

Окончание применения международного гуманитарного права

Марко Миланович*

Марко Миланович — доцент Школы права Ноттингемского университета и генеральный секретарь Европейского общества международного права.

Краткое содержание

В статье содержится обзор норм, регулирующих окончание применения международного гуманитарного права (МГП), или права вооруженных конфликтов. В ней сформулирован главный принцип, согласно которому при отсутствии оснований, обусловленных текстом, принципиальными или политическими соображениями, которые оправдывали бы исключение из правила, применение МГП прекращается в тот момент, когда условия, изначально ставшие причиной его применения, перестают соблюдаться. Для применения МГП его четкие критерии: международный вооруженный конфликт, военная оккупация и немеждународный вооруженный конфликт — должны быть удовлетворены в каждый момент времени. В статье также рассматриваются ситуации, требующие отклонения от общего правила, и факторы, которые необходимо учитывать, устанавливая факт окончания каждого вида вооруженного конфликта. Тем самым в статье анализируются заключительные процессы и события, которые, как правило, завершают применение МГП (не обязательно в полном объеме), а также трансформационные процессы и события, завершающие применение одного подрежима МГП, но немедленно приводящие к вступлению в силу другого. В заключение в статье коротко рассматривается (предполагаемый) вооруженный конфликт между США и «Аль-Каидой» и его, по-видимому приближающееся, окончание.

* Статья была окончательно подготовлена во время моей работы в качестве приглашенного профессора Юридической школы Мичиганского университета. Я благодарен Саре Кливленд, Эшли Дикс, Жан-Мари Хенкертсу, Вольфу Хайнтшле фон Хайнеггу, Дино Критсиотису, Елене Пеич, Марко Сассоли, Майклу Шмиту, Сандешу Сивакумарану и Элизабет Вильмсхерст за крайне полезные комментарии.

Ключевые слова: МГП, временная сфера применения, окончание применения, международный вооруженный конфликт, немеждународный вооруженный конфликт, оккупация.

: : : : : :

Вопрос о том, когда начинается применение международного гуманитарного права (МГП), уже довольно сложный¹; вопрос об окончании применения МГП, вероятно, еще сложнее. Это, безусловно, один из тех вопросов, ясного ответа на которые действующие договоры не дают. Как нам предстоит увидеть, некоторые положения Женевских конвенций 1949 г.² указывают на конкретные моменты времени, такие как прекращение военных действий или общее окончание военных действий, не преследуя при этом цели систематического регулирования и не давая более точных определений этих расплывчатых терминов. Подобная изначальная неопределенность усугубляется тремя следующими факторами.

Во-первых, МГП не представляет собой единого, связанного свода законов. У него не было разработчика, который бы с самого начала все продумал и увязал воедино. Скорее, как и международное право в целом, МГП представляет собой некий «палимпсест»: один слой накладывался на другой, новое приходило на смену старому, крайне редко, однако, вытесняя его полностью. Так, применяемое нами по сей день право Гааги, регулирующее ведение военных действий, было интегрировано в общепринятую на тот момент правовую систему, в которой «война» была действующей правовой категорией, жестко противопоставляемой миру. Впоследствии на этом основании в несколько этапов выстроилось право Женевы: в частности, в Конвенциях 1949 г. и Дополнительных протоколах к ним 1977 г. пересмотрены критерии применимости МГП. Добавим к этому судебные толкования данных критериев, приводимые главным образом уголовными судами и трибуналами, преобразования в области обычного права, к которым они привели, и дальнейшие изменения в практике государств на международной арене после терактов 11 сентября 2001 г.

Во-вторых, при этом даже фактические и объективные критерии современного МГП являются разрозненными. В действительности невозможно говорить об окончании применения МГП в целом, речь может идти лишь об окончании его применения относительно международного

- 1 В общем по вопросу классификации вооруженных конфликтов см.: Marko Milanovic and Vidan Hadzi-Vidanovic, "A Taxonomy of Armed Conflict", Christian Henderson and Nigel White (eds), *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, Edward Elgar, Cheltenham and Northampton, MA, 2013, pp. 256—313. Текст статьи, на которую мы в дальнейшем будем во многом опираться, доступен по адресу: <http://ssrn.com/abstract=1988915> (последнее посещение этой и остальных ссылок — октябрь 2014 г.). См. также статью Джулии Гриньон «Начало применения международного гуманитарного права: некоторые проблемы» в данном выпуске МЖКК.
- 2 Женевская конвенция от 12 августа 1949 г. об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (ЖК I); Женевская конвенция от 12 августа 1949 г. об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (ЖК II); Женевская конвенция от 12 августа 1949 г. об обращении с военнопленными (ЖК III); Женевская конвенция от 12 августа 1949 г. о защите гражданского населения во время войны (ЖК IV).

вооруженного конфликта (МВК), военной оккупации и немеждународного вооруженного конфликта (НМВК) соответственно. Более того, хотя некоторые нормы МГП применяются всегда, другими словами, даже вне ситуации вооруженного конфликта и оккупации (например, обязательства распространять информацию о МГП, обозначать культурные ценности и т. д.), применение других положений, как мы увидим, может начинаться одновременно с началом вооруженного конфликта, но не обязательно прекращается с его окончанием (например, обязательства расследовать случаи серьезных нарушений, совершенных во время МВК, и осуществлять судебное преследование виновных). И хотя в своем развитии материальное обычное право зачастую опиралось на аналогии с МВК, структурные различия между двумя видами конфликтов могут сказываться на применении МГП во времени и затруднять проведение подобных аналогий.

В-третьих, наше толкование критериев и временной сферы применения МГП неизбежно будет зависеть от того, в какой профессиональной среде мы будем взвешивать противоречащие друг другу и меняющиеся принципиальные соображения: в качестве судей государственного или международного уровня, правительственных чиновников, военных юрисконсультов, гуманитарных активистов или правоведов. Другими словами, на анализ окончания применения МГП, проводимый конкретным актором, в конечном счете влияет *желание* данного актора продолжать его применение или нет с учетом последствий, которые повлечет за собой продолжение или прекращение. Так, например, в 1949 г. в Женеве большая часть представителей гуманитарного сообщества, включая Международный Комитет Красного Креста (МККК), выступали за широкую сферу применения МГП, особенно в области НМВК, которые до того момента фактически не регулировались. Большая часть государств, напротив, хотели одновременно повысить порог применения МГП в контексте НМВК и сузить предметный охват норм, применимых при НМВК, чтобы сохранить возможность подавлять восстания и внутренние беспорядки по своему усмотрению³. Сегодня, однако, умеренные гуманитарные деятели могут *не хотеть* расширительного применения МГП, поскольку в этом они могут усмотреть отступление от международного права прав человека, действующего параллельно и, в случае необходимости, экстерриториально. Государства же как раз могут выступать за применение МГП, поскольку видят в этом не ограничение, а *расширение своих возможностей*, например в том, что касается целенаправленных убийств и превентивных задержаний, а также способ уклониться от соблюдения более требовательного международного права прав человека⁴.

В других ситуациях подобные расчеты могут привести к другим выводам. В качестве примера можно привести отношение к вопросу о том,

3 См. в целом: Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 30 ff.

4 См.: M. Milanovic and V. Hadzi-Vidanovic, примечание 1 выше, pp. 305—308.

прекратилась ли оккупация сектора Газа: ответ на этот вопрос зависит главным образом от того, представляется ли продолжение применения МГП желательным или нет. Аналогичным образом международный уголовный трибунал может очень благосклонно отнестись к продолжительному применению МГП, поскольку наличие вооруженного конфликта может быть одним из условий его юрисдикции. Обязательно будут приняты во внимание *последствия* окончания применения МГП, касающиеся объема прав и обязанностей сторон, а также уголовной ответственности конкретных лиц. Это не означает, что, даже будучи неизбежным, подобный нацеленный на результат подход обязательно осуществляется осмысленно и целенаправленно. Как бы то ни было, в данной статье мы попытаемся взвесить все соответствующие соображения с максимально возможной прозрачностью.

Структура статьи выстроена следующим образом. В начале дается краткий обзор изменений, которые МГП претерпело за свою историю (в тех случаях, когда это будет способствовать пониманию условий окончания его применения), и формулируется общий принцип, лежащий в основе данного процесса. Затем будут рассмотрены те моменты, когда различные нормы МГП перестают действовать во время международного вооруженного конфликта, военной оккупации и немеждународного вооруженного конфликта. Далее будут проанализированы преобразовательные процессы, которые завершают применение какого-либо подрежима МГП (МВК или НМВК), но инициируют применение другого. В заключительной части рассмотрен один из наиболее актуальных и противоречивых вопросов современного МГП — (приближающееся) окончание конфликта между США и «Аль-Каидой».

Краткий исторический обзор и общий принцип окончания применения

Прежде чем мы сможем перейти к рассмотрению окончания применения современного МГП, необходимо совершить краткий экскурс в историю и остановиться на эволюции критериев для начала применения МГП, которые более подробно рассматриваются в другой статье данного номера Международного журнала Красного Креста⁵. Как было отмечено выше, до Женевской реформы 1949 г. (и, вероятно, какое-то время после⁶) действующей категорией обычного международного права была «война». В классическом международном праве война определялась не как фактическая ситуация, подразумевающая военные действия между двумя государствами, а как правовое положение, начало и окончание которого влечет за собой массу последствий для отношений воюющих сторон друг с другом и с третьими государствами. Война и мир категорически исключали друг

5 См. статью Джулии Гриньон в данном номере.

6 Критерии применимости договоров не сразу закрепились в форме обычаев, и, в силу подвижной природы обычного права, сложно с точностью указать момент, когда это произошло.

друга, точно так же как право войны и право мира⁷. По общему мнению, война подразумевала расторжение всех заключенных воюющими сторонами в мирное время договоров, а также вступление в силу норм нейтралитета для невоюющих сторон. Она также одновременно имела формальный и субъективный характер, требуя не только объективного наличия военных действий, но и проявления *animus belligerendi*. Доказать наличие субъективного *animus belligerendi* можно было, ссылаясь на такие критерии, как разрыв дипломатических отношений между воюющими сторонами, факт объявления войны или уведомления нейтральных держав о состоянии войны либо признание состояния войны данными нейтральными державами.

Это, в свою очередь, делало возможным ситуации крупномасштабных и затяжных конфликтов, в которых заинтересованные государства по политическим причинам отказывались признавать состояние войны. Между фактическим пониманием «войны» и пониманием, вытекающим из нюансов международного права, образовался разрыв, которым можно было воспользоваться, если это отвечало интересам государства. Это не только привнесло значительную неопределенность в сферу прав частных лиц, но, что более важно, серьезно затруднило применение любых гуманитарных положений права войны. Чтобы не применять право войны, государству было необходимо всего лишь отрицать состояние войны в *техническом правовом смысле* вне зависимости от того, сколько крови проливалось в реальности⁸. Именно отсутствие гибкости в системе «право мирного времени / право войны», а также серьезность последствий перехода от одного из них к другому и заставили государства избегать признавать состояние войны. Это подвигло ряд правоведов того времени ратовать за правовое признание третьего, промежуточного между войной и миром, состояния — *status mixtus*⁹. Другие, напротив, хотели объективизировать войну¹⁰. Однако желания специалистов по международному гуманитарному праву и представления государств о своих интересах не обязательно совпадали. Вместо того чтобы разрешить спор, противоречия относительно правового характера войны только усугубили неопределенность в данном вопросе¹¹.

