

Том 89, № 866, Июнь 2007 г.  
Тема номера: "Catastrophic events"  
Выдержка из журнала

# МЕЖДУНАРОДНЫЙ ЖУРНАЛ Красного Креста

Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс

**Отклик правительства США  
на исследование Международного  
Комитета Красного Креста  
«Обычное международное  
гуманитарное право»**

Жан-Мари Хенкертс (МККК)

**«Обычное международное  
гуманитарное право»:  
ответ на комментарии США**



**МККК**

# Отклик правительства США на исследование Международного Комитета Красного Креста «Обычное международное гуманитарное право»

**Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс**

США одобряют обсуждение сложной и важной темы обычного «международного гуманитарного права», осуществленное МККК в Исследовании *Обычное международное гуманитарное право*, и высоко оценивают проделанный МККК и авторами Исследования большой труд по сбору и анализу значительного объема материала<sup>1</sup>. США разделяют мнение МККК, что

Джон Б. Беллингер — юридический советник Государственного департамента; Уильям Дж. Хейнс — генеральный юрисконсульт Министерства обороны США. Этот документ был опубликован также под названием «Совместное письмо Джона Беллингера и Уильяма Хейнса Якобу Келленбергеру об исследовании 'Обычное международное право'» в *International Legal Materials*, 46 ИЛМ 514 (2007).

- 1 *Обычное международное гуманитарное право*. Под редакцией Жана-Мари Хенкертса и Луизы Досвальд-Бек Т. I, «Нормы». Москва, МККК, 2006 (далее «Исследование»). Генеральный юрисконсульт Министерства обороны и юридический советник Государственного департамента передали 11 ноября 2006 г. письмо Президенту Международного Комитета Красного Креста д-ру Якобу Келленбергеру — такова первая реакция правительства США на это Исследование. Данная статья отражает содержание письма, которое можно найти по адресу <http://www.state.gov/s/l/rls/82630> или [http://www.defenselink.mil/home/pdf/Customary\\_International\\_Humanitarian\\_Law.pdf](http://www.defenselink.mil/home/pdf/Customary_International_Humanitarian_Law.pdf). (последнее посещение 1 июня 2007 г.).

знание норм обычного международного права полезно всем сторонам, связанным с вооруженными конфликтами, в том числе правительствам, тем, кто поднимает оружие, международным организациям и МККК. Хотя в Исследовании используется термин «международное гуманитарное право», США предпочитают говорить о «праве войны» или о «законах и обычаях войны»<sup>2</sup>.

Учитывая большой объем Исследования, США пока не завершили детальную оценку его выводов. США признают, что значительное число изложенных в нем норм применяется в международных вооруженных конфликтах, так как эти нормы приобрели универсальный статус либо в договорном праве, либо в обычном праве, подобно многим правилам, проистекающим из Гаагского положения 1907 г. Тем не менее важно ясно сказать и МККК, и международному сообществу в целом, что, основываясь на проведенной в данный момент оценке, США озабочены методологией, применяемой для определения нормы, и вопросом, достаточно ли фактов и свидетельств предложили авторы в поддержку этих норм. Поэтому США не могут без дальнейшего анализа согласиться с выводами Исследования о том, что конкретные нормы, связанные с законами и обычаями войны, на самом деле отражают обычное международное право.

США продолжают свой анализ и представят дополнительные комментарии либо выразят свое мнение иным способом. В данной статье подняты отдельные фундаментальные методологические вопросы и путем анализа нескольких норм, изложенных в Исследовании, показано, как имеющиеся упущения ставят под сомнение некоторые его выводы.

Здесь нет намерения сказать, что каждый методологический вопрос США относится к каждой норме Исследования или что США не согласны с каждой конкретной нормой, содержащейся в нем, — отдельные нормы или элементы этих норм могут применяться в контексте некоторых категорий вооруженного конфликта. Своим анализом США скорее надеются подчеркнуть важность правильного и точного изложения норм обычного международного права и важность обоснования выводов о применении конкретных норм в международных вооруженных конфликтах, внутренних вооруженных конфликтах или в тех и других. По этой причине конкретный анализ четырех норм является в некотором отношении чисто техническим. Это касается и предложенной нормы, и свидетельства, используемого в Исследовании в поддержку нормы.

2 Как указано в самом Исследовании, эта область традиционно носит название «законы и обычаи войны». В соответствии с этим в статье всегда будет использоваться именно данный термин или термин «право войны».

## Методологические вопросы

По общепринятому мнению обычное международное право берет свое начало в общей и последовательной практике государств, которая обусловлена чувством правового долга, или *opinio juris*. Хотя исследователи могут выдвигать свои суждения относительно отдельных областей обычного международного права, именно методологию и лежащие в ее основе свидетельства, на которые комментаторы полагаются — и которые в любом случае должны быть связаны с практикой государств, — следует оценивать при анализе их выводов.

### Практика государств

Хотя Введение к Исследованию описывает общепринятый надлежащий подход к оценке практики государств, этот подход часто не применяется в работе со всей строгостью.

- Во-первых, в случае многих норм, предлагаемых в качестве достигших уровня обычного международного права, упоминаемая практика государств недостаточно распространена, чтобы удовлетворять «широкому и практически единообразному» стандарту, требуемому, как правило, для доказательства существования обычной нормы.
- Во-вторых, тот тип практики, на которую, слишком часто, опирается Исследование, вызывает беспокойство США. Первоначальная американская оценка того тома, что посвящен практике государств, позволяет заключить, что Исследование делает слишком сильный акцент на печатные материалы, такие как военные уставы и другие опубликованные государствами инструкции, в отличие от действительной военной практики государств во время вооруженных конфликтов. Хотя уставы могут быть важными индикаторами поведения государства и могут быть его *opinio juris*, они не способны заменить содержательную оценку государственной военной практики в связи с действительными военными операциями. США беспокоит также следующий факт: Исследование чрезмерно полагается на необязательные резолюции Генеральной Ассамблеи, хотя государства могут поддержать отдельную резолюцию или решить не нарушать консенсус в отношении этой резолюции по причинам, не имеющим ничего общего с убеждением, что ее положения отражают обычное международное право.
- В-третьих, Исследование придает непомерное значение заявлениям неправительственных организаций и самого МККК, тогда как эти заявления не свидетельствуют о том, составляет ли отдельная норма принятое государствами обычное международное право.
- В-четвертых, хотя в Исследовании в принципе признается значимость негативной практики, особенно между государствами, кото-

рые так и не присоединились к соответствующим договорам<sup>3</sup>, этой практике в важных примерах придается неадекватное значение.

- И последнее. Исследование часто не уделяет надлежащего внимания практике особенно затронутых государств<sup>4</sup>. Отдельный, но связанный с этим момент: Исследование считает равноценной практику государств, имеющих относительно короткую историю участия в вооруженных конфликтах, и практику государств, имеющих более обширный и глубокий опыт или имевших существенные возможности для разработки тщательно продуманной военной доктрины. Характерно, что практика этой последней категории государств значительно весомее и по количеству и по качеству.

## Opinio juris

Подход Исследования к требованиям *opinio juris* также вызывает вопросы США. Рассматривая отдельные нормы, Исследование зачастую смешивает требования практики и *opinio juris*. Вот отрывок из Исследования:

Оказалось очень трудно четко разделить элементы практики и правовой убежденности, это разделение, в основном, осталось теоретическим. Чаще одно и то же действие отражает и практику, и правовую убежденность... Если практика достаточно плотна, в ней

- 3 Исследование, т. I, с. lvii (где говорится, что противоположная практика государств, не подписавших договоры, содержащие положения аналогичные утверждаемой норме, «считалась важным негативным свидетельством»).
- 4 Как отмечается в Исследовании (т. I, с. I), Международный суд обращает внимание на то, что «обязательным требованием» обычного международного права в смысле применяемой нормы является широкий и практически единообразный характер «практики государств, в том числе практики тех государств, чьи интересы особенно затронуты... Кроме того, эта практика должна осуществляться так, чтобы свидетельствовать об общем признании ее как нормы права или правового обязательства» («Дела о континентальном шельфе Северного моря (ФРГ против Дании; ФРГ против Нидерландов)», *ICJ Reports 1969*, pp. 4, 43 (курсив наш)). В таком контексте в Исследовании утверждается, что этот принцип означает, что «в отношении любой нормы международного гуманитарного права страны, которые участвовали в вооруженном конфликте, являются государствами, чьи интересы «особенно затронуты», если их практика, проанализированная с целью определения какой-либо нормы, имела отношение к этому вооруженному конфликту» (т. I, с. I). Это толкование размывает норму, более того, делает ее неправомерно условной. Не всякое государство, участвовавшее в вооруженном конфликте, является «особенно затронутым»; такие государства не создают особую практику, но создают ее те государства, которые имеют отличительную историю участия, заслуживающую рассмотрения его в качестве «особенно затронутого». Более того, эти государства не являются «особенно затронутыми» просто когда МККК рассматривает и находит их практику важной, но особенно затронутые государства порождают практику, которая должна быть рассмотрена, с тем чтобы прийти к обоснованному заключению относительно статуса потенциальной нормы. Как пишет один из членов Руководящего комитета Исследования, «наиболее весомой остается практика «особенно затронутых государств», таких как ядерные державы, другие крупные военные державы, оккупирующие и оккупированные государства, имеющие послужной список заявлений, практики и политики» (Theodor Meron, «The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law», *American Journal of International Law*, Vol. 90, 1996, pp. 238, 249).

обычно содержится *opinio juris* и в результате, как правило, нет необходимости отдельно демонстрировать существование *opinio juris*<sup>5</sup>.

США не считают, что это правильный методологический подход. Хотя одно и то же действие может служить свидетельством и о практике государств и об *opinio juris*, США не согласны с тем, что *opinio juris* можно просто выводить из практики. Оба элемента должны оцениваться отдельно, чтобы выявить наличие нормы обычного международного права. Например, Дополнительные протоколы I и II к Женевским конвенциям содержат далеко идущие положения, но государства во время их принятия не считали, что все положения этих инструментов отражают нормы, уже выкристаллизовавшиеся в обычное международное право, — в самом деле, тогда многие положения были сочтены прогрессивными и заполняющими брешь. Поэтому следует быть осторожными в выводах относительно *opinio juris*, правовой убежденности, вытекающей из практики государств — участников конвенций, поскольку их действия часто рассматриваются как соответствующие их обязательствам по договору, особенно *inter se*, а не с точки зрения обязательных — независимо от договоров — норм обычного международного права<sup>6</sup>. Даже если согласиться со слиянием этих разных требований, Исследование не формулирует или не применяет никакого теста, выявляющего, что практика государств «достаточно плотна» для того, чтобы оправдать отказ обосновывать *opinio juris*, и предлагает мало примеров доказательств, которые могли бы, хотя бы предположительно, облегчить ситуацию.

США обеспокоены тем, что Исследование чрезмерно полагается на военные уставы. США не согласны с тем, что *opinio juris* устанавливается, когда государство подтверждает чувство правового долга преимущественно военными уставами. Вместо позиции, обусловленной обычным правовым долгом в смысле, относящемся к обычному международному праву, военный устав государства часто (и это правильно) будет повторять требования к этому государству по подписанным им договорам. Положения военных уставов, предназначенные для имплементации договорных норм, являются слабым доказательством того, что эти договорные нормы применяются как обычное международное право во внедоговорных контекстах. Более того, государства часто включают в эти уставы предписания, руководствуясь политическими, а не правовыми соображениями. Например, США давно утверждают, что ссылаются в своих инструкциях на нормы, идет ли речь о международном или о немеждународном конфликте, но это

5 Исследование, т. I, с. lii–liii.

6 Даже всеобщее соблюдение какого-либо договора не обязательно означает, что положения договора стали обычным международным правом, поскольку это соблюдение может мотивироваться убеждением, что без договора нет применяемой нормы.

вовсе не подразумевает, что они обязаны так поступать согласно праву немеждународных конфликтов. И наконец, Исследование часто не проводит различия между публикациями, подготовленными неофициально, исключительно для обучения военных или аналогичных целей, и публикациями, подготовленными и утвержденными в качестве официальных правительственных заявлений. А ведь некоторые из приведенных публикаций содержат оговорку, что они не обязательно представляют официальную позицию соответствующего правительства.

Требуется более строгий подход к установлению *opinio juris*. Крайне необходимо установить — с помощью позитивных свидетельств (помимо простых повторений существующих договорных обязательств или заявлений, которые с одинаковой легкостью могут отражать политические и правовые соображения), — что государства считают себя юридически обязанными действовать таким образом, как это отражено в нормах. В этом отношении том Исследования, посвященный практике, вообще весьма нуждается в определении уровня позитивных свидетельств об *opinio juris*, необходимых для того, чтобы обосновать включение в обычное международное право выдвигаемых Исследованием норм, применимых к государствам даже при отсутствии договорного обязательства.

### Формулирование норм

В Исследовании есть несколько других недостатков в формулировании норм и комментариев. Самый главный изъян, пожалуй, таков: Исследование имеет тенденцию упрощать нормы, которые сложны и содержат много оттенков. Так, многие нормы в изложении Исследования выглядят слишком широкими или безоговорочными, даже если практика государств и договорные формулировки отражают иные, иногда существенно более узкие, утверждения. Хотя комментарии в Исследовании претендуют на объяснение и раскрытие специфических элементов обязательного обычного международного права, иногда это делают, прибегая к необязательным рекомендациям правозащитных инструментов и не комментируя их необязательный характер, чтобы заполнить предполагаемые пробелы в обычном праве и истолковать термины в праве войны. По этой причине комментарии часто скорее усугубляют, чем разрешают трудности, связанные с нормами, и было бы хорошо, если бы авторы Исследования сформулировали, в какой мере читатели должны полагаться на комментарии.

### Выводы

Нижеследующие замечания, сфокусированные на нескольких конкретных нормах, иллюстрируют, как методологические недостатки Исследования подрывают способность государств без дальнейшего независимого анализа полагаться на предлагаемые Исследованием нормы.

Эти недостатки также привносят в Исследование еще две общие ошибки, внушающие США особую озабоченность.

- Во-первых, утверждение, что значительное число норм, содержащихся в Дополнительных протоколах к Женевским конвенциям, достигли статуса обычного международного права, применимого ко всем государствам. Это относится и к значительному числу государств (включая США и ряд других государств, вовлеченных в вооруженные конфликты после того, как Протоколы вступили в силу), которые отказались подписать эти Протоколы; и
- Во-вторых, утверждение, что определенные нормы, содержащиеся в Женевских конвенциях и Дополнительных протоколах, стали обязательными, согласно обычному международному праву, во внутренних вооруженных конфликтах, несмотря на малое количество свидетельств в поддержку этого предложения.

### **Иллюстративные замечания к четырем нормам Исследования**

В этой части подробно разбираются четыре нормы Исследования с целью показать, как методологические сомнения США в отношении Исследования сказываются на выводах МККК о том, что определенные положения достигли уровня обычного международного права.

Норма 31: «Персонал организаций, оказывающих гуманитарную помощь, должен пользоваться уважением и защитой».

США последовательно поддерживают и осуществляют гуманитарную помощь во время вооруженных конфликтов во всем мире и остро осознают решающую роль гуманитарной помощи в предоставлении продовольствия, одежды и убежища гражданским лицам, страдающим от воздействия таких конфликтов. Ясно, что непозволительны намеренные нападения на сотрудников гуманитарных организаций, если и до тех пор пока эти сотрудники имеют право на защиту, предоставляемую гражданским лицам по законам и обычаям войны.

Норма 31, однако, содержит гораздо более широкое утверждение без достаточного свидетельства о том, что она отражает обычное международное право. Исследование не приводит в качестве доказательства в поддержку этой нормы масштабы военной практики государств. И если бы в нем была рассмотрена практика последних лет, получило бы большее значение согласие государства на присутствие такого персонала (когда нет решения Совета Безопасности ООН в соответствии с главой VII Устава ООН) и на утрату защиты, если этот персонал участвует в отдельных операциях за рамками своей миссии. Исследование упрощенно пренебрегает согласием государства на присутствие персонала организаций гуманитарной помощи, но не рассматривает, действительно ли при-



водимые в нем устные заявления государств и организаций отражают ситуации, в которых персонал организаций гуманитарной помощи получил согласие и действовал в соответствии со своей миссией<sup>7</sup>. Ясно, что эти оговорки *не* означают, что персонал гуманитарных организаций может подвергаться нападениям или жестокому обращению, если он не получил необходимого согласия или вышел за рамки миссии, не говоря уже об участии в военных действиях в международных или внутренних вооруженных конфликтах. Но было бы хорошо, если бы государства приняли меры, чтобы этот персонал организаций гуманитарной помощи заручился необходимым согласием, сообразовал свою деятельность с рамками своей миссии или покинул страну. Тем не менее утверждение, не признающее эти оговорки, неточно отражает практику государств и *opinio juris*.

