine», *Recueil des cours*, 1966-I, p. 201; R.C. Algase, «Protection of civilian lives in warfare: A comparison between Islamic law and modern international law concerning the conduct of hostilities», *Military Law and Law of War Review*, 1977, p. 246; Yadh ben Achour, «Islam et droit international humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, No. 722, March-April 1980, p. 59; Hamid Sultan, «La conception islamique» in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Pedone, UNESCO, Paris, and Institute Henry Dunant, Geneva, 1986, pp. 47–60; Said El-Dakkak, «Le droit international humanitaire entre la conception islamique et le droit international positif», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, No. 782, March-April 1990, p. 111; J. Busuttill, «Slay them wherever you find them»: Humanitarian law in Islam», *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, Vol. 30, 1991, pp. 111–145; Mohammed Bedjaoui, «The Gulf War of 1980–1988 and the Islamic conception of international law» in Ige F. Dekker and Harry H.G. Post (eds), *The Gulf War of 1980–1988*, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1992, p. 282; Farhad Malekian, *The Concept of*

Islamic International Criminal Law: A Comparative Study, Kluwer Academic, Norwell, MA, 1994; K. Bennoune, «As-Salamu «Alaykum? Humanitarian law in Islamic jurisprudence», *Massachusetts Journal of IL*, 1994, pp. 605–643; Ameur Zemmal, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, Éditions A. Pedone, Paris, 1997. Другие полезные описания классической исламской доктрины ведения войны можно найти в Majid Khadduri, *The Islamic Law of Nations, Shaybani's Siyar*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1966; Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1984; James Turner Johnson and John Kelsay (eds), *Cross, Crescent and Sword: The Justification and Limitation of War in Western and Islamic Tradition*, Greenwood Press, Westport, CT, 1990; Edward J. Jurji, «The Islamic theory of war», *Moslem World*, Vol. 30, 1940, pp. 332–342; R. Peters (trans. and annot.), *Jihad in Mediaeval and Modern Islam: The chapter on jihad from Averroes' Legal Handbook «Bidayat al Mudjtahid» and the Treatise «Koran and Fighting» by the late Shaykh Al-Azhar, Mahmud Shaltut*, E.J. Brill, Leiden, 1977; и G. Conrad, «Combat and prisoners of war in classical Islamic law: concepts formulated by Hanafi jurists of the 12th century», *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, 1981, pp. 269–307.

3 В частности Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2).

4 О понятии правовых традиций см., в частности, H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Во-вторых, подобные исследования склонны к проявлению ориентализма⁵, принимая западную систему за критерий оценки соответствия «иной» — восточной исламской — системы⁶.

В настоящей работе делается попытка ввести в эту дискуссию исторический элемент. В ней предполагается, что происходящее сейчас взаимодействие между исламской и западной цивилизациями сыграло важную роль в формировании гуманитарного права, каким мы знаем его сегодня. Рассматривая это взаимодействие в историческом плане, мы стремимся к такому пониманию гуманитарного права, которое примирило бы разные «цивилизации». Такой исторический подход также помогает избежать ошибок, свойственных подходу сравнительного анализа: он помогает выявить изменения в под-традициях и не позволяет нам предположить, что одна из систем лучше, чем другая.

Передовое влияние ислама на европейские законы и обычаи войны началось еще во время крестовых походов⁷. Читая курс лекций в Гаагской академии международного права, барон де Таубе предположил, что современное международное публичное право объявления войны происходит по прямой линии от исламской доктрины, перешедшей в рыцарские кодексы чести во время крестовых походов, а затем через христианскую церковь — в современное право войны⁸. Кристофер Вирамантри также рассмотрел

⁵ О концепции ориентализма см. Edward Said, *Orientalism*, Penguin Books, Harmondsworth, 1978.

⁶ См. ben Achour, *op. cit.* (примечание 2), p. 59.

⁷ См., например, Marcel Boisard, «On the probable influence of Islam on western public and international law», *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 11, 1980, pp. 429–50.

⁸ Baron Michel de Taube, «Études sur la développement historique du droit international dans l'Europe orientale» in *Recueil des*

Cours, 1926-I, p. 341, pp. 393–394. См. также Гаагскую конвенцию об открытии военных действий от 18 октября 1907 г., 36 stat. 2259, 2271 (pt. 2) TS No. 538, 1 Bevans 619. Саид Эль-Даккак, напротив, утверждает, что «исламская концепция не ставит в качестве условия наличие войны в традиционном понимании этого слова, то есть в соответствии с концепцией, согласно которой, помимо наличия военных действий, требуется объявление войны между двумя или несколькими сторонами». См. El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), p. 112.

свидетельства влияния исламской доктрины на выводы Гуго Гроция о праве боевых действий⁹.

Однако мало кто анализировал роль ислама в формировании современного европейского права войны и его детища — международного гуманитарного права. В настоящей работе делается попытка заполнить этот пробел, рассмотрев влияние ислама на МГП с момента признания Османской империи суверенным государством в рамках европейской системы государств. Этот момент, как обычно принято считать, совпадает с ее присоединением к Парижскому договору в 1856 г.¹⁰

Данное исследование неизбежно ограничено в двух важных аспектах. Во-первых, оно лишь обрисовывает в общих чертах историческое взаимодействие ислама и международного гуманитарного права. Во-вторых, в нем в основном идет речь о военных действиях, а не об их причинах — о *jus in bello*, а не о *jus ad bellum*.

1856–1899 гг.: «иная» система ислама и появление международного гуманитарного права

Обычно — и неправильно — считается, что ислам и мусульмане сыграли незначительную роль в развитии международного гуманитарного права на ранних этапах. С того момента как Османская империя вошла в 1856 г. в правовую систему европейских государств и до первой Гаагской мирной конференции в 1899 г., мусульмане принимали лишь небольшое участие в быстром развитии публичного международного права ведения войны. При ближайшем рассмотрении их роль оказывается весьма важной в деле приобретения европейским правом войны международного и гуманитарного характера. Как покажет данный раздел исследования, сначала ислам представлял собой «иную» систему, с которой критически сравнивалось возникающее современное право войны. Однако, учитывая универсалистские и гуманистические тенденции этого

⁹ Christopher G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence: An International Perspective*, Macmillan, Houndmills, 1988, pp. 149–158.

¹⁰ Декларация о морской войне, Париж, 16 апреля 1856 г.

права, оно обязано было удовлетворять требованиям различных культурно-правовых систем и, соответственно, отбросить свои христианские корни. Таким образом, ислам подсказал светскую, универсальную формулировку определения международного гуманитарного права.

МГП, каким мы его знаем сейчас, сильно отличается от европейского права войны, каким оно было в 1856 г., наследия права наций *respublica christiana*, неотъемлемо связанного с понятием общей панъевропейской христианской культуры¹¹. До 1856 г. европейское международное право войны относилось к тем, кто не входил в систему европейских государств, в частности, к американским индейцам и мусульманам, как к пассивным объектам права, а не как к активным субъектам права. Примером меньшей защиты, предоставляемой мусульманам, может служить доктрина крестовых походов в рамках *jus ad bellum*, которая узаконивала войну против ислама как «справедливую войну», проявление божественного неодобрения¹². Гуманистические тенденции раннего европейского Возрождения начали исправлять эту асимметрию. Виттория, хотя и не одобряя обращения с мужчинами-мусульманами как с христианами, говорил, что убивать мусульманских детей (которые невинны) и женщин (которые считаются невинными) незаконно¹³. В корне иным было, однако, настойчивое требование Анри Дюнан в Сольферино в 1859 г., чтобы гуманитарная помощь, которую он и другие организовали для облегчения страданий солдат, должна оказываться одинаково «французам и арабам, немцам и славянам»¹⁴.

11 См., например, Ahmed Rechid, «L'islam et le droit des gens», *Recueil des Cours*, 1937-II, p. 371, pp. 378–380.

12 См. Johnson and Kelsay, *op. cit.* (примечание 2); также см. de Taube, *op. cit.* (примечание 8), pp. 387–390.

13 F. Vittoria, «The second reelection on the Indians, or on the law of war made by the Spaniards on the barbarians» in A. Carnegie (ed.), *De Indis et de jure belli reelectiones* (trans. J.P. Bate), New York, 1917, p. 179 (36).

14 А. Дюнан «Воспоминание о битве при Сольферино», МККК, Москва 2000. (Впервые опубликовано на французском языке в 1882 г.) Отрывки приводятся в книге Pierre Boissier, *Histoire du Comité International de la Croix-Rouge: De Solferino à Tsushima*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1978, p. 35. См. там же (p. 213) о различных подходах европейских держав и Османской империи к оказанию медицинской помощи во время Крымской войны.

Чем объяснялась гуманитарная деятельность Дюнан? Без сомнения, сам Дюнан был движим зарождающимся интернационализмом. Однако часто не придают значения тому, в какой степени его интернационализм был окрашен христианской моралью. Первые шаги в направлении развития гуманистического международного права, ограничивающего методы ведения войны, были, безусловно, основаны на «христианском милосердии»¹⁵. До того как Анри Дюнан основал движение Красного Креста, он создал международную организацию под названием Alliance universelle des Unions chrétiennes de jeunes gens (Христианские союзы), целью которой было организовать христианскую молодежь на международном уровне для совершения дел христианского милосердия¹⁶. Хотя основной целью поездки Дюнана в Сольферино была встреча с Наполеоном III для получения разрешения на спекулятивную операцию в Алжире, он также намеревался представить императору свою рукопись, озаглавленную «Империя Карла Великого, восстановленная Его Величеством Императором Наполеоном III»¹⁷. Связующей нитью между гуманитарным движением, рожденным в Сольферино, и идеей Дюнана о восстановленном панъевропейском христианском государстве под управлением Наполеона III была вера Дюнана в применение на международном уровне «христианского духа»¹⁸. В представлении Дюнана Красный Крест был не исключительно мирской, а международной организацией «самаритян»¹⁹, в лучших традициях христианского милосердия заботящихся о раненых, больных и беспомощных. В таком, преимущественно христианском, предприятии, казалось бы, вряд ли могло найтись место для исламских участников или их ценностей.

Однако если присмотреться внимательнее, можно найти исламские корни, изначально тесно переплетенные с христианскими. Рассказ Буасье о битве при Сольферино в его «Истории

15 Там же.

16 Там же, pp. 11–12. См. также ICRC, *La guerre et la charité*, ICRC, Geneva, 1866.

17 См. Richard Deming, *Heroes of the International Red Cross*, ICRC, New York, 1969, pp. 5, 8–10, 14.

18 Высказывание Дюнана в *Notice sur la Régence de Tunis* (1858), цитируется в Boissier, *op. cit.*, (примечание 14), p. 17.

19 Высказывание Дюнана в *La guerre et la charité*, *op. cit.* (примечание 16).

Международного Комитета Красного Креста» отражает подсознательное противопоставление христианского гуманитарного движения мусульманскому «иному». Буасье намекает, что ужасные потери в битве при Сольферино были вызваны отказом исламских войск, сражавшихся за Наполеона III, пощадить противостоявших им австрийцев, несмотря на призыв австрийского командования о соблюдении «*droit des gens* (международного права)»²⁰. Другие источники говорят о том, что к этим потерям привела неожиданная тактика французов, подвергших артиллерийскому огню резервные войска австрийцев²¹. Как бы там ни было, в рассказе Буасье подчеркиваются ранние и основополагающие различия между исламским «варварством» и христианским «милосердием».

Мусульманам отводилась пассивная роль «иной системы», которой противопоставлялось и в сравнении с которой некоторое время определялось международное гуманитарное право. На состоявшейся в Женеве в 1863 г. Конференции, где родился Комитет Красного Креста, не было представителей ни одного исламского государства. Однако Турция в 1865 г. ратифицировала Женевскую конвенцию 1864 г.²² За ней последовала Персия в 1874 г.²³; в том же году представители Турции присутствовали на Брюссельской конференции, сыгравшей огромную роль в кодификации законов и обычаев войны. В 1868 г. Турция приняла участие в Конференции по пересмотру Женевской конвенции²⁴ и в Санкт-Петербургской конференции²⁵, которая охарактеризовала гуманитарное право войны, объявив, что «единственная законная цель, которую должны иметь государства во время войны, состоит в ослаблении военных сил неприятеля»²⁶.

20 Boissier, *op. cit.* (примечание 14), pp. 24–25.

21 См., например, Deming, *op. cit.* (примечание 17), p. 7.

22 Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женева, 22 августа 1864 г. Турция ратифицировала эту Конвенцию 5 июля 1865 г.

23 5 декабря 1874 г.

24 Турция была одним из государств, изначально подписавших Дополнительные статьи об участии раненых и больных в действующих армиях (Additional Articles relating to the Condition of the Wounded in War), Женева, 20 октября 1968 г.

25 Турция также подписала и ратифицировала Декларацию об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль, Санкт-Петербург, 29 ноября – 11 декабря 1968 г.

26 Там же.

Правда, на всех этих конференциях участники из мусульманских стран играли скромную роль. Кроме того, те замечания, которые они все же делали, были изложены не с точки зрения исламизма, а в рамках европейской государственной системы. Мусульманские государства и мусульманская риторика не обладали большим авторитетом в этой системе и, соответственно, оказали небольшое влияние на развитие международного гуманитарного права.