7 См. в целом: Jann Kleffner, “Scope of Application of International Humanitarian Law”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 44; M. Milanovic and V. Hadzi-Vidanovic, примечание 1 выше, pp. 258—264.

8 *Ibid.*, p. 260. Возможно, самый вопиющий пример — маньчжурский кризис и китайско-японский конфликт 1930-х гг., в ходе которого и Япония, и Китай по разным политическим причинам отрицали состояние войны. Подробнее об этом см.: Anthony Carty and Richard A. Smith, *Sir Gerald Fitzmaurice and the World Crisis: A Legal Adviser in the Foreign Office, 1932—1945*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2000, pp. 41 ff.

9 См.: Georg Schwarzenberger, “Jus Pacis ac Belli? Prolegomena to a Sociology of International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 37, No. 3, 1943, p. 470; Philip C. Jessup, “Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War?”, *American Journal of International Law*, Vol. 48, No. 1, 1954, p. 100.

10 См.: James Leslie Brierly, “International Law and Resort to Armed Force”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 4, No. 3, 1932, p. 308; Theodore S. Woolsey, “The Beginning of a War”, *Yale Law Journal*, Vol. 9, No. 4, 1900, p. 153. M. Milanovic and V. Hadzi-Vidanovic, примечание 1 выше, pp. 260—261.

11 M. Milanovic and V. Hadzi-Vidanovic, примечание 1 выше, pp. 260—261.

Поскольку «война» была явлением официальным, она также требовала официального завершения. При том что боевые действия могли приостанавливаться в рамках согласованного местного перемирия, или режима прекращения огня, или более широкого общего перемирия, для окончания войны, как правило, требовалось заключение мирного договора¹². Только после заключения подобного договора стороны могли возобновить нормальные отношения, а подписанные в мирное время договоры могли возобновить свое действие.

Данная система оставалась в силе на момент начала Второй мировой войны, однако с ее окончанием к «палимпсесту» международного права добавились новые слои. Во-первых, несмотря на то что обращение к войне в качестве орудия национальной политики уже было запрещено Пактом Бриана — Келлога, подписанным в 1928 г., принятие Устава ООН и содержащийся в нем общий запрет на применение *силы* (а не только «войны») по-настоящему отделили *jus ad bellum* от *jus in bello*. Во-вторых, применимость Женевских конвенций 1949 г. в целом не была привязана к формальной концепции войны. Статья 2, общая для Женевских конвенций (общая статья 2), ввела понятие международного вооруженного конфликта¹³, которое задумывалось как объективная, фактическая замена более узкой концепции войны, при сохранении межгосударственного характера предшествующего понятия.

Женевские конвенции 1949 г. также впервые ввели систематическое регулирование внутренних конфликтов посредством концепции немеждународных вооруженных конфликтов в соответствии со статьей 3, общей для Женевских конвенций (общая статья 3). На момент принятия Конвенций критерии НМВК подразумевали исключительно применение самой общей статьи 3 и ее исключительно гуманитарных положений, защищающих лиц, которые не принимают участие в боевых действиях или вышли из строя. Этим ограничивалось договорное право, применимое к НМВК по состоянию на 1949 г.; например, в нем отсутствовали правила ведения военных действий, аналогичные тем, что распространялись на МВК.

Со временем, однако, в результате принятия Дополнительных протоколов 1977 г. и эволюции обычного права право вооруженных конфликтов сосредоточилось на двух фактических критериях, сформулированных в Конвенциях 1949 г. Помимо того что критерий, сформулированный в общей статье 2, распространяется и на применение положений Дополнительного протокола I (ДП I)¹⁴, он также стал критерием для применения обычного права Гааги в области ведения военных действий. Это же произошло

12 См.: J. Kleffner, примечание 7 выше, р. 62.

13 Так, общая ст. 2(1) гласит: «Помимо постановлений, которые должны вступить в силу еще в мирное время, настоящая Конвенция будет применяться в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны» (курсив автора).

14 См.: Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов, 8 июня 1977 г. (ДП I), ст. 1(3).

с критерием НМВК, изложенным в общей статье 3, при том что пробелы в регулировании НМВК были восполнены главным образом за счет обычного права. Таким образом, критерии, изложенные в Женевских конвенциях 1949 г., в более общем смысле стали критериями для применения обычного МГП. Традиционная концепция «войны» практически полностью устарела, и государства попросту перестали объявлять друг другу войну или официально признавать факт существования войны. Аналогичным образом различия между прекращением огня, перемирием и мирным договором постепенно размылись; мирные договоры стали особенно редкими¹⁵, и для окончания конфликтов часто стали использоваться менее официальные инструменты, такие как перемирие, односторонние или совместные декларации, или же они просто прекращались де-факто.

Однако в процессе преобразования права войны в право вооруженных конфликтов от концепции «войны» официально не отказывались, несмотря на то что в действительности она больше не являлась условием для применимости МГП. Если взглянуть на «палимпсест» МГП, возникает вопрос: остается ли концепция «войны» по-прежнему актуальной для наших современных споров? Как известно, в общей статье 2 Женевских конвенций от 1949 г. прямо говорится, что они будут «применяться в случае объявленной войны», позволяя, таким образом, *начать* применение Конвенций (и актуальных правовых обычаев) еще до того, как прозвучали первые выстрелы. Однако означает ли это, в свою очередь, что их применение *прекратится* лишь после официального, технического окончания войны в правовом смысле, в случае если простой международный вооруженный конфликт превратился в войну? Просто представьте себе такой сценарий войны: военные действия давно прекратились, однако мирный договор не был заключен, и нет никаких официальных механизмов, которые позволили бы полностью нормализовать отношения между сторонами.

Некоторые авторы, в первую очередь Йорам Динштейн, по-прежнему признают значимость войны как правовой концепции¹⁶. Однако большинство, к которому я отношу и себя, возразили бы, что главной целью женевской реформы 1949 г. было покончить с субъективностью и формализмом понятия войны, а также сделать критерии применения объективными и основанными на фактах и что в последующие годы данная тенденция лишь укрепилась¹⁷. Тем не менее нельзя категорически исключать возможность того, что «старое» право по-прежнему пользуется влиянием,

15 См. в целом: Howard S. Levie, “The Nature and Scope of the Armistice Agreement”, *American Journal of International Law*, Vol. 50, 1956, p. 880; Richard Baxter, “Armistices and Other Forms of Suspension of Hostilities”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 149, 1976, pp. 357—390; J. Kleffner, примечание 7 выше, pp. 65—66.

16 См. в целом: Yoram Dinstein, *War, Aggression, and Self-Defence*, 5th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2011. Динштейн, главным образом, делает упор на то, что концепция войны по-прежнему актуальна для *jus ad bellum*.

17 О маргинализации концепции войны см., в частности: Dino Kritsiotis, “Topographies of Force”, in Michael Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2007, p. 29.

особенно в силу того, что концепция «войны» выходила за границы между *jus ad bellum* и *jus in bello*. Однако данное влияние, по всей вероятности, минимально. В случае «войны», в которой военные действия де-факто прекратились окончательно и на постоянной основе, даже без официального заключения мира, всякое остаточное право возобновить военные действия как вопрос *jus ad bellum* будет невозможно в силу запрета на применение силы, содержащегося в Уставе ООН¹⁸; при этом фактическое отсутствие военных действий, военнопленных или покровительствуемых лиц, находящихся во власти неприятеля, практически не оставляет МГП вопросов для регламентирования¹⁹.

Нормы, регулирующие начало и окончание применения МГП, по сути являются одновременно обычными и договорными. В части договорных норм к применению МГП во времени также имеют отношение общие вопросы договорного права, касающиеся вступления договоров в силу и выхода из них. При том что Женевские конвенции были приняты практически повсеместно, общие правила их вступления в силу особенно актуальны для недавно образованных государств, которые могут стать участниками договоров путем присоединения или (автоматического?) правопреемства²⁰. С другой стороны, может вызвать удивление тот факт, что и Женевские конвенции, и Дополнительные протоколы к ним содержат ясно сформулированные положения об их денонсации²¹. Ни одно государство еще не денонсировало никакой из данных договоров, и неизбежные политические последствия подобного шага делают его крайне маловероятным в будущем. Кроме того, положения о денонсации содержат прямые гарантии, согласно которым всякая денонсация не будет распространяться на

18 См.: J. Kleffner, примечание 7 выше, р. 66; в противоположность этому: Y. Dinstein, см. примечание 16 выше, pp. 59—61, 324.

19 Хрестоматийный пример подобного конфликта — корейская война 1950—1953 гг. Перемирие было заключено 27 июля 1953 г., и военные действия прекратились, однако мирный договор подписан не был. Даже если бы — хотя военные действия не ведутся и прошло уже много лет — официальное состояние войны, то есть существование МВК, сохранялось из-за того, что стороны не заключили мирный договор, вытекающие из Устава ООН нормы *jus ad bellum* исключали бы возможность применения силы даже в случае нарушения условий перемирия. Другими словами, всякое применение силы требовалось бы обосновывать правом на самооборону или санкцией Совета Безопасности в рамках Устава ООН; см., например: Ernest A. Simon, “The Operation of the Korean Armistice Agreement”, *Military Law Review*, Vol. 47, 2007, p. 105. Аргументы в поддержку того, что в действительности перемирие 1953 г. положило конец войне, см., например: Y. Dinstein, примечание 16 выше, pp. 43—44. Wolff Heintschel von Heinegg, “Factors in War to Peace Transitions”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 27, No. 3, 2004, pp. 849—854.

20 Так, данный вопрос встал в ходе арбитражного разбирательства между Эфиопией и Эритреей; ни в момент провозглашения независимости в 1993 г., ни впоследствии Эритрея не заявляла о своем правопреемстве в отношении Конвенций и последовательно утверждала, что не считает себя связанной ими. Эритрея присоединилась к ним лишь в 2000 г., после окончания конфликта с Эфиопией. Комиссия по претензиям сочла, что Эритрея не являлась участником Женевских конвенций до присоединения к ним, но что большая часть их положений отражает нормы обычного МГП, которые имели обязательную юридическую силу для Эритреи. см.: Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Prisoners of War — Eritrea’s Claim 17*, 1 July 2003, paras 31—42.

21 ЖК I, ст. 63; ЖК II, ст. 62; ЖК III, ст. 142; ЖК IV, ст. 158; ДП I, ст. 99; Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов международного характера, Женева, 8 июня 1977 г. (ДП II), ст. 25.

ситуации, возникающие в связи с существующим вооруженным конфликтом, или на покровительствуемых лиц, которые уже находятся в плену²². Однако главной правовой гарантией является то, что большая часть положений Конвенций и Протоколов получили статус обычного права, соответственно денонсирующее государство в любом случае окажется связанным ими. Следовательно, далее я не стану уделять внимание вопросам, которые могут возникнуть в силу общего договорного права, отметив лишь, что это может затронуть договорные нормы, не отражающие обычая²³.