### Соответствующие договорные положения

Существующую сегодня практику многих государств регулируют договорные положения об обращении с персоналом организаций гуманитарной помощи, которые ясно формулируют границы обязательств, утверждаемых Нормой 31:

- Статья 71(1) Дополнительного протокола I («ДП I») требует, чтобы персонал организаций гуманитарной помощи получил согласие государства, в котором он планирует действовать<sup>8</sup>. Статья 71(4) запрещает персоналу организаций гуманитарной помощи выходить за «рамки своей миссии», а в противном случае разрешает государству ограничить их миссию. Даже статья 17(2) ДП I, которую Исследование приводит в поддержку обязательства государства защищать общества помощи, описывает ситуацию, в которой согласие будет получено почти с полной определенностью, поскольку государство, обращающееся за помощью к обществу помощи, дает предварительное согласие на его вступление на свою территорию.

7 Авторы Исследования, возможно, хотели использовать фразу «персонал организаций гуманитарной помощи» для краткости вместо фразы «персонал организаций гуманитарной помощи, когда действует как таковой». Но норма, как она сформулирована, не говорит этого, даже если Норма 33, тесно связанная с Нормой 31, отражает тот факт, что защита миротворцев наступает только если и до тех пор, пока они имеют право на защиту, предоставляемую гражданским лицам по международному гуманитарному праву.

8 Как отмечает Йорам Динштейн, «в соответствии со статьей 71(2) Протокола I, персонал, участвующий в доставке и распределении гуманитарных грузов, должен пользоваться защитой. Но статья 71(1) подчеркивает, что участие этого персонала в гуманитарной операции является предметом одобрения стороны, на территории которой он выполняет свои обязанности» (*The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, 2004, p. 149).

- Конвенция о безопасности персонала ООН и связанного с ней персонала, накладывающая на ее участников обязательство принимать соответствующие меры по безопасности и охране ООН и ее персонала, применяется, когда персонал ООН находится в принимающем государстве с согласия принимающего государства, поскольку статья 4 требует от ООН и принимающего государства заключать соглашение о статусе операции ООН<sup>9</sup>.
- Статья 12 Протокола II (с поправками от 3 мая 1996 г.) к Конвенции об обычном оружии («Протокол II КОО») об обязанностях государств-участников защищать определенные гуманитарные миссии от воздействия мин и других устройств гласит: «...настоящая статья применяется только к миссиям, которые осуществляют функции в районе с согласия Высокой Договаривающейся Стороны, на чьей территории осуществляются такие функции»<sup>10</sup>. Далее в статье говорится: «Без ущерба для привилегий и иммунитетов, какими он может пользоваться... персонал, принимающий участие в силах или миссиях, упомянутых в настоящей статье... b) воздерживается от любого действия или деятельности, несовместимых с беспристрастным и международным характером его обязанностей»<sup>11</sup>.
- Подобным же образом Четвертая Женевская конвенция содержит требования как согласия, так и установления «рамки миссии» для персонала организаций гуманитарной помощи. Статья 10 гласит: «Положения настоящей Конвенции не служат препятствием для гуманитарных действий, которые Международный Комитет Красного Креста или любая другая беспристрастная гуманитарная организация предпримут для защиты гражданских лиц и для оказания им помощи, с согласия заинтересованных сторон, находящихся в конфликте»<sup>12</sup> (курсив наш). Статья 9 Женевских конвенций I, II и III содержит по сути идентичные положения.
- Дополнительный протокол II («ДП II») не содержит положений, связанных непосредственно с самими действиями персонала гуманитарных организаций, но статья 18 гласит, что оказание гумани-

9 По ее условиям Конвенция не распространяется на правоприменительные действия, которые предпринимает Совет Безопасности в соответствии с главой VII Устава ООН.

10 Протокол II КОО, ст. 12 (1)(a).

11 Там же, ст. 12 (7)(b).

12 Пикте в своем *Комментарии к Четвертой Женевской конвенции* отмечает: «В теории охвачены все гуманитарные мероприятия... при соблюдении определенных условий в отношении характера проводящей их организации, типа и целей этих мероприятий и, наконец, воли сторон в конфликте» (*Commentary, IV Geneva Convention*, Jean Pictet (ed.), ICRC, 1960, p. 96). Далее: «Все эти гуманитарные мероприятия подчиняются одному последнему условию — согласию сторон в конфликте. Это условие, несомненно, жесткое, но оно, можно сказать, самоочевидно» (*ibid.*, p. 98). Как говорится здесь, США не считают, что это условие исчезло после данного комментария Пикте.

тарной помощи требует согласия Высоких Договаривающихся Сторон, на территории которых персонал гуманитарных организаций хотел бы проводить операции по оказанию помощи, и должно ограничиваться действиями «исключительно гуманитарного и беспристрастного характера».

- Статут Международного уголовного суда («Римский статут») включает в качестве военного преступления акт «умышленного нанесения ударов по персоналу... задействованному в оказании гуманитарной помощи или в миссии по поддержанию мира в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, пока они имеют право на защиту, которой пользуются гражданские лица или гражданские объекты по международному праву вооруженных конфликтов»<sup>13</sup>. В комментарии к Статуту МУС в отношении этого положения говорится, что «гуманитарные организации также должны получить *согласие* сторон в конфликте, территорию которых им необходимо пересечь или на которой они выполняют свои задачи»<sup>14</sup>.

Несмотря на то, что эти договоры ясно оговаривают обязательства государств в отношении персонала организаций, оказывающих гуманитарную помощь, Норма 31 не содержит никаких подобных оговорок. В силу того, что страны — участники договоров, по презумпции, не отклоняются от своих договорных прерогатив и обязательств в своей практике, можно было ожидать, что Исследование — чтобы оправдать умолчание об этих оговорках — предоставит особенно сильное свидетельство о не соответствующей им практике государств. Но в Исследовании просто сделан вывод, что «в подавляющем большинстве случаев на практике это условие [согласия] не применяется», даже после признания, что защита персонала гуманитарных организаций по Дополнительным протоколам «относится только к «уполномоченному» гуманитарному персоналу как таковому»<sup>15</sup>.

### *Роль согласия государства*

Многое из практики, на которой Исследование основывает свой вывод о несущественности согласия государства, либо неоднозначно, либо не имеет отношения к делу, и во всяком случае в анализе не уделено достаточного внимания деталям и контексту. Например, соглашения о проведении операций по поддержанию мира, а именно соглашения между сторонами конфликта в Боснии–Герцеговине, по которым каждая сторона обязывалась предоставить МККК гарантии безопасности, можно рассмат-

13 Римский статут Международного уголовного суда, ст. 8(2)(e)(iii).

14 Michael Cottier, «War crimes», in Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 190 (курсив оригинала).

15 Исследование, т. I, с. 141.

ривать как предоставление опережающего согласия на присутствие МККК на территории каждой стороны<sup>16</sup>. (Если государства возражают против присутствия персонала МККК, они не согласятся дать ему гарантии безопасности.) Исследование полагается на другие примеры дискуссий государств о защите персонала гуманитарных организаций, которые конкретно указывают на государственную поддержку Женевских конвенций и Дополнительных протоколов к ним<sup>17</sup>; но, как отмечалось выше, и Женевские конвенции и Дополнительные протоколы отражают необходимость для персонала гуманитарных организаций получить согласие государства.

В Исследовании приводятся всего семь военных уставов, и все они принадлежат государствам — участникам ДП I. Приведенные отрывки из этих уставов не имеют никаких признаков того, что данные государства отрицают роль согласия. В военных уставах Австралии и Франции просто сказано, что персоналу гуманитарных организаций предоставляется особая защита, но это не объясняет объем и предварительные условия государственных обязательств<sup>18</sup>. Устав лишь одного государства (Швеции) содержит мнение, что статья 71(2) достигла статуса обычного международного права, и из отрывка неясно, считает ли Швеция, что другие пункты статьи 71 (включая положение о согласии в пункте 1) тоже представляют собой обычное международное право<sup>19</sup>. Ведь роль согласия можно понимать в том смысле, что государства при обсуждении этого вопроса просто предполагают, что персонал гуманитарных организаций получит его, особенно при сильных стимулах для его получения. Что касается многочисленных резолюций Совета Безопасности ООН, приводимых в качестве практики государств в поддержку Нормы 31, почти все операции по поддержанию мира, проистекающие из этих резолюций, были утверждены с согласия принимающих правительств или согласно главе VII [Устава] Совета Безопасности. Таким образом, хотя эти резолюции сами по себе не обуславливают получение согласия, оно почти всегда было предварительным условием — кроме решения Совета Безопасности в соответствии с главой VII, которое со всей очевидностью является исключительным обстоятельством в том, что касается государственного суверенитета<sup>20</sup>.

Важные примеры военной практики государств в этой области, не вошедшие в Исследование, весьма отличаются от описываемых в нем, поскольку свидетельствуют о решающей роли согласия государства. Например, Центр военно-гражданских операций и Центр гуманитарных

16 Study, vol. II, p. 589, §§ 5–6.

17 Ibid., p. 589, § 8 (приводится основная норма для операции «Линия жизни — Судан») и p. 593, § 39 (говорится, что Зимбабве рассматривает соответствующие положения Женевских конвенций как «часть международного обычного права»).

18 Ibid., pp. 589–590, §§ 13 (Австралия) и 15 (Франция).

19 Ibid., p. 590, § 17.

20 См. *ibid.*, pp. 593–596, §§ 41–45, 47–62.

операций, привлеченные Соединенными Штатами и коалиционными силами, в конфликтах в Боснии, Косово и Афганистане потребовали от организаций гуманитарной помощи координировать свои передвижения с силами коалиции, чтобы эти силы могли поддержать усилия организаций и обеспечить безопасность их сотрудников<sup>21</sup>. Более полное рассмотрение военной практики, без сомнения, дало бы авторам Исследования ценную и необходимую информацию.

### *Рамки ограничения миссии*

Норма 31 также не уделяет внимания тому очевидному факту, что персонал гуманитарных организаций, который совершает действия, эквивалентные прямому участию в конфликте, действует вопреки своей миссии и статусу гражданского лица и тем самым может утратить право на защиту. И Женевские конвенции, и ДПП I прямо или косвенно признают, что, когда гражданское лицо принимает прямое участие в военных действиях, оно может стать мишенью. Как отмечается выше, для обоснования нормы, игнорирующей требование находиться в «рамках миссии», Исследование должно было бы представить убедительное свидетельство о практике государств, игнорирующих их прерогативы по соответствующим договорам для того, чтобы защищать только персонал гуманитарных организаций, оказывающих гуманитарную помощь. Но Исследование такого свидетельства не приводит. Исследование не содержит и свидетельств об *opinio juris* в отношении такой практики.

Многое из рассмотренной в Исследовании практики на самом деле поддерживает условие, согласно которому персонал гуманитарных организаций должен работать в пределах своей миссии. Например, цитируемый устав Канады ссылается на то, что *работа* самого персонала гуманитарных организаций пользуется защитой, и в отношении неправительственных организаций отмечает, что НПО должны пользоваться уважением, «если признается, что они предоставляют уход за больными и ранеными»<sup>22</sup>. В уставе Нидерландов употребляется более точный термин — «персонал, участвующий в гуманитарной деятельности», что можно прочесть как отражение требования соблюдать «рамки миссии»<sup>23</sup>. В Исследовании приводится такой

21 См. в общих чертах US Joint Publications 3-07.6, Joint Tactics, Techniques, and Procedures for Foreign Humanitarian Assistance.

22 Study, vol. II, p. 590, § 14. Более того, приводимый в Исследовании устав является по сути учебником, «кратким описанием кодекса поведения, применяемого ко всему канадскому персоналу, принимающему участие во всех военных операциях, кроме канадских внутренних операций» (Code of Conduct for Canadian Forces Personnel, Office of the Judge Advocate General, Canadian Ministry of National Defense, B-GG-005027/AF-023 (без даты), p. 1-1). Кодекс не является официальным *opinio juris* Канады в отношении законов и обычаев войны, но там неоднократно подчеркивается, что такое упрощение применяемых законов помогает в обучении.

23 Study, vol. II, p. 590, § 16.

факт: Индия предоставляет гуманитарному персоналу ту же защиту, что и медицинскому и религиозному<sup>24</sup>, но последняя категория персонала утрачивает защиту от прямого нападения, если его члены вовлечены в действия, наносящие вред противнику, или непосредственно участвуют в военных действиях. В Докладе о практике Иордании говорится, что Иордания «всегда принимает на себя [sic] безопасность тех, кто участвует в гуманитарной операции»<sup>25</sup>. И это не поддерживает предлагаемую норму, так как ставит в центр внимания действительную работу персонала гуманитарных организаций и ничего не говорит о защите, предоставляемой Иорданием персоналу гуманитарных организаций, который действует за пределами рамок своей миссии. И наконец, Исследование ссылается на представителя государства, председательствующего в ЕС, который говорит: «Во время вооруженных конфликтов безопасность гуманитарного персонала часто не соблюдалась»<sup>26</sup>. Единственный разумный вывод, который можно извлечь из этого утверждения: практика государств не соответствует описываемой норме.

Эти ограничения договорных положений, военных уставов и практики государств не случайны, ибо отражают согласованное различие, порожденное законными соображениями государств о безопасности со стороны государства и вооруженных сил, делая маловероятным молчаливое согласие государств с описываемым в норме далеко идущим принципом. Например, во время вторжения Израиля в Ливан в 1982 г. Израиль обнаружил машины «скорой помощи», обозначенные эмблемой Красного Полумесяца, якобы представляющие Палестинское общество Красного Полумесяца, которые перевозили здоровых бойцов и оружие противника. Сообщается, что такое поведение повторилось во время захвата храма Рождества в Вифлееме членами террористической Бригады мучеников аль-Аксы<sup>27</sup>. Если водители машин «скорой помощи» в этих примерах рассматривались бы как персонал гуманитарных организаций, а в действительности помогали воюющей стороне, Израиль не мог бы принять меры в соответствии с Нормой 31, как она сформулирована. Военные командиры тоже должны были беспокоиться о лицах, ложно претендующих на статус персонала гуманитарных организаций, как это было в Афганистане, когда некоторые члены «Аль-Каиды», захваченные в бою, утверждали, что работают в организации, оказывающей гуманитарную помощь. Эти примеры показывают, почему государства, составляя договорные положения

24 Study, vol. II, p. 591, § 27.

25 Ibid., p. 592, § 30.

26 Ibid., p. 602, § 111.

27 Точно так же 27 марта 2002 г. израильские силы обороны задержали водителя машины «скорой помощи» Красного Полумесяца и изъяли пояс с взрывчаткой и другие взрывные заряды из машины. Водитель признался, что лидер террористов дал ему взрывчатку для доставки террористам в Раммалахе. См. <http://www/mfa.gov.il/mfa/government/communiques/2002/apprehension%20of%20ambulance%20harbor-ing%20a%20wanted%20terro> (последнее посещение 4 июня 2007 г.).

по этой теме, создали положение о «рамках миссии» для персонала гуманитарных организаций, чего не делает Норма 31.

### *Opinio juris*

Согласно Исследованию, ряд государств считают себя юридически обязанными защищать персонал гуманитарных организаций в соответствии с обычным международным правом. Но смысл и обоснованность некоторых приведенных примеров в лучшем случае неясны. Например, в Исследовании в качестве примера приводятся Нигерия и Руанда: эти государства утверждают, что они юридически обязаны защищать персонал гуманитарных организаций от воздействия военных операций даже в отсутствие договорного обязательства<sup>28</sup>. Без цитирования применяемых ими действительных формулировок и вне контекста неясно, утверждали ли эти государства, что придерживаются такой точки зрения даже в отсутствие согласия государства и в ситуации, когда персонал организаций гуманитарной помощи действует за пределами своей миссии. Исследование также цитирует заявление Зимбабве, где говорится, что Зимбабве считает связанные с деятельностью гуманитарного персонала гарантии Женевских конвенций частью обычного международного права, но, как отмечалось выше, эти Конвенции подчеркивают важность согласия государства<sup>29</sup>. И наконец, в Докладе о практике США утверждается, что США считают «необоснованные нападения на сотрудников международных гуманитарных организаций тоже нарушениями международного гуманитарного права» (курсив наш). Ничто в этих словах не умаляет того факта, что дело может обстоять иначе, если сотрудники гуманитарных организаций действуют как комбатанты, а вопрос о согласии государства вообще не затрагивается<sup>30</sup>.

### *Немеждународные вооруженные конфликты*

Хотя в Исследовании утверждается, что Норма 31 применяется и в международных, и в немеждународных конфликтах, в поддержку распространения этой нормы на немеждународные вооруженные конфликты приводится весьма неплотная практика. Приводятся только два военных устава государств — участников ДП II и несколько широких заявлений стран, таких как Великобритания и США, о том, что убийство медицинских сотрудников МККК в немеждународном вооруженном конфликте является «варварским» и противоречит положениям законов и обычаям войны<sup>31</sup>. Исследование мало говорит о действительной военной практике в этой

28 Study, vol. II, p. 592, §§ 33 (Нигерия) и 34 (Руанда).

29 Ibid., p. 593, § 39.

30 Ibid., p. 613, § 181.

31 См. ibid., p. 612, §§ 178 (Великобритания), 180 (США).