Многие европейские державы сомневались в самой возможности добиться эффективного участия мусульманских государств в развитии новой отрасли права — МГП. Представитель Франции в Константинополе, г-н Егершмит, в письме в Международный Комитет Красного Креста от 15 марта 1868 г. объяснял свои сомнения в успехе создания национального общества Красного Креста в Турции:

«В любом деле в Константинополе приходится бороться с совершенно невообразимой силой инерции, и потребуются немислимые усилия, чтобы добиться образования на бумаге комитета, который никогда работать не будет и полезность которого турки в жизни не поймут, потому что они все сводят к Провидению и не допускают попыток уклониться от его предначертаний. Я знаю, чего стоило нам добиться присоединения Турции к Конвенции 1864 г., которая так и осталась для нее совершенно непонятной. Турция все же согласилась на это, когда ей объяснили, что нужно всего лишь подписать, чтобы быть как все, подготовленный для нее акт о присоединении, который ее ни к чему не обязывает»²⁷.

В замечаниях Егершмита видна уверенность не только в том, что турецкое государство, «большой человек Европы», не в состоянии активно участвовать в механизмах МГП, но и в том, что новый подход лежит за пределами понимания турок. По сути, существовала уверенность в том, что от мусульман нельзя ожидать христианского милосердия. Международное гуманитарное право было и, по мнению таких людей, как Егершмит, должно было оставаться христианским правом.

²⁷ Цитируется в Boissier, *op. cit.* (примечание 14), p. 288.

Эта пропасть между христианами и мусульманами была сокращена в значительной мере благодаря эффективной работе Густава Муанье, который возглавил движение Красного Креста после банкротства Дюнан. Муанье признавал, что международное гуманитарное право является продуктом христианской культуры²⁸, однако настаивал на том, что его всеобщее применение оправдано на основании позитивной науки²⁹ и естественного права³⁰, выходящего за рамки какой-либо одной религии. Он доказывал, что гуманитарные тенденции в международном праве войны служили выражением общественного сознания³¹, идей высшего порядка³² и международной солидарности³³. Как он писал в 1888 г., «основатели Красного Креста не желали связывать его ни с одной определенной религией, и знамя, поднятое в 1863 г., несмотря на изображенный на нем крест, должно в плане религии считаться не менее нейтральным, чем в политике»³⁴.

Вклад Муанье в определение движения Красного Креста имел двойное значение. Во-первых, под его руководством нормативная база движения перешла от христианства к универсальной светскости, основанной на сочетании естественного права и международного позитивизма. Во-вторых, Муанье прилагал усилия к тому, чтобы это право применялось последователями всех религий, включая ислам: ему в первую очередь принадлежит заслуга создания в 1868 г. Османского общества Красного Креста³⁵.

Во время нахождения Муанье в должности в 1875 г. разразилась гражданская война в Балканском регионе Османской им-

28 В 1888 г. Муанье писал, что в Красном Кресте «нельзя не увидеть этого продукта христианской цивилизации»: G. Moynier, *Les causes du succès de la Croix-Rouge*, monograph, Geneva, 1888, republished as «Introduction» in *Le Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge*, ICRC monograph, Geneva, 1888, excerpted in Boissier, *op. cit.* (примечание 14), p. 455.

29 ICRC, *La neutralité des militaires blessés*, pamphlet presented at the Paris

Exhibition, excerpted in Boissier, *op. cit.* (примечание 14), p. 268.

30 Там же.

31 Там же, p. 267.

32 Там же.

33 ICRC, *La guerre et la charité*, excerpted in Boissier, *op. cit.* (примечание 14), p. 262.

34 Там же.

35 Там же, pp. 287–289.

перии между христианскими повстанцами и мусульманским правительством, Великой Портой. Эта гражданская война поставила перед движением Красного Креста два важнейших и взаимообусловленных вопроса: связь между гуманитарными принципами движения и а) суверенитетом и б) христианством. Вынудив движение Красного Креста рассмотреть эти вопросы, балканский кризис послужил поводом для выработки основополагающего определения международного гуманитарного права.

Во время балканского кризиса взаимосвязь между гуманитарными принципами МПП и суверенитетом поставила, по крайней мере, три проблемы.

Во-первых, встал вопрос о том, распространяется ли мандат Красного Креста на внутренние конфликты или он ограничивается вооруженными конфликтами между государствами. Если бы он относился только к межгосударственным конфликтам, как предполагает традиционный подход к суверенитету, Красный Крест не мог сыграть никакой роли в конфликте между цивилизациями, бушевавшем на территории Османской империи. Выступления Муанье в ежемесячных бюллетенях, рассылавшихся национальным обществам Красного Креста³⁶, в пользу вмешательства Красного Креста в значительной степени способствовали тому, что Красный Крест все-таки сыграл свою роль во время конфликта, создав важнейший прецедент. Муанье оправдывал такую трактовку мандата ссылкой на универсальный гуманизм, выходящий за рамки государственного контроля. По мнению Муанье, присоединение к Женевской конвенции 1864 г. не просто устанавливало нормы, применимые в ситуациях международного вооруженного конфликта в отношениях между суверенными государствами, — оно равнялось «принятию обета, морального кодекса», обязательного при любых обстоятельствах, даже *внутри* суверенных государств³⁷. Таким образом, гуманитарные принципы были выше суверенности, по крайней мере, на эпистемологическом уровне; однако эти принципы не учитывались, если государства не взяли на себя обязательства их применять.

36 Там же, pp. 393–394.

37 Там же, p. 394.

Во-вторых, этот кризис подчеркнул роль национальных обществ Красного Креста в государствах, не принимавших непосредственного участия в конфликте, но затронутых им: в связи с огромным потоком беженцев, хлынувшим в граничащие с зонами военных действий страны, например Сербию и Черногорию, встал вопрос о том, обязаны ли национальные общества помогать тем, кто бежит в их страны. Быстрая реакция Красного Креста, в том числе его действия в Черногории, где он способствовал созданию национального общества, явно показала, что национальные общества Красного Креста должны оказывать помощь в подобных ситуациях³⁸. В первую очередь, они должны быть верны движению и его гуманитарным принципам, а не государству-нации, в которых они были созданы.

В-третьих, кризис помог выявить, в какой степени движение Красного Креста зависит от системы государств-наций как базы и источника ресурсов для его деятельности. Это стало ясно в Турции. Проблема заключалась не просто, как предполагал Егершмит, в бюрократической инертности. Скорее, как и признал сам основатель Османского общества Красного Креста, основной проблемой являлось отсутствие единства между подданными Османской империи (которые должны были оказывать медицинскую помощь раненым солдатам посредством национального общества) и ее армией³⁹. Механизмы, выбранные для имплементации международного гуманитарного права, — постоянно действующие национальные общества, работающие в тесном сотрудничестве с централизованным правительственным аппаратом в целях оказания медицинской помощи, — были (и в значительной степени остаются) основаны на системе современных государств-наций. Они предполагали национальное единство, достигнутое централизованными государствами Западной Европы. Османская империя не являлась современным государством-нацией, она представляла собой империю, включавшую различные национальности, которые объединяла исламская вера и мусульманская власть. Это структурное различие повлияло на саму возможность имплементации гуманитарного права крупнейшим мусульманским государством того

38 Там же, pp. 391–398.

39 Там же, p. 288.

времени. Таким образом, эффективная имплементация гуманитарных принципов ограничивалась рамками суверенитета, в которых вводилось МПП.

Кризис на Балканах также поднял вопрос о связи между гуманитарными принципами МПП и христианством.

Подход Муанье к вопросу участия Красного Креста во внутригосударственном конфликте сыграл важную роль в выведении движения за рамки христианского интернационализма Дюнана. Муанье представлял международное гуманитарное право как универсальный моральный кодекс, выходящий за пределы религиозных противоречий. Присоединившись к Женевской конвенции 1864 г., Османская империя автоматически приняла на себя обязательство соблюдать этот кодекс не только в отношениях с христианскими государствами, но и в своих внутренних делах⁴⁰. Стратегия Муанье, по сути, представила Красный Крест не просто универсальной, но еще и светской организацией.

Однако сама эмблема Красного Креста стала семиотическим символом, давшим повод для разногласий. По мнению многих, разногласия в отношении эмблемы, продолжающиеся и сегодня, сводятся к основному вопросу настоящего исследования: может ли международное гуманитарное право, будучи продуктом христианской культуры, устроить другие культуры?

Проблема эмблемы возникла после того, как Черногория и Сербия, являвшиеся участницами Женевской конвенции 1864 г., вмешались в гражданскую войну на стороне христианских меньшинств. Сначала турецкие войска, в нарушение обязательств Турции как участницы Женевской конвенции, не признавали защиту, предоставляемую эмблемой Красного Креста. Несмотря на принятые под давлением Международного Комитета Красного Креста (МККК) новые турецкие законы, разъясняющие эту защиту и наказания за ее на-

⁴⁰ В 1882 г. в работе «*Croix-Rouge, son passe, son avenir*» Муанье вновь выразил то же мнение, охарактеризовав Конвенцию как «декларацию, как признание некоторых законов высшего порядка, доброволь-

ное подчинение которым то или иное государство считает вопросом чести и императивный характер которых является абсолютным». Там же.

рушение, нарушения продолжались. Это объяснялось не неведением войск, а тем, что они намеренно превращали в цель нападений крест, который «оскорблял чувства мусульманских солдат»⁴¹, главным образом потому, что ассоциировался у них с крестовыми походами. Хотя все стороны согласились, что красный крест не был принят в 1863 г. как сознательно религиозный символ, они не могли не видеть, что подобные возражения не оказывали сильного влияния на оскорбленные чувства турецких войск, возникавшие при виде креста или произошедшего кровопролития. Ситуация была настолько серьезной, что, когда Румынский Красный Крест предложил Османскому обществу прислать столь необходимые медицинские материалы, последнему пришлось отказаться, поскольку оно не могло гарантировать безопасность румынского персонала⁴². Единственным решением проблемы было выступление за немедленное введение второй защитной эмблемы мусульманского происхождения — красного полумесяца, что позволило Турецкому обществу выполнять его работу.

Поддержав это предложение, МККК предпринял исключительно практичный подход к реализации гуманитарных идеалов, которого он придерживается и по сей день. В январе 1877 г. МККК сообщил национальным обществам, что, если государства, подписавшие Конвенцию, пожелают, «чтобы исповедуемые ими принципы гуманности постепенно распространились среди всех народов, независимо от их религии, вопрос внешней формы не должен стать непреодолимым препятствием для развития этих принципов в среде нехристианских народов... Можно даже пойти на замену красного креста для нехристианских государств»⁴³.

После обмена письмами⁴⁴ было разрешено на время конфликта использование красного полумесяца вместо красного

41 Послание Великой Порты Федеральному Совету от 16 ноября 1876 г., процитированное в *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, No. 29, January 1877, pp. 35–37.

42 Boisser, *op. cit.* (примечание 14), p. 401.

43 *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, No. 29,

January 1877; см. также Boisser, *op. cit.* (примечание 14), p. 402.

44 См. переписку, приведенную в *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, No. 29, January 1877, pp. 35–37; No. 30, April 1877, pp. 39–47; No. 31, July 1877, pp. 83–91; No. 32, October 1877, pp. 147–154.

креста. Когда Россия вступила в войну, чтобы оказать поддержку славянским христианским меньшинствам, она тщательно обговорила с турками гарантии взаимного признания двух эмблем (красного креста и красного полумесяца), хотя это и не принесло результатов, поскольку убийства носителей красного креста продолжались⁴⁵. Однако красный полумесяц также начали использовать, и до сих пор его признают в качестве отличительной защитной эмблемы наравне с красным крестом.

Почему же эмблема стала камнем преткновения? Ответ очевиден: исторические ассоциации, связанные с крестом, и неуместность его использования в качестве символа беспристрастности и нейтральной помощи. Тот факт, что первоначальный комитет выбрал его своей эмблемой, свидетельствует, прежде всего, о том, что интернационализм его членов являлся, по меньшей мере, подсознательно европейским явлением, не учитывавшим тонкости мусульманской (или иной) культуры. Более того, эмблема и ее толкование послужили поводом для спора относительно самоопределения международного гуманитарного права. С одной стороны, некоторые (как европейцы, так и мусульмане) признавали крест религиозной эмблемой и предлагали придать различным религиям и культурам равный вес в рамках МГП, признав их собственные эмблемы. Другие приняли более модернистский, светский подход, предполагающий, что религиозному символизму нет места в международном гуманитарном праве, которое представляет собой естественный человеческий закон, выходящий за рамки конкретных религий, и оно должно быть представлено единым символом гуманизма. Тема эмблемы была и остается очень важной, потому что поднимает вопрос о том, как светская универсалистская система управления и права согласовывается с религиозными ценностями. Как могут эти две системы сосуществовать? Именно этот вопрос стоит в центре противостояния между исламом и европейским правом в рамках МГП.

⁴⁵ См. Boisser, *op. cit.* (примечание 14), р. 405.

Этот обзор раннего периода международного гуманитарного права показывает, что ислам сыграл важную роль «иной системы», по сравнению с которой это право определяло себя. Вначале оно восприняло традиционную динамику ориентализма, в котором европейская христианская система черпала силу для построения собственного образа (христианского «милосердия»), пороча восточное мусульманское «иное» (турецкое «варварство»). Хотя Османская империя и Персия официально на равных участвовали в системе МГП, эта система считалась по своей сути чуждой исламским ценностям и методам.

Однако постепенно под влиянием столкновений с исламом и стремления к универсализации сторонников МГП, в частности Густава Муанье, это право обратилось к светскому модернизму, вышедшему за пределы этого первоначального ориентализма. МГП начало определять себя таким образом, чтобы можно было учесть особенности мусульманской системы, семиотические ли (такие как эмблема) или систематические (такие как сложность работы в османских административных структурах). Этот вынужденный процесс самоопределения внес большой вклад в характер движения Красного Креста и сформировал действие большей части МГП в том виде, в каком мы его знаем сегодня. Однако беспокойство по-прежнему вызывал тот факт, что вся система деятельности в рамках МГП основана на понятии суверенитета государства-нации, выведенном из европейской христианской традиции и чуждом исламу.