Принимая во внимание эволюцию современного режима МГП, а также его разрозненность, на данном этапе мы можем постулировать единый *общий принцип* окончания применения норм МГП, который станет фундаментом для последующего анализа: при отсутствии оснований, обусловленных текстом, принципиальными или политическими соображениями, требующими исключения из правил, применение МГП прекращается в тот момент, когда условия, изначально потребовавшие его применения, перестают соблюдаться. Другими словами, если конкретную ситуацию больше нельзя классифицировать как МВК, НМВК или оккупацию, применение МГП завершится²⁴.

При отсутствии конкретных обстоятельств, указывающих на обратное, данный общий принцип представляется совершенно логичным в фактическом, объективном концептуальном пространстве Женевских конвенций. Для применения МГП критерии его применимости должны *продолжать* соблюдаться в каждый момент времени. Чтобы подробнее развить данный общий принцип, нам, безусловно, потребуется рассмотреть составные элементы каждого критерия в контексте конкретных сценариев, в которых они будут аннулированы. Затем мы должны будем установить, является ли необходимым отклонение от общего правила и продолжают ли некоторые нормы применяться даже после завершения вооруженного конфликта. Далее мы рассмотрим отдельные *заключительные* процессы и события, которые, как правило, завершают применение МГП (не обязательно в полном объеме)²⁵, а также некоторые *трансформационные* процессы

22 Например, ЖК III, ст. 142(2), предусматривает, что «денонсация вступит в силу лишь год спустя после заявления, сделанного Швейцарскому Федеральному Совету. Однако денонсация, заявление о которой было сделано в то время, когда денонсирующая Держава участвовала в конфликте, не будет иметь силы до заключения мира и, во всяком случае, до тех пор, пока не будут закончены операции по освобождению и репатриации лиц, пользующихся покровительством настоящей Конвенции».

23 Подробнее см.: Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Hart, Oxford, 2008, pp. 104–105.

24 См. также: Derek Jinks, “The Temporal Scope of Application of International Humanitarian Law in Contemporary Conflicts”, HPCR Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, Cambridge, 27–29 January 2003, p. 3, доступно по адресу: www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session3.pdf; J. Kleffner, примечание 7 выше, p. 61.

25 Речь идет о нормах, которые применяются и в мирное время, а также нормах, применение которых обуславливается вооруженным конфликтом, но не прекращается с окончанием вооруженного конфликта.

и события, которые завершают применение одного из подрежимов МГП (МВК или НМВК), но немедленно инициируют вступление в силу другого. В следующем разделе мы поочередно рассмотрим каждый из критериев.

Международный вооруженный конфликт

Как мы убедились, концепция МВК была разработана как прямая замена концепции войны. Как и концепция войны, согласно приведенному в общей статье 2 определению, МВК носит межгосударственный характер, представляя собой конфликт между двумя суверенными государствами. Как говорится в авторитетных «Комментариях» Пикте:

«Любой спор, возникающий между двумя государствами и вызывающий введение в действие вооруженных сил, представляет собой вооруженный конфликт по смыслу [общей] статьи 2, даже если одна из сторон оспаривает состояние войны. Ни длительность конфликта, ни степень разрушительности, ни численность участвующих сил не имеют значения; достаточно того, чтобы вооруженные силы одной державы взяли в плен представителей противной стороны, подпадающих под действие статьи 4 [Третьей Женевской конвенции]. Боев даже может и не быть; для применения Конвенции достаточно задержания лиц, которых она касается»²⁶.

Следовательно, критерий общей статьи 2 является крайне низким: достаточно всего лишь разногласий между двумя государствами, вызывающих введение в действие их вооруженных сил²⁷. Прав ли Пикте в данном случае, или же необходимо, чтобы насилие достигло минимального уровня интенсивности во избежание того, чтобы мелкая перестрелка между вооруженными силами двух государств (например, одиночный выстрел из винтовки, совершенный через границу) была классифицирована как МВК, — вопрос этот не является в данный момент предметом моего рассмотрения. По этому вопросу существуют противоречивые мнения и практика²⁸. Однако при всей точности определения порог МВК, несомненно, намного ниже, чем порог НМВК, определяемый как «продолжительное вооруженное насилие», к которому я вскоре обращусь, поскольку при его установлении не возникало опасений, связанных с суверенитетом, как в случае с порогом НМВК. Один и тот же уровень насилия будет расценен как МВК, если насилие происходит между государствами, но может не быть квалифицирован как НМВК, если его источником или жертвой являются негосударственные акторы.

Как мы опять же могли убедиться, главным отличием «войны» от МВК является объективный и фактический характер последнего. Равным

26 Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Vol. 3: *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, ICRC, Geneva, 1960, Art. 2(1), p. 23.

27 M. Milanovic and V. Hadzi-Vidanovic, примечание 1 выше, p. 274.

28 Подробнее по данному вопросу см.: J. Kleffner, примечание 7 выше, pp. 44—45.

образом окончание МВК должно основываться на исключительно объективных критериях: важно, что военные действия между сторонами прекратились. Однако поскольку порог МВК относительно легко достижим и поскольку было бы непрактично и чревато злоупотреблениями воспринимать всякое затишье в боевых действиях как окончание МВК, а любое возобновление боев как начало нового конфликта, для окончания МВК военные действия должны прекратиться с *определенной степенью постоянства и окончательности*²⁹. Так, например, по делу Готовины Судебная камера постановила:

«В случае если право вооруженных конфликтов начало применяться, не следует делать поспешных выводов о прекращении его применения. В противном случае участники вооруженного конфликта могут оказаться заложниками непрекращающейся смены его применения и неприменения, что приведет к значительной правовой неопределенности и замешательству. Следовательно, Судебная камера будет принимать во внимание тот факт, имело ли место в какой-либо момент времени, относящегося к предъявленным обвинениям, общее окончательное и фактическое прекращение международного вооруженного конфликта, достаточное для окончания применения права вооруженных конфликтов. В особенности она будет учитывать, имело ли место общее прекращение военных действий и общее заключение мира»³⁰.

Этот процесс всегда представляет собой фактическую оценку, которая будет варьироваться от случая к случаю, и точное установление момента окончания МВК может оказаться затруднительным. Заключаемые воюющими сторонами соглашения, вне зависимости от их названия (односторонние заявления любой из сторон или резолюции соответствующих международных организаций, например принимаемые Советом Безопасности ООН³¹), могут служить *доказательством* того, что военные действия прекратились с достаточной степенью постоянства и окончательности. Однако в конечном счете важен *факт* окончания военных действий, а не точная правовая природа конкретного инструмента³². В зависимости от политической и военной обстановки соглашение о прекращении огня или перемирие могут указывать на момент, в который военные действия окончательно прекратились, тогда как мирный договор может не стоить бумаги, на которой он написан, если военные действия по-прежнему продолжаются.

29 Ср.: D. Jinks, примечание 24 выше, р. 3: «С учетом того, что Женевские конвенции де-факто представляют собой режим регулирования вооруженных конфликтов, общая применимость международного гуманитарного права прекращается в том случае, если военные действия прекратились и вероятность их возобновления в ближайшем будущем отсутствует». См. также: R. Kolb and R. Hyde, примечание 23 выше, р. 102.

30 International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Gotovina*, Case No. IT06-90-T, Judgment (Trial Chamber), 15 April 2011, para. 1694.

31 Не говоря о возможности того, что Совет Безопасности ООН фактически изменяет применяемый режим МГП своими решениями, или о том, что он, безусловно, обладает такими полномочиями.

32 См. также: J. Kleffner, примечание 7 выше, рр. 61, 70.

В пользу подобного фактического подхода говорят те немногие положения Женевских конвенций, которые касаются окончания их применения. Так, в статье 118(1) ЖК III сказано: «Военнопленные освобождаются и репатрируются тотчас же по прекращении военных действий». Обязательство о репатриации, разумеется, может быть приемлемым для государств только в том случае, если военные действия прекратились на более или менее постоянной основе. С другой стороны, в соответствующей части статьи 6(2) ЖК IV предусмотрено, что «на территории сторон, находящихся в конфликте, применение Конвенции прекращается после общего окончания военных действий». Общие положения о денонсации Женевских конвенций, приведенные выше, указывают на еще один момент времени, отмечая, что «денонсация, заявление о которой было сделано в то время, когда денонсирующая Держава участвовала в конфликте, не будет иметь силы до заключения мира»³³. Мы имеем три момента времени: прекращение активных военных действий, общее окончание военных действий и заключение мира.

В свою очередь, из статьи 5 ЖК III и статьи 6(4) ЖК IV ясно следует, что Конвенции продолжают применяться после общего прекращения военных действий, если покровительствуемые лица по-прежнему находятся во власти противника и не были к тому моменту освобождены или репатриированы. Данный принцип также очень четко сформулирован в статье 3(b) ДП I:

«...применение Конвенций и настоящего Протокола на территории сторон, находящихся в конфликте, прекращается с общим прекращением военных действий, а на оккупированной территории — по прекращении оккупации. Исключение в обоих случаях составляют те лица, окончательное освобождение, репатриация или устройство которых будут иметь место позже. Эти лица продолжают пользоваться покровительством соответствующих положений Конвенций и настоящего Протокола до момента их окончательного освобождения, репатриации или устройства».

Неясно, хотели ли составители Конвенций провести четкую границу между критерием «прекращения военных действий», содержащимся в статье 118(1) ЖК III, и «общим окончанием военных действий» статьи 6(2) ЖК IV и «общим прекращением военных действий» более поздней статьи 3(b) ДП I: другими словами, было ли данное разграничение целенаправленным или же появилось вследствие несогласованного редактирования? Ясно лишь то, что основной мотивацией при разработке формулировки, содержащейся в ЖК III, было желание отойти от более ранней нормы, сформулированной в статье 20 Гаагского положения, согласно которому обязательство репатриировать военнопленных вступало в силу лишь после (формального) заключения мира. Это означало, что в ряде случаев, когда конфликт де-факто завершился, но мирный договор формально не был подписан или же переговоры

33 ЖК I, ст. 63; ЖК II, ст. 62; ЖК III, ст. 142; ЖК IV, ст. 158.

о его подписании растягивались на очень длительный срок, большое число военнопленных по-прежнему удерживалось в плену без всякой на то необходимости³⁴. Это, разумеется, не означает, что критерий, содержащийся в ЖК III, является на практике гарантией быстрого проведения репатриации: наглядный пример — долгие усилия по репатриации по итогам ирано-иракской войны 1980–1988 гг. Что касается формулировки «общее окончание военных действий» из статьи 6(2) ЖК IV, то в «Комментариях» Пикте она трактуется как «окончательное прекращение всех боевых действий между всеми заинтересованными сторонами»³⁵. Обратите внимание, что данный критерий является объективным и фактическим; как отмечалось выше, хотя перемирие или мирный договор могут служить доказательством окончательного прекращения конфликта, формальные соглашения в данном вопросе не являются ни обязательно необходимыми, ни решающими³⁶. *Общее* окончание военных действий подразумевает прекращение всех боевых действий между *всеми* воюющими сторонами³⁷, даже если активные военные действия между некоторыми из них прекратились значительно раньше (взять, к примеру, капитуляцию Франции в 1940 г., при том что Великобритания продолжала сражаться, или же различное время капитуляции Германии и Японии в ходе Второй мировой войны).