области и цитирует всего несколько архивных документов МККК, в которых негосударственные субъекты гарантируют безопасность персоналу МККК. Хотя ДП II и нормы обычного международного права, относящиеся к гражданским лицам, могут предоставлять персоналу гуманитарных организаций защиту в немеждународных вооруженных конфликтах, Исследование почти не приводит свидетельств того, что Норма 31 как таковая описывает собственно обычное международное право, применимое в таких конфликтах.

### *Резюме*

США не считают, что Норма 31 в том виде, в каком она составлена, отражает обычное международное право, применимое к международным или немеждународным вооруженным конфликтам. Эта норма не отражает ни важный элемент — согласие государства, ни тот факт, что обязательства государств в этой области распространяются только на персонал гуманитарных организаций, действующий в рамках своей миссии, то есть предоставляющий гуманитарную помощь. В той мере, в какой авторы подразумевали требование о «рамках миссии», они только проиллюстрировали, насколько трудно предложить нормы обычного международного права, которые упрощены по сравнению с соответствующими договорными нормами.

Норма 45: «Запрещается использовать методы и средства ведения войны, которые имеют своей целью причинить или, как можно ожидать, причинят обширный, долговременный и серьезный ущерб окружающей среде» (первое предложение).

Защита окружающей среды во время вооруженных конфликтов стратегически целесообразна по причинам, включающим вопросы здоровья граждан, экономического благополучия и экологии, и это очевидно. Ниже следующее рассуждение не следует понимать как противовес общему адекватному и политическому соображению о возможных экологических последствиях нападения. Кроме того, принципы различия ясно говорят, что элементы окружающей среды не могут быть объектами нападения, если они не являются военными объектами в их традиционном определении, и что элементы окружающей среды нельзя разрушать, если это не вызвано военной необходимостью.

Тем не менее Исследование не показывает, как Норма 45, в том виде, в каком она изложена, отражает обычное международное право в международных и немеждународных вооруженных конфликтах ни в отношении обычного оружия, ни в отношении ядерного оружия<sup>32</sup>. Во-первых,

32 Это рассуждение касается только первого предложения Normы 45.



Исследование не делает точной оценки практики особенно затронутых государств. Они ясно выразили мнение, что любые обязательства, сходные с обязательствами, содержащимися в Норме 45, проистекают из договорных обязательств, а не из обычного международного права. (США не согласны с выводом Исследования, что Великобритания, США и Франция не относятся к особенно затронутым в том, что касается экологического ущерба, проистекающего из применения обычного оружия, если учесть глубину практики этих государств в результате их участия в значительном числе крупных международных конфликтов и в операциях по поддержанию мира на всей планете в XX в. и до сего дня.) Во-вторых, Исследование неправильно истолковывает или преувеличивает приводимые в нем некоторые элементы практики государств. В-третьих, Исследование рассматривает только ограниченную военную практику в этой области и делает на ее основе некорректные выводы.

### *Особенно затронутые государства*

В Исследовании признается, что при оценке плотности практики государств необходимо придавать большее значение практике особенно затронутых государств<sup>33</sup>, но в нем нет тщательной оценки этой практики. Франция и США неоднократно заявляли, что статьи 35(3) и 55 ДП I, из которых Исследование выводит первое предложение Нормы 45, не отражают обычное международное право. В своих ратификационных документах по КОО 1980 г. и Франция, и США утверждали, что параграф в Преамбуле к КОО о сущности статей 35(3) и 55 относится только к государствам, которые приняли эти статьи<sup>34</sup>. Юридический советник Государственного департамента США на Конференции в 1987 г. заявил, что США считают статьи 35 и 55 слишком широкими, двусмысленными и «не являющимися частью обычного права»<sup>35</sup>. Вместо того чтобы серьезно принять во внима-

33 Исследование, т. I, с. 1.

34 Эти заявления см. Study, vol. II, p. 878, §§ 152, 153.

35 Выступление Майкла Дж. Мейтсона, первого заместителя юридического советника Министерства обороны США, «Шестая ежегодная конференция Американского Красного Креста и Вашингтонского института права по международному гуманитарному праву: Рабочая группа по обычному международному праву и Дополнительным протоколам 1977 г. к Женевским конвенциям 1949 г.», *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, 1987, pp. 24, 436. Один из волнующих США вопросов таков: ст. 35(3) и 55 не признают, что использование такого оружия запрещено только тогда, когда ясно, что его применение чрезмерно в отношении ожидаемого конкретного и прямого общего военного преимущества. Исследование намеренно игнорирует это возражение, даже в проекте обычной нормы. Как говорится в комментарии, «данная норма является абсолютной. Если нанесен обширный, долговременный и серьезный ущерб окружающей среде или если окружающая среда используется в качестве оружия, не имеет смысла спрашивать, можно ли оправдать такие действия или результат военной необходимостью или был ли случайный ущерб чрезмерным» (Исследование, т. I, с. 201).

Пример, показывающий, почему государства — особенно те, что не подписали ДП I, — вряд ли поддержат Норму 45: предположим, что страна А спрятала свой арсенал химического и биоло-

ние эти заявления, Исследование опирается на свидетельства гораздо меньшего доказательного значения. Руководство по военному праву Управления военной юстиции армии США, на которое ссылается Исследование в своем утверждении, что США считают это положение Нормы 45 обязательным, — всего лишь публикация для целей обучения, она не считалась и не считается авторитетным заявлением о политике и практике США<sup>36</sup>. Не является таковым и Руководство командира Военно-воздушных сил США, которое Исследование цитирует как авторитетное<sup>37</sup>.

В добавление к утверждению, что статьи 35(3) и 55 не являются обычным международным правом в отношении использования оружия вообще, особенно затронутые государства, обладающие ядерным оружием, неоднократно утверждали, что эти статьи не распространяются на использование ядерного оружия. Например, некоторые особенно затронутые государства, такие как Великобритания, Россия, США и Франция, утверждали это в своих представлениях Международному суду (МС)<sup>38</sup>. Британский военный устав конкретно исключает из ограничений по статье 35(3) использование ядерного оружия против военных объектов<sup>39</sup>. В докладе, подводящем итоги Конференции, на которой был разработан Дополнительный протокол I, США отмечали:

В ходе Конференции не рассматривались вопросы относительно применения ядерного оружия. Некоторые статьи, казалось бы, могут поднимать вопросы использования ядерного оружия, особенно статья 55 о защите природной среды. Но делегация США на протяжении всей Конференции считала, что разрабатываемые нормы предназначаются для обычного оружия и его воздействия и что ус-

гического оружия в большом тропическом лесу и планирует применить его против страны Б. По этой норме страна Б не может нанести удар по этому арсеналу, если предполагает, что такой удар способен причинить обширный, долговременный и серьезный ущерб тропическому лесу, даже если у нее есть доказательство о надвигающемся запуске этого оружия страной А и она знает, что сам этот запуск вызовет экологическое бедствие. В самом деле один из авторов Исследования признает в другой работе, что справедливая оценка военной цели связана с анализом того, когда разрешается нападение, которое причинит вред. См. Луиза Досвальд-Бек, «Международное гуманитарное право и Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения», *МЖКК*, № 14, январь–февраль 1997, с. 56.

36 Study, vol. II, p. 883, § 186.

37 Ibid., pp. 882–883, § 185.

38 Письмо от 20 июня 1995 г. исполняющего обязанности юридического советника Государственного департамента вместе с письменным заявлением правительства США, с. 25–28; письмо от 16 июня 1995 г. Юридического советника Министерства по делам Содружества Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии вместе с письменным заявлением правительства Соединенного Королевства, с. 40–46; письмо от 19 июня 1995 г. Посла Российской Федерации вместе с письменным заявлением правительства России, с. 10–11; письмо от 20 июня 1995 г. Министерства иностранных дел Франции вместе с письменным заявлением правительства Франции, с. 31–33.

39 Study, vol. II, p. 882, § 184.

танавливаемые Протоколом новые нормы не имеют своей целью регламентировать или запрещать применение ядерного оружия. Мы выразили это понимание несколько раз во время Конференции, и то же ясно заявили британские и французские делегации. Насколько мы знаем, ни одна делегация не возразила<sup>40</sup>.

Материалы Конференции 1974 г., отражающие предшествующую работу над текстом, который стал ДП I, содержат мнение Великобритании по этому вопросу: «Делегация Великобритании также поддержала выраженную во вступлении к проекту Протоколов точку зрения МККК, согласно которой она не имеет своей целью начать обсуждение проблем, связанных с атомными, бактериологическими или химическими средствами ведения войны... Предполагалось, что проекты Протоколов не затронут тех проблем, над которыми работало и будет продолжать работать правительство Великобритании с целью достижения окончательного согласия по Протоколам»<sup>41</sup>. Присоединяясь к ДП I, и Великобритания, и Франция заявили, что они по-прежнему считают, что Протокол в целом не относится к ядерному оружию. Например, Великобритания заявила: «Великобритания по-прежнему понимает так, что вводимые Протоколом нормы распространяются исключительно на обычное оружие... В частности, вводимые нормы никак не затрагивают, не регламентируют и не запрещают применение ядерного оружия»<sup>42</sup>.

В Исследовании говорится: «Представляется, что США упорно возражают против первой части этой нормы. Кроме того, Великобритания, США и Франция упорно возражают против применения первой части данной нормы к использованию ядерного оружия»<sup>43</sup>. Но весомые свидетельства — в том числе тот факт, что МККК в своих заявлениях, сделанных как до Дипломатической конференции, так и по ее завершении, признал это условием, ограничивающим провозглашение новых норм на Конференции; что особенно затронутые государства выдвигали эти возражения со времени формулирования нормы и что эти государства с тех пор выступают с этими возражениями, — ясно указывают не просто на упорные возражения этих трех государств, но на то, что норма не сформировалась в обычную норму вообще.

40 *Digest of U.S. Practice*, 1977, p. 919.

41 Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Vol. 5–6 (1977), p. 134.

42 Заявление Великобритании 28 января 1998 г., исправленное 2 июля 2002 г. См. также заявление Франции 11 апреля 2001 г.

43 Отмечаем, что Исследование ставит под сомнение дальнейшую правомочность доктрины «упорного возражения» (Исследование, т. I, с. 194). Правительство США считает, что эта доктрина остается в силе.

### *Общие свидетельства о практике государств и opinio juris*

Включенная в Исследование иная практика либо не поддерживает, либо умаляет обычность Нормы 45. Речь идет о следующих приведенных примерах: государства, дающие согласие на применение статей 35(3) и 55<sup>44</sup>; государство, выражающее озабоченность тем, что противостоящие силы направляли удары против его химических заводов, но не утверждающее, что такие удары незаконны<sup>45</sup>; Международный суд, указавший в 1996 г., что статья 35(3) накладывает ограничения на те государства, которые стали участниками ДП I, и тем самым указавший, что она не является нормой обычного международного права<sup>46</sup>; проекты кодексов и принципов, опубликованные международными организациями и не являющиеся обязательными по своим условиям<sup>47</sup>; и заявления, которые могли быть обусловлены в равной степени политикой и чувством правового долга. Некоторая приведенная практика особо ссылается на договор как основу для обязательств в этой области. В 1992 г., в меморандуме, приложенном к письму председателю Шестого комитета Генеральной Ассамблеи ООН, США и Иордания заявили, что статья 55 ДП I требует, чтобы государства-участники «при ведении войны заботились о защите природной среды от обширного, долговременного и серьезного ущерба». То есть США и Иордания охарактеризовали эту норму как обязательство не обычного права, а основанного на договоре<sup>48</sup>. В Докладе о практике Израиля, где говорится, что израильские оборонные силы не используют и не поддерживают методы и средства ведения войны, включенные в Норму 45, нет и намека на то, что Израиль усвоил эту политику из чувства правового долга<sup>49</sup>. Что касается двадцати приведенных Исследованием военных уставов (все, кроме одного, разработаны в государствах — участниках ДП I), Исследование не предлагает никаких свидетельств о том, что хотя бы одно из этих девятнадцати государств-участников включило такое положение в свой устав, руководствуясь не договорным обязательством, а чувством *opinio juris*. В итоге ни один из приведенных примеров не дает ясного указания на безоговорочную поддержку этой нормы ни в форме государственной практики, ни в форме *opinio juris*.

### *Внутреннее уголовное право*

В Исследовании перечисляются различные нормы уголовного законодательства государств, касающиеся нанесения ущерба окружающей среде.

44 Study, vol. II, p. 879, §§ 157, 158.

45 Ibid., pp. 887–888, §§ 224, 225. См. также p. 900, § 280 (комитет ОБСЕ обратил внимание на обстрел, который мог нанести ущерб окружающей среде, не указывая, что такие удары незаконны).

46 Ibid., pp. 900–901, § 282.

47 Ibid., p. 878 (§ 156), p. 879 (§ 160), p. 898 (§§ 273, 274), pp. 898–99 (§ 275) и p. 902 (§ 289).

48 Ibid., p. 891, § 244.

49 Ibid., p. 890, § 241.

Некоторые из этих законов проистекают из обязательства по статье 85 ДП I о пресечении нарушений Протокола. Некоторые другие законы государств вводят широкое понятие преступления, называемого «экоцид», но большинство приведенных положений не проясняют, относится ли это преступление к действиям, предпринимаемым с использованием военной силы. Как отмечалось выше, ряд государств (в том числе Австралия, Бурунди, Великобритания, Германия, Грузия, Канада, Конго, Нидерланды, Новая Зеландия и Тринидад) ввели статью 8(2)(b)(iv) Статута МУС в свои уголовные кодексы. Но положение МУС запрещает использование оружия, описываемого в Норме 45, только в тех случаях, когда его применение причинит ущерб, «явно несоизмеримый с конкретным и непосредственно ожидаемым общим военным превосходством»<sup>50</sup>. Ясно, что эти положения внутреннего уголовного права не поддерживают более широкое утверждение в Норме 45, которое мешало бы государствам учитывать принципы военной необходимости и соразмерности. И наконец, Исследование почти не приводит доказательств того, что какое-либо из этих государств ввело законы уголовного права, запрещающие такие действия из чувства *opinio juris*. Тот факт, что государство недавно ввело уголовную ответственность за какое-либо деяние, не обязательно говорит о том, что это деяние было ранее запрещено по обычному международному праву. Ведь государство может ввести уголовную ответственность за это деяние именно потому, что до введения во внутреннее право уголовной ответственности за него оно было либо не запрещено, либо регламентировалось неадекватно.

### *Военная практика*

В Исследовании рассматривается ограниченное число недавних примеров практики проведения военных операций и на их основе делается заключение, что «практика в отношении методов ведения войны... показывает широко распространенное, представительное и практически единогласное согласие с тем, что норма статей 35(3) и 55(1) ДП I принадлежит к обычному праву»<sup>51</sup>. Однако приведенные примеры несостоятельны, так как ни один из них не демонстрирует той степени экологического ущерба, которая бы приводила в действие Норму 45. Вместо надлежащего вывода о том, что базовые договорные положения, на которых основана норма, слишком широки и двусмысленны, чтобы служить полезным руководством для государств, как давно утверждают Соединенные Штаты, Исследование предлагает считать, что ненарушение нормы означает признание ее обычным правом со стороны государств. Примечательно, что после нападения Ирака на кувейтские нефтяные поля международная критика в основном сосредоточилась на том, что эти атаки нарушили доктрину о воен-

50 Римский Статут Международного уголовного суда, статья 8 (2)(b)(iv).

51 Исследование, т. I, с. 197.

ной необходимости и соразмерности<sup>52</sup>. По большей части критики не настаивали на потенциальных нарушениях обычных норм, относящихся к экологическому ущербу в духе Нормы 45<sup>53</sup>. Комитет, созданный для оценки кампании НАТО по бомбардировке Федеративной Республики Югославии, отметил: «Представляется очень трудным возбудить *prima facie* дело на основе этих положений [ДП I], даже если предположить, что они применялись»<sup>54</sup>. Возможно, Норма 45 в том виде, в каком она сформулирована, как и договорные положения, на которых она основана, накладывает настолько ограниченные и неточные рамки на действие, что вообще не функционирует как норма.

### *Немеждународные вооруженные конфликты*

Поскольку Исследование не предлагает достаточного свидетельства того, что Норма 45 является обычным правом в международном вооруженном конфликте, постольку оно не в состоянии адекватно доказать и принадлежность этой нормы к обычному международному праву, применимому к немеждународным вооруженным конфликтам. (Само Исследование признает, что аргумент в пользу применимости Нормы 45 в немеждународных конфликтах является более слабым<sup>55</sup>.) Предложение Австралии включить положение, подобное статье 35(3) в ДП I, не было принято, и это еще больше ослабляет утверждение о принадлежности Нормы 45 к обычному международному праву, применимому в немеждународных вооруженных конфликтах<sup>56</sup>.