1899–1945 гг.: ислам в международном гуманитарном праве – умма, государства-нации или цивилизация?

Существует сходство между той ролью, которую представители мусульманства играли в появлении международного гуманитарного права до 1899 г., и ролью, сыгранной ими в дальнейшем. В обоих случаях эта роль с первого взгляда казалась незначительной: участие мусульман касалось ключевых вопросов МГП и формы, которую оно должно принять. С 1899 по 1945 гг. основным вопросом являлась совместимость МГП, основанного на гу-

манизме и суверенитете, с исламом, основанном на слове Аллаха и всемирном сообществе веры.

На Гаагских мирных конференциях в 1899 и 1907 гг.⁴⁶ присутствовали две мусульманские делегации — от Османской империи и Персии. В двух этих странах жило большинство мусульман того времени, и, соответственно, они воспринимались как представители ислама⁴⁷. Тем не менее отдельные делегаты были европеизированы и настроены прозападно⁴⁸. Обе делегации активно участвовали во всех аспектах работы Конференции, хотя, будучи «малыми державами», они вели себя относительно скромно. Однако их замечания были особенно важны для продолжения дискуссии относительно способности международного гуманитарного права вместить в себя различные религиозные наследия.

В результате участия мусульманских делегаций Гаагские мирные конференции официально подтвердили принцип отсутствия религиозной дискриминации в качестве основного принципа МГП. На Конференции 1899 г. делегация Персии заручилась гарантиями того, что в норме, запрещающей уничтожение культурных или религиозных ценностей, не будет проводиться различие между мечетями и другими религиозными ценностями⁴⁹. Делегации Османской империи и Персии добились того, чтобы некоторые другие делегации признали их защитные эмблемы (красного полумесяца и красного льва и солнца, соответственно) вместо эмблемы красного креста⁵⁰. Все это предполагало, что международное гуманитарное право может вместить в себя ряд различных религиозных культур.

⁴⁶ См. Arthur Eyffinger, *The 1899 Hague Peace Conference: The Parliament of Man, the Federation of the World*, Kluwer Law International, The Hague, 1999; William I. Hull, *The Two Hague Conferences and their Contributions to International Law*, Ginn & Company, Boston, 1908; reprinted Kraus Reprint Co., New York, 1970.

⁴⁷ Ср. Eyffinger, *op. cit.* (примечание 46), p. 97.

⁴⁸ Там же, pp. 170–171, 193–194.

⁴⁹ См. Hull, *op. cit.* (примечание 46), pp. 253–254. По иронии судьбы, на протяжении всей Конференции 1899 г. турецкую делегацию преследовали обвинения в религиозной дискриминации в Османской империи в отношении армянского христианского меньшинства: см. Eyffinger, *op. cit.* (примечание 46), pp. 349–351.

⁵⁰ Eyffinger, *op. cit.* (примечание 46), pp. 268, 277–278, 279.

Однако увеличение числа нейтральных эмблем грозило подорвать эффективность МГП при отказе от идеи одной простой, всемирно признанной эмблемы. Поэтому дебаты велись вокруг того, существует ли религиозный подтекст красного креста в действительности или лишь в воображении. Хотя другие не-европейские делегации, например японцы и китайцы, указывали, что их государства не придают знаку красного креста религиозного значения⁵¹, мусульманские государства (и Сиам) отказались принять крест в качестве единственной эмблемы⁵². Учитывая их упорное сопротивление, был найден нелегкий компромисс. В 1899 г. красный крест остался единственной официально признанной эмблемой, хотя некоторые делегации более или менее открыто признавали эмблемы красного полумесяца и красного льва и солнца. Женевская конференция 1906 г. по пересмотру специально вновь сформулировала общую норму единства отличительного знака, разрешив Османской империи и Персии сформулировать оговорки⁵³.

Семиотическое превосходство креста одновременно было укреплено официальным признанием его не религиозным символом, а обратным изображением швейцарского флага, который давно ассоциировался с нейтральностью⁵⁴. На самом деле, далеко не ясно, задумывался ли красный крест как обратное изображение швейцарского геральдического знака, как предположила Конференция 1906 г. Переговоры на Конференции 1864 г., которые привели к принятию эмблемы, не тщательно протоколировались, но то, что мы о них знаем, предполагает, что путь к эмблеме почти

51 Boissier, *op. cit.* (примечание 14), p. 499.

52 См. Hull, *op. cit.* (примечание 46), pp. 114–115, 118.

53 См. Франсуа Бюньон «Эмблемы красного креста и красного полумесяца» в сборнике «Правовая защита эмблем красного креста или красного полумесяца», МККК, 1993, с. 7.; Hull, *op. cit.* (примечание 46), p. 118; см. также *Actes de la Conférence de Révision réunie à Genève du 11*

juin au 6 juillet 1906, Imprimerie Henry Jarrys, Geneva, 1906, pp. 17, 63, 160–164, 175, 199, 214, 260 and 286.

54 См. Конвенцию об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женева, 6 июля 1906, ст. 18: «Из уважения к Швейцарии геральдический знак красного креста на белом поле, образуемый путем обратного расположения федеральных цветов, сохраняется как эмблема и отличительный знак санитарной службы армий».

наверняка вел *не* от швейцарского флага⁵⁵. Однако есть вопрос важнее, чем то, задумывалась ли эмблема *изначально* как христианский знак. Это вопрос о том, насколько быстро и убедительно ее светское толкование было принято в качестве официальной теории, как уверяла Конференция 1906 г.⁵⁶

Споры об эмблеме также показали, что основополагающее разделение внутри мусульманского сообщества носило не столько религиозный, сколько культурный характер. Две эмблемы, а не одна, были неявным образом приняты в качестве эмблем исламских держав, участвовавших в Конференциях, — Турции и Персии. Их эмблемы — красный полумесяц и красный лев и солнце — представляли не просто различные течения в исламе, но более глубокие традиции, предшествовавшие исламу. Это подтверждается тем фактом, что Турция сохранила эмблему красного креста после светских реформ Ататюрка в 1920-х гг.

Различие в эмблемах указывало на глубокие разногласия внутри уммы. Эти разногласия начали множиться, когда разрывающие силы современности и национализма овладели исламским миром. В 1899 г. Болгария, княжество в составе Османской империи, еще находившееся под властью турок, была представлена отдельной под-делегацией, подчиненной Османской делегации. В 1907 г. места и подписи ее делегации считались независимо от ее сюзерена⁵⁷. Единству уммы как участника международного гуманитарного права бросили вызов и создание новых государств-наций на Мирных конференциях, прошедших после Первой мировой войны⁵⁸, и отмена Халифата, хотя такое разрастание исламских государств-наций при-

55 См. Boisser, *op. cit.* (примечание 14), pp. 105–107, 499.

56 Буасье предполагает, что делегаты Конференции 1899 г. сами верили в принятую ими версию событий, несмотря на ее ошибочность. Он отмечает, что это была та версия событий, которую «сам Муанье любопытным образом утвердил в нескольких работах». Учитывая другие меры, которые Муанье предпринимал для того, чтобы

сделать движение Красного Креста более светским, неудивительно, что он признал такую светскую версию событий: там же, р. 499.

57 См. Hull, *op. cit.* (примечание 46), p. 11, 13; Eyffinger, *op. cit.* (примечание 46), pp. 96–99.

58 См. D. Lloyd George, *The Truth About the Peace Treaties*, Victor Gollancz, London, 1938, особенно Chapters XXII–XXVI.

вело к увеличению реального количества мусульманских делегаций на международных конференциях.

Это быстро привело к важным последствиям — к официальному, а не подразумеваемому признанию использования эмблем красного полумесяца и красного льва и солнца государствами, которые уже использовали их (Турция и Египет; Персия) — в ст. 19 Женевской конвенции от 27 июля 1929 г.⁵⁹ На первый взгляд, увеличение числа исламских государств усилило влияние мусульман на формирование международного гуманитарного права и укрепило их защиту в системе МГП.

Однако в действительности все обстояло совершенно иначе. Европейские державы неохотно признали формально равное участие мусульманских государств в системе публичного международного права только «в момент упадка державы, которая придавала ему значение, т.е. Османской империи»⁶⁰. «Интеграция» мусульманских государств в современное сообщество наций на самом деле заключалась в некоей форме «покорения», европеизации своего рода, основанной на воссоздании мусульманской уммы в отдельных государствах-нациях⁶¹. Участие мусульман в системе государств-наций и в конференциях, разрабатывавших МГП, началось, согласно такому толкованию, не с позиций равенства.

59 Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женева, 27 июля 1929 г., ст. 19:

«Из уважения к Швейцарии геральдический знак красного креста на белом поле, образуемый путем обратного расположения федеральных цветов, сохраняется как эмблема и отличительный знак санитарной службы армий. Однако в отношении стран, употребляющих уже вместо красного креста красный полумесяц или красные лев и солнце на белом поле в качестве отличительного знака, эти эмблемы равным образом допускаются в смысле настоящей Конвенции».

См. *Actes de la Conférence diplomatique convoquée par le Conseil fédéral suisse pour la Révision de la Convention du 6 juillet 1906*

pour l'Amélioration du Sort des Blessés et Malades dans les Armées en Campagne, et pour l'Elaboration d'une Convention relative au Traitement des Prisonniers de Guerre, réunie à Genève du 1^{er} au 27 juillet 1929, Imprimerie du Journal de Genève, Geneva, 1930, pp. 19, 247–254, 570, 615 and 666.

60 John Strawson, «Encountering Islamic law», at <http://www.iiu.edu.my/deed/law-base/jsrps.html>.

61 Majid Khadduri, «Islam and the modern law of nations», *American Journal of International Law*, Vol. 50, 1956, pp. 353–372, p. 358; Стросон (Strawson, *op. cit.* (примечание 60) отмечает, что в 1906 г. Персия приняла конституцию на основе бельгийской модели, а в 1923 г. за ней последовал Египет.

Мохаммед Беджауи предположил, что система государств-наций вывела право ислама из области публичного права на конституционном, административном и международном уровнях и породила мусульманское право, характеризующееся *лишь* как частное право⁶². Во многих отношениях это кажется верным, по крайней мере, что касается гуманитарного права. Участие мусульманских делегаций в проходивших в период между войнами конференциях по МГП было основано не на исламе, а на публичном международном праве, и немногие мусульманские ученые того времени обращались к связи между классической доктриной ислама и гуманитарным правом. Как подчеркивает Джон Келси, начиная с того периода участие мусульманских ученых в разработке МГП происходило *изнутри* этого права, и до недавнего времени не было попыток разработать отдельный мусульманский подход к ограничению ведения вооруженных военных действий⁶³.

Однако в период между войнами существовала тенденция, направленная на поиск способа сохранить отчетливо мусульманский характер этого участия в публичном международном праве. Как мусульманские государства-нации могли после разделения уммы поддержать и представить свою коллективную индивидуальность в публичном международном праве? Ответ, данный рядом мусульманских ученых, был основан на ст. 9 и 38 Статута Постоянной Палаты Международного Правосудия. Статья 9 гласит: «При избрании избиратели должны иметь в виду, что не только каждый избранный в отдельности должен удовлетворять всем предъявляемым требованиям, но и весь состав судей в целом должен обеспечить представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира»⁶⁴.

Статья 38(3) предусматривала, что Палата должна применять, среди прочего, «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями». Эти мусульманские ученые доказывали,

⁶² Bedjouï, *op. cit.*, (примечание 2), pp. 295–296.

⁶³ См. John Kelsay, «Islam and the distinction between combatants and noncombatants», in Johnson and Kelsay, *op. cit.* (примечание 2), p. 197, pp. 207–208.

⁶⁴ Статут Постоянной Палаты Международного Правосудия, принятый в соответствии со ст. 14 Устава Лиги наций.

что ислам как раз является одной из «главнейших форм цивилизации», упомянутых в Статуте, а исламское право — одной из «основных правовых систем мира», и, соответственно, Палата обязана признать исламское право в качестве *источника* международного права⁶⁵. Дело не ограничилось ученой дискуссией, предложение было официально передано Лиге Наций, а затем — Конференции государств, создававших Организацию Объединенных Наций⁶⁶.

Такой подход был связан с определением международного права как универсальной системы, включающей различные культуры, и тем самым создавал преимущества для ислама, ставя его наравне с европейской культурой и подчеркивая наднациональный характер ислама в системе публичного международного права. В нем также нашли отражение две существенные уступки: очевидный отказ от каких-либо возражений против того, что система международного публичного права имеет юридическую силу в мусульманских государствах благодаря ее культурному, историческому и религиозному своеобразию (этот довод должен был вновь приводиться в связи с правами человека), а также признание нормативного превосходства светского права над исламским правом, по крайней мере, в отношениях между государствами.

В более узкой области МГП этот *цивилизованный* подход привел к двум результатам: во-первых, к активному и регулярному участию мусульманских государств в базирующейся на государствах системе МГП, обозначающему принятие мусульманами международного гуманитарного права как средства конструктивного взаимодействия с немусульманскими странами в международном сообществе; и во-вторых, к официальному признанию красного полумесяца и красного льва и солнца, к защите культурных

⁶⁵ См. Proceedings of international conferences on comparative law of 1932, 1937, in *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, 1937, pp. 346–347.