В Комментарие МККК к ДП I была предпринята попытка разграничить формулировки «общее окончание военных действий» и «прекращение военных действий». Так, в нем говорится, что военные действия могут толковаться шире, чем собственно боевые действия, и включать в себя «передвижения, маневры и действия любого рода, предпринимаемые вооруженными силами в целях ведения боевых действий» и что «общее окончание военных действий может иметь место после “прекращения военных действий”, упоминаемого в статье 118 Третьей конвенции: хотя для данной Конвенции может быть достаточно перемирия, даже негласного, во многих случаях военные операции могут продолжаться и после подобного перемирия, даже при отсутствии столкновений»³⁸. Данное различие также

34 См. J. Pictet, примечание 26 выше, pp. 541—543.

35 Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. 4: Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Geneva, 1958, Art. 6(2), p. 62.

36 В постановляющей части решения МТБЮ по делу Тадича, согласно которой «международное гуманитарное право применяется с начала возникновения таких вооруженных конфликтов и действует после прекращения военных действий до общего заключения мира; или в случае внутренних конфликтов до достижения мирного урегулирования», как мне кажется, сделан слишком большой упор, по крайней мере имплицитно, на консенсуальную природу окончания конфликта. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 70. Об окончании применения МГП в условиях НМВК см. ниже. Значение имеет фактическая *окончателность*; значительное количество вооруженных конфликтов как международных, так и немеждународных закончились без какого бы то ни было формального соглашения или урегулирования, например НМВК в Шри-Ланке.

37 См.: J. Pictet, примечание 35 выше, p. 62.

38 См.: Yves Sandoz et al. (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 1987, Art. 3(b), paras. 152—153.

поддерживается научными комментариями³⁹. Однако в зависимости от обстановки провести различие может быть сложно: другими словами, прекращение военных действий и общее окончание (ориентированное на боевые действия) военных действий могут произойти одновременно или же одно из событий может произойти вскоре после другого.

В целом, мы можем сделать вывод, что МВК закончится с общим окончанием военных действий, если вероятность возобновления военных действий практически отсутствует. С окончанием МВК также завершится применение норм МГП, регулирующих ведение военных действий. Кроме того, оно приведет к окончанию всех предоставляемых нормами МГП полномочий по превентивному задержанию комбатантов или гражданских лиц исключительно по соображениям безопасности⁴⁰. Однако, как мы уже видели, некоторые обязательства в рамках МГП переживут окончание вооруженного конфликта, и, более того, они могут быть вызваны (приближающимся) окончанием конфликта, как в случае с обязательством репатриировать военнопленных. Лица, остающиеся во власти неприятеля, продолжают пользоваться защитой МГП вплоть до их репатриации или освобождения, в том числе правом на посещение сотрудниками МККК, даже если МГП более не позволяет содержать их под стражей. Кроме того, они продолжают пользоваться основными гарантиями, изложенными в статье 75(6) ДП I, согласно которой «лица, подвергающиеся аресту, задержанию или интернированию по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, пользуются защитой, предусмотренной данной статьей, до их окончательного освобождения, репатриации или устройства даже по окончании вооруженного конфликта» (курсив автора). В обычных условиях данные гарантии были бы дополнены правом прав человека, и в тех случаях, когда МГП допускает отклонения от прав человека, например в силу принципа *lex specialis*, по окончании конфликта данные отклонения станут недопустимы⁴¹. Аналогичным образом статья 33(1) ДП I предусматривает, что «...как только позволят обстоятельства, и самое позднее сразу после окончания активных военных действий, каждая сторона, находящаяся в конфликте, разыскивает лиц, о которых противная сторона сообщает как о пропавших без вести» (курсив автора). Это и другие обязательства в отношении лиц, пропавших без вести, и умерших,

39 См., например: D. Jinks, примечание 24 выше, п. 3; Laurie Blank, “A Square Peg in a Round Hole: Stretching Law of War Detention Too Far”, *Rutgers Law Review*, Vol. 64, No. 1, 2011, pp. 1179—1182; Rogier Bartels, “From *Jus In Bello* to *Jus Post Bellum*: When do Non-International Armed Conflicts End?”, in Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday and Jens Iverson (eds), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 300—303.

40 См.: Jelena Pejic, “Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 75, 2004, pp. 78, 81. Подробнее о том, действительно ли МГП дает подобные полномочия или же просто ограничивает действия государств, см. ниже.

41 На мой взгляд, правовые последствия *lex specialis* весьма скромны; данный принцип всего лишь позволяет интерпретировать нормы прав человека в свете МГП (и, где это уместно, наоборот), но не позволяет заменять одни нормы другими в случае, если они вступают в противоречие. См.: Marko Milanovic, “Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law”, in Orna Ben-Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 95.

например по содействию в доступе к местам погребения, останутся в силе и после окончания конфликта, как и обязательства расследовать случаи серьезных нарушений Конвенций и ДП I и осуществлять судебное преследование совершивших их лиц.

Таким образом, существует ряд исключений из общего принципа окончания процесса применения. Данные исключения не ограничены во времени; длительность времени, прошедшего по окончании конфликта, не может сама по себе освободить от существующих обязательств. Например, если государство удерживает военнопленного на протяжении десятилетий после окончания конфликта, на это лицо по-прежнему будет распространяться защита МГП. Обязательство перестанет действовать лишь в том случае, если исчезнет условие для его существования — например, если пленный будет репатрирован.

Как и в целом с МГП, подобное взаимодействие между общим принципом и исключениями из него способствует установлению равновесия между военной необходимостью и соображениями гуманности. Для поддержания ясности и предсказуемости не следует делать преждевременных выводов об окончании конфликта. Нормы ведения военных действий перестают применяться лишь тогда, когда боевые действия окончательно прекратились, а с их прекращением в силу вступает обязательство репатриировать военнопленных и освободить всех интернированных гражданских лиц, поскольку именно тогда данное обязательство может быть в действительности выполнено и необходимость в подобных мерах отпадает. Нормы по защите лиц, содержащихся под стражей, будут применяться в течение всего периода пребывания под стражей, что крайне важно в случаях задержек с репатриацией. Необходимость защищать лиц, лишенных свободы в связи с вооруженным конфликтом, не отпадает с окончанием конфликта, а серьезные насильственные действия в отношении этих лиц отнюдь не перестают быть военным преступлением. По аналогии обязательство пресекать серьезные нарушения иногда может эффективнее выполняться после окончания конфликта, поскольку активные военные действия не препятствуют проведению следственных мероприятий и осуществлению судебного преследования. Теперь мы коротко рассмотрим окончание военной оккупации как подвида МВК или дополняющего его критерия.

Военная оккупация

Окончание оккупации также является сложным вопросом, который не так давно был предметом рассмотрения созданного МККК Совещания экспертов, обсуждавших проблемы оккупации⁴². Я затрону его лишь вкратце. Как и применительно к МВК и НМВК, мы можем начать с общего принципа,

42 См.: Tristan Ferraro, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Expert Meeting Report, ICRC, 2012, pp. 26 ff., доступно по адресу: www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p4094.htm. См. также: Vaios Koutroulis, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Pedone, Paris, 2010.

согласно которому МГП, как правило, перестанет применяться, как только критерий его применения, в данном случае военная оккупация, перестанет соблюдаться. Если под оккупацией понимать осуществление государством эффективного контроля над территорией другого государства без согласия последнего⁴³, то из этого следует, что существуют два основных способа окончания оккупации: утрата оккупантом контроля или получение оккупантом юридически действительного согласия смещенного суверена.

Эта основная позиция не была прописана в Гаагском положении 1907 г., однако она вновь вытекает из самого определения понятия оккупации в статье 42: «Территория признается занятой, если она *действительно находится во власти* неприятельской армии. Занятие распространяется лишь на те области, где эта власть установлена и в состоянии проявлять свою деятельность» (курсив автора). Неспособность осуществлять власть повлечет за собой окончание оккупации; весь вопрос в том, какие факторы должны приниматься во внимание для того, чтобы определить, утратил ли оккупант контроль над территорией или значительной ее частью.

Статья 6(3) ЖК IV предусматривает, что на оккупированной территории:

«Применение настоящей Конвенции прекращается через год после общего окончания военных действий, однако оккупирующая Держава в той степени, в которой она осуществляет функции правительства на этой территории, будет связана на период оккупации положениями следующих статей настоящей Конвенции: 1—12, 27, 29—34, 47, 49, 51—53, 59, 61—77 и 143».

В статье 6(3) акцент был сделан на ситуациях, в которых оккупация продолжается после вызвавшего ее МВК, при том что применение большей части Конвенции прекращается через год после фактического окончания конфликта и лишь ряд ключевых гуманитарных положений продолжают применяться, но и они — лишь в той мере, в какой оккупирующая Держава исполняет на оккупируемой территории функции правительства. Данное положение разрабатывалось специально для трансформационных оккупаций Германии и Японии войсками союзников после Второй мировой войны, которые характеризовались масштабностью и продолжительностью, следовали за безоговорочной капитуляцией держав Оси (или *debellatio*) и заканчивались постепенно, путем создания новых институтов самоуправления⁴⁴.

В статье 3(b) ДП I нет содержащегося в ЖК IV ограничения в один год, там сказано, что ее применение прекратится «на оккупированной территории — по прекращении оккупации», а как мы уже видели выше, лица, по-прежнему удерживаемые в плену, продолжают пользоваться защитой

43 См. в целом: Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 35.

44 См.: J. Pictet, примечание 35 выше, pp. 62—63. По вопросу трансформационной оккупации см. также: Adam Roberts, “Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights”, *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, p. 580.

Протокола⁴⁵. Будет ли обычное МГП следовать статье 3(б) ДП I и откажется от статьи 6(3) ЖК IV даже применительно к государствам, не присоединившимся к ДП I, — этот сложный вопрос я не стану здесь затрагивать: достаточно сказать, что, хотя применимость ЖК IV в качестве договора по-прежнему регулируется статьей 6(3), договоры вполне могут заменяться последующим обычаем, если существование нормы обычного права бесспорно установлено⁴⁶.

Оккупация может прекратиться вследствие утраты контроля, что происходит различными способами: путем одностороннего вывода войск, вследствие поражения оккупационных сил смещенным сувереном, или в результате иного вмешательства извне, или же из-за восстания на оккупированной территории. Анализ утраты контроля всегда должен быть объективным, основываться на фактах и учитывать обстановку, а также проводиться при соблюдении двух основных принципов. Во-первых, как и в случае с МВК и НМВК, не следует делать поспешных выводов об окончании оккупации. В частности, после установления оккупации для ее поддержания оккупанту не обязательно приходится открыто и часто демонстрировать свою военную мощь, особенно если оккупация не встречает или практически не встречает сопротивления, а конкурирующие органы власти на оккупируемой территории отсутствуют. Во-вторых, не всякая временная утрата контроля приведет к окончанию оккупации⁴⁷. Каким бы могущественным ни был оккупант, он может быть не в состоянии постоянно контролировать каждый отдельный участок территории, особенно в условиях восстания (достаточно упомянуть Ирак после 2003 г. или нацистскую оккупацию Югославии при сопротивлении партизан). Если утрата контроля является временной или узколокальной, а оккупант имеет все возможности вернуть себе контроль, оккупация должна считаться непрерывавшейся⁴⁸.