### *Резюме*

У государств есть много оснований, чтобы обсуждать разрушение окружающей среды, и много оснований учитывать экологические соображения при определении военных целей. Однако по изложенным причинам

- 52 См. Yoram Dinstein, «Protection of the environment in international armed conflict», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5 (2001), pp. 523, 542–546 и примечания (в которых обсуждается незаконность действий Ирака, но отмечается, что «многие ученые придерживаются той точки зрения, что, хотя нанесенный Ираком ущерб был несомненно обширным и серьезным, он не прошел проверку на 'долговременность' (измеряемую в десятилетиях)»).
- 53 Эти удары безусловно нарушали положения права о вооруженном конфликте, особенно в части, касающейся военной необходимости. Правительство США, соглашаясь с мнением международных экспертов, собравшихся в Оттаве, Канада, 9–12 июля 1991 г., пришло к мнению, что действия Ирака нарушали, помимо прочих положений, статью 23(ж) Приложения к Четвертой Гаагской конвенции 1907 г. и статью 147 Четвертой Женевской конвенции. См. письмо от 19 марта 1993 г. заместителя постоянного представителя США председателю Совета Безопасности ООН, S/25441, p. 15.
- 54 Итоговый доклад прокурору Комитета, созданного для оценки кампании НАТО по бомбардировке Федеративной Республики Югославии (13 июня 2000 г.), п. 15.
- 55 Исследование, т. I, с. 200–201.
- 56 Study, vol. II, pp. 877–878, § 150.

Исследование предложило недостаточное обоснование в пользу вывода о том, что Норма 45 является нормой обычного международного права в отношении обычного или ядерного оружия и в международных, и немеждународных конфликтах.

Норма 78: «Запрещается применять против людей пули, которые взрываются в человеческом теле».

Хотя ясно, что противопехотные пули, специально предназначенные для взрыва в человеческом теле, запрещены, и хотя оружие, в том числе разрывные пули, нельзя применять с целью причинения излишних страданий, Норма 78, в том виде, в каком она сформулирована, представляет собой более широкое и менее четко выраженное запрещение. Как минимум две проблемы возникают в связи с этой нормой. Во-первых, она не определяет, к какому виду оружия относится фраза «пули, которые взрываются в человеческом теле». В той мере, в какой Исследование предусматривает норму, охватывающую пули, которые при определенных обстоятельствах взрываются в человеческом теле (но не созданы для этого), практика государств и Комментарий МККК к Дополнительному протоколу 1977 г. говорят о том, что государства не согласились с этим широким запретом. Во-вторых, есть два типа разрывных пуль. Первый — это снаряд, предназначенный для взрыва в человеческом теле, и с его запретом США согласны. Второй — это осколочно-фугасный снаряд, предназначенный прежде всего для применения против материальных средств (не созданный для взрыва в человеческом теле), и он может использоваться против материальных средств и людей. Норма 78 не проводит различия между ними. Если, как подсказывает формулировка, Исследование утверждает, что обычное международное право содержит запрет на противопехотное применение противотранспортных разрывных пуль, то оно игнорирует практику государств в этой области. И наконец, Исследование экстраполирует норму на немеждународные конфликты без какого-либо основания для этого.

### *Пули, включаемые в норму*

Что касается видов оружия, охватываемых фразой «пули, которые взрываются в человеческом теле», формулировка Нормы 78, как представляется, основывается на испытании с целью определить последствия и при этом не проводит различия между снарядами, которые почти всегда взрываются в человеческом теле, в том числе предназначенными специально для этого; снарядами, которые могут предсказуемо взорваться в человеческом теле при их обычном применении, и снарядами, которые в отдельных или редких случаях за пределами их обычного применения могут взорваться в

человеческом теле. Хотя есть важная практическая разница между этими типами военного снаряжения, как и вообще между снарядами, созданными для взрыва в человеческом теле, и снарядами, созданными для других, законных, целей, формулировка нормы показывает, что Исследование в этой основанной на последствиях проверке считает незаконными все три категории. В таком случае нет свидетельств о том, что государства приняли этот стандарт; если государства и приняли нормы в этой области, то только в отношении первой категории снарядов — тех, что предназначены для взрыва в человеческом теле. Действительно, Исследование признает: «В военных уставах и наставлениях, а также в заявлениях нескольких государств применение таких пуль считается запрещенным, только если они направлены против пехоты или предназначены для взрыва при столкновении с человеческим телом»<sup>57</sup>. Но Исследование игнорирует значение проектного расчета в своей формулировке Нормы 78<sup>58</sup>.

МККК выдвинул основанную на последствиях норму на Второй конференции 2001 г. по рассмотрению действия Конвенции о конкретных видах обычного оружия, предложив государствам — участникам Конвенции решить вопрос о принятии протокола, который бы запрещал использование против людей пуль, взрывающихся в человеческом теле. Хотя Исследование отмечает сделанное МККК собственное представление на этой Конференции<sup>59</sup>, оно не упоминает, что государства-участники решили не составлять протокол или другой документ по этому вопросу. МККК предложил тот же самый стандарт в ныне отмененном проекте об «излишних повреждениях или ненужных страданиях» (SIrUS). Используя этот стандарт, «основанный на последствиях» (а не на проектом расчете), Исследование в своем комментарии предлагает к обсуждению определенные виды оружия, которые мы не считаем подпадающими под категорию пуль, взрывающихся в человеческом теле. Утверждение в комментарии к Норме 78, что «некоторые пули калибра 12,7 мм взрываются в веществе, имитирующем ткани человеческого тела», представляется попыткой включить в категорию пуль, взрывающихся в человеческом теле, многоцелевые подрывные средства калибра 12,7 компании «Рауфосс»<sup>60</sup>. Утверждение Исследования относится к испытаниям, проведенным МККК в 1998 г., которые впоследствии были признаны дефектными по своей методологии, результатам и выводам на повторном испытании 1999 г. в Туне, Швейцария,

57 Исследование, т. I, с. 349.

58 Военный устав Германии признает запрет на такие разрывные пули, «которые могут покалечить только непосредственно затронутого человека, но не других людей» (курсив наш), Study, vol. II, p. 1788, § 13. В одной из юридических публикаций США говорится, что «взрывной снаряд, предназначенный исключительно для применения против людей, запрещен, так как в этом нет военной цели» (курсив наш), *ibid.*, p. 1791, § 35.

59 *Ibid.*, p. 1794, § 47.

60 Исследование, т. I, с. 349.



на котором члены МККК были наблюдателями<sup>61</sup>. Опубликованные выводы участников повторного испытания не поддержали вывод МККК о том, что это боевое средство должно считаться типом пуль, взрывающихся в человеческом теле, но Исследование не упоминает этого повторного испытания 1999 г.

### *Включенные в норму способы применения*

Норма, в том виде, в каком она сформулирована, предлагает полный запрет на все случаи, когда разрывные пули могут применяться против людей, но практика государств не дает оснований для этого. Попытки ограничить применение разрывных пуль восходят к Декларации 1868 г., запрещающей применение в военное время взрывчатых снарядов весом менее 400 граммов («Санкт-Петербургская декларация»)<sup>62</sup>. Эта Декларация запретила применение разрывных пуль в международных вооруженных конфликтах между подписавшими ее государствами. Но Санкт-Петербургскую декларацию подписали только семнадцать представителей правительств, и еще два государства, Баден и Бразилия, примкнули в 1869 г. Несмотря на утверждение Исследования, что Санкт-Петербургская декларация представляла практику «большинства государств, существовавших в то время»<sup>63</sup>, на самом деле она представляла практику менее половины существовавших тогда государств<sup>64</sup>. Более того, только одно государство примкнуло к Санкт-Петербургской декларации после 1869 г.<sup>65</sup>.

Со времени принятия Санкт-Петербургской декларации практика государств в применении разрывных пуль против людей значительно расширилась, несмотря на утверждение МККК, что правительства «придерживаются» Декларации. Два участника проведенной МККК встречи экспертов в 1974 г. в Люцерне по конкретным видам обычного оружия приходят к следующему выводу:

В настоящее время широко распространено мнение, что в свете развития оружейной технологии и практики государств Санкт-Петербургскую декларацию нельзя понимать буквально. Во всяком

61 Частично испытание 1998 г. имело изъяны, потому что было проведено вопреки принципу: «при рассмотрении оружия малого калибра, необходимо смотреть не просто на пулю, но на весь способ доставки к цели и контекст, в котором это оружие будет применяться» (Christopher Greenwood, «Legal aspects of current regulations». Keynote speech at Third International Workshop on Wound Ballistics, Thun, Switzerland, March 28–29, 2001).

62 *American Journal of International Law*, Vol. 1, 1907, Supp. pp. 95–96.

63 Исследование, т. I, с. 348.

64 Из всех независимых государств западного полушария к Санкт-Петербургской декларации примкнула только Бразилия. Кроме того, к Декларации не примкнуло ни одно африканское или восточноазиатское государство, существовавшее в то время.

65 Эстония примкнула в 1991 г.

случае как таковая она стала декларативной нормой обычного международного права... Содержащийся в ней запрет служит иллюстрацией принципа, запрещающего причинение излишних страданий, по крайней мере, как это усматривалось в 1868 г.<sup>66</sup>.

В правовых оценках США подробно описывается практика государств, противоположная утверждению МККК и согласующаяся с выводом, содержащимся в приведенной выше цитате. МККК не приводит эту противоположную практику в своем резюме этих юридических оценок США<sup>67</sup>. Гаагский проект правил ведения воздушной войны 1923 г. («Проект правил»), недвусмысленно вытесняющих собой Санкт-Петербургскую декларацию в части, касающейся взрывных снарядов, вводил исключение в широкий запрет разрывных пуль для взрывных снарядов, используемых «воздушными судами или против них»<sup>68</sup>. Хотя Исследование ссылается на Проект правил, оно не отмечает, что это исключение из тотального запрета на применение разрывных пуль разрешает их применение самолетами без категорического ограничения целей, то есть разрешает использовать их против материальных средств и против людей. После разработки Проекта правил государства широко применяют пули, которые могут взрываться при столкновении с материальными средствами, и в противопехотных, и в противотранспортных целях<sup>69</sup>. Эти снаряды были в практическом использовании у всех государств, участвовавших во Второй мировой войне и в конфликтах после нее, в том числе в широко распространенных брейющих атаках против сил противника, что после Первой мировой войны было общей практикой в каждом конфликте, в котором использовались самолеты. Когда такое оружие против материальных средств применяется против войск, распространенная практика государств указывает на то, что предусматриваемый Нормой 78 явно общий запрет на применение разрывных пуль против людей не отражает обычное международное право.

Приводимая в Исследовании практика не является обоснованием для нормы, запрещающей применение разрывных пуль против людей в любых обстоятельствах. Исследование включает в том II примеры из воен-

66 Pertti Joenniemi and Allan Rosas, *International Law and the Use of Conventional Weapons*, 1975, p. 30.

67 Study, vol. II, p. 1791, § 35.

68 Правила ведения воздушной войны. Проект составлен Комиссией юристов в Гааге, глава IV, ст. 18.

69 Обновленная в 2000 г. правовая оценка США 1998 г. в отношении многоцелевых снарядов Рауфосса калибра 12,7 мм, другие разделы которой приводятся в Исследовании (vol. II, p. 1791, § 35), перечисляет широко распространенное применение осколочно-фугасных или осколочно-фугасных зажигательных снарядов весом менее 400 граммов, многие из которых, как правило, будут взрываться при столкновении с человеческим телом или внутри него. Хотя Исследование приводит такую оценку, это не дает полной картины результатов Исследования, поскольку опущен этот обзор данных о практике государств.

ных уставов одиннадцати стран, хотя только шесть из них содержат безоговорочный запрет разрывных пуль<sup>70</sup>; из законодательных актов шести стран, только три из которых дают дополнительную поддержку норме, как она сформулирована<sup>71</sup>; из заявлений нескольких государств на дипломатических конференциях, большинство которых расплывчаты<sup>72</sup>; и из сообщений об оперативной практике только двух государств<sup>73</sup>. Из всех этих источников максимум два ссылаются на обычное международное право как правовую основу правил применения разрывных пуль<sup>74</sup>. Даже не считая существования противоположной практики государств, этот набор свидетельств недостаточен для того, чтобы установить принадлежность нормы в ее формулировке к обычному праву.

- 70 Исследование приводит в качестве примера военные уставы Австралии, Бельгии, Великобритании, Германии, Испании, Италии, Канады, Новой Зеландии, России, США и Франции (vol. II, pp. 1788–1789, §§ 8–20). Из них устав Германии недвусмысленно возражает против нормы, как она написана, а уставы Великобритании, Италии и Франции неубедительны в своей поддержке. Инструкции Военно-воздушных сил США, приводимые также в пользу Нормы 157, содержат отрицание, заявляя: «Эти инструкции предназначены для информации и руководства советников военно-юридической службы и других лиц, чья служба особо связана с нормами международного права, применяемыми во время вооруженных конфликтов. Они дают ссылки и предлагают решения самых разных юридических проблем, но не являются директивой. Как инструкции военно-воздушных сил, они не провозглашают официальную политику правительства США, хотя относятся к политике США, МО и Военно-воздушных сил». Поэтому Инструкции военно-воздушных сил США не могут рассматриваться как надлежащий пример государственной практики.
- 71 Законодательства Австралии, Андорры, Италии, Нидерландов, Эквадора и Югославии. Законодательство Эквадора запрещает применение разрывных пуль только Национальной гражданской полиции, а законодательство Италии делает исключение для «воздушных и противоздушных систем». В Исследовании отмечается, что австралийский закон о военных преступлениях 1945 г. запрещал «разрывные пули», Study, vol. II, p. 1790, §§ 21–26. В Исследовании не упоминается сделанная в 2001 г. в Австралии оценка многоцелевого снаряда Рауфосса калибра 12,7 мм, согласно которой этот снаряд законен. (Defense Legal Office, Defense Corporate Support, Australian Ministry of Defense, Memorandum CS97/23/23431 (January 23, 2001), тема: Правовая оценка снарядов калибра 12,7 мм, производимых компанией NAMMO.) Австралийский правовой обзор был темой доклада на встрече экспертов по правовой оценке оружия и по проекту «Чрезмерные повреждения или излишние страдания», проведенной МККК 29–31 января 2001 г. в Жюнье-сюр-Веве.
- 72 Заявления, сделанные Бразилией и Колумбией, не поддерживают утверждения, что норма, в том виде, в каком она написана, является обычной, но выражают скорее поддержку в пользу запрета разрывных пуль в некоторых обстоятельствах, Study, vol. II, p. 1790, §§ 28–29. Исследование включает также заявления Великобритании и Норвегии, сделанные перед МС в «Деле о ядерном оружии» (1995) и на Второй Конференции по рассмотрению действия Конвенции о конкретных видах обычного оружия (2001) соответственно. См. *ibid.*, p. 1791, §§ 32–33 (Норвегия) и § 34 (Великобритания). Норвежское заявление в адрес МККК отражает точку зрения Норвегии, согласно которой необходимо рассматривать ряд факторов, в том числе намеренное применение, при оценке законности какого-либо оружия; британское заявление соответствует положениям Санкт-Петербургской декларации.
- 73 Исследование излагает только три примера якобы оперативной практики: Доклад о практике Индонезии (vol. II, p. 1791, § 30); Доклад о практике Иордании (*ibid.*, § 31), и заявление югославской армии (*ibid.*, p. 1792, § 37). Доклад об Индонезии на самом деле не является свидетельством оперативной практики, он просто говорит, что представляет собой право, применяемое в Индонезии.
- 74 Это военные уставы Германии и, возможно, Уголовный кодекс Югославии.

Примеры оперативной практики, приведенные в Исследовании, особенно сомнительны. Доклад о практике Индонезии говорит лишь о том, что разрывные пули, по сообщениям, в Индонезии запрещены, — это неподтвержденный пример государственной практики<sup>75</sup>. Доклад о практике Иордании говорит лишь о том, что Иордания «не применяет, не производит и не накапливает разрывные пули», но неясно, делает она это из чувства правового долга по обычному или договорному праву или просто в силу политических либо практических соображений<sup>76</sup>. В целом, Исследование не признает, что у разных военных есть разные требования и что государство может отказаться от применения взрывных снарядов по военным, а не правовым причинам.

Единственный пример действительного поведения на поле боя, приводимый в Исследовании в поддержку Нормы 78, — выдвинутое против Словении обвинение военного командования Югославской Народной армии (ЮНА) СФРЮ в применении ее силами разрывных пуль<sup>77</sup>. Неясно, как использовались эти пули — наземными силами против других наземных сил, самолетами против людей или как-нибудь иначе. Главное, что употребление в Исследовании эллиптических предложений не позволяет понять, за что критикуются словенские силы — за поведение, «запрещенное по международному праву», за само применение разрывных пуль против живой силы или за то, что их применяют против «членов [личного состава] *и их семей*» (курсив наш). Если эти утверждения верны, они говорят о нарушении других принципов международного права. Поэтому трудно определить, поддерживает ли этот пример широкую норму, постулируемую Исследованием, или более узкую норму, ограничивающую конкретные виды использования разрывных пуль против живой силы.

### *Немеждународный вооруженный конфликт*

В Исследовании также утверждается, что Норма 78 является нормой обычного международного права, применимого в немеждународных вооруженных конфликтах. Но в нем приводится мало свидетельств в поддержку этого утверждения. Санкт-Петербургская декларация относится только к международным вооруженным конфликтам между государствами, подписавшими ее; внутренние конфликты в ней не упоминаются. Фактически единственным свидетельством Исследования об *opinio juris* в этом отношении является отсутствие в вышеприведенных военных уставах и зако-

75 Study, vol. II, p. 1791, § 30.

76 Ibid., § 31.

77 «Власти и Вооруженные силы Республики Словения угрожают ЮНА как оккупационной армии своими грубыми нападками на членов ЮНА и их семьи, доходя до использования средств и методов, которые не использовались даже фашистскими соединениями и которые запрещены международным правом... Они... применяют разрывные пули» (Ibid., p. 1792, § 37).