⁶⁶ См. Меморандумы, представленные Лиге Наций в сентябре 1939 г., и Конференции ООН в Сан-Франциско 17 апреля

1945 г.; см. также Mahmassani, *op. cit.* (примечание 2), p. 222. Ст. 9 и 38(1)(с) Статута Международного Суда, являющиеся частью Устава ООН, почти дословно повторяют ст. 9 и 38(3) Статута Постоянной Палаты Международного Правосудия.

символов в рамках этой более широкой модели МГП. Тем не менее, преобладающий характер столкновений между МГП и исламом в период с 1899 по 1945 гг. объяснялся все возрастающим значением национализма в подходе, принятом мусульманскими странами.

1945–1977 гг.: ислам, национализм и международное гуманитарное право

В период между 1945 и 1977 гг. представители мусульманских стран играли важную роль в придании нового характера международному гуманитарному праву с тем, чтобы оно смогло удовлетворять потребностям, возникавшим в конфликтах постколониального времени. Их участие характеризовалось, однако, не транснациональным исламизмом, а национализмом.

Разногласия⁶⁷, которые привели в 1973 г. к созыву дипломатической конференции⁶⁸ для внесения поправок к Женевским конвенциям 1949 г.⁶⁹, были связаны в том числе со значительными конфликтами, в которых участвовали исламские националистичес-

67 См. Elihu Lauterpacht, «The legal irrelevance of the 'state of war'», *ASIL Proceedings* 1968, pp. 58-68; Julius Stone, *Of Law and Nations*, 1974, p. 427 ff. В эти обсуждения особый вклад внес египетский специалист по вопросам права Джордж Аби-Сааб, как своими работами (см., в частности, G. Abi-Saab, «Wars of national liberation and the laws of war», *Annales d'Études Internationales*, Vol. 3, 1972, p. 93), так выступлениями в качестве делегата от Египта на Конференции 1974-1977 гг., принявшей два Дополнительных протокола: см. Jean J.A. Salmon, «Les guerres de libération nationale» in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Naples, 1979, p. 55. См. также Доклады Генерального секретаря ООН, озаглавленные «Respect for Human Rights in Armed Conflict» («Соблюдение прав человека во время вооружен-

ных конфликтов»), например, UN A/7720, 20 November 1969.

68 См. Res. XXIII of 12 May 1968, *Final Act of the International Conference on Human Rights*, Tehran, 22 April – 13 May 1968 (A/Conf. 32/41); UNGA Res. 2444 (XXIII), 13 January 1969.

69 Конвенция (I) об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женева, 12 августа 1949 г.; Конвенция (II) об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, Женева, 12 августа 1949 г.; Конвенция (III) об обращении с военнопленными, Женева, 12 августа 1949 г.; Конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны, Женева, 12 августа 1949 г.; *Official Commentary on the 1949 Geneva Conventions*, Jean Pictet (ed.), ICRC, Geneva, 1965.

кие движения. Это были арабо-израильский конфликт, развившийся в 1948 г., который прямо поставил вопрос о пороге применения гуманитарного права и о месте в этом праве национально-освободительных движений⁷⁰; Суэцкий кризис 1956 г.; индо-пакистанский конфликт в сентябре 1965 г.⁷¹; и особенно освободительная война в Алжире в конце 1950-х — начале 1960-х гг., во время которой непризнание Францией за Алжиром статуса воюющей стороны помешало мусульманским повстанцам воспользоваться многочисленными защитными положениями МГП.

На конференции, созванной в результате этих событий, участники-мусульмане — представители как государств, так и негосударственных образований (в особенности Организации освобождения Палестины (ООП) — сыграли важную роль в формулировании ст. 1 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям⁷², которая распространила предоставляемую МГП защиту на тех, кто ведет борьбу против колониального господства, иностранной оккупации и расистских режимов⁷³. Статья 1 (как и факт присутствия на конференции представителей негосударственных образований)

70 Dietrich Schindler, «State of war, belligerency, armed conflict» in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Naples, 1979, pp. 3 and 8.

71 Там же, pp. 9–10.

72 Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), Женева, 8 июня 1977 г. См. также Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), Женева, 8 июня 1977 г.

73 См. Протокол I, ст. 1(4). Проект этого текста был принят в 1974 г. 70 голосами «за» (22 из которых были поданы государствами, где мусульмане составляли большинство на-

селения) и 21 «против» (ноль мусульманских государств) при 13 воздержавшихся (1 мусульманское государство). На заключительном голосовании в 1977 г. этот же текст был принят 87 голосами «за» (24) при 1 «против» (Израиль) и 11 воздержавшихся (0): см. Salmon, *op. cit.* (примечание 67), pp. 65–66. ООП получила разрешение пригласить свою делегацию на конференцию (как и другие признанные национально-освободительные движения), и многие западные государства полагали, что это было намеренным следствием такого расширения международного гуманитарного права: см. George H. Aldrich, «Prospects for United States ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions», *American Journal of International Law*, Vol. 85, No. 1, 1991, p. 6. О вкладе египетского делегата Джорджа Аби-Сааба см. выше (примечание 67).

представляла собой значительное изменение в гуманитарном праве, выход за рамки статической модели, на которой оно долгое время основывалось. Это радикальное изменение было непосредственным результатом давления со стороны мусульманских участников. Однако необходимо помнить, что последние опирались главным образом не на ислам, а на национализм⁷⁴.

Признание роли негосударственных образований в международном гуманитарном праве отражен в другом изменении — в узаконивании различных методов ведения войны, к которым были вынуждены прибегать такие образования. В то время как современные государства-нации могли вести традиционную войну с помощью постоянных армий, негосударственным образованиям, не имеющим подобных централизованных военно-бюрократических структур, зачастую приходилось прибегать к партизанской войне, не разрешенной Женевскими конвенциями 1949 г. В результате те формы насилия, которые они использовали, по большей части выходили за рамки МГП. Мусульманские участники конференции сыграли важную роль во включении этих действий в сферу применения МГП, в частности в переформулировании понятия «комбатант»⁷⁵. Воздействие мусульманских делегатов было особенно заметно при решении проблемы законности использования маскировки и условий, касающихся открытого ношения оружия, т.е. в тех вопросах, с которыми мусульманские национально-освободительные движения (такие как ООП и алжирские группировки) уже сталкивались во время своих операций⁷⁶.

⁷⁴ См., например, Article 22 of the Palestine National Covenant, 1968, in Yehuda Lukacs (ed.), *Documents on the Israeli-Palestinian Conflict, 1967–1983*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, p. 142.

⁷⁵ См. Протокол I, ст. 42–45.

⁷⁶ См. Salmon, *op. cit.* (примечание 67), pp. 103–104, 108–109. В какой-то момент арабские страны внесли предложение об

абсолютном запрещении нападений на объекты, предназначенные для использования в гражданских целях, такие как дома, жилища и транспортные средства, вне зависимости от того, используются ли они в военных целях: см. Charles Lysaght, «The attitude of western countries», in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Naples, 1979, p. 349, p. 364.

Арабо-израильский конфликт оказал влияние на все выступления мусульманских участников на Конференции 1974–1977 гг. и на ответы им других участников. Одним из примеров является вопрос о комиссии по расследованию. К концу Конференции страны третьего мира предложили сделать обязательным институт международной комиссии по расследованию, которая должна была учреждаться в соответствии с проектом статьи 90 Протокола I, – по крайней мере, в отношении нарушений гуманитарного права на оккупированных территориях. Вопрос, который мог бы быть относительно «нейтральным», таким образом, становился чреватый важными политическими последствиями, поскольку подобная обязательная комиссия по расследованию могла быть немедленно использована в арабо-израильском конфликте. Предложение встретило резкий отпор как со стороны советского блока (который к тому времени начал подозрительно относиться к международному арбитражу как таковому), так и со стороны западных стран, усмотревших в нем антиизраильскую уловку⁷⁷. В этом случае, возможно, мусульманский национализм непреднамеренно стал помехой в развитии гуманитарного права, но в то же время он внес и огромный вклад в эту работу, о чем говорилось выше.

К 1977 г. мусульманские страны, очевидно, были готовы работать в рамках МГП. Они не только использовали систему государств-наций, на которой оно было основано, для развития права в своих собственных целях, но и сознательно применяли светские, гуманистические аргументы для оправдания своих действий перед международным сообществом. Об этом явно свидетельствует речь, произнесенная Ясиром Арафатом в 1974 г. на Генеральной Ассамблее ООН, в которой он пытался представить национально-освободительное движение Палестины как националистическое движение, оправдываемое гуманистическими принципами, а не религиозными убеждениями:

⁷⁷ См. Luigi Condorelli, «Les pays afro-asiatiques», in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*,

Editoriale Scientifica, Naples, 1979, p. 386, pp. 394–395.

«С самого начала причинами нашей революции не были расизм или религиозный фанатизм. Она была направлена не против евреев, но против расистского сионизма и агрессии. В этом смысле наша революция представляет собой положительное явление и для евреев. Мы боремся за то, чтобы евреи, христиане и мусульмане могли жить рядом друг с другом, имея равные права и обязанности и будучи свободными от расовой или религиозной дискриминации».⁷⁸

Слова Арафата отражали тенденцию предыдущих 75 лет: подавление разделившейся мусульманской индивидуальности в международном гуманитарном праве и в более общем смысле — в международном публичном праве, выразившееся в попытке мусульманских государств использовать эти системы в своих собственных целях или, может быть, обеспечить менее контролируемый процесс культурного подчинения. Однако в стратегические моменты Конференции 1974–1977 гг. стали проявляться признаки существенного изменения в отношении отдельных мусульманских государств к публичному международному праву в целом и особенно к МГП; некоторые из них, в частности, начали представлять мусульманский правопорядок в качестве альтернативы международному гуманитарному праву, а не его составной части. В отчетах об обсуждениях Дополнительного протокола II⁷⁹, регулирующего внутренние конфликты, содержится несколько существенных признаков появления такого скептицизма по отношению к МГП⁸⁰. Это были первые знаки революционного движения мусульманских государств от гуманистических принципов правового порядка МГП к теократической нормативности ислама. Это движение укрепилось в последующие годы и, как мы видим, сейчас бросает серьезный вызов светскому универсализму гуманитарного права.

⁷⁸ Lukacs, *op. cit.* (примечание 74), p. 174.

⁷⁹ См. выше (примечание 72).

⁸⁰ См. Howard S. Levie (ed.), *The Law of Non-International Armed Conflict: Protocol II to the 1949 Geneva Conventions*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, p. 5 (Египет о совместимости проекта Протокола II с исла-

мом), p. 65 (Саудовская Аравия о совместимости ст. 1 с догматом исламского права о всеобъемлющем уважении и защите, которые полагаются любому человеку вне зависимости от цвета кожи или расы) и p. 301 (Саудовская Аравия об уголовных нормах).

1977–1998. Гуманистический универсализм и религиозный универсализм: конкуренты или партнеры?

Исламская революция в Иране ознаменовала возрождение теократической исламской идеологии и политики, что в значительной степени изменило отношение мусульманских государств к системе публичного международного права, включающей в себя МГП. Ислам и гуманитарное право все чаще трактуются как конкурирующие нормативные системы. В данном разделе я рассмотрю два конкретных эпизода, чтобы продемонстрировать это соперничество: ирано-иракскую войну 1980–1988 гг. и разногласия по гендерному вопросу во время обсуждения Римского статута Международного уголовного суда.

После Исламской революции Исламская Республика Иран, казалось, отказалась от национализма в пользу радикального и универсалистского ислама. Этот переход от националистической обособленности к мусульманскому единству в рамках международного гуманитарного права был отражен в ноте от 4 сентября 1980 г., в которой Иран объявлял, что принимает эмблему красного полумесяца в качестве отличительного знака медицинской службы своих вооруженных сил вместо красного льва и солнца⁸¹.

Конфликт, разразившийся между Ираном и Ираком в 1980 г., поднял вопрос о том, как исламское единство повлияет на поведение каждой из сторон во время военных действий. Как показывают многочисленные официальные документы, внешне, по крайней мере, оба государства, казалось, были готовы соблюдать международное гуманитарное право⁸². Однако в действительности дело обстояло совершенно по-другому: обе стороны явно неодно-

⁸¹ «Adoption of the red crescent by the Islamic Republic of Iran», *International Review of the Red Cross*, No. 219, November – December 1980, pp. 316–317.

⁸² См., например, *Letter dated 28 June 1984 from the Deputy Permanent Repre-*

sentative of Iraq to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/16649, 28 June 1984; *Statement dated 17 July 1989 by the Foreign Ministry of the Islamic Republic of Iran*, UN Doc. S/20470, 19 July 1989, Annex.

кратно нарушали МГП⁸³. К сожалению, подобные расхождения между словом и делом не редкость в МГП и являются свидетельством приверженности какого-либо из государств нормам ислама, а не МГП.

Более показательны слова, обращенные не вовне, к международному сообществу, а к собственному населению каждой стороны. В своих выступлениях внутри государства иранское руководство упорно определяло войну как борьбу в защиту ислама от «иракского предателя ислама, богохульствующего баасиста» (Садама Хусейна)⁸⁴. Руководство Ирака, напротив, сначала объясняло, что война необходима для защиты иракского суверенитета от иранской «революции без границ», а затем — для защиты территориальной целостности Ирака от агрессии со стороны Ирана⁸⁵. Иран склонялся к нормам ислама, Ирак — к публичному международному праву.

Однако разница в подходах существовала не только на словах, она повлияла и на поведение каждой стороны во время военных действий. Верховное командование Ирака оправдывало перед собственным народом намеренные нападения на иранских гражданских лиц военной необходимостью, доказывая, что гуманитарные ограничения неприменимы в «войне за выживание» и что вполне законно нападать на гражданское население Ирана, ослабевая таким образом поддержку военной политики его руководства⁸⁶. Эти доводы были быстро разбиты международным сообществом.