45 См. также: R. Kolb and R. Hyde, примечание 23 выше, pp. 103—104.

46 В деле о строительстве стены Международный суд такую возможность, видимо, не рассматривал, постановив, что в силу отдаленности во времени на оккупированной палестинской территории продолжают оставаться применимыми только те положения ЖК IV, о которых говорится в ст. 6(3), хотя остальные положения по большому счету не играли ключевой роли в данном деле. См.: Международный суд. Консультативное заключение относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории, п. 125, доступно по адресу: http://www.icj-cij.org/homepage/ru/advisory/advisory_2004-07-09.pdf. Соглашаясь с Судом в том, что ст. 6(3) ЖК IV будет нормативной базой для государств, не присоединившихся к ДП I, например для Израиля, Динштейн указывает на то, что любое начало военных действий на оккупированной территории (например, палестинские интифады) восстановит применение ЖК IV в полном объеме, а отсчет прописанных в ст. 6(3) ЖК IV временных рамок начнется заново; см.: Y. Dinstein, примечание 43 выше, pp. 280—283.

47 Y. Dinstein, примечание 43 выше, p.272: «Окончательное прекращение оккупации может последовать только после того, как эффективный контроль над территорией перейдет от оккупирующей державы к восстановленному суверену (или его союзникам)».

48 См.: *United States of America v. Wilhelm List et al.*, in *Law Reports of Trials of Major War Criminals*, Vol. 8, 1949, pp. 38, 55—56 (Трибунал постановил, что немецкая оккупация районов Югославии, контролируемых партизанами, не прекращалась, поскольку «Германия могла в любой момент вернуть физический контроль над любым районом» Югославии); см.: ICTY, *Prosecutor v. Naletilic*, Case No. IT-98-34-T, Judgment (Trial Chamber), 31 March 2003, para. 217 (Трибунал постановил, что оккупация существует до тех пор, пока оккупационная армия «имеет возможность в разумные сроки направлять войска для демонстрации власти оккупирующей державы»).

Несомненно, мнения о том, прекратилась ли оккупация в результате утраты контроля в конкретных случаях, например при выводе израильских войск из сектора Газа, будут различаться, но общий принцип является относительно неоспоримым.

Прослеживаются параллели между окончанием оккупации в результате утраты контроля и экстерриториальной применимостью права прав человека на оккупированной территории: в ходе процесса по делу Ас-Скейни в британских судах и Европейском суде по правам человека был поднят вопрос о том, осуществляло ли Соединенное Королевство эффективный контроль в г. Басра для целей упоминаемой в статье 1 Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ) юрисдикции, ввиду размеров не прекращавшегося там восстания и несмотря на то что формально Соединенное Королевство было оккупирующей Державой в Южном Ираке. Палата лордов постановила, что Соединенное Королевство действительно утратило эффективный контроль для целей статьи 1 ЕКПЧ, хотя формально она оставалась оккупирующей Державой для целей МГП⁴⁹, Большая палата Европейского суда по правам человека и вовсе уклонилась от рассмотрения данного вопроса⁵⁰. Вопрос о том, различаются ли критерии эффективного контроля для оккупации и для применения договоров о правах человека или нет, остается неразрешенным⁵¹.

Что касается окончания оккупации путем получения оккупантом согласия, смещенный суверен в принципе может согласиться на присутствии (бывшего) оккупанта посредством заключения мирного договора или какого-либо иного формального или неформального соглашения⁵². В связи с этим следует отметить, что статья 7 ЖК IV запрещает государствам-участникам заключать специальные соглашения, если они могут нанести ущерб положению покровительствуемых лиц. Однако подобные соглашения запрещены лишь в тех случаях, когда применяется сама ЖК IV, а статья 7 ЖК IV принципиально не исключает возможности подлинного согласия государства на присутствие иностранных сил при наличии правительства, способного дать юридически действительное согласие⁵³. Выражение согласия подпадает под действие общего принципа, сформулированного в статье 52 Венской конвенции о праве международных договоров, где сказано, что договор является ничтожным, если его заключение стало результатом принуждения государства — угрозы силой или ее применения — в нарушение

49 *R (on the application of Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26, [2008] AC 153, para. 83 (per Lord Rodger).

50 European Court of Human Rights, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, App. No. 55721/07, Judgment (Grand Chamber), 7 July 2011.

51 Памятуя о гибкости позитивного обязательства защищать права человека и гарантировать их соблюдение, я бы предположил, что два критерия должны быть одинаковыми; см.: Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 141—147.

52 См.: Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 63, 67.

53 Ср.: Adam Roberts, "What is a Military Occupation?", *British Yearbook of International Law*, Vol. 97, 1984, pp. 249, 276—279, 287—288.

Устава ООН⁵⁴. Также возможен вариант, когда происходит смена правительства смещенного суверена (чья территория может быть оккупирована полностью или частично), зачастую по инициативе или как минимум при участии оккупанта, который затем дает такое согласие. В статье 47 ЖК IV четко говорится, что какие-либо изменения в управлении (самоуправлении) оккупированной территорией или предпринятая попытка аннексии данной территории оккупантом не влияют на применимость норм, регулирующих режим оккупации⁵⁵. Однако как быть в ситуациях, когда правительство смещенного суверена было полностью уничтожено или заменено, как в Ираке после 2003 г.? В таких случаях мы видим, что действуют те же соображения, что и в ходе трансформационного процесса «интернализации» МВК в НМВК, который будет подробно рассмотрен мною ниже. Вопрос о том, какой орган обладает достаточными полномочиями и легитимностью, для того чтобы дать значимое согласие от лица государства, может быть сложным и спорным.

Немеждународный вооруженный конфликт

Таким образом, мы подошли к вопросу об окончании применения МГП во время НМВК. Мы уже убедились во всей сложности вопроса об окончании применения МГП при МВК и оккупации. Применительно к НМВК эта сложность усугубляется в силу структурных различий между МВК и НМВК и практически полного отсутствия указаний в текстах международных документов. Общая статья 3 ничего не говорит об окончании своего применения, а статья 2(2) ДП II, предусматривая гуманитарное исключение из общего правила в отношении лиц, остающихся под стражей, видимо, придерживается общего правила, согласно которому применение МГП завершается с окончанием конфликта:

«По окончании вооруженного конфликта все лица, которые были подвергнуты лишению или ограничению свободы по причинам, связанным с таким конфликтом, а также те лица, которые подвергаются лишению или ограничению свободы по тем же причинам после конфликта, пользуются защитой, предусмотренной статьями 5 и 6, до конца периода такого лишения или ограничения их свободы».

Иными словами, проводить аналогии с МВК будет затруднительно.

54 См.: Венская конвенция о договорах международного права, вступила в силу 27 января 1980 г. Например, аргументацию в поддержку того, что Кумановское военно-техническое соглашение 1999 г., по условиям которого Федеративная Республика Югославия согласилась на присутствие войск НАТО на своей территории, возможно, не имело действительной силы, поскольку было результатом принуждения, вследствие чего Косово являлось оккупированной территорией, см.: John Cerone, "Minding the Gap: Outlining KFOR Accountability in Post-Conflict Kosovo", *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 3, 2001, pp. 469, 484. Также см.: E. Benvenisti, примечание 52 выше, ch. 10.

55 Ст. 47 ЖК IV: «Покровительствуемые лица, которые находятся на оккупированной территории, не будут ни в коем случае и никаким образом лишены преимуществ настоящей Конвенции ни в силу какого-либо изменения, происшедшего в установлениях, действующих на данной территории, или в управлении этой территорией вследствие ее оккупации, ни в силу соглашения, заключенного между властями оккупированной территории и оккупирующей Державы, ни в силу аннексии оккупирующей Державы всей или части оккупированной территории».

По состоянию на сегодняшний день НМВК представляет собой плюралистическую правовую концепцию, которая разными договорными режимами определяется по-разному. Базовое определение НМВК, в которое входят все остальные определения, содержится в общей статье 3. Как известно, ее формулировки были разъяснены Апелляционной камерой Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) в Промежуточном решении по вопросу юрисдикции⁵⁶ в деле Тадича, которое широко признано отражающим обычай. Согласно решению по делу Тадича, общая статья 3 требует наличия «продолжительного вооруженного насилия» — критерия *интенсивности* и, возможно, длительности, превосходящего простые беспорядки и нарушения внутреннего порядка, — между государством и вооруженным негосударственным актором или же между двумя вооруженными негосударственными акторами, обладающими достаточной степенью *организации* для ведения военных действий⁵⁷. С другой стороны, повышенный критерий в статье 1(1) ДП II, применимый только к конфликтам с участием государства и негосударственного актора, но не двух таких негосударственных акторов, предусматривает, что негосударственный актор имеет организационную структуру под ответственным командованием, осуществляет контроль над частью территории государства, а также имеет возможность осуществлять непрерывные и согласованные военные действия и применять ДП II. Я оставляю в стороне вопрос о том, как именно критерий ДП II превосходит обычный критерий из общей статьи 3, когда применяется к конкретным фактам.

Как и в случае с МВК, окончание НМВК — вопрос установления фактов, однако критерии интенсивности и организованности, содержащиеся в общей статье 3 и ДП II, делают этот процесс менее очевидным, нежели применительно к МВК. Как мы уже видели, для окончания МВК военные действия должны прекратиться с определенной степенью постоянства или окончательности. В качестве одного из вариантов можно было бы распространить этот же подход и на НМВК: до тех пор, пока военные действия продолжаются *в каком-то объеме*, будет продолжаться и НМВК⁵⁸. Подобный подход представляется следствием позиции, на которой настоял МТБЮ в деле Тадича: МГП применяется «в случае внутренних конфликтов до достижения мирного урегулирования»⁵⁹. С точки зрения международного уголовного трибунала, стремящегося упрочить свою юрисдикцию и привлечь

56 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, примечание 36 выше, para. 70.

57 Согласно Апелляционной камере МТБЮ, «вооруженный конфликт имеет место всякий раз, когда государства прибегают к силе или когда наблюдается продолжительное вооруженное насилие между правительственными силами и организованными вооруженными группами или же между такими группами внутри одного государства». *Ibid.*, para. 70. Более подробное рассмотрение элементов критериев НМВК см.: J. Kleffner, примечание 7 выше, pp. 49—50; M. Milanovic and V. Hadzi-Vidanovic, примечание 1 выше, pp. 282 ff.

58 Ср.: S. Sivakumaran, примечание 3 выше, pp. 252—254. См. также: D. Jinks, примечание 24 выше, pp. 7—8.