нодательствах разграничения между международными и немеждународными вооруженными конфликтами. Поскольку правительства по практическим причинам, не связанным с правовыми обязательствами, в случае участия в немеждународном вооруженном конфликте используют, как правило, военные боеприпасы, имеющиеся у них для международных вооруженных конфликтов, и поскольку история изобилует примерами использования разрывных пуль в международных вооруженных конфликтах, утверждение Исследования о том, что обычное право, применяемое в немеждународных конфликтах, содержит соответствующий запрет, не подтверждается примерами из практики государств. Более того, этот анализ никак не объясняет приводимый в Исследовании военный устав Великобритании, где применение разрывных пуль запрещается исключительно против живой силы *только* в международных вооруженных конфликтах<sup>78</sup>.

### Резюме

Практически ни одно свидетельство о практике, приведенное в поддержку Нормы 78, не отображает оперативную практику; Исследование игнорирует противоположную практику и приводит мало свидетельств в пользу соответствующей *opinio juris*. Свидетельство об ограничениях на применение разрывных пуль поддерживает различные узкие нормы, но не широкую абсолютную норму, предлагаемую Исследованием. Таким образом, утверждение, что Норма 78 представляет собой обычное международное право, применимое в международных и немеждународных конфликтах, неубедительно.

Норма 157: «Государства имеют право наделять свои национальные суды универсальной юрисдикцией в отношении военных преступлений».

Безнаказанность военных преступников представляет собой серьезную проблему, и США последовательно работают над ее решением. Начиная со Второй мировой войны и до кризисов последнего времени в бывшей Югославии и в Руанде США внесли существенный вклад в обеспечение ответственности за военные и другие международные преступления. Обеспечение ответственности предполагает наличие соответствующих судов, где рассматривались бы самые серьезные нарушения международного права<sup>79</sup>. Частично решение проблемы состоит в том, чтобы те, кто совершил

78 Study, vol. II, p. 1789, § 19.

79 Женевские конвенции и ДП I объединяют элементы, отражающие эти усилия.

такие преступления, не могли найти безопасное убежище. Для этого требуется, чтобы государства — участники различных договоров ослабили юрисдикционные препятствия для их преследования. Например, статья 146 Четвертой Женевской конвенции требует, чтобы все государства-участники экстрадировали или подвергали судебному преследованию лицо, подозреваемое в серьезном нарушении, даже когда государство не затронуто напрямую этим преступлением. Но Исследование не дает адекватного обоснования утверждению, что Норма 157, сформулированная гораздо шире, представляет собой обычное международное право.

### *Ясность утверждаемой нормы*

Если Норма 157 предназначена для продвижения к общей цели Исследования — «способствовать устранению неясных моментов и поводов для споров, которые присущи самому понятию обычного международного права»<sup>80</sup>, она должна иметь точный смысл. Но выражение «военные преступления» представляет собой аморфный термин, используемый в различных контекстах для обозначения различных вещей. Определение, которое Исследование дает этому термину в Норме 156, не уточняет, подпадают ли под это определение конкретные деяния. В целях данных замечаний предположим, что «военные преступления», о которых говорится в Норме 157, — это преступления, перечисленные в комментарии к Норме 156. В эти деяния входят серьезные нарушения Женевских конвенций и ДП I, иные преступления, преследуемые как «военные преступления» после Второй мировой войны и включенные в Римский статут, серьезные нарушения статьи 3, общей, Женевских конвенций и несколько деяний, которые считаются «военными преступлениями» по «обычному праву, разработанному с 1977 г.», одни из которых включены в Римский статут, а другие нет<sup>81</sup>.

Полагая, что такова предполагаемая сфера применения нормы, мы считаем, что в рассуждении Исследования о ее статусе как обычного международного права есть, по меньшей мере, три ошибки. Во-первых, Исследование не признает, что в большей части национальных законодательств, приводимых в поддержку нормы, используются различные определения термина «военные преступления», что делает практику государств более разнообразной, чем это следует из Исследования. Во-вторых, упоминаемая практика государств на самом деле не поддерживает приведенное в норме определение универсальной юрисдикции. Хотя Норма 157 предусматривает юрисдикцию государств применительно к действиям, не имеющим отношения к данному государству, приводимые в качестве примера многочисленные государственные законы ссылаются на принцип пассивной

80 Исследование, т. I, с. xl.

81 Там же, с. 735–757.

или активной правосубъектности, принцип защиты или территориальной связи с деянием до того, как данное государство совершит правосудие. Более того, Исследование приводит очень мало свидетельств о действительном преследовании военных преступлений, не связанных с государством, в котором находится суд (в противоположность простому принятию государствами определенного законодательства)<sup>82</sup>. В-третьих, Исследование объединяет действия во исполнение договорных обязательств с действиями, предпринимаемыми из чувства обычного правового долга по обычному международному праву. Эти ошибки подрывают вывод Исследования о том, что Норма 157 составляет обычное международное право.

### *Различное понимание «военных преступлений»*

Национальное законодательство, приводимое в комментарии к Норме 157, пользуется множеством определений «военных преступлений», и только некоторые из них близко соответствуют определению Исследования, и ни одно из них не соответствует ему полностью<sup>83</sup>. В приведенных законодательных актах многое не имеет четкого определения «военных преступлений» и потому не может служить поддержкой нормы. Хотя военные уставы Хорватии, Венгрии и Швейцарии, помимо прочих, дают определение «военным преступлениям» как «серьезным нарушениям», отсутствие конкретности оставляет туманным заложенный в них смысл<sup>84</sup>. Даже среди тех немногих государств, которые используют определение «воен-

82 «Необходимо подчеркнуть, что порождающая обычай практика всегда состоит из действительных актов физического поведения, а не из простых слов, которые в лучшем случае только обещают определенное поведение. Путаница часто возникает из-за того, что вербальные акты, например, договоры, резолюции или декларации — тоже поведение в широком смысле этого слова, и оно в определенных случаях тоже может стать порождающей обычай практикой, но только в отношении обычая выступать с такими вербальными актами, а не в отношении постулируемого в них поведения» (K. Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 24, 1993, p. 1).

Обсуждая ограниченную практику государств, требующих применения универсальной юрисдикции для преследования различных международных преступлений, М. Шериф Бассиуни отмечает: «Ни одна страна не имеет универсальной юрисдикции по отношению ко всем этим преступлениям (геноцид, военные преступления, преступления против человечности, пиратство, рабство, пытка и апартеид). Поэтому трудно сказать больше, чем то, что универсальная юрисдикция редко существует в практике государств и осуществляется лишь ограниченно» (M. Cherif Bassiouni, «Universal jurisdiction for international crimes: Historical perspectives and contemporary practice», *Virginia Journal of International Law*, No. 42, 2001, pp. 81, 136 n. 195).

83 Study, vol. II, pp. 3894–3912, §§ 163–245.

84 Ibid., p. 3858, § 22 (Хорватия), p. 3859, § 28 (Венгрия) и p. 3861, § 38 (Швейцария). В Исследовании есть также ряд цитат из государственных законов и уставов, которые не включают преступления против закона войны, но относятся к таким положениям, как «иные подлежащие наказанию деяния против прав человека» (Коста-Рика, p. 3899, § 182); «преступления против человечности, человеческого достоинства или коллективного здоровья, преследуемые по международным договорам» (Куба, p. 3899, § 184), и извлечения из статей 64 и 66 Четвертой Женевской конвенции, связанные с судом над гражданскими лицами на оккупированной территории (Аргентина, p. 3894, § 163).

ных преступлений», сходное с тем, что дано в Норме 156, ни одно государственное определение не отражает с точностью определение, данное в Исследовании. Канада, например, включает «серьезные нарушения» Женевских конвенций и Дополнительного протокола I, нарушения Гаагской конвенции, нарушения «обычаев войны» и, возможно, определенные нарушения ДП II, но в отличие от Исследования не включает в свое определение конкретно «серьезные нарушения статьи 3, общей, Женевских конвенций». Более того, Исследование не утверждает, что канадская концепция «нарушений обычаев войны» соответствует концепции Исследования<sup>85</sup>. Поэтому многообразие определений «военных преступлений», используемых различными государствами, показывает: государственная практика не поддерживает утверждения, что государства по обычному международному праву имеют право наделять свои национальные суды универсальной юрисдикцией в отношении полного набора действий, определяемых в Исследовании как «военные преступления».

### *Осуществление универсальной юрисдикции в отношении лишь ограниченного числа деяний*

В Исследовании приводятся примеры законодательства более чем двадцати государств, которые, по мнению авторов Исследования, демонстрируют принадлежность Нормы 157 к обычному праву. Но ни одно государство не требует юрисдикции в отношении всех деяний, приводимых в Норме 156 в качестве «военных преступлений», в отсутствие связи государства с данным деянием, будь то территориальной или основанной на принципах активной правосубъектности, пассивной правосубъектности или защиты<sup>86</sup>. Внутреннее законодательство ряда государств, в том числе Австралии, Бельгии, Зимбабве, Кипра и Колумбии, лишь утверждает универсальную юрисдикцию в отношении серьезных нарушений Женевских конвенций и ДП I<sup>87</sup>. Другие законодательства сфокусированы еще отчетливее; законодательства Барбадоса, Ботсваны, Сингапура и Уганды, например, утверждают универсальную юрисдикцию только в отношении серьезных нарушений Женевских конвенций<sup>88</sup>. Более того, многие приводимые в качестве примера военные уставы (в том числе уставы Бельгии, Испании, Франции, Швейцарии, Швеции и ЮАР) говорят об универсальной юрисдикции толь-

85 Study, vol. II, p. 3858, § 20; см. также *ibid.*, pp. 3864–3865, §§ 51–52.

86 См. Исследование, т. I, с. 777, примечание 194 (перечисление государств). Здесь нет намерения сказать, что правительство США считает убедительным доказательство обычности Нормы 156 в Исследовании.

87 Study, vol. II, p. 3895, § 166 (Австралия); p. 3896, § 172 (Бельгия), p. 3898, § 180 (Колумбия); p. 3899, §§ 185–186 (Кипр); p. 3912, § 245 (Зимбабве).

88 *Ibid.*, p. 3896, §§ 170 (Барбадос) и 174 (Ботсвана); p. 1908, §227 (Сингапур); p. 3910, § 236 (Уганда).



ко в контексте «серьезных нарушений», а не более широко, «военных преступлений»<sup>89</sup>.

### *Отсутствие «чистой» универсальной юрисдикции*

Кроме прочего, несколько примеров практики государств в Исследовании не являются свидетельством того, что государства наделяют свои национальные суды чистой универсальной юрисдикцией в отношении определенной группы преступлений. Соответствующее уголовное законодательство Бангладеш, например, дает юрисдикцию только в отношении деяний, происходящих в Бангладеш<sup>90</sup>. Военный устав Нидерландов утверждает, что его закон «не полностью включает принцип универсальности... Он требует, чтобы Нидерланды были включены в вооруженный конфликт»<sup>91</sup>. Другие государства предусматривают универсальную юрисдикцию только для подгруппы деяний в своих различных определениях «военных преступлений». Франция наделяет свои суды универсальной юрисдикцией в отношении серьезных нарушений международного гуманитарного права только во взаимодействии с Международными уголовными трибуналами по бывшей Югославии и Руанде и опирается на принципы территориальности, активной и пассивной правосубъектности в отношении всех других военных преступлений<sup>92</sup>. Точно так же Австралия наделяет свои национальные суды универсальной юрисдикцией в отношении «серьезных нарушений» Женевских конвенций и Дополнительного протокола I, но требует активной правосубъектности для осуществления юрисдикции в отношении других военных преступлений<sup>93</sup>. И наконец, Исследование приводит несколько договоров о законе войны, которые на самом деле не иллюстрируют случаи, когда государства-участники решали установить универсальную юрисдикцию. Например, Протокол II с поправками от 3 мая 1996 г. к Конвенции по обычному оружию и Оттавская конвенция 1997 г. предусматривают территориальную связь между подписавшим их государством и неправосудным деянием<sup>94</sup>.

### *Ограниченная практика преследования*

Далее, хотя Исследование перечисляет более двадцати государств, которые приняли или разработали закон, наделяющий их национальные суды уни-

89 Study, vol. II, p. 3888, § 145 (Бельгия), p. 3889, § 148 (Франция); p. 3890, § 153 (ЮАР); p. 3890, § 154 (Испания); pp. 3890–3891, § 155 (Швеция); p. 3891, § 156 (Швейцария).

90 Ibid., pp. 3959–3960, § 397.

91 Ibid., p. 3889, § 150.

92 Ibid., pp. 3900–3901, §§ 192–195.

93 Ibid., pp. 3894–3895, §§ 165–166.

94 Ibid., p. 3885, §§ 132–133.

версальной юрисдикцией в отношении «военных преступлений», оно приводит всего девятнадцать примеров государственных судов, осуществляющих, по мнению авторов, универсальную юрисдикцию в отношении «военных преступлений»<sup>95</sup>. Из этих девятнадцати два не относятся к делу, так как подсудимые обвинялись не в «военных преступлениях», а либо в геноциде, либо геноциде и преступлении против человечности соответственно<sup>96</sup>. В другом приведенном в Исследовании деле правительство Австралии претендовало на юрисдикцию по принципу защиты национальных интересов. Суд обосновал свое решение простым языком уголовного права и недвусмысленно отверг необходимость рассматривать вопрос о применимости универсальной юрисдикции<sup>97</sup>. Кроме того, в одном голландском деле жертвами военных преступлений были граждане Голландии; следовательно, голландский суд основывал свою юрисдикцию на принципе пассивной правосубъектности, а не на универсальной юрисдикции<sup>98</sup>.

Если отложить в сторону эти четыре не относящиеся к делу случая, оставшиеся пятнадцать случаев, приведенные в Исследовании в качестве примера, дают очень слабое свидетельство в поддержку Нормы 157. В шести из этих случаев государства недвусмысленно заявили о своей юрисдикции, основанной не на обычном праве, а на правах и обязанностях, накладываемых договорами, прежде всего согласно статье 146 Четвертой Женевской конвенции<sup>99</sup>. Девять случаев, в которых государства претенду-

- 95 Хотя том II дает ссылки на 27 случаев, Исследование не утверждает, что восемь из них являются примерами государств, осуществляющих универсальную юрисдикцию в отношении военных преступлений. Например, «дело Мюземы» представляется ситуацией, относительно которой Швейцария просто решила, что в ней существует двойная виновность за преступление, за которое Международный уголовный суд по Руанде привлек обвиняемого.
- 96 «Дело Мунешьяки» во Франции и «Демьянюка» в США (приговор по которому впоследствии был отменен по не относящимся к данной теме причинам). В «деле Демьянюка» израильский ордер на арест, на котором основывалась просьба об экстрадиции, Демьянюку вменялась в вину работа по эксплуатации газовых камер в Трелинке «с целью уничтожения израильского народа [т.е. геноцид] и совершение преступлений против человечности». *Demjanyuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571, 578 (6<sup>th</sup> Cir. 1985). См. «дело Мунешьяки»: Study, vol. II, p. 3915, § 253.
- 97 «Дело Полоховича». По мнению большинства судей «достаточно суждения парламента о заинтересованности Австралии. Немыслимо, чтобы суд отклонил решение парламента по этому вопросу. Заинтересованность Австралии в содержании закона в этом вопросе, проистекающая из участия Австралии во Второй мировой войне, разумеется сама собой... Необходимо также рассмотреть альтернативное представление, утверждающее, что закон является правомерным осуществлением власти, так как способствует осуществлению универсальной юрисдикции по международному праву» (91 ILR 13–14 (1991)).
- 98 «Дело Рориг и другие». «Но статья 4 Указа о специальном уголовном праве [в нарушении которой обвинялись подсудимые] соответствовала международному праву, будучи основанной на принципе «пассивного гражданства» или «защиты национальных интересов» (17 ILR 393, 396 (1950)).
- 99 См. Study, vol. II, p. 3914, § 251 «дело Сарича», pp. 3914–3915, § 252 «дело Явора», pp. 3915–3916, § 254 «дело Дяжича», pp. 3916–3917, § 255 «дело Йоргича», p. 3917, § 256 «дело Соколовича» и § 257 «дело Куслича». Преследование по делам Соколовича и Куслича успешно доказало, что преступления, совершенные обвиняемыми (боснийскими гражданами) в Боснии-Герцеговине, были частью международного вооруженного конфликта и что поэтому были применимы обязательства по ст. 146 Четвертой Женевской конвенции (в отношении серьезных наруше-

ют на юрисдикцию на основе обычного права, взяты из практики только шести государств: Бельгии, Великобритании, Израиля, Канады, Нидерландов и Швейцарии<sup>100</sup>. Практика этих шести государств является очень слабым свидетельством существования нормы обычного международного права. Эта часть практики недостаточно плотна, чтобы свидетельствовать об обычном праве государств на юрисдикцию в отношении большой группы действий, перечисляемых в Норме 156, и становится еще более уязвимой при рассмотрении фактов этих дел. Действительно, во многих из этих случаев государства подвергались преследованию за деяния, которые были совершены до принятия Женевских конвенций, но которые в конечном счете рассматривались в этих Конвенциях как серьезные нарушения<sup>101</sup>. Таким образом, хотя осуществляющие уголовное преследование государства не могли опираться на свои договорные обязательства как основу для преследования, деяния, о которых идет речь, действительно были серьезными нарушениями. Поэтому данные ситуации не могут быть истолкованы как поддерживающие обычное право на юрисдикцию в отношении большинства деяний, перечисленных в Норме 156 как «военные преступления», на основе универсальности.