⁸³ См., например, Memorandum from the International Committee of the Red Cross to the States Parties to the Geneva Conventions of 12 August 1949 concerning the conflict between the Islamic Republic of Iran and Republic of Iraq, Geneva, 7 May 1983, reprinted in Marco Sassoli and Antoine A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, ICRC, Geneva, 1999, p. 978; and ICRC, Second Memorandum from the International Committee of the Red Cross to the States Parties to the Geneva Conventions of 12

August 1949 concerning the conflict between the Islamic Republic of Iran and Republic of Iraq, Geneva, 10 February 1984, reprinted in *Ibid.*, p. 982; см. также UN Doc. S/RES/540 (31 October 1983).

⁸⁴ См. Shahram Chubin and Charles Tripp, *Iran and Iraq at War*, I.B. Tauris and Company Ltd., London, 1988, p. 38.

⁸⁵ Kelsay, *op. cit.* (примечание 63), p. 213.

⁸⁶ Там же, p. 215; Chubin and Tripp, *op. cit.* (примечание 84), p. 60.

пешеством⁸⁷. Иранское руководство, наоборот, использовало понятие «народной войны», которое столь успешно ввели в 1970-х гг. ПЛО и другие исламские национально-освободительные движения, придав ему исламскую окраску⁸⁸. Иранские военные стратеги провозгласили намерение «отказаться от традиционных методов ведения войны» в пользу «исламской войны»⁸⁹. Для иранского военного планирования такой подход имел два важных следствия: во-первых, победа определялась не результатами (уничтожением неприятельской армии), а самим процессом (демонстрацией веры путем самопожертвования); во-вторых, исламская народная война разрешала лишь войну против еретического руководства Ирака, но не против его правоверных жителей, которых можно обратить против этого руководства⁹⁰.

До некоторой степени этот подход казался вполне совместимым с международным гуманитарным правом, поскольку проводил различие между гражданским населением и военными структурами Ирака. По прошествии же времени стало ясно, что между двумя подходами есть одно серьезное различие: целью военных операций Ирана являлось не ослабление военных сил неприятеля, как то предусматривает Санкт-Петербургская декларация, а личная демонстрация веры путем пролития крови — своей или неверных⁹¹. Человеческая жизнь ценилась не сама по себе, а лишь как демонстрация подчинения (islam) Аллаху. Это поощряло добровольное мученичество и одновременно позволяло распоряжаться жизнью людей, проживаемой не в духе ислама, как, по сути, ненужной. Среди военнопленных «верующим» отдавалось преимущество перед «верноподданными»⁹².

⁸⁷ См., например, п. 2 Резолюции 540 Совета Безопасности ООН, UN Doc. S/RES/543, 31 October 1983, para. 2.

⁸⁸ Kelsay, *op. cit.* (примечание 63), pp. 215–216.

⁸⁹ Там же. См. также Chubin and Tripp, *op. cit.* (примечание 84), p. 43.

⁹⁰ Там же, pp. 213–214; Chubin and Tripp, *op. cit.* (примечание 84), pp. 40–46.

⁹¹ См. Chubin and Tripp, *op. cit.* (примечание 84), p. 40.

⁹² См. *Prisoners of War in Iran and Iraq: The Report of the a Mission Dispatched by the Secretary-General*, UN Doc. S/16962, January 1985.

Когда в 1984 г. стало ясно, что иракские шииты не восстанут против своего баасистского правительства, иранские военные руководители, как теперь становится очевидно, стали нападать на гражданское население, начав с бомбардировок Басры⁹³.

Так, Исламская революция в Иране незаметно перетекла в нормы ведения войны. В действительности, Иран бросил прямой вызов мусульманским государствам, вынудив их решать, регулируется их поведение во время войны нормами МГП или исламом. Мусульманские государства не могли больше считать, что исламу отводится роль партнерской культуры в рамках нейтральной светской системы современного МГП; вместо этого две системы теперь воспринимались как непосредственные конкуренты.

С развитием МГП в течение следующего десятилетия и со все более четким определением того, какое поведение оно разрешает в периоды вооруженных конфликтов, вопрос гендерных отношений стал важным пунктом в противоборстве МГП и исламского права. Нигде это не видно столь ясно, как в обсуждениях Статута Международного уголовного суда на Дипломатической конференции 1998 г. в Риме (Римского статута)⁹⁴.

Во-первых, разногласия по гендерному вопросу начались с обсуждения положений, регулирующих гендерное равновесие в составе Суда⁹⁵. Арабские государства возражали против любой попытки ввести систему квот. Им удалось добиться компромисса, исключив из текста упоминание о гендере и обязав государства-участники при отборе судей и другого персонала учитывать необходимость обеспечения «справедливого представительства судей женского и мужского пола»⁹⁶.

⁹³ См. Kelsay, *op. cit.* (примечание 63), pp. 214–215; Chubin and Tripp, *op. cit.* (примечание 84), p. 51.

⁹⁴ Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998, UN Doc. A/CONF.183/9*. См. Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

⁹⁵ См. Cate Steains, «Gender issues» in Lee (ed.), *op. cit.* (примечание 94), p. 372.

⁹⁶ Римский статут, *op. cit.* (примечание 94), ст. 36(8)(iii) и 44(2). См. также комментарии Алжира, Египта, Иордании, Кувейта, Ливийской Арабской Джамахирии и Катара в 1996 *Report by the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Vol. II (Compilation of Proposals), UNGA Official Records, Fifty-first Session, Supplement no. 22A, A/51/22 (1996) at 12.

Во-вторых, мусульманские государства оспаривали само определение термина «гендер» и его применение к материальным нормам, определяющим преступность деяний⁹⁷. Многие из них усмотрели в положениях проекта Статута Суда первый шаг в регулировании публичным международным правом гендерных отношений на их собственной территории. Хотя эти государства могли смириться с тем, что применение и толкование права Судом должно соответствовать международно признанным правам человека, как предусматривалось в проекте, они не могли согласиться с тем, что (как предусматривалось в проекте) применение и толкование права не должно допускать никакого проведения неблагоприятного различия по гендерному признаку⁹⁸. Мусульманские государства опасались, что их согласие с таким заявлением, в лучшем случае, приведет к тому, что Суд не будет толковать международное право в соответствии с шариатом, а в худшем — даст Суду полномочия выносить решения относительно внутрисударственных обычаев, признанных совместимыми с международно признанными правами человека, но явно учитывающих «различие» по гендерному признаку. Проблема заключалась не столько в противоречии обязательств, вытекающих из исламского права и международного гуманитарного права, сколько в том, чтобы найти способ для включения различий, основанных на исламе, в МГП. Был поставлен важнейший вопрос: есть ли место для мусульманской культуры в международном гуманитарном праве?

К возражениям арабских мусульманских государств против пункта о «неблагоприятном различии» присоединились консервативные христианские государства, особо озабоченные тем, что использование этого пункта сделает противозаконными действия государств, направленные против гомосексуализма⁹⁹. Некоторые государства были готовы сохранить пункт о неблагоприятном различии при условии, что термин «гендер» будет совсем опущен

⁹⁷ См. Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Nomos*, Baden-Baden, 1999, pp. 164–165.

⁹⁸ Steains, *op. cit.* (примечание 95), p. 372.

⁹⁹ Там же.

или, заменен на слово «пол», что поможет избежать «проблемы» гомосексуализма. Это предложение было отвергнуто стараниями коалиции главным образом западных, либеральных государств с христианским большинством населения¹⁰⁰.

Поскольку «гендер» оставался в Статуте, предметом спора стало определение этого термина. Все участники сознавали, что проблема заключается в социологическом аспекте понятия, поэтому обсуждение сосредоточилось на формулировке, в которой принималась бы во внимание социологическая разница в распределении гендерных ролей. Были отклонены предложения с такими формулировками, как «мужчины и женщины в контексте общества и традиционной семейной ячейки» и «мужчины и женщины в контексте своего общества»¹⁰¹. Исключение слова «своего» из окончательного варианта определения¹⁰² весьма существенно. Римский статут представляет определение гендера в рамках международного гуманитарного права, которое связано с абстрактным, универсальным понятием общества, не сведенным до какой-либо конкретной культуры или традиции. Именно то, каким образом судьи и прокурор МУС будут воспринимать и применять это абстрактное понятие в каждом конкретном случае, во многом определит, сможет ли МГП примирить в себе различные культуры и как оно сможет это сделать.

Можно предположить, как может происходить это примирение, взяв третий пример разногласий по гендерному вопросу в обсуждении Римского статута: определение «принудительной беременности»¹⁰³. Ряд арабских мусульманских государств, к которым опять присоединились католические державы, в том числе Ватикан, сначала отказались включить принудительную беременность в Статут в качестве преступления против человечества, поскольку они опасались, что это

¹⁰⁰ Там же.

¹⁰¹ Там же, р. 374.

¹⁰² Римский статут, *op. cit.* (примечание 94), ст. 7(3): «Для целей настоящего Статута понимается, что термин «гендерный» в контексте общества относится к

обоим полам, мужскому и женскому. Термин «гендерный» не имеет какого-либо иного значения, отличного от вышеупомянутого».

¹⁰³ Triffterer, *op. cit.* (примечание 97), pp. 164–165.

наложит на них международное обязательство разрешать женщинам, забеременевшим в принудительном порядке, делать аборты¹⁰⁴. Они доказывали, что преследование за подобное деяние может осуществляться путем обвинения в изнасиловании или в незаконном задержании — двух преступлениях, уже включенных в Статут. Этим государствам возразила обширная коалиция, в которую входила, в частности, Турция¹⁰⁵. Наконец, решение было выработано путем специальной серии встреч, на которых был достигнут консенсус: это преступление будет включено в Статут вместе с отдельным разъяснением, что соответствующее положение не следует истолковывать как влияющее на национальное законодательство, касающееся аборт или беременности¹⁰⁶.

Ключевым в споре о принудительной беременности опять был вопрос о том, может ли МГП примирить противоречивые общественные взгляды, различные культуры. Его успешное разрешение показывает, что гуманитарное право может быть продуктом диалога между культурами. Гуманизм МГП может быть европейским, даже христианским явлением, однако он стал принципом, которого придерживаются сейчас все культуры¹⁰⁷. Для развития и применения МГП необходим диалог между этими культурами, направленный на поиск путей поддержки и выражения их общей человечности, учитывающих при этом применение правил и норм, существующих в различных культурных контекстах.

104 См. Steains, *op. cit.* (примечание 95), pp. 366–367.

105 Там же.

106 Там же, p. 367. Теперь ст. 7(2)(f) предусматривает следующее: «Принудительная беременность» означает незаконное лишение свободы какой-либо женщины, которая стала беременной в принудительном порядке, с целью изменения этнического состава какого-либо населения или совершения иных серьезных нарушений международного права. Это определение ни в коем случае не истолковывается как затрагивающее национальное законодательство, касающееся беременности».

107 В связи с этим примечательно то, что Саудовская Аравия ратифицировала 28 ноября 2001 г. Второй дополнительный протокол. Возможно, это существенный признак того, что, по крайней мере, одно мусульманское государство верит, что международное гуманитарное право и исламское право могут спокойно сосуществовать, даже в ситуациях немеждународных вооруженных конфликтов. Это может быть важным признаком готовности мусульманских государств вступить в тот диалог культур, который, как будет показано ниже, станет условием к будущему развитию МГП.

Противостояние и диалог

В 1856 г., в начале рассматриваемого в этой статье периода взаимодействия ислама и международного гуманитарного права, между исламской доктриной и МГП существовали значительные расхождения. Сегодня этих расхождений стало существенно меньше благодаря взаимодействию между европейской и мусульманской культурами и изменению гуманитарного права, к которому привело это взаимодействие. Другие авторы показали уже значительную совместимость предусматриваемых исламом и МГП норм поведения во время вооруженных конфликтов¹⁰⁸. Это касается таких разнообразных вопросов, как: предмет этих норм¹⁰⁹, преступления¹¹⁰, ограничение поведения воюющих сторон¹¹¹, защита гражданских лиц¹¹² (в том числе, ограничения нападений на женщин, детей и пожилых людей)¹¹³, военнопленных¹¹⁴, ограничения при обращении с оккупированной территорией и собственностью¹¹⁵, шпионы¹¹⁶, вероломство¹¹⁷,

108 См. в общем Ereksoussi, *op. cit.* (примечание 2); Busuttli, *op. cit.* (примечание 2); Algase, *op. cit.* (примечание 2).

109 Malekian, *op. cit.* (примечание 2), pp. 36–38.

110 Там же, pp. 38–41 (виновность), 45–63 (агрессия), 63–73 (военные преступления), 74–75 (виды оружия, использование которых ограничено), 76–78 (преступления против человечности), 79–89 (рабство), 90–93 (геноцид), 94–97 (апартеид), 98–106 (пытки), 107–112 (лица, пользующиеся международной защитой), 113–115 (заложники), 116–120 (преступления, связанные с наркотиками) и 132–134 (пиратство).

111 Taube, *op. cit.* (примечание 8), pp. 390–394; Rehid, *op. cit.* (примечание 11), pp. 385–386; El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), pp. 115–124; Malekian, *op. cit.* (примечание 2), pp. 135–147.

112 Malekian, *op. cit.* (примечание 2), pp. 154–159; см. также Ameer Zemmali, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humani-*

taire, Éditions A. Pedone, Paris, 1997; Taube, *op. cit.* (примечание 8), p. 391, citing Abu Bakr (634 CE), p. 392 citing Marghinani; ben Achour, *op. cit.* (примечание 2), pp. 61–63; El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), p. 119; Zemmali, *op. cit.* (примечание 2), p. 132; Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2), p. 292.