59 См. примечание 36 выше.

к ответу как можно больше лиц, совершивших военные преступления, подобная позиция является крайне логичной. Так, например, в отношении НМВК между Сербией и Армией освобождения Косова, имевшего место в 1998 г., в своем первом решении по делу Харадиная Судебная камера МТБЮ постановила, что «поскольку, согласно критерию, установленному в деле Тадича, внутренний вооруженный конфликт продолжается до достижения мирного урегулирования и поскольку свидетельства, указывающие на то, что в период, относящийся к предъявленным обвинениям, такое урегулирование было достигнуто, отсутствуют, нет необходимости в том, чтобы Судебная камера рассматривала колебания в интенсивности вооруженного конфликта за оставшийся период времени, относящийся к предъявленным обвинениям»⁶⁰. Следовательно, перед МТБЮ стояла гораздо более простая задача.

Однако более логичным — исключительно с позиций МГП — мне представляется другой вариант, в котором учитывался бы тот факт, что, по сравнению с МВК, критерий интенсивности НМВК выше, поскольку именно здесь аналогия с МВК может стать невозможной. Всякое возобновление военных действий между государствами приведет к возобновлению МВК, следовательно, для окончания МВК логично дожидаться полного прекращения всех военных действий. В случае с НМВК, наоборот, может быть достаточно того, что военные действия перестали удовлетворять критерию «продолжительного вооруженного насилия» с определенной степенью постоянства и окончательности, чтобы мы могли констатировать, что в действительности военные действия прекратились. Как и в отношении МВК, как только критерий был соблюден, следует исходить из того, что он продолжает соблюдаться, если нет убедительных доказательств обратного: по принципиальным соображениям существование НМВК, которые ежедневно возникают и прекращаются, было бы нежелательным. Однако в отличие от МВК нет необходимости в том, чтобы военные действия прекратились полностью. Значение будет иметь вопрос о том, снизился ли уровень интенсивности военных действий или организованности негосударственного актора фактически настолько, что уже не удовлетворяет критерию⁶¹. Например, рассматривая конфликт в Ираке после 2003 г. с участием нового правительства Ирака и его иностранных союзников с одной стороны и нескольких организованных вооруженных групп — с другой, можно было бы утверждать, что данный НМВК (или ряд НМВК) закончился где-то в конце 2009 г., поскольку боеспособность повстанческих групп

60 ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj et al.*, Case No. IT-04-84-T, Judgment (Trial Chamber), 3 April 2008, para. 100. В ходе последующих разбирательств данный вопрос больше не поднимался, так как при повторном рассмотрении дела стороны пришли к соглашению относительно временных рамок вооруженного конфликта.

61 См. также R. Bartels, примечание 39 выше, pp. 303 ff. (аргументы в пользу того, что организационная составляющая обладает особой важностью в контексте НМВК, а также обзор судебной практики МТБЮ в отношении факторов и показателей интенсивности и организованности).

снизилась и снизился уровень вооруженного насилия, хотя окончательно насилие так и не прекратилось. В августе 2010 г. США вывели из Ирака свои боевые части и подразделения. Однако после периода относительного спокойствия в 2012—2013 гг. произошла резкая эскалация насилия, поскольку вооруженные группировки, например «Исламское государство Ирака и Леванта», перегруппировались, провели реорганизацию и начался новый НМВК.

Как и в случае с МВК, НМВК может закончиться по соглашению сторон, если конфликт зайдет в тупик, или в результате поражения и капитуляции одной из сторон, однако с правовой точки зрения значимым вновь является только вопрос о том, продолжает ли соблюдаться соответствующий критерий. Аналогичным образом НМВК для целей ДП II может закончиться или преобразоваться в простой НМВК по смыслу общей статьи 3, если структурная организация противодействующего государству негосударственного актора пострадает настолько, что он потеряет способность осуществлять контроль над территорией, или проводить непрерывные и согласованные военные действия, или применять ДП II. Недостаток этого подхода заключается в более высокой вероятности существования нескольких переходных стадий между миром и НМВК.

В качестве примера НМВК, окончившегося после полного разгрома противника, следует обратиться к конфликту на территории Шри-Ланки. Примером НМВК, утратившего интенсивность, может служить восстание в Ираке после 2007 г. И вновь это вопрос установления фактов. В некоторых случаях определить точный момент окончания конфликта будет относительно легко, особенно при наличии мирного договора (если условия договора действительно соблюдаются). В других случаях может быть сложно указать точный момент, когда военные действия перестали удовлетворять критерию «продолжительного вооруженного насилия», наглядным примером чего вновь является Ирак.

Отметим еще раз, как различные соображения принципиального характера могут повлиять на решение при определении окончания НМВК в зависимости от идентичности того, кто принимает данное решение, и стоящих перед ним задач. Например, окончание конфликта будет означать прекращение полномочий по превентивному задержанию лиц и возобновление обычного режима соблюдения прав человека (в том объеме, в каком МГП смогло по факту его заменить). Если принимающий решение обеспокоен возможностью произвола со стороны государства, он может склоняться к тому, чтобы быстрее признать окончание НМВК. Если же, напротив, он обеспокоен проявлением произвола со стороны негосударственного актора, который связан нормами МГП, но, вероятно, не связан правом прав человека, то результат может оказаться иным.

Трансформация конфликтов: интернационализация (НМВК в МВК) и интернализация (МВК в НМВК)

До сих пор мы рассматривали завершающие события или процессы, ведущие к окончанию применения МГП. Однако нам также необходимо обратиться к трансформационным процессам, которые могут привести к окончанию одного подрежима МГП и началу другого⁶².

Прежде всего рассмотрим интернационализацию — одну из самых спорных тем в современном МГП. На мой взгляд, понятие интернационализации юридически оправданно лишь в том случае, если определяется как трансформация *prima facie* НМВК в МВК, распространяющая, таким образом, на конфликт действие более обширного правового режима МВК⁶³. Самым важным правовым последствием является присвоение в принципе иммунитета комбатантов и потенциального статуса военнопленного комбатантам обеих сторон. Что касается механизма интернационализации, то, как мы видели, согласно общей статье 2, МВК определяется как разногласия, возникающие между двумя государствами и вызывающие введение в действие вооруженных сил. Следовательно, имеются два основных способа интернационализации НМВК. Во-первых, *prima facie* НМВК может подпасть под существующее определение общей статьи 2. Другими словами, конфликт, в котором, как кажется на первый взгляд, участвуют государство и негосударственный актор, при ближайшем рассмотрении оказывается конфликтом с участием двух государств. Это может произойти в силу того, что третье государство в какой-то момент конфликта осуществляет контроль над негосударственным актором (самый спорный вопрос заключается в том, какой критерий или стандарт использовать для определения такого контроля) или же участвующий в НМВК негосударственный актор в какой-то момент конфликта становится государством — редкое явление, которое, однако, судя по всему, можно наблюдать применительно к некоторым конфликтам на территории бывшей Югославии.

Во-вторых, интернационализация НМВК может произойти за счет *пересмотра* определения МВК в том, что касается состава его участников. В таком случае договор или норма обычного права меняет определение, содержащееся в общей статье 2, таким образом, что под него могут подпасть некоторые неправительственные акторы. Разумеется, интернационализация подобного рода потребует соответствия конкретной норме. Подобную норму можно обнаружить в статье 1(4) ДП I (конфликты, в которых народы ведут борьбу против колониального господства, оккупации или расистских режимов в осуществление своего права на самоопределение), при условии

62 В этом разделе изложены многие позиции, рассмотренные в работе: M. Milanovic and V. Hadzi-Vidanovic, примечание 1 выше, pp. 292—293.

63 Следует отметить, что термин «интернационализированный вооруженный конфликт» может употребляться в другом, описательном значении для обозначения любого НМВК с той или иной степенью иностранного вмешательства. Повторю, что я не буду употреблять этот термин в данном значении, чтобы максимально подчеркнуть его полезность и точность.

что было сделано заявление в соответствии со статьей 96(3) ДП I; другой возможный вариант — доктрина обычного права о признании в качестве воюющей стороны, эта доктрина вышла из правового обихода, но, быть может, не устарела⁶⁴.

Вторым трансформационным процессом является интернализация, или деинтернационализация, что также вытекает из содержащегося в общей статье 2 определения о конфликте между двумя государствами⁶⁵. Легко утверждать, что в МВК участвуют государства, и в конкретном случае вопрос о статусе государства может даже не оспариваться; совсем иначе может обстоять дело с вопросом о том, кто *представляет* государство. Ответ на него важен не только для первоначальной классификации конфликта: он может играть решающее значение для отнесения конфликта к другой категории или при переходе из одного типа в другой. Возьмем для примера конфликты в Афганистане, Ливии, Ираке или Кот-д’Ивуаре, в ходе которых в той или иной форме произошла смена правящего режима. Во всех этих конфликтах та или иная форма иностранного вмешательства сопровождалась тем, что правительство и повстанческая группа менялись местами, и новое правительство обращалось к государству (или государствам), осуществляющему вмешательство, с просьбой оказать содействие в борьбе с прежним правительством.

Речь в данном случае идет о трансформации МВК в НМВК. Глядя на противоречащие друг другу принципиальные соображения, мы понимаем, каких факторов будет *недостаточно* для интернализации конфликта. Самого факта поражения действующего правительства страны недостаточно для трансформации конфликта, как и для формирования победившей стороной нового марионеточного правительства, поскольку это позволило бы победившей стороне силой отменить гарантии, полагающиеся во время МВК оставшимся комбатантам побежденного государства, лишив их иммунитета комбатантов и статуса военнопленных. Аналогичным образом одного лишь факта признания повстанческой группы в качестве новой легитимной власти в стране недостаточно для трансформации конфликта, поскольку это опять же позволило бы государствам, осуществляющим вмешательство, предпринимать любые действия в одностороннем порядке, сформировав новое правительство государства из своих ставленников.

На мой взгляд, и принципиальные соображения, и недавняя практика говорят в пользу правила, состоящего из трех следующих элементов: конфликт трансформируется из МВК в НМВК лишь в том случае, если 1) прежняя власть утратила контроль над большей частью территории страны, а вероятность того, что она вернет себе контроль в кратко- или среднесрочной перспективе либо мала, либо вовсе отсутствует (отрицательный элемент); 2) новая власть установила контроль над большей частью территории страны и приобрела легитимный характер в ходе инклюзивного политического процесса, который

64 Подробнее о механизмах интернационализации см.: *Ibid.*, pp. 292—302.

65 *Ibid.*, pp. 281—282.

сделал ее широко представительной (положительный элемент); и 3) новая власть получила широкое, пусть и необязательно всеобщее, международное признание (внешний элемент). Ни одной из этих составляющих по отдельности не будет достаточно, однако вместе они учитывают и вопросы легитимности, и реальное развитие событий на местах, предоставляя в то же время гарантии от злоупотреблений со стороны державы, осуществляющей вмешательство. Применительно к положительному и отрицательному элементам степень контроля будет оцениваться комплексно, следует принимать во внимание не только присутствие войск, но и более общее развитие институтов государства, его экономические активы, СМИ или характер внутреннего процесса легитимации (например, достаточно свободные и справедливые выборы или репрезентативный процесс другого рода, такой как созыв Лоя-джирги — большого совета племенных групп — в Афганистане). Внешний элемент будет зависеть не только от двусторонних отношений государства, но и от решений и действий соответствующих международных и региональных организаций.