### *Opinio juris*

И наконец последний важный момент. Исследованию не удалось доказать, что существует *opinio juris* — правовая убежденность, достаточная для провозглашения Нормы 157 обычным международным правом. Национальное законодательство, наделяющее суды универсальной юрисдикцией в отношении определенных деяний, свидетельствует о точке зрения государства, согласно которой оно имеет право осуществлять такую юрисдик-

ний). Отсюда следует, что эта натянутая ссылка на Женевские конвенции указывает на неуверенность в претензии на право универсальной юрисдикции по обычному международному праву. Кроме того, Уголовный кодекс Германии позволял своим внутренним судам осуществлять юрисдикцию в отношении серьезных нарушений, «если это предусмотрено связывающим Германию международным договором». Таким образом, закон Германии недвусмысленно указывает на наличие договора, позволяющего осуществлять такую юрисдикцию, и не опирается на какое-либо обычное международное законное «право».

100 Это дела из Бельгии: «Обвинитель против Хиганиро» (дело «Четверых из Бутаре») и «Обвинитель против Ндомбаси», которые привели к «делу об ордере на арест от 11 апреля 2000 г.» (*I.C.J. Reports 2002*, p. 3); из Канады: «дело Финты»; из Израиля: «дело Эйхмана»; из Нидерландов: «дело Кнессевича» и «дело Альбрехта», последнее о деяниях, совершенных в оккупированной Голландии, и потому не могущее служить ясным примером применения универсальной юрисдикции; из Швейцарии: «дело Грабеза» и «дело Ньонтезе», а также из Великобритании: «дело Савониюка». См. «дело Альбрехта» в 14 ILR 196 (1947).

101 Дела Финта, Альбрехта, Савониюка и Эйхмана, единственные «военные преступления», в которых обвинялись подсудимые, составили бы серьезные нарушения по Четвертой Женевской конвенции, включая насильственную депортацию и убийство подлежащих защите людей, если бы эта конвенция была в силе во время совершения этих преступлений. См. «Регина против Финта», 69 O.R. (2d) 557 (Canadian High Ct. of Justice 1989), 14 ILR 196, 2 Cr App Rep 220 (UK Court of Appeal, Criminal Division 2000), и 36 ILR 5, соответственно.

цию, но не указывает, на чем основана эта точка зрения — на обычном праве или на договорном праве<sup>102</sup>. Из свидетельств, приведенных в Исследовании, максимум девять государств выражают определенную *opinio juris* в отношении того, что право наделять суды универсальной юрисдикцией является обычным правом (и большинство из этих девяти так и не осуществили эту юрисдикцию)<sup>103</sup>. Большинство государств, принявших соответствующее законодательство, недвусмысленно утверждают в своих законах, что универсальная юрисдикция основана на прерогативах, полученных в результате договоров, а не обычного международного права. Например, закон Барбадоса о Женевских конвенциях говорит, что «лицо, совершающее серьезное нарушение какой-либо из Женевских конвенций 1949 г. ... может быть привлечено к уголовной ответственности и наказано любым судом Барбадоса, имеющим юрисдикцию в отношении таких же преступлений в Барбадосе, как если бы это серьезное нарушение было совершено в Барбадосе»<sup>104</sup>. Законодательные акты Ирландии, Испании и Франции<sup>105</sup>, среди прочих, ясно говорят, что претензия на универсальную юрисдикцию проистекает из договорного права. При всей важности договорных обязательств в этих и других случаях неправильно полагать, что остальные государства, не излагающие недвусмысленно правовую основу своего законодательства, делают это из чувства права, возникающего из обычного международного права.

### Резюме

Практика государств, приводимая в поддержку вывода о том, что предлагаемое Нормой 157 широкое положение стало обычным правом, недостаточна: примеры оперативной практики сводятся к нескольким случаям; значительное число примеров не поддерживает норму; и в приведенной практике используются определения «военных преступлений» слишком разные, чтобы считаться «и широкими и практически единообразными»<sup>106</sup>. Более того, Исследование предлагает ограниченное свидетельство об *opinio juris* в поддержку утверждения о принадлежности Нормы 157 к обычному праву.

102 Женевские конвенции, например, требуют, чтобы государства-участники брали на себя обязательство «вести в действие законодательство, необходимое для обеспечения эффективных уголовных наказаний для лиц, совершивших или приказавших совершить те или иные серьезные нарушения настоящей Конвенции, указанные в следующей статье». См. Четвертая Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны, ст. 146.

103 Эти государства — Австралия, Азербайджан, Бангладеш, Белоруссия, Бельгия, Таджикистан, Швейцария, Эквадор и, возможно, Новая Зеландия.

104 Study, vol. II, p. 3896, § 170.

105 Ibid., p. 3901, § 194 (Франция); pp. 3902–3903, § 202 (Ирландия); p. 3909, § 229 (Испания).

106 «Дела о континентальном шельфе Северного моря» (*I.C.J. Reports 1969*, p. 43).

## **Вывод**

США выбрали данные нормы из различных разделов Исследования в попытке дать беспристрастный обзор Исследования и его комментариев. Хотя эти нормы со всей очевидностью представляют интерес для США, не следует считать, что выбраны именно те нормы, которые имеют наибольшее значение для США, или что подробное рассмотрение многих других норм не выявит дополнительных проблем. Во всяком случае, США подчеркивают свою признательность МККК за продолжающиеся усилия в этой важной области и надеются, что эта статья, а также отклики на Исследование других правительств и ученых будут способствовать конструктивному и глубокому обсуждению этой темы с МККК и другими организациями.

# «Обычное международное гуманитарное право»: ответ на комментарии США

Жан-Мари Хенкертс

## Вступление

Исследование, посвященное обычному международному гуманитарному праву (Исследование)<sup>1</sup> было выполнено юристами Международного Комитета Красного Креста по непосредственной просьбе государств. Провести исследование предложила Межправительственная группа экспертов по защите жертв войны в январе 1995 г. вместе с рядом рекомендаций, направленных на более полное соблюдение международного гуманитарного

Жан-Мари Хенкертс является юридическим советником Юридического отдела МККК и главой проекта МККК по обычному международному гуманитарному праву. В настоящей статье выражены личные взгляды автора, которые не обязательно отражают позицию МККК. Эта статья частично основана на материалах: Jean-Marie Henckaerts, «Customary international humanitarian law: a rejoinder to Judge Aldrich», *British Year Book of International Law*, 2005, Vol. 76 (2006), pp. 525–532); Jean-Marie Henckaerts, «The ICRC Customary International Humanitarian Law Study: A rejoinder to Professor Dinstein», *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 37 (2007, pp. 259–270); and «ICRC's Jean-Marie Henckaerts responds to my comments on ICRC Customary Law Study», Kenneth Anderson's Law of War and Just War Theory Blog, 24 January 2006 по адресу: <http://kennethandersonlawofwas.blogspot.com/2006/icrcs-jean-marie-henckaerts-responds.html>.

1 Обычное международное гуманитарное право. Под редакцией Жана-Мари Хенкертса и Луизы Досвальд-Бек Т. I, «Нормы». Москва, МККК, 2006, и vol. II: *Study, Practice*, Cambridge University Press, 2005 (далее «Исследование»).

права, в частности путем превентивных мер, которые бы обеспечили лучшее понимание и более действенное осуществление права<sup>2</sup>.

В декабре 1995 г. XXVI Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца одобрила эту рекомендацию и официально уполномочила МККК подготовить доклад об обычных нормах международного гуманитарного права, применимых в международных и немеждународных вооруженных конфликтах<sup>3</sup>. МККК отнесся к этому мандату очень внимательно и потратил почти десять лет на исследование и консультации с участием более чем 150 правительственных и научных экспертов.

Замечания к Исследованию двух видных правительственных юристов, Джона Беллингера, юридического советника Государственного департамента, и Уильяма Хейнса, генерального юрисконсульта Министерства обороны, представляют собой первые официальные комментарии, полученные МККК на правительственном уровне<sup>4</sup>. Эти замечания являются доказательством очень серьезного отношения правительства США к Исследованию и к международному гуманитарному праву вообще и как таковые заслуживают одобрения. Эти замечания имеют не только символическое, но и научное значение и нуждаются в детальном изучении.

Я могу ответить на эти замечания как один из соавторов Исследования. Ниже приводятся мои принципиальные соображения. Так как акцент в замечаниях США делается в основном на методологии Исследования, в моем ответе я обращаю главное внимание на методологические вопросы. При этом в моем ответе я следую структуре замечаний США и обращаюсь к следующим вопросам:

1. Насколько плотной должна быть практика для формирования обычного международного права и какой тип практики принимается во внимание?
2. Как в Исследовании оценивается существование *opinio juris*?
3. Какова значимость комментариев к нормам?
4. Каково широкое значение Исследования для Дополнительных протоколов I и II и особенно для права немеждународных вооруженных конфликтов?

2 Встреча Межправительственной группы экспертов по защите жертв войны, Женева, 23–27 января 1995 г., рекомендация II, *МККК*, № 9, март–апрель 1996, с. 199 («подготовить, при содействии специалистов в области МГП, представляющих различные географические регионы и разные правовые системы, а также при участии консультантов правительств и международных организаций доклад об обычных нормах МГП, применимых в вооруженных конфликтах международного и немеждународного характера, а также распространить этот доклад среди государств и компетентных международных организаций».)

3 XXVI Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца, Женева, 3–7 декабря 1995 г., резолюция I, «Международное гуманитарное право: от права к действию. Доклад о выполнении решений Международной конференции по защите жертв войны», *МККК*, № 9, март–апрель 1996, с. 195–228.

4 См. Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс, *Отклик правительства США на исследование Международного Комитета Красного Креста «Обычное международное гуманитарное право»*. МККК, 2008.

Замечания США затрагивают также четыре конкретных нормы, а именно Норму 31 (защита персонала организаций, оказывающих гуманитарную помощь), Норму 45 (запрет на причинение обширного, длительного и серьезного ущерба окружающей среде), Норму 78 (запрет на применение против живой силы пуль, которые взрываются в теле) и Нормы 157 (право на установление универсальной юрисдикции в отношении военных преступлений). Данный ответ не имеет своей целью обсудить каждую деталь в замечаниях США по этим четырем нормам, но рассматривает главные аспекты этих замечаний в рамках дискуссии о методологических вопросах.

## 1. Практика государств

### Плотность практики

Общепризнанно, что для того чтобы стать нормой обычного международного права, практика должна быть «широкой и фактически единообразной»<sup>5</sup>, однако конкретного математического порога для определения, насколько широкой должна быть эта практика, не имеется. Так происходит потому, что плотность практики зависит от существа дела. Одни вопросы возникают чаще, чем другие, и порождают больше практики. Достаточно сравнить, например, практику в отношении определения объектов нападения и белого флага парламентаря. Вопросы определения объектов — например, проведение различия между гражданскими лицами и комбатантами и между гражданскими объектами и военными объектами — обсуждаются повседневно в связи с различными вооруженными конфликтами, содержатся почти во всех военных уставах, анализируются на международных форумах, в решениях и так далее. Практика защиты белого флага парламентаря, с другой стороны, является довольно редкой, таких случаев сравнительно мало, и потому эта тема обсуждается нечасто. Тем не менее вся имеющаяся практика в отношении защиты белого флага парламентаря единообразна и подтверждает действенность нормы независимо от ограниченности практики. Такой дифференцированный подход неизбежен в любой области международного права<sup>6</sup>.

5 Международный суд, «Дела о континентальном шельфе Северного моря. Решение». 20 февраля 1969 г., ICJ Rep. 1969, с. 43, § 74.

6 Так, в «деле Уимблдон» Постоянная палата международного правосудия опиралась только на два прецедента — в связи с Панамским и Суэцким каналами — и определила, что прохождение военной контрабанды по международным каналам не является нарушением нейтралитета прибрежного государства. Permanent Court of International Justice, *The S. S. Wimbledon*, (1923), PCIJ Series A, No. 1, pp. 1, 28. По всей видимости Палата не смогла привести другие примеры, т.к. число международных каналов ограничено. См. также С. Н. М. Waldock, «General course on public international law», *Recueil des cours*, Vol. 106 (1962), p. 1, at p. 44, где отмечается, что поскольку международных каналов мало, то и практика неизбежно должна быть ограничена.



Более того, для правильного измерения плотности практики необходимо определить точное значение каждого ее элемента. В то время как одни элементы практики могут быть единичными прецедентами, другие могут отражать многочисленные прецеденты. Это особенно касается военных приказов, инструкций и уставов, показывающих, чему обучают и как инструктируют вооруженные силы, и что они в результате делают. Следовательно, один военный устав может отражать многочисленные прецеденты и тем самым существенный объем практики<sup>7</sup>.

Кроме того, необходимо учитывать характер нормы — запретительная она, обязательная или разрешительная. Запретительные нормы, например, которых в гуманитарном праве много, поддерживаются не только заявлениями, напоминающими о существующем запрете, но и отказом от запрещенного деяния. Следовательно, такие нормы, как запрет на применение определенных видов оружия, например, ослепляющего лазерного оружия, обоснованы в силу продолжающегося отказа от применения подобного оружия. Но такой отказ, происходящий каждый день в любом конфликте в мире, трудно оценить количественно.

С другой стороны, разрешительные нормы поддерживаются действиями, при которых признается право вести себя данным образом, но которые не требуют такого поведения. Это, как правило, принимает форму действий, предпринимаемых государствами в соответствии с этими нормами при отсутствии протестов со стороны других государств. Именно такой нормой является правило, согласно которому государства имеют право наделять свои суды универсальной юрисдикцией в отношении военных преступлений (Норма 157). Сегодня наблюдается много случаев национального преследования за военные преступления в международных и немеждународных вооруженных конфликтах на основе универсальной юрисдикции без возражений со стороны затронутого государства, в частности государства, гражданином которого является обвиняемый. Конечно, случаев преследования на основе универсальной юрисдикции сравнительно мало по сравнению с числом возможно совершенных военных преступлений. Но это происходит потому, что военный суд не обязательно бывает удобным форумом для расследования и преследования лиц, подозреваемых в совершении военных преступлений в своей собственной или третьей стране, а не потому, что государства не имеют права на преследование на основе универсальной юрисдикции. Это объяснимо и позволяет понять, почему государства предпочитают учреждать специальные для данных случаев трибуналы и суды и в конечном счете, обращаться в постоянный Международный уголовный суд для их рассмотрения. Но это не значит, что практика недостаточно плотна,

7 Это можно сравнить с фактами «дела Уимблдон» (примечание 6), в котором Постоянная палата международного правосудия опиралась только на два прецедента. Но эти два прецедента представляли значительный объем практики, так как многие суда в мире проходили Панамский и Суэцкий каналы. Поэтому всего два прецедента отображали практику более широкую, чем кажется на первый взгляд.

как указано в отклике, для доказательства существования обычного права, в частности, когда мы имеем дело с разрешительной нормой. Принцип универсальной юрисдикции означает, что военные преступления являются преступлениями согласно международному праву, подобно пиратству, рабству и апартеиду, и, следовательно, все государства заинтересованы в преследовании таких деяний. Этот принцип был впервые установлен в Женевских конвенциях как обязательство в отношении «серьезных нарушений», перечисленных в них и впоследствии подтвержденных Дополнительным протоколом I<sup>8</sup>. Постепенно он был расширен и стал применяться ко всем серьезным нарушениям гуманитарного права в качестве разрешительной нормы.

И последнее. В результате широкого и основательного изучения и консульгаций, лежащих в основе Исследования, никогда раньше такой объем практики не предлагался так систематично и детально для объяснения существования норм обычного международного права<sup>9</sup>. Судья Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии Теодор Мерон отмечает:

Уникальным это Исследование делают серьезность и широта метода, используемого для выявления практики. Кроме документов из архивов МККК почти по 40 последним вооруженным конфликтам, а также различных международных источников, в том числе источников ООН, региональных организаций и других международных организаций, Исследование использует материал исследовательских проектов, осуществленных почти в 50 странах. Эти проекты были заказаны спонсорами Исследования с целью определить национальную практику в международном гуманитарном праве. Такая попытка никогда ранее не предпринималась. Ни в одном труде по международному праву даже не пытались собрать такую богатую коллекцию эмпирических данных<sup>10</sup>.

## Виды рассматриваемой практики

При всяком изучении обычного международного права необходимо рассматривать одновременно и то, что государства утверждают, и как они на

8 Женевские конвенции I–IV, ст. 49/50/129/146; Дополнительный протокол I, ст. 85(1).