113 См. в общем ben Achour, *op. cit.* (примечание 2), p. 65; El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), pp. 121–124; Zemmali, *op. cit.* (примечание 2), pp. 131–132; Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2), p. 290; Malekian, *op. cit.* (примечание 2), pp. 149–153.

114 Taube, *op. cit.* (примечание 8), p. 391, citing Abu Bakr (680 CE).

115 Taube, *op. cit.* (примечание 8), p. 391, citing Abu Bakr; p. 392, citing Marghinani's Hidayah (1196 CE); Zemmali, *op. cit.* (примечание 2), p. 133.

116 Zemmali, *op. cit.* (примечание 2), p. 131.

117 Taube, *op. cit.* (примечание 8), p. 392, citing Marghinani; El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), pp. 116–118.

военные хитрости¹¹⁸, незаконные средства ведения войны¹¹⁹ и уголовная ответственность¹²⁰.

Споры относительно эмблемы напоминают нам, однако, что под этой внешней совместимостью скрываются ставящие ее под вопрос разногласия. Суть этих разногласий состоит в простом вопросе: как могут совмещаться религиозные нормы, власть которых исходит из сверхъестественного источника (Аллаха)¹²¹, и гуманистические нормы, порожденные человеком? Кому мусульманские солдаты и дипломаты должны повиноваться прежде: Аллаху или человечеству? Если нормы ислама и международного гуманитарного права противоречат друг другу, какие из них стоят выше в нормативной иерархии?

Можно попытаться обойти эту проблему, предположив, что исламское право является «местным обычаем», существующим в рамках публичного международного права, обязательным для соблюдения в отношениях между мусульманскими государствами в более широкой всемирной системе¹²². Однако такой подход создал бы серьезнейшие проблемы, особенно во время конфликтов, в которых участвуют стороны со смешанным мусульманским и немусульманским населением. Должны ли солдаты-мусульмане соблюдать право ислама в отношении гражданских лиц-мусульман и отличные от него нормы международного гуманитарного права — в отношении других гражданских лиц? Здесь возникает опасность

118 El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), pp. 118–119.

119 Taube, *op. cit.* (примечание 8), pp. 392–393, citing Mahmoud et Mahboud's *Vikayah* (1280 CE); Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2), p. 291.

120 Malekian, *op. cit.* (примечание 2), pp. 172–178.

121 Cp. Rechid, *op. cit.* (примечание 11), p. 392.

122 См. M.H. Mendelson, «The formation of customary international law», *Recueil des Cours*, Vol. 272, 1998, p. 155, pp. 215–217; G. Gohen-Jonathan, «La coutume locale»,

Annuaire français de droit international, Vol. 7, 1961, p. 119. Местные обычаи могут быть двусторонними (например, *Rights of Passage over Indian Territory* (India v. Portugal), (1960) ICJ Reports 6 at 39), региональными (как рассматриваемый в Деле об убежище (*Asylum case* (Peru v. Colombia), (1950) ICJ Reports 266) или общими для «конкретной идеологической группы или группы, проводящей одинаковую политику в конкретном вопросе, вне зависимости от ее местоположения»: Mendelson, *op. cit.*, p. 216.

возрождения средневековой христианской доктрины справедливой войны и потери универсального характера МГП. Кроме того, учитывая, до какой степени мусульманские государства приняли систему МГП, попросту невозможно доказать, что исламский местный обычай продолжает существовать в рамках МГП, учитывая степень принятия мусульманскими государствами рамок МГП¹²³. Любый исламский местный обычай, когда-то существовавший, вполне может устареть.

По моему мнению, лучшее решение – рассматривать международное гуманитарное право как *диалог культур*. Ислам – лишь одна из цивилизаций (в смысле ст. 9 статута Международного Суда и Постоянной Палаты Международного Правосудия), участвующих в этом диалоге, лишь один из источников судебной практики, к которым можно прибегнуть, чтобы определить «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»¹²⁴.

Это не означает, что международное гуманитарное право является статическим, наднациональным кодексом, относительно которого различные цивилизации достигли договоренности¹²⁵. Вместо этого следует рассматривать его как *процесс* диалога между культурами, *процесс* намеренного ненасильственного согласования, переговоров между конкурирующими источниками норм, регулирующих вооруженные конфликты¹²⁶. Договоры и другие документы по МГП являются, конечно, записью обязательств, принятых в ходе этого диалога его участниками. Диалог построен на равноправном участии – или, как мы знаем, на суверенитете, – поэтому участники *сами налагают* на себя эти обязательства. Международное гуманитарное право становится согласованным процессом объединения суверенитетов в целях ограничения отрицательных последствий вооруженных кон-

¹²³ Ср. Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2), p. 295.

¹²⁴ См. Статут Международного Суда, ст. 38(1)(c).

¹²⁵ Ср. Bartram S. Brown, «Nationality and internationality in international humanitarian law», *Stanford Journal of*

International Law, Vol. 34, No. 2, 1998, pp. 347–406.

¹²⁶ Ср. International Law Association, *Report of the Sixty-Fifth Conference (1992)*, El-Fania, Cairo, 1993, p. 4; см. также Strawson, *op. cit.* (примечание 60).

фликтов. Гуманизм этого процесса заключается именно в стремлении создать ограничения для насильственного конфликта; однако каждый участник процесса сохраняет свободу в выборе источника нормативной силы обязательств, выработанных в ходе этого процесса. Каждое государство может определять основной источник обязательности норм МГП по-своему *при условии, что эта обязательность признается*. Таким образом, для одного государства стимул для участия в процессе гуманитарного права может быть трансцендентным, а для других — имманентным. Каким бы ни был источник обязательности, она передается путем суверенного согласия, на котором основано участие в процессе всех государств, правовым нормам и решениям, рождающимся в этом процессе¹²⁷. В этом смысле процессы и нормы МГП отражают разнообразные ценности и разнообразные источники обязательности: они многовалентны¹²⁸.

Разногласия в вопросах о Римском статуте и эмблеме являются прекрасными примерами того, что отношение к международному гуманитарному праву как к процессу диалога между цивилизациями позволяет избежать как проблемы нормативной иерархии, так и проблемы ориентализма. Оба вопроса связаны с поиском компромиссных решений путем диалога, в котором признаются различия. Каждое из решений позволило сохранить мусульманские особенности, не рискуя лишиться участия мусульманских государств в процессе МГП. Оба решения были достигнуты посредством диалога между цивилизациями, *«способом генерирования единства из признанного разнообразия»*¹²⁹.

Этот способ, возможно, совместим с исламской доктриной, в частности, с ихтилафом и хадифом, где указано, что «различие мнений... есть знак щедрости Бога»¹³⁰. Таким образом, «исламское

¹²⁷ Ср. Mahmassani, *op. cit.* (примечание 2), p. 233.

¹²⁸ О многовалентности в согласовании правовых традиций см. Glenn, *op. cit.* (примечание 4), pp. 324–327.

¹²⁹ Guy de Lacharrière, «Le point de vue juriste: la production et l'application du droit international dans une monde multiculturel»,

in R.J. Dupuy (ed.), *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Colloque, La Haye, 17–19 Novembre 1983, Martinus Nijhoff, The Hague, 1984, p. 67.

¹³⁰ Glenn, *op. cit.* (примечание 4), p. 325; см. также Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2), p. 284.

право может и должно стать важнейшим и действенным фактором, гарантирующим универсальный характер международного гуманитарного права»¹³¹.

Благодаря своей многовалентности этот универсализм не нуждается в усреднении или в преобладании. Международное гуманитарное право должно быть в состоянии примирять различия. Фактически достоинство этой отрасли права состоит именно в том, что оно защищает различия, одновременно защищая нашу общую человечность¹³². Оно представляет собой ненасильственную систему урегулирования различий¹³³, средство превратить «столкновение» цивилизаций в диалог между ними.

131 El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), p. 125.

132 Ср. S. Sucharitkul, «L'Humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain», in Dupuy (ed.), *op. cit.* (примечание 17), p. 415; R.J. Dupuy, «Conclusions

du colloque», in Dupuy (ed.), *op. cit.* (примечание 128), p. 447, pp. 456–467.

133 См. Glenn, *op. cit.* (примечание 4), p. 338.

131 El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), p. 125.

Отношение МККК ко взятию заложников

Руководящие принципы

Сфера применения и определение, принятое МККК для внутреннего пользования

1. Настоящие руководящие принципы определяют отношение МККК к случаям взятия заложников в странах, где он осуществляет свою практическую деятельность, причем независимо от того, регулируются данные ситуации международным гуманитарным правом или нет. Данные руководящие принципы применяются также, когда взятие заложников происходит в третьей стране, но каким-либо образом связано с ситуацией насилия в стране, где МККК осуществляет свою деятельность.

2. По смыслу настоящих руководящих принципов взятие заложников имеет место при наличии комбинации следующих элементов:

- захват и удерживание лица без законных на то оснований;
- принуждение (явное или неявное) третьей стороны к тому, чтобы она что-либо сделала или не сделала, — в качестве условия освобождения заложника, сохранения его жизни и физической целостности.

3. В данном документе не рассматривается вопрос о похищении сотрудников МККК.

Позиция МККК в отношении взятия заложников

1. Взятие заложников запрещено международным гуманитарным правом (ст. 34 Женевской конвенции IV; ст. 3, общая для всех четырех Женевских конвенций; ст. 75.2 с Дополнительного протокола I и ст. 4.2 с Дополнительного протокола II).

2. МККК осуждает действия, совершаемые в нарушение международного гуманитарного права, в особенности направленные против жизни и физической целостности людей либо представляющие для них угрозу, такие как взятие заложников. Как и в лю-

бой другой области, МККК руководствуется интересами жертв и стремлением облегчить их страдания. В случае взятия заложников действия, которые может предпринять МККК, никоим образом не означают признания такой практики и никак не смягчают тяжесть этого нарушения.

3. Если МККК приходится играть определенную роль в подобных ситуациях, он напоминает сторонам о том, что взятие заложников запрещено либо международным гуманитарным правом, либо принципами права и гуманности, и требует освобождения заложников или, по обстановке, первоочередного освобождения уязвимых лиц, таких как раненные, больные и дети.

Условия, при которых МККК может участвовать в разрешении ситуации

1. МККК может предпринять определенные действия либо по просьбе одной из сторон (и с четко выраженного согласия другой стороны), либо в результате принятия всеми сторонами сделанного им предложения добрых услуг.

2. В ситуациях, на которые не распространяется действие международного гуманитарного права, МККК предлагает свои услуги сторонам, только если он один способен это сделать или считает, что располагает наилучшими возможностями для этого.

3. В определенных обстоятельствах МККК подключается к решению проблемы только тогда, когда он обладает достаточным знанием сторон и пользуется их признанием в такой степени, которая позволяет ему рассчитывать на выполнение принимаемых ими на себя обязательств в отношении МККК, особенно в плане безопасности делегатов, и когда он в состоянии удовлетворить нужды заложников.

Возможная роль МККК в случае взятия заложников

1. В случае взятия заложников МККК может предпринять следующие действия:

- оказать заложникам медицинскую, психологическую и материальную помощь, играя роль нейтрального посредника;

- предложить сторонам свои добрые услуги.

2. Во всех случаях МККК:

- сообщает сторонам, что на основе консультаций с ними роль МККК будет периодически пересматриваться. МККК оставляет за собой право прекратить свое участие, уведомив обе стороны о своем решении, но не раскрывая мотивов последнего;
- извещает компетентные инстанции о невозможности гарантировать, что предоставляемая им материальная помощь не послужит каналом для доставки технических средств наблюдения и связи, спрятанных без его ведома среди передаваемых предметов;
- должен считаться с тем, что власти всегда имеют право добиваться соблюдения или восстановления порядка, используя при этом средства, которые они считают адекватными, но при условии соблюдения соответствующих положений гуманитарного права и права прав человека. Чтобы обеспечить безопасность своих делегатов и максимально увеличить шансы на успех своего вмешательства, МККК прилагает усилия к тому, чтобы стороны, в особенности власти, приняли на себя ряд обязательств, призванных облегчить его работу:

– сторонам следует взять на себя обязательство не принимать каких бы то ни было мер, которые могут повредить делегатам; воздерживаться от использования деятельности МККК в целях обмана одной или нескольких сторон и не применять силу во время осуществления МККК своей деятельности в интересах заложников, в частности, когда его представители направляются к месту их нахождения или возвращаются оттуда;

– стороны должны облегчать работу делегатов по оказанию помощи жертвам, в частности, гарантируя им возможность связи между собой, с другими делегатами, с представительством или штаб-квартирой МККК;

– если одна из сторон выразит свое несогласие с дальнейшим участием МККК в разрешении ситуации, она должна предоставить ему возможность информировать об этом другую заинтересованную сторону.

- Предоставляя свои добрые услуги, МККК:

— не участвует в переговорах между сторонами, но может содействовать установлению контактов между ними или выполнять посреднические функции;

— вся ответственность за передаваемые предложения и принимаемые решения лежит на сторонах, и делегаты не гарантируют исполнения решений и условий, принятых или поставленных сторонами. Стороны должны быть проинформированы об этих условиях;

— получив от штаб-квартиры положительное предварительное заключение и тщательно проанализировав обстановку, делегаты могут принять участие в осуществлении некоторых пунктов соглашения между сторонами, таких, например, как репатриация заложников.