Конкретное сочетание трех элементов неизбежно будет отличаться в каждой конкретной ситуации. Внутренняя и внешняя легитимация будут играть особенно важную роль в том случае, когда новое правительство способно удерживать контроль над страной исключительно благодаря поддержке иностранных покровителей. Цель данной формулы — найти решение, которое, с одной стороны, помешает иностранным интервентам использовать марионеточные правительства, чтобы заявить, что МВК (военная оккупация) трансформировался в НМВК или, скорее, в нерегулируемую мирную (или невоенную) оккупацию, а, с другой стороны, в ряде случаев поспособствует переходному периоду, но при соблюдении права всех народов на самоопределение и на основе гарантий, которые мешают осуществлению подобного перехода за счет грубой силы (в особенности если применение силы является незаконным с точки зрения *jus ad bellum*, как это было в Ираке).

Разумеется, при установлении точного момента интернализации в каждой конкретной ситуации могут возникнуть сложности, и, к счастью, в большинстве случаев этого будет и не нужно, однако от нас *требуется* быть в курсе значимых составляющих и взаимоотношений между ними. Вместе с этим мы должны отдавать себе отчет в том, что последствием интернализации конфликта является возможное сокращение ряда гарантий в рамках МГП. Хотя применимые к МВК и НМВК правовые режимы сблизились в результате развития обычая, между ними сохраняются существенные различия в таких областях, как основания для задержания, обращение с лицами, содержащимися под стражей, и процессуальные гарантии в отношении этих лиц, иммунитет комбатантов и нанесение ударов по объектам и лицам по признаку их статуса. Таким образом, хотя трансформационные процессы не приводят к полному окончанию применения МГП, их практические последствия не следует недооценивать. Возможно, наибольшее значение данные практические последствия имеют применительно

к содержанию под стражей, которое началось до, но продолжается после момента трансформации конфликта из одного вида в другой. Ключевым здесь является существование или изменение полномочий по задержанию; во время МВК такие полномочия могут существовать непосредственно в рамках МГП, тогда как в случае с НМВК для этого может потребоваться вмешательство внутригосударственного⁶⁶ законодательства⁶⁷.

Окончание конфликта с «Аль-Каидой»?

Это подводит нас к одному из наиболее дебатированных вопросов современных международных отношений и МГП — к вопросу о существовании вооруженного конфликта между Соединенными Штатами Америки и «Аль-Каидой», а также о его, как представляется, приближающемся окончании. Чтобы проанализировать данный вопрос, необходимо прежде всего разобраться в относительно недавних изменениях, которые обусловлены правовой и политической динамикой.

Согласно изначальному замыслу и на протяжении большей части своего существования МГП воспринималось государствами как система *ограничений* их суверенитета и свободы действий, особенно в том, что касается права НМВК⁶⁸. Другими словами, начиная с классического периода в *основе* международного регулирования, по сути, лежала «презумпция Лотуса»: государства были вправе предпринимать любые действия, не запрещенные напрямую нормами международного права, в том числе имели неограниченную свободу вести войну как друг против друга, так и внутри страны. Право войны эволюционировало именно для установления подобных ограничений, в первую очередь применительно к межгосударственным отношениям. Государства сопротивлялись международному регулированию внутренних конфликтов из страха, обоснованного или нет, что оно ограничит их возможности по борьбе с повстанцами и наделит таких повстанцев определенными правами в рамках международного права. Именно опасениями государств по поводу суверенитета объясняются

66 Во время трансграничного НМВК полномочия в рамках внутригосударственного законодательства могут проистекать не только из законодательства государства, в котором происходят военные действия, но и из законодательства государства, осуществляющего полномочия по задержанию.

67 В связи с этим см., в частности: *Serdar Mohammad v. Ministry of Defence*, [2014] EWHC 1369 (QB), paras. 239 ff. (Высокий суд Англии и Уэльса постановил, что во время НМВК МГП не предоставляет полномочия по задержанию: эти полномочия могут проистекать из внутригосударственного законодательства или других составляющих международного права, например из резолюций Совета Безопасности). Подробнее см.: Kubo Mačák, “No Legal Basis under IHL for Detention in Non-International Armed Conflicts? A Comment on *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*”, *EJIL: Talk!*, 5 May 2014, доступно по адресу: www.ejiltalk.org/no-legalbasis-under-ihl-for-detention-in-non-international-armed-conflicts-a-comment-on-serdar-mohammedv-ministry-of-defence/; L. Hill-Cawthorne and D. Akande, “Does IHL Provide a Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflicts?”, *EJIL: Talk!*, 7 May 2014, доступно по адресу: www.ejiltalk.org/does-ihlprovide-a-legal-basis-for-detention-in-non-international-armed-conflicts/.

68 M. Milanovic and V. Hadzi-Vidanovic, см. примечание 1 выше, pp. 305—308.

существование в современном праве дихотомии МВК/НМВК, а также более высокие критерии применимости норм МГП в отношении НМВК с точки зрения интенсивности и уровня организации негосударственных участников. Поэтому государство, вовлеченное в НМВК, редко (если такие случаи вообще встречались) было заинтересовано в том, чтобы признавать наличие подобного конфликта: государство просто *не хотело* применения норм МГП⁶⁹. Это, например, может объяснить, почему Соединенное Королевство последовательно отказывалось признавать существование НМВК в Северной Ирландии, уклончиво называя происходящее «волнениями» (Troubles) и заявляя, что это является внутренним вопросом обеспечения соблюдения уголовно-правовых норм, хотя были основания утверждать, что критерий общей статьи 3 был достигнут⁷⁰; также это объясняет причину сделанного Соединенным Королевством заявления относительно статьи 1(4) ДП I, в котором оно прямо исключило террористические акты, будь то согласованные или изолированные, из сферы охвата вооруженного конфликта⁷¹.

Однако теперь на смену представлению о неограниченной свободе действий в качестве основы для регулирования постепенно пришли или приходят права человека как на основе *культурных особенностей*, так и формально⁷². Вместо МГП как единственного свода ограничений для государств, появился другой свод, более строгий, требовательный и формально-юридический, особенно применительно к внутрисоциальному контексту. Государства, по крайней мере некоторые из них, перестали воспринимать МГП как *сдерживающий их* свод норм, применения которых они хотят избежать при взаимодействии с негосударственными акторами⁷³. Скорее они стали все чаще воспринимать МГП как свод правил, *наделяющий их полномочиями*, который освобождает от соблюдения прав человека или других ограничений либо умаляет их, часто на сомнительных основаниях

69 См.: Marco Sassòli, “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”, *HPCR Occasional Paper Series*, No. 6, Winter 2006, pp. 7—8.

70 Steven Haines, “Northern Ireland 1968–1998”, in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 130—131, 133—136 (в статье сообщается, что, согласно информации, полученной автором из нераскрываемых источников, ряд советников правительства Великобритании по правовым вопросам полагали, что порог НМВК был достигнут, по крайней мере в определенные периоды времени).

71 «Соединенное Королевство понимает, что термин “вооруженный конфликт” сам по себе и в контексте описывает такую ситуацию, которая не создается совершением общеуголовных преступлений, включая террористические акты, будь то согласованные или изолированные. В результате в том, что касается любой ситуации, затрагивающей его, Соединенное Королевство не будет считать себя связанным любым заявлением, сделанным, как подразумевается, для целей статьи 96(3), если только Соединенное Королевство в ясно выраженной форме не признает, что оно было сделано органом, действительно являющимся властью, представляющей народ, ведущий борьбу в вооруженном конфликте того рода, к которому применяется статья 1(4)». United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Declaration of 2 July 2002, доступно по адресу: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument.

72 См. также: David Kretzmer, “Rethinking the Application of IHL in Non-International Armed Conflicts”, *Israel Law Review*, Vol. 42, No. 1, 2008, pp. 8—45.

73 Ср.: Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 123—124.

принципа *lex specialis*⁷⁴. Так, при том что нормы МГП в отношении выбора целей для нападения или задержания развивались как ограничения (например, гибель людей во время войны неизбежна, однако преднамеренные нападения на гражданских лиц запрещены), теперь они воспринимаются как диспозитивные нормы, допускающие отклонение от соблюдения прав человека (например, тогда как участник военных действий со стороны неприятеля может быть убит, даже если он не представляет неотвратимой угрозы, превентивное заключение по соображениям безопасности допускается, даже несмотря на то что превентивное заключение вообще запрещено правом прав человека)⁷⁵.

Чтобы проследить за развитием данной динамики, достаточно обратиться к политике США после событий 11 сентября 2001 г.⁷⁶ Американское правительство сразу же приняло решение и внутри страны, и на международном уровне позиционировать исходящую от «Аль-Каиды» угрозу и реакцию на нее со стороны США как «войну», чтобы заручиться полномочиями по задержанию и выбору целей, которые представлялись ему необходимыми, и избежать ограничений, накладываемых какими-либо нормами национального конституционного права и международного права прав человека. Слоган «всемирная война с террором» обозначал единый, как считалось, конфликт в рамках МГП между США с одной стороны и «Аль-Каидой» и связанными с ней организациями — с другой. Первоначально США относили данный конфликт к разряду МВК, пусть и к необычной категории МВК, которая выходила за рамки определения, содержащегося в общей статье 2 Женевских конвенций, поскольку одна из сторон не являлась государством. На взгляд правительства США, определение в общей статье 2 не носит «преимущественного характера в данной области права»⁷⁷ или, другими словами, не является всеобъемлющим; говоря более традиционным международным юридическим языком, понятие МВК шире в рамках обычного права. Данный аргумент полностью противоречит историческим

74 Подробнее см.: М. Milanovic, примечание 41 выше. Ср. судебное решение по делу Сердара Мохаммеда, примечание 67 выше.

75 См., например: John Bellinger and Vijay Padmanabhan, “Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 105, 2011, p. 201 (авторы последовательно говорят о полномочиях по выбору целей и задержанию в рамках МГП и указывают на пробелы в данных полномочиях в условиях НМВК, которые, на взгляд авторов, необходимо восполнить). См. также: Claus Kress, “Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts”, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, No. 2, 2010, p. 260 (где говорится, что для государств «заинтересованность в том, чтобы облечь себя более широкими полномочиями, которые они могут получить от применения права немеждународных вооруженных конфликтов (по сравнению с международным правом прав человека), сильнее обеспокоенности по поводу сдерживающего эффекта сопутствующих обязательств»).

76 В связи с этим см., в частности: Kenneth Anderson, “Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There Is a ‘Legal Geography of War’”, in Peter Berkowitz (ed.), *Future Challenges in National Security and Law*, Hoover Institution, Stanford University, 2011, pp. 1—18, доступно по адресу: <http://ssrn.com/abstract=1824783>.

77 Supreme Court of the United States, *Hamdan v. Rumsfeld*, Government Brief on the Merits, No. 05—84, p. 26, доступно по адресу: www.justice.gov/osg/briefs/2005/3mer/2mer/2005-0184.mer.aa.html.

фактам: понятие МВК было *введено* Женевскими конвенциями и заменило понятие войны, также межгосударственное по своей сути; в то же время ничто не указывает на то, что оно было переосмыслено подобным образом в рамках договора или обычая⁷⁸. В администрации также сочли, что данный конфликт не может относиться к разряду НМВК, поскольку он не ограничивался пределами одного государства⁷⁹. В деле Хамдана Верховный суд США отверг аргументы правительства и постановил, что конфликт с «Аль-Каидой» не может являться МВК, и в своем неоднозначном решении квалифицировал его как НМВК⁸⁰. После того как было вынесено решение по делу Хамдана, позиция как правительства Буша, так и правительства Обамы состояла в том, что конфликт с «Аль-Каидой» представляет собой некий единый, *глобальный* НМВК, не ограниченный территориально.

Разумеется, мнения о том, является ли понятие подобного глобального НМВК юридически оправданным, разнятся. На мой взгляд, даже при гибком толковании системы МГП, которое допускает существование различных форм трансграничных НМВК, идея глобального НМВК представляет собой оксюморон. Всякий НМВК требует наличия продолжительного вооруженного насилия, которое по определению должно происходить *где-то*, то есть должно быть ограничено, по крайней мере, территорией одного государства. Это насилие может распространиться на территорию другого государства (которое не обязательно должно граничить с первым государством), однако для того, чтобы к этому насилию были применимы нормы МГП, необходима связь с продолжительным насилием в первом государстве⁸¹. Таким образом, можно с уверенностью говорить о НМВК (или о нескольких НМВК) между Соединенными Штатами и движением «Талибан», а также другими вооруженными группами в Афганистане. И хотя данный конфликт может распространиться на территорию, например, Пакистана или любой другой страны и при этом, возможно, будет по-прежнему регулироваться МГП, — имеющаяся нормативно-правовая база все же не допускает существования столь аморфной конструкции, как всепланетный НМВК⁸², особенно такой, в котором столь неустойчивая в плане структуры террористическая сеть, как «Аль-Каида», считается единой организационной единицей и воюющей стороной⁸³. Причина всех трудностей, возникающих

78 См. также: С. Kress, примечание 75 выше, p. 255; М. Sassòli, примечание 69 выше, pp. 4—5; N. Lubell, примечание 73 выше, p. 96.

79 См.: Jelena Pejic, “The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, 2011, p. 195.

80 См.: *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 630. По вопросу фундаментального отсутствия ясности в судебном решении о классификации и его нескольких возможных интерпретациях см.: Marko Milanovic, “Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Case”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, 2007, pp. 373—393.

81 См. также: S. Sivakumaran, примечание 3 выше, p. 234.

82 См.: Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 56: «С точки зрения международного права... немеждународный вооруженный конфликт никак не может приобрести глобального масштаба».

83 См. также: С. Kress, примечание 75 выше, p. 261; J. Pejic, примечание 79 выше, p. 196; N. Lubell, примечание 73 выше, pp. 114—121.

при соотнесении конфликта между США и «Аль-Каидой» с правовым режимом НМВК, именно в том, что данный режим не был предназначен для того, чтобы регулировать нечто подобное⁸⁴.

Иными словами, «Аль-Каида» как негосударственная организация была и, вероятно, по-прежнему является стороной в НМВК в Афганистане. Ее ответвления и связанные с ней организации также участвовали в других НМВК, например в Ираке или Йемене. Однако нападения «Аль-Каиды» в других местах были, к счастью, столь нерегулярными, а ее контроль над связанными с ней негосударственными акторами столь зыбким, что было бы крайне затруднительно говорить о том, что были соблюдены критерии НМВК по интенсивности и степени организованности для установления факта существования единого вооруженного конфликта глобального масштаба⁸⁵. Невозможно собрать в одно целое все террористические акты, мотивированные исламским фундаментализмом, а также заявления о присяге на верность «Аль-Каиде», для того чтобы удовлетворить удвоенным критериям интенсивности и организованности. Кроме того, не представляется оправданным отклонение от критериев, установленных в решении по делу Тадича, применительно к «Аль-Каиде», при том что они по-прежнему будут строго применяться к «нормальным», обычным НМВК.

Напоминаю, что мнения по этому поводу будут разниться. Однако даже если конфликт с «Аль-Каидой» может быть юридически квалифицирован как единый НМВК, пусть и очень нестандартный, данный конфликт, вероятно, близится к завершению. Ослабление организационного «ядра» «Аль-Каиды» в результате проводимых США военных операций грозит еще больше понизить соответствие ситуации организационному порогу НМВК даже при более гибком применении данного критерия. Нельзя этого избежать и за счет использования концепции «участия в войне в качестве совоюющей стороны», которую заимствовали из права МВК без надлежащего рассуждения о том, возможна ли в действительности подобная аналогия.

Разумеется, высшие должностные лица США прекрасно понимают, что истолкование конфликта с «Аль-Каидой» как НМВК — что находит поддержку внутри страны, поскольку политически притягательно для обеих партий, — с правовой точки зрения компрометируется последовательным ослаблением ядра «Аль-Каиды» и готовящимся выводом сил США из Афганистана⁸⁶. Однако это не уменьшает желания США целенаправленно

84 Обсуждение трудностей с применением режима задержания МГП к лицам, подозреваемым в терроризме, см., например: L. Blank, примечание 39 выше.

85 См. Также: Noam Lubell, “The War (?) against Al-Qaeda”, in E. Wilmshurst (ed.), примечание 70 выше, pp. 451—452.

86 См., например, речь Джея Джонсона, в то время генерального советника Министерства обороны США, в дискуссионном обществе Оксфордского университета на тему «Конфликт с “Аль-Каидой” и связанными с ней организациями: как он закончится?» («The Conflict Against Al Qaeda and its Affiliates: How Will It End?»), 30 ноября 2012 г., доступно по адресу: <http://www.lawfareblog.com/2012/11/jeh-johnson-speech-at-the-oxford-union/> («Я твердо убежден, что при текущем развитии событий наступит переломный момент, момент, когда столько лидеров и рядовых участников “Аль-Каиды” будет убито или захвачено, а группировка будет настолько

применять силу со смертельным исходом, например с использованием беспилотных летательных аппаратов, когда они считают необходимым; еще более важно, что это ничуть не облегчает жизнь властей в том, что касается лиц, задержанных превентивно по соображениям безопасности, которых продолжают удерживать под стражей в Гуантанамо или в других местах, несмотря на усилия, направленные на то, чтобы прекратить их содержание в заключении.

Безотносительно ее колоссальной политической значимости «война с террором», которую ведут США, или перепозиционированный НМВК с «Аль-Каидой» и со связанными с ней силами столь уникальны и так переплетены с параллельными вопросами внутрисударственного законодательства и внутренней политики Соединенных Штатов, что следует крайне осторожно делать выводы относительно окончания применения МГП⁸⁷. Как уже объяснялось выше, более логичная позиция заключается в том, что МГП изначально не применялось ко многим ситуациям в рамках данного, предположительно единого, конфликта. Существенное число лиц либо подверглись целенаправленному нападению, либо были задержаны вне рамок отдельного, локального, признаваемого юридически НМВК. Лица, которые были задержаны в ходе подлинного НМВК, например в Афганистане, и продолжают удерживаться, пользовались бы защитой МГП. Окончание конфликта означало бы прекращение полномочий по превентивному задержанию (хотя во время НМВК подобные полномочия, вероятно, не существуют ни для одной из сторон)⁸⁸, а нормы МГП по защите лиц, касающиеся обращения и процессуальных гарантий, будут действовать до тех пор, пока лица остаются под стражей.

В заключение важно отметить, что окончание применения МГП не обязательно приводит к правовому вакууму. Развернутое обсуждение того, каким образом право прав человека будет применяться во всех этих ситуациях,

не в состоянии более предпринять попытку нападения или совершить стратегическое нападение на Соединенные Штаты, что «Аль-Каида», какой мы ее знаем, организация, против которой Конгресс в 2001 г. поручил действовать вооруженным силам, будет реально уничтожена. В этот момент мы должны суметь сказать себе, что наши усилия более не следует расценивать как «вооруженный конфликт» с «Аль-Каидой» и со связанными с ней силами; Remarks by President Obama at the National Defense University, 23 May 2012, доступно по адресу: <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/remarks-president-national-defense-university>.

87 Отличное рассмотрение того, как развивались законодательство и политика США, а также аргументацию в пользу того, что окончание конфликта не обязательно будет означать прекращение полномочий по применению силы со смертельным исходом, см.: Robert Chesney, «Postwar», *Harvard National Security Journal*, доступно по адресу: <http://ssrn.com/abstract=2332228>.

88 Другими словами, повстанческая группа, ведущая вооруженную борьбу против государства, в рамках международного права не имеет *права* задерживать военнослужащих регулярных сил, кроме того, она не имеет *права*, власти или полномочий их убивать. В рамках МГП убийство или задержание комбатантов группой повстанцев просто *не является противозаконным*, если она соблюдает нормы МГП по выбору целей и нормы МГП по обращению с лицами, содержащимися под стражей. Это относится и к государству, чьи полномочия убивать и задерживать проистекают из его внутрисударственного законодательства. См. Также: Peter Rowe, «Is There A Right to Detain Civilians by Foreign Armed Forces during a Non-International Armed Conflict?», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, Issue 03, July 2012, p. 697.

особенно в тех из них, которые не регулируются МГП, представляется здесь неуместным, однако для целей данной статьи я хотел бы предостеречь от догматического сопоставления «войны» и «правового принуждения». Не всякое целенаправленное применение силы со смертельным исходом и, соответственно, не всякое превентивное задержание обязательно будут противозаконными в рамках соответствующих договоров о правах человека даже при отсутствии вооруженного конфликта⁸⁹.

Заключение

Мы убедились, что подход к окончанию применения МГП должен быть объективным и основываться на фактах, как и в случае с началом его применения, однако сказать это проще, чем осуществить на практике. Основной принцип заключается в том, что с окончанием вооруженного конфликта также перестают применяться разделы МГП, регулирующие ведение военных действий, тогда как значительные разделы МГП в действительности продолжают применяться и по завершении вооруженного конфликта. И хотя не следует делать поспешных выводов о завершении конфликта (военные действия должны прекратиться с определенной степенью постоянства и стабильности), при анализе, казалось бы, основанного на фактах вопроса об окончании МВК, НМВК или оккупации хотя бы отчасти будут учитываться факторы внешней политики и последствия любого решения относительно их окончания. Эти факторы также в значительной мере зависят от взаимодействия МГП с другими отраслями международного права, например международного уголовного права и права прав человека. Соответственно, при том что формулирование основных правил может не вызвать затруднений, применять их на практике может быть крайне сложно, и это почти неизбежно.

89 Обсуждение необходимости гибкого применения прав человека в ситуациях экстерриториального применения и баланса между универсальностью и эффективностью см.: M. Milanović, примечание 51 выше.