9 Каждая из 161 норм в томе I поддержана особым разделом в томе II, детализирующим связанную с этой нормой практику. Многие из этих разделов в томе II разделены далее на подтемы. В них эти вопросы рассматриваются на примерах (см. примеры действий, которые считаются прямым участием в военных действиях, см. примечание 1 выше, Study, vol. II, pp. 115–127), уточняющие пункты (см. например, практику, связанную с «осуществимостью» мер предосторожности при нападениях, *ibid.*, pp. 357–362), исключения (см. например, исключения из запрета на нападения на объекты, необходимые для выживания гражданского населения, *ibid.*, pp. 1166–1174), определения (см. например, практику, связанную с определением пытки, жестокого, бесчеловечного и унижительного обращения, *ibid.*, pp. 2149–2161) и т. д.

10 Theodore Meron, «Revival of customary humanitarian law», *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 4 (October 2005), p. 833.

самом деле поступают. Для этого была собрана и проанализирована «оперативная государственная практика в связи с действительными военными операциями». В Исследовании рассматривались, в меру их доступности, официальные отчеты и заявления о проведении конкретных военных операций. Например, такие отчеты и заявления со стороны США анализировались в отношении решений об определении объектов нападения в корейской войне, во вьетнамской войне, в войне в Персидском заливе и других конфликтах<sup>11</sup>.

Но рассмотрения одной только оперативной практики недостаточно. Для точной оценки обычного международного права необходимо идти дальше простого описания конкретных военных операций и рассматривать правовую оценку таких операций. Это требует анализа официальных позиций сторон в конфликте, а также других государств. Когда данная оперативная практика принимается всеми, например, целями являются военные установки, это поддерживает лежащее в основе этой практики утверждение, а именно, что военные объекты представляют собой законную военную цель. Но когда оперативная практика всеми рассматривается как нарушение существующих норм, например, целями стали гражданские объекты, то так оно и есть. Такие нарушения по своей сущности не могут изменить существующие правила; они не могут диктовать закон<sup>12</sup>. Это объясняет, почему такие действия, как нападения на гражданских лиц, грабеж и сексуальное насилие, остаются под запретом, несмотря на многочисленные сообщения об их совершении. О том, что эти деяния считаются нарушением существующих норм, международное сообщество узнает из таких документов, как военные уставы, национальное законодательство, национальное и международное прецедентное право, резолюции международных организаций и официальные заявления. Эти документы являются линзой, через которую следует рассматривать оперативную практику.

## Значение резолюций

Вышеприведенные соображения обусловили необходимость учитывать в Исследовании резолюции, принятые государствами в рамках международ-

11 См. например, примечание 1 выше, Study, vol. II, pp. 213–15, §§ 549–554, где приводится, среди прочего, цитата из Robert F. Futrell, *The United States Air Force in Korea 1950–1953*, revised edn, Office of Air Force History, US Air Force, Washington, DC, 1983; US Department of Defence, Заявление о стратегии выбора целей во Вьетнаме, 26 декабря 1966 г., см.: Marjorie Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 10, Department of State Publication 8367, Washington, DC, 1968; и Итоговый доклад конгрессу о ведении войны в Персидском заливе, 10 апреля 1992 г.

12 См. Международный суд, «Дело о военных и военизированных мероприятиях в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против США), Рассмотрение по существу, Решение», 27 июня 1986 г. *ICJ Reports 1986*, p. 98, § 186.

ных организаций, в частности ООН и региональных организаций<sup>13</sup>. Как было указано, Исследование основано на признании того, что «резолюции обычно не являются обязательными сами по себе и поэтому ценность каждой такой резолюции зависит от ее содержания, степени ее признания и последовательности практики государств»<sup>14</sup>. Поэтому в Исследование были включены и использовались для оценки протоколы голосования по всем приводимым резолюциям Генеральной Ассамблеи<sup>15</sup>. И очень важно всегда оценивать резолюции вместе с другой деятельностью государств и не использовать их с целью подтолкнуть весы в пользу признания какой-либо нормы нормой обычного права<sup>16</sup>.

### Значение заявлений МККК

Как объясняется во Введении к Исследованию, официальные заявления МККК, в частности обращения и меморандумы по соблюдению международного гуманитарного права, включены в соответствующую практику, потому что МККК обладает международной правосубъектностью<sup>17</sup>. Деятельность МККК особенно уместна, потому что он получил от государств официальные полномочия «способствовать точному соблюдению международного гуманитарного права... а также подготавливать его развитие»<sup>18</sup>. Но в Исследовании не используются заявления МККК как первоисточники свидетельств в поддержку признания какой-либо нормы как нормы обычного права. Они цитируются, чтобы подкрепить выводы, сделанные на основе одной только практики государств. Следовательно, деятельность МККК тоже не подталкивает весы в пользу признания какой-либо нормы нормой обычного права.

Реакции государств на меморандумы или обращения МККК служат гораздо более важным свидетельством. Соответствующие отклики госу-

- 13 Исследователи рассмотрели резолюции, принятые Советом Безопасности ООН, Генеральной Ассамблеей, ЭКОСОКом и Комиссией по правам человека ООН, а также среди прочего Африканским союзом, Советом Европы, Европейским союзом, Советом по сотрудничеству стран Персидского залива, Лигой арабских стран, Организацией американских государств, Организацией Исламская конференция и Организацией по безопасности и сотрудничеству в Европе.
- 14 Исследование, т. I, с. xlvii.
- 15 Study, vol. II, pp. 4351–4382.
- 16 Например, невозможность заключить, что Норма 114 принадлежит к обычному праву в немеждународных вооруженных конфликтах, не преодолели и резолюции в поддержку такого заключения, потому что практика вне пределов этих резолюций не была последовательной. См. Исследование, т. I, с. 528.
- 17 См., например, Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, «Обвинитель против Симича и других», Дело № IT-95-9-PT, 27 июля 1999 г., обнародованное в качестве публичного документа по предписанию от 1 октября 1999 г., § 46, и примечание 9.
- 18 Устав Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца, принятый на XXV Международной конференции Красного Креста, Женева, 23–31 октября 1986 г., ст. 5(2)(в) и (ж).

дарств включены в Исследование — и положительные (а именно обращение МККК в октябре 1973 г. к сторонам конфликта на Ближнем Востоке)<sup>19</sup>, и критические (а именно ответ США от января 1991 г. на меморандум МККК о применимости международного гуманитарного права в регионе Персидского залива)<sup>20</sup>. Даже когда эти реакции были не известны, было сочтено уместным сообщить об этих меморандумах и обращениях. Роль обращений МККК и реакций на них государств в формировании обычного международного права признает и Апелляционная камера Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии в предварительной апелляции по юрисдикции в «деле Тадича» в 1995 г.:

Как хорошо известно, МККК очень активно содействует развитию, имплементации и распространению международного гуманитарного права. Что касается весьма актуального вопроса, а именно появления обычных норм, применимых к внутренним вооруженным конфликтам, МККК внес заметный вклад, обращаясь к сторонам вооруженных конфликтов с призывом соблюдать международное гуманитарное право. Следует отметить, что в ситуации немеждународных вооруженных конфликтов МККК содействует применению сторонами в конфликте основополагающих принципов гуманитарного права. Кроме того, везде, где возможно, он старается убедить стороны в конфликте соблюдать Женевские конвенции 1949 г. или, по крайней мере, их принципиальные положения. Когда стороны или одна из них не выполняют основное международное гуманитарное право, МККК заявляет, что они должны соблюдать как минимум статью 3, общую. Это свидетельствует о том, что МККК содействует и помогает распространению общих принципов гуманитарного права на внутренние вооруженные конфликты. Поэтому практические результаты, таким образом достигнутые МККК в деле соблюдения международного гуманитарного права, следует рассматривать как элемент реальной международной практики; это, несомненно, действенный элемент появления и кристаллизации обычных норм<sup>21</sup>.

## Значение заявлений НПО

Заявления НПО были включены в том II под рубрикой «Иные виды практики», будучи отнесены к той категории материалов, которые не имели ника-

19 См. например, Исследование, т. I, с. 6 и 26–27.

20 См. например, там же, с. 73.

21 Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, «Прокурор против Душко Тадича по кличке «Дуле», Решение по ходатайству о предварительной апелляции в отношении юрисдикции, Апелляционная камера, 2 октября 1995 г. Дело № IT-1-AR72, п. 109.

кого веса при определении какой-либо нормы как нормы обычного права. Термин «практика» в этом контексте не употреблялся вообще для обозначения какого-либо вида государственной (или иной) практики, способствующей формированию обычного международного права. Подобно тому I, том II Исследования был прочитан экспертами-консультантами. Виды практики, вошедшие в том II, не изменились со времени первых консультаций с экспертами в 1999 г. и до окончательной публикации в 2005 г. Возражений против включения этой категории не было в 1999 г., как не было их и позднее.

Поэтому только часть практики, представленной в томе II, была действительно учтена в томе I. В этом отношении может создаться неверное впечатление, будто все вошедшее в том II было так или иначе сочтено применимым для установления обычного права. Это совсем не так, и практика в томе II оценивалась на основе методологии в том виде, в каком она изложена во Введении к Исследованию<sup>22</sup>. Вообще, уместной была сочтена только практика, упомянутая в комментариях к нормам, и заявления неправительственных организаций к ней не отнесены.

В этом отношении важно объяснить, что изложенная во Введении методология применялась к каждой норме, не обязательно повторяя различные соображения этой методологии. Повторение сделало бы Исследование излишне длинным и не очень удобочитаемым. Цель состояла в том, чтобы создать пособие для практического применения, и этим объясняется многое в его формате.

Значение практики государств, не являющихся участниками договора  
Авторы Исследования ни в коем случае не считали какую-либо норму нормой обычного права только потому, что она содержится в широко ратифицированном договоре. Как говорится во Введении:

Данное исследование придерживается осторожного подхода, заключающегося в том, что широкая ратификация является только некоторым указателем и ее следует оценить, принимая во внимание другие элементы практики, в частности практики государств, не являющихся сторонами договора, о котором идет речь. Последовательная практика государств, не являющихся участниками договора, считалась важным позитивным свидетельством. Однако противоположная практика этих государств считалась серьезным негативным свидетельством. Сравнение практики государств — участников договора и государств, не являющихся его сторонами, также имеет большое значение<sup>23</sup>.

22 См., в частности, Исследование, т. I, с. xlii–xlvi.

23 Там же, с. lvii.

В оценке каждой нормы учитывались отличительные особенности государств, которые являются участниками договоров, и теми, кто участником не является<sup>24</sup>. С этой целью в Исследование был включен список ратификаций всех приводимых договоров<sup>25</sup>, а также так называемые «отказные списки» — списки стран, не являющихся участниками соответствующих договоров, — для определения практики государств, которые не являются участниками договора. Интересно отметить, насколько сильно различаются эти списки в зависимости от договорного режима. Например, список государств — участников Дополнительного протокола I весьма отличается от списка государств — участников Гагской конвенции 1954 г. о защите культурных ценностей<sup>26</sup>. Это означает также, что, когда различные договоры содержат одну и ту же или похожую норму, необходимо сопоставлять практику государства и историю ратификации в отношении всех соответствующих договоров. Хотя США не являются участником Дополнительного протокола I, например, они являются участником Протокола II и Протокола II с поправками от 3 мая 1996 г. к Конвенции по конкретным видам обычного оружия, которые содержат ряд норм, идентичных нормам Протокола I. Таким образом, хотя США не поддержали принцип проведения различия, запрет на неизбирательные удары и принцип соразмерности ратификацией Дополнительного протокола I, они поддержали эти нормы среди прочего ратификацией Протокола II с поправками от 3 мая 1996 г. к Конвенции по обычному оружию, которая применяется и в международных и в немеждународных вооруженных конфликтах<sup>27</sup>.

Кроме того, ряд положений Дополнительного протокола I не были признаны нормами обычного права, поскольку негативной практике государств, которые еще не подписали Протокол, придавалось излишнее значение. Имеется в виду, например, презумпция статуса гражданского лица в случае сомнений<sup>28</sup>, запрет на удары по установкам и сооружениям, содержащим опасные силы<sup>29</sup>, более мягкое требование к комбатантам отличать себя от гражданского населения<sup>30</sup> и запрет на репрессалии против граждан

24 См. например, комментарии к многочисленным нормам, связанным с принципом различия, в том числе к Норме 1, Исследование, т. I, с. 6, Норме 2, там же, с. 11, Норме 6, там же, с. 26, Норме 15, там же, с. 68. См. также Норму 83, там же, с. 365, и Норму 86, там же, с. 375.

25 Study, vol. II, pp. 4153–4180.

26 Азербайджан, Израиль, Индия, Индонезия, Ирак, Иран, Малайзия, Марокко, Мьянма, Пакистан, Таиланд и Турция не являются участниками Дополнительного протокола I, но участниками Гагской конвенции 1954 г. о защите культурных ценностей (на 1 июня 2007 г.) эти государства являются.

27 См. Протокол II с поправками от 3 мая 1996 г. к Конвенции 1980 г. о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, ст. 2–3.

28 Ср. Дополнительный протокол I, ст. 50(1), второе предложение, с комментарием к Норме 6, Исследование, т. I, с. 31.

29 Ср. Дополнительный протокол I, ст. 56 с Нормой 42, там же, с. 179–182.

30 Ср. Дополнительный протокол I, ст. 44(3), второе предложение, с комментарием к Норме 106, там же, с. 494–496.

данских лиц, как он изложен в Дополнительном протоколе I<sup>31</sup>. Возможно, многие будут утверждать, что Исследование придает слишком большое значение этой ограниченной противоположной практике. Но когда явно противоположная практика государства, не являющегося участником договора, была сочтена недостаточной для того, чтобы блокировать возникновение нормы обычного права, это тоже упоминалось в комментарии<sup>32</sup>. Комментарии никогда не скрывают и не приукрашивают имеющуюся негативную практику.

### Особенно затронутые государства

Исследование отдает должное вкладу государств, которые имеют «более обширный и глубинный опыт» и «поэтому представленная ими практика значительно масштабнее в количественном отношении». Внимательное чтение и тома I, и тома II выявляет существенный вклад этих государств в практику. В силу своего опыта участия в вооруженных конфликтах США предоставили особенно значительный объем практики для формирования обычного гуманитарного права. США также имеют свою позицию по многим вопросам толкования права, и это часто отмечается в комментариях<sup>33</sup>.

Ясно, что практика одних государств намного больше практики других, потому что они были «особенно затронуты» вооруженным конфликтом. Следует ли в результате считать их практику *более важной*, чем практику других государств, — это отдельный вопрос. Заявление Международного суда о необходимости включения практики «особенно затронутых» государств было сделано в контексте морского права и, в частности, для того, чтобы определить, стала ли норма (не ратифицированного широко) договора частью обычного международного права<sup>34</sup>. Учитывая специфический характер многих норм гуманитарного права, нельзя принимать без доказательства утверждение, что те же соображения должны автоматически распространяться на него. В отличие от морского права — ведь государство либо имеет, либо не имеет морского побережья, — когда речь идет о гуманитарном праве, понятно, что любое государство может быть вовлечено в вооруженный конфликт и стать «особенно затронутым». Поэтому все государства, как представляется, должны быть заинтересованы в развитии гуманитарного права. Тем не менее это не исключает

31 Ср. Дополнительный протокол I, ст. 51(б) с комментарием к Норме 146, Исследование, т. I, с. 665–669.

32 См. Норма 21 (меры предосторожности при нападении, связанные с выбором военных объектов), там же, с. 83, и Норма 65 (запрет убивать, наносить ранения или брать в плен, прибегая к вероломству), там же, с. 285.

33 См. в одной только первой части Исследования, т. I, с. 17, 31, 40, 46, 58, 86 и 97.

34 Международный суд, «Дела о континентальном шельфе Северного моря», см. выше примечание 5.



вклада отдельных государств, имеющих большую или более детальную практику, чем другие, в области, в которых они оказались «особенно затронуты».

Однако в отношении Нормы 45 об обширном, долговременном и серьезном ущербе окружающей среде Исследование отмечает, что Великобритания, США и Франция упорно возражают против применения этой нормы к ядерному оружию. В результате мы признаем, что в отношении использования ядерного оружия Норма 45 не стала обычным правом. Но что касается обычного оружия, эта норма таковой стала, хотя на самом деле во многом утратила смысл, так как порог совокупных условий долговременного, обширного и серьезного ущерба очень высок. Существование этой нормы как составляющей обычного международного права отчасти поддерживается отказом от причинения такого ущерба. США можно считать страной, упорно возражающей против Нормы 45 вообще, в том числе и для обычного оружия, но здесь США придется доказывать свою правоту.

## 2. *Opinio juris*

Хотя в комментариях к нормам в томе I, как правило, нет отдельного анализа практики и *opinio juris*, такой анализ на самом деле проводился по всем и каждой норме. Это делалось с целью определить, обусловлено ли существование нормы права практикой или же она подсказана всего лишь неюридическими соображениями удобства, вежливости или политики. Когда установление *opinio juris* вызывало затруднения, это более подробно обсуждается в комментариях<sup>35</sup>. Следовательно, Исследование не просто выводило *opinio juris* из практики. Заключение, что норма права установлена практикой, а не стратегическим подходом, никогда не основывалось на одном-единственном примере или виде практики, но было результатом рассмотрения всей имеющей отношение к делу практики. Действительно, никогда нельзя доказать, что государство голосует за резолюцию, осуждающую, например, сексуальное насилие, потому что считает это отражением нормы права, или же это его стратегическое решение (а может быть, и то и другое). Но совокупность практики в этом вопросе указывает, вне сомнений, что запрет сексуального насилия является нормой права, а не просто линией поведения.

Аналогичным образом военные уставы и наставления могут содержать положения, основанные на праве, но могут содержать и инструкции, обусловленные политическими или военными соображениями, выходящими за пределы права (хотя они никогда не опускаются *ниже* права). Это различие всегда имеется в виду. Нормы, поддерживаемые военными

35 См. например, комментарий к Норме 114 для немеждународных вооруженных конфликтов: Исследование, т. I, с. 527.

уставами, при учете всей практики поддерживались практикой такого характера, который позволял сделать вывод, что речь идет о норме права, а не о линии поведения или военной либо политической конъюнктуре, которая может изменяться от одного конфликта к другому. Например, тот факт, что США решили из соображений скорее политических, чем правовых, что «будут в своих уставах применять нормы, независимо от того, является ли конфликт международным или немеждународным», был сочтен в Исследовании политическим решением. Поэтому военные уставы США не рассматриваются как свидетельства, поддерживающие нормы, применяемые в немеждународных вооруженных конфликтах.

И последнее. Было сочтено, что военные наставления, используемые при обучении, представляют собой вид государственной практики. В принципе, государство не позволит, чтобы подготовка его вооруженных сил осуществлялась на основе документа, содержание которого оно не одобряет. Поэтому учебные руководства, учебники инструкторов и карманные карточки солдат были сочтены отражающими практику государства. Было обнаружено и включено несколько таких документов, например, из Германии<sup>36</sup>, Великобритании<sup>37</sup> и США<sup>38</sup>. Полное перечисление военных уставов, в том числе учебных инструкций и других документов подобного рода, содержится в томе II Исследования<sup>39</sup>.

### 3. Формулировка норм

Всякое описание обычных норм неизбежно выливается в нормы, во многих отношениях более простые, чем детальные нормы, которые мы видим в договорах<sup>40</sup>. Трудно, например, доказать, что каждая норма и все детали соответствующих норм принадлежат к обычному праву. Формулирование обычного права на основе практики не может дать такой же объем деталей, как в процессе сложных переговоров на дипломатической конференции.

36 См. Germany: ZDv 15/1, *Humanitäres Völkerrecht ib bewaffneten Konflikten: Grundsätze*, DSK VV230120023, Bundesministerium der Verteidigung, June 1996; и Taschenkarte (карманная карточка), «Humanitäres Völkerrecht ib bewaffneten Konflikten: Grundsätze», bearbeitet nach ZDv15/2, *Humanitäres Völkerrecht ib bewaffneten Konflikten: Handbuch*, Zentrum Innere Führung, June 1991.

37 См. UK: *The Law of Armed Conflict*, D/DAT/13/35/66/, Army Code 71130 (Revised 1981), Министерство обороны, подготовлено под руководством начальника генерального штаба, 1981 (обновляется ежегодно).

38 См. United States: *Your Conduct in Combat under the Law of War*, Publications No. FM 27-2, Headquarters Department of the Army, Washington, November 1984, and *Instructor's Guide: The Law of War*, Headquarters Department, Washington, April 1985.

39 См. Study, vol. II, pp. 4196–4207.

40 Ср. описание принципа различия в Дополнительном протоколе I, ст. 48–52, со сжатым заявлением в Консультативном заключении Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения о том, что принцип различия является «кардинальным принципом» гуманитарного права и одним из «нерушимых принципов международного обычного права», *Advisory Opinion*, 8 July 1996, *ICJ Reports* 1996, p. 226, §§ 78–79.

Поэтому необходимо было обсудить определенные вопросы более подробно в комментариях.

Например, в связи с Нормами 31 и 55 о защите персонала организаций, оказывающих гуманитарную помощь, и о доступе для гуманитарных миссий, соответственно, вопрос о согласии принять этот персонал и миссии открыто обсуждается в комментарии без намерения расширить содержание Дополнительных протоколов<sup>41</sup>. Проблема заключается в формулировании нормы таким образом, чтобы она охватывала и международные, и немеждународные вооруженные конфликты. Проблематично и использование термина «согласие сторон», в том числе согласие вооруженных групп оппозиции, в тексте нормы, которая бы охватывала и международные, и немеждународные конфликты. Ясно также и следующее: если эти нормы прочитать вместе с Нормой 6, персонал организаций, оказывающих гуманитарную помощь, утрачивает свою защиту, когда принимает прямое участие в военных действиях.

В отношении значимости комментариев читатель должен знать о «Примечании авторов», которое было случайно опущено в томе I, когда он был впервые опубликован в 2005 г., но которое вошло в переиздание в 2007 г.:

В этом томе собраны нормы обычного международного гуманитарного права. Как таковые только четкие правовые положения определяются в качестве нормы, но не комментарии к этим нормам. Однако комментарии могут содержать полезные уточнения в отношении применения норм, а комментаторы часто упускают это из виду<sup>42</sup>.

Комментарии особенно важны для определения содержания ряда норм, сформулированных в виде резюме, охватывающих целый спектр практики и не имеющих конкретного эквивалента в договорном праве<sup>43</sup>. Но Исследование не претендует на доказательство того, что все и каждый элемент самих комментариев являются частью обычного права, такой как перечень военных преступлений в Норме 156.

Что касается формулировки Нормы 78 о разрывных пулях, слова выбирались очень тщательно, и она, безусловно, не является дословным

41 См. Исследование, т. I, с. 136 и 257.

42 Там же, т. I, 2-е издание (с исправлениями), с. li.

43 Например, см. Исследование, т. I, Норма 42 (установки и сооружения, содержащие опасные силы); Нормы 43–44 (защита окружающей среды); Нормы 84–85 (зажигательное оружие); Норма 94 (рабство и торговля); Норма 95 (невозмещаемый или унижительный принудительный труд); Норма 98 (насильственное исчезновение); Норма 99 (произвольное лишение свободы); Норма 105 (уважение к семейной жизни); Норма 116 (идентификация умерших); Норма 133 (уважение к имущественным правам перемещенных); и Норма 134 (внимание к особым потребностям женщин).

воспроизведением Санкт-Петербургской декларации, а отражает эволюцию практики государств. С другой стороны, слова о запрете только снарядов, «предназначенных» или «специально предназначенных» для взрыва в человеческом теле, не использовались, потому что это требует доказательства намерения конструктора снаряда. Вместо этого формулировка Нормы 78 основана на предположении, что снаряды, которые предсказуемо взрываются в человеческом теле при их обычном применении, взрываются вследствие их конструкции, но, вероятно, не по особому умыслу, и что государства стремятся предотвратить своей практикой в этой области именно взрыв снарядов в человеческом теле. Аргумент будто государства применяют против материальной части разрывные пули, «которые могут взрываться при столкновении с человеческим телом или в нем»<sup>44</sup>, не сопровождается свидетельством о том, что они действительно взрывались таким образом. Следовательно, аргумент не содержит доказательства о «предсказуемом» взрыве, как сказано выше и в контексте объяснения Нормы 78, и поэтому не противоречит ей.

Важно отметить, что МККК не предлагал на Второй Конференции по рассмотрению действия КОО, как утверждается, «обсудить протокол», который бы запретил применение против живой силы пуль, взрывающихся в человеческом теле, и поэтому неуместно ждать государственных действий в этом направлении. Ссылка на «испытание, проведенное МККК в 1998 г., которое впоследствии оказалось некорректным», неверна, так как данное испытание, как и последующее испытание в 1999 г., проводилось Швейцарским баллистическим испытательным полигоном в Туне, Швейцария, с использованием принятых на международном уровне испытательных протоколов, а не Международным Комитетом Красного Креста.

#### 4. Следствия

Во-первых, вывод Исследования о том, что большое число норм, содержащихся в Дополнительных протоколах к Женевским конвенциям, достигли статуса обычного международного права, применяемого всеми государствами, поддерживается предлагаемым свидетельством. И это не удивительно, так как многие из них уже стали обычными в 1977 г., ровно тридцать лет назад<sup>45</sup>. Действительно, с одной стороны, ряд положений Протоколов были в 1977 г. новыми, но они стали обычными через тридцать лет после их

44 Беллингер, Хейнс, указ. соч., примечание 69.

45 Дополнительные протоколы были приняты 8 июня 1977 г. после четырех переговорных сессий (1974–1977) Дипломатической конференции по вопросу о подтверждении и развитии международного гуманитарного права, применяемого в вооруженных конфликтах. Как видно из названия, конференция должна была подтвердить существующие нормы обычного гуманитарного права, а также развивающиеся новые нормы.

принятия, так как отражают широкую и единообразную практику<sup>46</sup>. Кроме того, как указывалось выше, ряд их положений не стали обычными, так как не отражают единообразную практику<sup>47</sup>.

Авторы Исследования с осторожностью отнеслись к Дополнительным протоколам и вообще к любому другому договору, не считая, что норма является обычной просто потому, что она содержится в широко ратифицированном договоре<sup>48</sup>.

Во-вторых, вывод Исследования о том, что многие нормы, содержащиеся в Женевских конвенциях и Дополнительных протоколах, стали обязательными согласно обычному международному праву, применимому для немеждународных конфликтов, является результатом соответствующей практики государств. Такое эволюционное движение государств началось уже в 1949 г. принятием общей статьи 3, и последующая практика подтвердила его. Подобная тенденция сохранялась и в 1977 г., то есть 30 лет назад, когда приняли Дополнительный протокол II — первый в истории договор, целиком посвященный регламентации немеждународных вооруженных конфликтов. Этот процесс ускорился после учреждения Международных уголовных трибуналов по бывшей Югославии и по Руанде, в 1993 и 1994 гг. соответственно.

В самом деле развитие событий после войн в бывшей Югославии и Руанде указывает на применение многих областей международного гуманитарного права к немеждународным вооруженным конфликтам. Например, каждый договор по международному праву, принятый с 1996 г., применяется и к международным, и к немеждународным конфликтам<sup>49</sup>. Далее, в 2001 г. статья 1 КОО была исправлена, расширив объем применения всех существующих Протоколов КОО, с тем чтобы они охватывали немеждународные вооруженные конфликты<sup>50</sup>.

46 Например, запрет на использование голода как метода ведения военных действий, содержащийся в ст. 54 Дополнительного протокола I и ст. 14 Дополнительного протокола II, теперь считается частью обычного международного права (Норма 53 в Исследовании).

47 См. примечания 28–31 выше. Кроме того, Исследование не анализирует ряд положений в качестве норм обычного права, так как не обращается к ним как к таковым, в том числе ст. 1(4) (национально-освободительные войны), ст. 36 (новое оружие), ст. 45 (презумпция статуса военнопленного) и ст. 61–67 (гражданская оборона) Дополнительного протокола I.

48 См. примечание 23 выше.

49 См. Протокол II с поправками от 3 мая 1996 г. к КОО (о минах, минах-ловушках и других устройствах), Оттавскую конвенцию 1997 г., запрещающую противопехотные наземные мины, Римский статут 1998 г. Международного уголовного суда, Второй протокол 1999 г. к Гагской конвенции о защите культурных ценностей, Протокол 2000 г. к Конвенции о правах ребенка (о вовлечении детей в вооруженные конфликты), Протокол V 2003 г. к КОО (о взрывоопасных пережитках войны).

50 До этого к немеждународным вооруженным конфликтам применялся только Протокол II с поправками от 1996 г. Изменение ст. 1, таким образом, повлияло на масштаб применения существующих Протоколов I–IV.

Уголовные трибуналы и суды, учрежденные для бывшей Югославии и Руанды и позднее для Сьерра-Леоне, занимаются исключительно или по большей части нарушениями, совершенными в немеждународных вооруженных конфликтах. Точно так же расследования и уголовные преследования, осуществляемые сейчас Международным уголовным судом, связаны с нарушениями, совершенными в ситуациях внутреннего вооруженного конфликта. Эти процессы поддерживаются и иной практикой, такой как руководства для военных, национальное законодательство и прецедентное право, официальные заявления и резолюции международных организаций и конференций. В этом отношении особую осторожность авторы проявили в томе I при установлении практики, связанной с немеждународными вооруженными конфликтами, и при выявлении, на этой основе, принадлежности тех или иных норм, применяемых в этих конфликтах, к обычному праву. И наконец, там, где практика была менее обширной в немеждународных вооруженных конфликтах, соответствующая норма признавалась только «вероятно» применимой к немеждународным вооруженным конфликтам<sup>51</sup>.

Когда речь заходит об «оперативной практике», связанной с немеждународными вооруженными конфликтами, часто официальная практика поддержания норм сосуществует с их прямыми нарушениями. Поэтому полагать, что достаточной практики в поддержку такого широкого заключения не имеется, значит смешивать ценность существующей «позитивной» практики с многочисленными нарушениями права в немеждународных вооруженных конфликтах. Это означало бы, что мы разрешаем нарушителям диктовать закон или препятствовать появлению норм. В результате многочисленные ужасные деяния, совершаемые во время немеждународных вооруженных конфликтов, больше не будут считаться незаконными и командиры, приказывающие их осуществлять, уже не будут нести ответственность за них. Не этого хотят государства. Они хотят, чтобы к немеждународным вооруженным конфликтам применялось право, и они хотят, чтобы командиры держали ответ и давали отчет в своих действиях. Поэтому ожидания законного поведения участников немеждународных вооруженных конфликтов растут и очень часто совпадают с нормами, применимыми в международных вооруженных конфликтах. Такой процесс, вызванный государствами, следует приветствовать как важное улучшение в деле правовой защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов — этой эпидемической формы вооруженных конфликтов.

Государственная практика и обычное гуманитарное право, таким образом, заполняют важные пробелы в договорном праве, регулирующем немеждународные вооруженные конфликты. В основном преодолен во-

51 Это Нормы 21, 23–24, 44–45, 62–63 и 82.

дораздел между правом международных и немеждународных конфликтов, особенно в отношении ведения военных действий, применения методов и средств войны и обращения с людьми, оказавшимися во власти одной из сторон конфликта. Но это не значит, что и к международным, и к немеждународным вооруженным конфликтам теперь применимо одинаковое право. Ведь такие положения, как оккупация и наделение статусом комбатанта или военнопленного, до сих пор принадлежат исключительно к области международных вооруженных конфликтов. Таким образом, Исследование содержит также ряд норм, применение которых ограничено международным вооруженным конфликтом<sup>52</sup>, и ряд норм, имеющих различную формулировку в зависимости от того, применяются ли они к международным либо немеждународным вооруженным конфликтам<sup>53</sup>.

## Вывод

Как было указано выше, государства обратились к МККК с просьбой провести это исследование, чтобы помочь в трудном деле установления обычного международного права. Не будет преувеличением сказать, что почти 10 лет глубоких изысканий и широких консультаций имели своим результатом всеобъемлющий и подробнейший на сегодняшний день труд такого рода. Исследование оказалось наилучшей, из всех возможных, попыткой дать моментальный и максимально точный снимок обычного международного гуманитарного права. Поскольку эта работа была обусловлена мандатом международного сообщества, авторы стремились сделать Исследование рабочим инструментом на службе у практиков, занимающихся гуманитарным правом, а не теоретическим справочником, и оно уже нашло свое место в юриспруденции нескольких государств, в том числе США<sup>54</sup>.

Хотя Исследование стало теперь отправной точкой для любой дискуссии об обычном гуманитарном праве, его не следует рассматривать как последнее слово об обычае, потому что оно по определению не может быть исчерпывающим, — формирование обычного права является постоянным процессом. Соответственно, МККК объединился с Британ-

52 Это Нормы 3–4, 41, 49, 51, 106–108, 114, 130 и 145–147.

53 Это Нормы 124, 126 и 128–129.

54 См. United States, Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, Case No. 05–184, 29 June 2006, p. 69. См. также Israel, The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, *Adalah and others v. GOC Central Command, IDF and others*, 23 June 2005, HCJ 3799/02, paras. 20, 21 and 24, and *The Public Committee against Torture in Israel and others v. The Government of Israel and others*, 13 December 2006, HCJ 769/02, paras. 23, 29–30 and 41–42; ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Hadžibasanović and Kubura*, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, IT-01-47-AR73.3, 11 March 2005, paras. 29–30, 38 and 45–46.

ским обществом Красного Креста и начал проект на базе Лаутерпахтского центра по международному праву Кембриджского университета с целью обновления информации о практике, содержащейся в томе II Исследования.

В свете этого обновления мы остаемся открытыми к дальнейшим замечаниям относительно Исследования в целом, но и к информации и комментариям относительно дальнейшей конкретной практики, которыми государства и эксперты хотели бы поделиться с нами. Это должно стать частью продолжающегося диалога. Комментарии США и данный ответ следует рассматривать как часть такого диалога.