Взятие заложников, ответственность за которое несут политические власти

1. В ситуациях, регулируемых международным гуманитарным правом, и в случаях, когда заложники удерживаются властями, например, в официальных пенитенциарных учреждениях, МККК направляет запрос о возможности посещения этих лиц в обычном порядке, предусмотренном для работы по защите лиц, лишенных свободы. Представители МККК дают обычные рекомендации об условиях содержания лиц, посещаемых ими в местах лишения свободы, и, кроме этого, как правило, требуют их освободить.

2. В ситуациях, регулируемых международным гуманитарным правом, когда взятие заложников, по-видимому, осуществлено не по приказу властей, а сами заложники являются гражданами другой стороны в конфликте или сочувствующими ей, МККК:

- прилагает усилия к тому, чтобы посетить заложников в обычном порядке, которого он придерживается в своей работе, и требует освобождения заложников и их передачи властям, если последние сами не предприняли соответствующие действия;
- не требует передачи заложников властям, если в связи с этим требованием может возникнуть опасность для здоровья или жизни заложников или если в случае их передачи властям есть

серьезные основания полагать, что они подвергнутся более длительному лишению свободы и будут содержаться в худших, по сравнению с предыдущими, условиями.

Даже в этих условиях МККК должен напомнить властям, что ответственность за участь заложников продолжает лежать на них.

**Взятие заложников, не связанное с ситуацией
международного вооруженного конфликта
или насилия внутри страны**

Как правило, МККК не предлагает своих услуг в случаях, когда взятие заложников не связано с ситуацией международного вооруженного конфликта или насилия внутри страны.

Международный Комитет Красного Креста

Позиция МККК в случае взятия заложников

Комментарий

Жан-Кристоф Сандо

Участие в решении проблем, связанных со взятием заложников, не принадлежит, строго говоря, к числу традиционных видов деятельности Международного Комитета Красного Креста (МККК), тем не менее ему за свою историю неоднократно приходилось играть гуманитарную роль нейтрального посредника в подобных ситуациях. В самом деле, особые возможности в плане практических действий, которыми располагает МККК благодаря своей независимости, своей нейтральности, а иногда и знанию противоборствующих сторон, в некоторых случаях могут позволить ему внести вклад в мирное разрешение кризиса и послужить, таким образом, интересам жертв.

В 1972 г. МККК принял руководящие принципы действий в ситуациях, когда ему приходится иметь дело со взятием за-

.....

Жан-Кристоф Сандо – делегат МККК. Работал юристом в Управлении по вопросам политики и сотрудничества в рамках Движения.

Все работавшие над составлением руководящих принципов, касающихся выработки позиции МККК по отношению ко взятию заложников, и комментария к ним, воздают должное важной работе, проделанной Пьерой Боррадори, скончавшейся после продолжительной болезни. Пересмотр политики МККК в этой области был предпринят именно по ее инициативе. Г-жа Боррадори осуществила большую часть первоначальных исследований.

ложников¹. Сделано это было не только потому, что в напряженных и рискованных ситуациях, каковыми являются ситуации взятия заложников, делегатам нужны практические рекомендации, но и потому, что МККК пришлось убедиться на своем горьком опыте, что им манипулировали, чтобы ввести в заблуждение противную сторону и разрешить кризис посредством насилия. Когда одна из сторон действует таким образом, она не только создает угрозу для персонала МККК, участвующего в разрешении кризиса, но и заставляет противную сторону усомниться в нейтральности и независимости МККК. Однако именно признание и принятие принципов нейтральности и независимости позволяют МККК играть свою роль и помогать жертвам конфликтов. Так что подобные действия в конечном счете вредят как раз жертвам конфликтов.

Руководящие принципы 1972 г. включали в себя некоторые обязательства сторон, которыми обусловлено участие МККК в разрешении кризиса. Новые руководящие принципы, принятые в 2001 г., не вносят изменений в условия участия МККК в разрешении ситуаций, связанных со взятием заложников, но развивают и дополняют предыдущие в свете опыта, накопленного с 1972 г. Кроме этого, руководящие принципы 1972 г. касались исключительно ситуаций, в которых не применяется международное гуманитарное право, а именно, Женевские конвенции и Дополнительные протоколы к ним 1977 г. Сфера применения документа 2001 г. распространяется и на ситуации, регулируемые международным гуманитарным правом, с учетом их специфики, например, на случаи, когда ответственность за взятие заложников несут политические власти.

Сфера применения и определение, принятое МККК для внутреннего пользования

Сфера применения

Руководящие принципы МККК, разработанные в помощь делегатам, применимы ко взятию заложников в ситуациях,

¹ Опубликованы в *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 646, octobre 1972. См. также статью d'Hernan Salinas Burgos, «La

prise d'otages en droit international humanitaire», *RICR*, n° 777, mai-juin 1989.

подпадающих под действие Женевских конвенций или Дополнительных протоколов к ним, а также в ситуациях насилия, к которым международное гуманитарное право неприменимо, но в которых МККК приходится работать. В самом деле, участие МККК будет плодотворным, только если стороны испытывают к нему доверие и в достаточной степени знакомы с его деятельностью, а она может быть им совершенно неизвестна, если МККК не работает в данной стране.

Кроме того, в руководящих принципах указано, что они охватывают не только случаи взятия заложников на территории государства, в котором имеют место вооруженный конфликт, волнения или другие проявления насилия. Они применимы и ко взятию заложников в другой стране, если выявлена непосредственная связь с политической обстановкой в государстве, в котором МККК осуществляет свою деятельность. Так, участие МККК, в принципе, возможно в случае захвата посольства в каком-либо государстве, произведенного, чтобы потребовать освобождения лиц, содержащихся под стражей по соображениям безопасности в государстве, которое представляет данное посольство. Так же будет обстоять дело, если взятие заложников происходит в стране, не причастной к ситуации насилия в другом государстве, чтобы заставить эту страну предпринять определенные действия на территории государства, где имеет место насилие и где работает МККК. В таких обстоятельствах заинтересованные стороны, вероятно, уже знакомы с деятельностью МККК и поддерживают с ним рабочие отношения по гуманитарной проблематике.

Определение взятия заложников

МККК выработал определение для внутреннего пользования. Однако элементы взятия заложников, выделенные в руководящих принципах, по большей части совпадают с теми, которые, как правило, используются в национальных и международных юридических документах.

Общие принципы: позиция МККК в отношении взятия заложников

Принципиальная позиция

В руководящих принципах МККК напоминает о правовой базе запрещения взятия заложников и принципиальной позиции МККК в отношении таких действий. Взятие заложников принадлежит к числу насильственных действий, посягающих на жизнь и здоровье людей или создающих для них угрозу. Жертвы подобных действий, находящиеся в полной власти похитителей, должны пользоваться защитой. Эта защита, которую МККК может предоставить в рамках деятельности по облегчению страданий людей, предусмотренной мандатом организации, никоим образом не оправдывает действий похитителей, не смягчает тяжесть этих действий и не делает их менее предосудительными.

Кое-кто усмотрит противоречие между тем, что взятие заложников является нарушением международного гуманитарного права (в ситуациях, когда оно применимо), которое МККК осуждает, и тем, что он может служить нейтральным посредником между сторонами. Не должен ли МККК строго ограничиться осуждением взятия заложников и требованием их освобождения? Когда этого требуют непосредственные интересы жертв, МККК нередко отдает предпочтение прагматическому подходу к гуманитарной проблеме, а не строгому следованию букве закона. В предельно напряженных ситуациях, связанных со взятием заложников, можно надеяться, что подключение к разрешению кризиса такого нейтрального посредника, как МККК, в некоторых случаях поможет избежать кровавой развязки, разблокировать ситуацию и помочь установлению диалога между сторонами.

Напоминание о запрещении взятия заложников

Международное гуманитарное право, принципы права и гуманности запрещают взятие заложников². МККК надлежит прояснить свою позицию в отношении подобных действий и причины, по-

² См., в частности, «Декларацию о минимальных стандартах гуманности», извест-

ную также как «Декларация Турку», *RICR*, mai-juin 1991, pp. 349–356.

буждающие его принять участие в разрешении ситуации. Эта обязанность излагать соответствующие правовые положения выступает как логическое следствие упомянутого выше прагматического подхода.

При этом вряд ли кто-нибудь возьмет на себя смелость утверждать, что напоминать о запрещении взятия заложников просто, особенно в напряженной обстановке, возникающей сразу после совершения таких действий, и когда напоминать об этом приходится тем, кто заложников взял, нередко оправдывая свои действия подавляющим перевесом правительственных сил или идеологическими соображениями.

Так что МККК может и воздержаться от таких напоминаний, во всяком случае временно, если он считает, что они могут создать угрозу безопасности заложников и делегатов, которые оказывают им поддержку на месте. Решение о порядке действий принимается на основе информации о тех, кто взял заложников, если МККК таковой располагает, и оценки степени напряженности в ходе переговоров делегатов с ними.

Условия, на которых МККК может участвовать в решении проблемы

Согласие сторон

МККК может начать действовать только с обоюдного согласия сторон. Это обязательное предварительное условие. Среди сторон, согласием которых необходимо заручиться, власти страны или стран гражданской принадлежности заложников. Однако когда заложники являются гражданами большого числа государств, как это иногда бывает в случае захвата самолета, МККК не всегда может быстро войти в контакт со всеми странами происхождения заложников. В таких ситуациях МККК в первую очередь консультируется с правительствами государств, граждан которых больше всего среди захваченных пассажиров.

Предложение услуг

Лишь тщательно проанализировав ситуацию и роль, которая может быть ему отведена (в том числе и в плане соблюдения

гарантий, которые он должен получить, для того чтобы начать действовать), МККК может сам предложить свои услуги, причем только в случаях, когда взятие заложников вписывается в рамки международного или немеждународного вооруженного конфликта, к которому непосредственным образом применимы Женевские конвенции. Не претендуя на представление исчерпывающего перечня, мы ограничимся приведением всего нескольких примеров ситуаций, когда МККК хорошо знал группу, к которой принадлежали лица, взявшие заложников, и поддерживал с ней регулярные рабочие контакты в рамках выполнения своих гуманитарных задач. В таких условиях у МККК могут быть хорошие шансы смягчить напряженность и помочь разрешить кризис мирными средствами. Можно упомянуть и о ситуациях, когда МККК является единственной организацией, имеющей доступ в район, где содержатся заложники, и может осуществлять там гуманитарную деятельность.

Знание сторон

- Способность удовлетворить нужды жертв

Трудно представить себе ситуацию, в которой заложники не нуждались бы как минимум в моральной поддержке и восстановлении контактов с родственниками. Следовательно, можно *a priori* считать, что нужды существуют в каждом случае взятия заложников, но их следует взвешивать, исходя из их характера и степени насущности. Так, наличие среди заложников раненых и больных, нуждающихся в срочной эвакуации, будет аргументом в пользу подключения МККК к решению проблемы.

- Степень приемлемости деятельности МККК для сторон и уровень доверия, которое МККК может оказать сторонам

Прежде чем присоединиться к разрешению ситуации со взятием заложников, МККК следует тщательно оценить условия безопасности, свои отношения с каждой из сторон и, что особенно важно, удостовериться в том, что они намерены соблюдать взятые на себя обязательства. В самом деле, делегаты, направляемые в место нахождения заложников, подвергаются

целому ряду опасностей. Мы не будем перечислять их все и упомянем среди них только риск, в свою очередь, быть взятыми в заложники, быть использованными для введения в заблуждение другой стороны или оказаться между двух огней в случае штурма, предпринимаемого для освобождения заложников.

Участие МККК будет затруднено, если лица, взявшие заложников, принадлежат к группе, о которой ничего не известно, или не имеющей четкой структуры командования. Когда приходится иметь дело с так называемыми «бесструктурными» группами, возникает вопрос, кто гарантирует соблюдение обязательств по отношению к МККК и к кому следует обращаться, когда сразу несколько членов группы претендуют на роль ее руководителя.

Возможная роль МККК в случае взятия заложников

Оказание помощи и деятельность, которую МККК может осуществлять в интересах заложников

Посещение заложников — серьезная помощь жертвам, их семьям и всем, кто озабочен их участью. Кроме моральной поддержки в результате посещения делегатом МККК, заложники получают возможность доверительно побеседовать с человеком, который их выслушивает с доброжелательным вниманием и связывает их с внешним миром. Посещение позволяет МККК точнее оценить положение заложников и оказать им необходимую в их состоянии медицинскую и материальную помощь.

Тем не менее МККК не всегда получает доступ к заложникам. Если лица, взявшие заложников, не разрешают представителям МККК посетить последних, это не означает, что он откажется от дальнейшего участия в решении проблемы. С одной стороны, помощь может быть передана заложникам и заочно, с другой, возможно развитие ситуации, при котором доступ к заложникам будет разрешен позднее.

МККК может осуществлять в интересах заложников самые разные виды деятельности. Перечислим наиболее важные:

- деятельность неотложного характера — эвакуация по медицинским соображениям, помощь раненым и требование освободить заложников по гуманитарным мотивам. Возможно, МККК придется действовать в ситуациях, когда среди заложников есть раненые и больные или люди, для которых создавшееся положение непереносимо по различным причинам. В подобных обстоятельствах МККК должен быть в состоянии оказать первую помощь, эвакуировать раненых, добившись для этого гуманитарного перемирия, и попытаться убедить тех, кто взял заложников, освободить по гуманитарным мотивам самых уязвимых из них.

Если взявшие заложников откажут в этом элементарном жесте гуманности, МККК пересмотрит свое дальнейшее участие в разрешении кризиса. МККК считает недопустимым отказ освободить заложника, который находится в критическом состоянии и не может получить надлежащий уход на месте.

- Деятельность медицинского характера. Заложники должны иметь доступ к медицинской помощи, в которой они нуждаются. МККК ходатайствует перед сторонами о том, чтобы заложники получали лечение и уход, которых требует состояние их здоровья. В зависимости от того, чем располагает на месте, МККК может либо сам оказать медицинскую помощь, либо ходатайствовать о получении медицинскими работниками доступа к нуждающимся в лечении. В соответствии с принципами гуманности и беспристрастности медицинская помощь оказывается при необходимости и лицам, взявшим заложников.
- Восстановление семейных связей. МККК ходатайствует перед стороной, взявшей заложников, о том, чтобы у последних была возможность восстановить контакт с родственниками, как правило, посредством посланий Красного Креста.
- Материальная помощь. Заложники должны иметь возможность получать необходимую материальную помощь, например, в виде продуктов питания, предметов гигиены, одеял или сменной одежды, если они удерживаются в течение длительного времени. МККК оценивает материальные условия содержания заложни-

ков и в случае необходимости ходатайствует перед компетентными властями о предоставлении необходимой помощи либо напрямую, либо через его посредство.

Кроме этого, делегаты стараются доставить заложникам предметы для организации их досуга типа книг и игр, чтобы хоть как-то скрасить для них период насильственного удержания.

Содержание соглашения между сторонами и МККК

Во избежание недоразумений и последующих трений очень важно разъяснить сторонам роль, которую МККК может сыграть, и обозначить ее пределы. На практике не всегда оказывается просто предложить свои услуги с соблюдением всех формальностей. Сразу после взятия заложников ситуация может быть крайне напряженной, так что стороны не всегда расположены к углубленному рассмотрению деталей участия МККК в решении проблемы. Поэтому делегатам следует дополнить свои разъяснения, когда напряженность спадет.

Участие МККК периодически пересматривается, и он оставляет за собой право прекратить свое участие, уведомив обе стороны о своем решении, но не раскрывая мотивов последнего. У МККК должна быть возможность оценивать полезность и целесообразность выполнения им определенных функций, причем таким образом, чтобы делегаты не считали себя связанными соглашением, которое обязывало бы их, по крайней мере морально, продолжать работу против своей воли. МККК может полностью или частично прекратить свою деятельность, если поставленные условия не соблюдаются, если стороны не выполняют своих обязательств и оказывают давление на делегатов, подвергая их опасности.

Кроме этого, МККК должен указать, что он не несет ответственности за содержание помощи, доставляемой им в место нахождения заложников, и что стороны имеют право производить ее досмотр. Действительно, в наше время, когда техника достигла больших высот в области миниатюризации, одна из сторон легко может обмануть МККК и без его ведома поместить среди предназ-

наченных для заложников вещей микрофоны или другое шпионское оборудование.

Обязательства, которые стороны должны взять на себя в отношении МККК:

- сторонам надлежит принять обязательство воздержаться от применения насилия на все время, пока МККК играет активную роль. В самом деле, любое участие МККК подразумевает, что стороны согласились вести переговоры. При этом МККК не имеет права выносить оценочные суждения об обоснованности требований сторон и достигнутых между ними договоренностях. Отметим, что МККК не может играть какую бы то ни было роль, когда насилию подвергаются заложники, те, кто их взял, или любые другие лица, заинтересованные в переговорах. Например, МККК не может осуществлять свою деятельность, если лица, взявшие заложников, начинают их казнить, либо сами становятся мишенью для снайперов;
- делегатам должна быть гарантирована возможность поддерживать связь с коллегами. В целях обеспечения безопасности делегатов очень важно, чтобы они имели возможность в определенной степени координировать свою работу, общаясь с коллегами, находящимися в той же стране, или, при необходимости, — со штаб-квартирой в Женеве. Следовательно, стороны просто не могут отказать им в этом по каким бы то ни было соображениям;
- выход из соглашения и возможность уведомить об этом другую или другие заинтересованные стороны. Когда стороны просят МККК подключиться к разрешению ситуации, это предполагает их согласие с тем, что отзыв такого приглашения одной из сторон будет четко доведен до сведения другой стороны. Это в некотором смысле соответствует окончанию гуманитарного перемирия. Помимо этого, МККК четко уведомляет стороны о том, что он никоим образом не гарантирует непрерывности переговоров и не несет никакой ответственности за решение одной из сторон отказаться от дальнейшего участия в них. Если МККК решает полностью или частично прекратить свою деятельность, он также уведомляет об этом все стороны.

Роль МККК в разрешении кризиса

• Переговоры

Будучи беспристрастным посредником, МККК не участвует в переговорах в качестве стороны. Его деятельность направлена на то, чтобы способствовать сближению сторон и установлению диалога между ними с целью мирного разрешения кризиса. Таким образом, речь идет о предоставлении добрых услуг³. Например, МККК не раз организовывал встречи сторон в местах, которые благодаря его усилиям получали нейтральный статус. В определенных обстоятельствах он может обеспечить и обмен посланиями между сторонами, если последние не желают встречаться.

МККК предлагает свои добрые услуги сторонам только при условии, что между ними нет непосредственных контактов (либо из-за материальной невозможности их установления, либо потому, что одна из сторон не желает их устанавливать). Считая, что в такой деликатный момент нужна «прозрачность», МККК не подключается к переговорам, если стороны пытаются достичь договоренности по другим каналам.

Если МККК может предложить сторонам свои добрые услуги, он уже не будет играть роль посредника⁴. В самом деле, активно участвуя в переговорах и предлагая политические решения кри-

³ Юридическая доктрина определяет добрые услуги как «дружественный акт со стороны посредника, который по своей инициативе или по просьбе противостоящих сторон старается сблизить их и склонить к переговорам или любому другому методу мирного решения спора в целях нормализации их отношений». (См., в частности, Dinh, Dailler, Pelle, *Droit international public*, 4^e éd., LGDJ Paris, 1992, p. 769). Предлагающая добрые услуги третья сторона только стимулирует переговоры и способствует их успеху, но сама не выдвигает предложений.

⁴ Посредничество определяется как «действия, предпринимаемые одной или несколькими третьими сторонами, между-

народной организацией или стороной, назначенной в индивидуальном порядке, которая (которые) по просьбе и с согласия сторон предпринимает (предпринимают) усилия для их сближения путем убеждения и сама (сами) выдвигает (выдвигают) предложения, призванные облегчить достижение полюбовного соглашения» (См., в частности, Dinh, Dailler, Pelle, *Droit international public*, 4^e éd., LGDJ Paris, 1992, pp. 769–770). Таким образом, речь идет о более активном участии в решении проблемы третьей стороны, которая сама предлагает решения, не являющиеся, однако, обязательными для противостоящих сторон.

зиса, МККК вышел бы за рамки своей роли и создалась бы опасность того, что та или другая сторона перестала бы его воспринимать как нейтральное учреждение. Кроме этого, МККК не может участвовать в торге, который с гуманитарной точки зрения нередко представляется безнравственным (например, обмен заложника на заключенного или обмен человеческой жизни на автомобиль).

Если на «политических» переговорах, имеющих целью найти выход из кризиса, МККК проявляет осмотрительность, то в гуманитарных вопросах, связанных с условиями содержания заложников и обращением с ними, он действует более твердо. Он может требовать улучшения участи заложников и даже предпринимать активные действия в этом направлении.

- Ответственность сторон за принятые решения и участие МККК в выполнении некоторых пунктов соглашений между ними.

МККК не может гарантировать соблюдение решений и условий, принятых сторонами. Например, он не может проверить, выведены ли были войска с той или иной территории, просить предоставить политическое убежище лицам, взявшим заложников, и дать твердые заверения, что они не подвергнутся преследованию в дальнейшем.

Однако, тщательно рассмотрев практические аспекты, МККК может принять участие в выполнении некоторых пунктов соглашения, заключенного между сторонами. Например, как это не раз бывало в прошлом, МККК может взять на себя материально-техническую сторону освобождения заложников или назначить сопровождающих, чтобы они вместе с лицами, взявшими заложников, поднялись на борт самолета, который доставит их в оговоренный пункт назначения.

Взятие заложников, ответственность за которое несут политические власти

Заложники, удерживаемые политическими властями

В международных конфликтах стороны обязаны согласно Женевским конвенциям 1949 г., освободить военнопленных по

прекращении военных действий без каких бы то ни было условий (ст. 118, ЖК III) либо когда перестают действовать мотивы принудительного поселения или интернирования (ст. 42 и следующие, в частности ст. 45 и 133 ЖК IV), или соблюсти право иностранцев покинуть территорию одной из сторон в конфликте, если это не противоречит ее государственным интересам (ст. 35, ЖК IV). Только эти обязательства не всегда соблюдаются. В этом случае говорить об удержании заложников можно только тогда, когда содержание под стражей сопровождается выдвиганием требований, обращенных к другой стороне в конфликте (например, требование взаимности), к третьему государству или к частным лицам либо членам семей содержащихся под стражей. Напротив, заложниками нельзя считать тех, кого удерживают в нарушение обязанности освобождения из-за плохой организации, желая взять реванш или отсутствия доброй воли. В таких обстоятельствах продление содержания под стражей, несомненно, является незаконным и может послужить основанием для вмешательства МККК, но «заложниками» в собственном смысле этого слова удерживаемых лиц назвать нельзя, поскольку отсутствует элемент принуждения к чему-либо третьей стороны.

В немеждународных вооруженных конфликтах рассмотрению подлежат, в частности, ситуации, в которых вооруженные лица или гражданские лица содержатся под стражей без выдвигания обвинений против них или были осуждены без соблюдения гарантий, предусмотренных Женевскими конвенциями 1949 г. (ст. 3.1.d. – общая), Дополнительным протоколом II к ним 1977 г. (ст. 6.2) или, наконец, продолжают содержаться под стражей после прекращения военных действий в нарушение ст. 6.5 того же Дополнительного протокола (однако обязанность освободить из-под стражи лиц, лишенных свободы, носит ограниченный характер). При этом говорить об удержании заложников можно только тогда, когда их оставление под стражей сопровождается требованиями к другой стороне, сторонникам удерживаемых лиц или их близким.

В ситуации, когда задержанные-заложники находятся в руках властей⁵ и содержатся, например, в официальных пенитенциарных учреждениях, МККК обратится к властям с просьбой их посетить, если он еще этого не сделал, и проведет посещение в соответствии с принятыми в его работе процедурами. Поскольку нет или больше нет законных оснований для того, чтобы оставлять данных лиц под стражей, МККК, как правило, требует их освобождения.

Заложники, удерживаемые частными лицами

Речь здесь пойдет об очень редкой ситуации, с которой МККК, однако, не раз приходилось сталкиваться: определенные слои населения, а также более или менее организованные группы пытаются «добиться справедливости» путем взятия заложников, чтобы обеспечить выполнение своих требований, обращенных к одной из сторон в конфликте. Так, родственники пропавших без вести или содержащихся под стражей гражданских лиц или военнослужащих могут попытаться таким образом в обмен на взятых ими заложников добиться освобождения означенных лиц, выдачи останков или просто получить информацию, причем прибегают при этом к услугам разного рода нечистоплотных посредников из числа местных мафиози и других не следующих моральным принципам лиц, для которых это очень прибыльный бизнес.

В подобных обстоятельствах МККК напоминает властям об их ответственности за судьбу удерживаемых лиц и требует принятия адекватных мер для того, чтобы заложники были им переданы. В дальнейшем он может потребовать их освобождения или обращения с ними в соответствии с их статусом. МККК, естественно, воздерживается от любых шагов, которые могут повредить интересам заложников и создать для них, в частности, следующие опасные ситуации.

- Риск ухудшения условий содержания заложников. Речь идет о тех случаях, когда есть серьезные основания полагать, что заложники не будут освобождены после их передачи властям, что они будут подвергнуты тюремному заключению или интернированию и что

⁵ Под «властями» мы понимаем власти *de jure* и *de facto*.

в условиях переполнения и недофинансирования пенитенциарных учреждений пребывание в них окажется для этих лиц более тяжелым, чем содержание у частных лиц. Когда МККК воздерживается по этим мотивам от требования передачи заложников властям, он все же прилагает усилия к тому, чтобы посещать их в местах, где они находятся, в порядке, принятом МККК, — с той лишь разницей, что в случае необходимости обращения будут направляться не частным лицам, а властям, поскольку ответственность за участь заложников продолжает лежать на них.

- Опасность для здоровья и жизни заложников. Имеются в виду, в частности, ситуации, когда у частного лица может появиться искушение физически устранить заложников либо из мести, либо для того, чтобы не передавать их властям, признав таким образом свою виновность. В подобных обстоятельствах МККК не будет обращаться к лицам, взявшим заложников, по поводу возможности посещения последних из-за очевидной угрозы, которую такое обращение создало бы для заложников.

Взятие заложников, не связанное с вооруженным конфликтом или насилием внутри страны

Действие руководящих принципов не распространяется на случаи взятия заложников, не имеющие четко прослеживаемой связи с вооруженным конфликтом или ситуацией насилия внутри страны. Взятие заложников по корыстным мотивам, например, похищение ребенка с целью получения выкупа от его семьи и без каких бы то ни было политических побуждений, никоим образом не вписывается в компетенцию МККК, даже если он осуществляет свою деятельность в соответствующей стране.

МККК твердо намерен ограничить свою компетенцию в области взятия заложников исключительно ситуациями, которые согласуются с его уставными задачами и мандатом, полученным в силу Женевских конвенций. Таким образом, любая гуманитарная инициатива в интересах заложников должна иметь основанием Женевские конвенции, Устав и Основополагающие принципы Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца.