
Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов»

КНУТ ДЁРМАН*

Хотя споры о правовом статусе незаконных комбатантов не новы, в последнее время этот вопрос широко обсуждается в публикациях, заявлениях и докладах, последовавших за возглавляемой Соединенными Штатами военной операцией в Афганистане. Не вникая в особенности этого вооруженного конфликта, настоящая ст. имеет целью пролить свет на вопрос правовой защиты «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов», предоставляемой международным гуманитарным правом¹. Принимая во внимание все чаще встречающиеся утверждения о том, что международное гуманитарное право не предоставляет подобным лицам вообще никакой защиты, мы рассмотрим, в частности, находится ли данная категория лиц вне сферы действия Третьей² и Четвертой³ Женевских конвенций 1949 г. (соответственно ЖК III, ЖК IV). На основании сделанных выводов будет проанализирован вопрос о применимой защите. Перед тем как отвечать на эти вопросы, представляется уместным сделать ряд замечаний по поводу терминологии.

Терминология

Применительно к международному вооруженному конфликту термин «комбатант» обозначает право принимать непосредственное участие в боевых действиях⁴. Как указывает в своем докладе Межамериканская комиссия

* Кнут Дёрман (Knut Dörmann) является юридическим советником Правового управления Международного Комитета Красного Креста. Данная ст. отражает личное мнение автора и может не совпадать с точкой зрения МККК.

по правам человека, «привилегией комбатанта является, по сути дела, разрешение убивать комбатантов противника или наносить им ранение, а также уничтожать другие военные объекты противника»⁵. Следовательно, законные комбатанты не могут преследоваться в судебном порядке за участие в законных боевых действиях, ведущихся в рамках военных операций, даже если их действия считались бы серьезным преступлением в мирное время. Комбатанты могут преследоваться лишь за нарушения международного гуманитарного права, в частности, за совершение военных преступлений. При взятии в плен комбатанты имеют право на статус военнопленного и на защиту, предоставляемую Третьей Женевской конвенцией. Комбатанты являются законной военной целью. Вообще говоря, личный состав вооруженных сил (за исключением медицинского персонала и священников) состоит из комбатантов. Условия, которым необходимо соответствовать для получения права на статус комбатанта-военнопленного, приводятся в ст. 4 ЖК III, а также в ст. 43 и 44 ДП I, развивающих положения ст. 4 ЖК III⁶.

Вообще говоря, гражданское лицо — это любое лицо, не принадлежащее к какой-либо из категорий лиц, перечисленных в ст. 4А (1), (2), (3) и (6) ЖК III и ст. 43 ДП I (см. ДП I, ст. 50). В соответствии с правом, регулирующим ведение боевых действий — прежде всего со ст. 48 и последующими статьями ДП I, а также в соответствии с международным обычным правом, гражданские лица имеют право на общую защиту от опасностей, связанных с ведением военных действий. В частности, они не должны становиться объектом нападения. За исключением достаточно редко возникающих спонтанных массовых вооруженных выступлений (*levée en masse*), гражданские лица не имеют права принимать непосредственное участие в боевых действиях. Если они, тем не менее, принимают непосредственное участие в боевых действиях,

1 Настоящая статья не рассматривает защиту, предоставляемую другими отраслями права, в частности, правом прав человека.

2 Конвенция (III) об обращении с военнопленными. Женева, 12 августа 1949 г.

3 Конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны. Женева, 12 августа 1949 г.

4 См. ст. 43 (2) Дополнительного протокола 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I; далее ДП I).

5 Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, para. 68.

6 Статья 44 ДП I устанавливает критерии для стран — участниц Протокола. Ее принадлежность к международному обычному праву вызывает некоторые сомнения.

они остаются гражданскими лицами, однако являются законным объектом для нападения на протяжении всего времени, пока они поступают таким образом. Их правовой статус в ситуации, когда они оказываются во власти противника, является основным предметом последующего анализа.

В то время как термины «комбатант», «военнопленный», «гражданское лицо» используются повсеместно и получили определение в договорах международного гуманитарного права, термины «незаконный комбатант», «не пользующийся защитой конвенций комбатант – участник боевых действий» в таких документах не фигурируют. Тем не менее, по крайней мере с начала прошлого века эти термины часто использовались в юридической литературе, военных уставах и прецедентном праве. Оттенки значения, придаваемые данным терминам, и последствия употребления различных оттенков значения для применяемого режима защиты не всегда абсолютно ясны.

В настоящей статье термин «незаконный и (или) не пользующийся защитой конвенций комбатант – участник боевых действий» понимается как относящийся ко всем лицам, принимающим непосредственное участие в боевых действиях, но не имеющим на это права, которых по этой причине в случае их попадания во власть противника нельзя отнести к военнопленным. Представляется, что это наиболее общепринятое понимание данных терминов⁷. Например, под ним обычно понимаются гражданские лица, принимающие непосредственное участие в боевых действиях, а также члены народного ополчения и других добровольных формирований (в том числе участники организованных движений сопротивления), не входящие в состав регулярных вооруженных сил, однако принадлежащие стороне в конфликте, при условии, что они не соблюдают требований, содержащихся в статье 4А (2) ЖК III. В дальнейшем для удобства мы будем использовать лишь термин «незаконный комбатант».

Если лицо, принимавшее непосредственное участие в боевых действиях, захватывается в плен на поле боя, не всегда бывает ясно, к какой категории оно принадлежит. Для таких ситуаций ст. 5 ЖК III (ДП I, ст. 45) предусматривает особую процедуру (компетентный судебный орган) для определения статуса захваченного лица.

⁷ См. например, G. Aldrich, «The Taliban, Al Qaeda, and the determination of illegal combatants»// *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 892; Report on Terrorism and Human Rights *op. cit.* (прим. 5), para. 69.

Понятие «незаконный комбатант» имеет место лишь в контексте права, применимого к международному вооруженному конфликту, как он определяется Женевскими конвенциями 1949 г. и Дополнительным протоколом I. Право, применимое в вооруженных конфликтах немеждународного характера, не предусматривает привилегий комбатанта (то есть права участвовать в военных действиях и отсутствия наказания в связи с законным участием в боевых действиях)⁸. При захвате в плен или задержании все лица, не принимающие или прекратившие принимать активное (непосредственное) участие в военных действиях, подпадают под действие соответствующих положений международного гуманитарного права (т.е. ст. 3, общей для четырех Женевских конвенций, и Дополнительного протокола II, в частности, ст. 4–6), а также соответствующих положений международного обычного права⁹.

Нормы, предоставляющие защиту, применяются независимо от того, каким образом подобные лица принимали участие в военных действиях (на-

⁸ Также см. Report on Terrorism and Human Rights, *op. cit.* (прим. 5), para. 70.

⁹ Это можно четко видеть в следующих отрывках (*курсив автора*):

ЖК I – IV, общая ст. 3: «(1) *Лица, которые непосредственно не принимают участия в военных действиях, включая тех лиц из состава вооруженных сил, которые сложили оружие, а также тех, которые перестали принимать участие в военных действиях вследствие болезни, ранения, задержания или по любой другой причине, должны при всех обстоятельствах пользоваться гуманным обращением без всякой дискриминации по причинам расы, цвета кожи, религии или веры, пола, происхождения или имущественного положения или любых других аналогичных критериев...*»

ДП II, ст. 2: «1. Настоящий Протокол *применяется без какого бы то ни было неблагоприятного различия*, основанного на признаках расы, цвета кожи, пола, языка, религии или вероисповедания, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного статуса, или на каких-либо других подобных критериях (именуемого далее «неблагоприятным различием»), *ко всем лицам, затрагиваемым вооруженным конфликтом*, как он определен в ст. 1».

2. 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».

ДП II, ст. 4 (1): «*Все лица, не принимающие непосредственного участия или прекратившие принимать участие в военных действиях...*»

ДП II, ст. 5 (1): «*в отношении лиц, лишенных свободы по причинам, связанным с вооруженным конфликтом*, независимо от того, интернированы они или задержаны, соблюдаются, как минимум, следующие положения...»

ДП II, ст. 6 (1): «*Настоящая статья применяется к судебному преследованию и наказанию за уголовные правонарушения, связанные с вооруженным конфликтом.*»

пример, соблюдая нормы МГП или нет; соблюдая требования национального права или нет и т.д.). Также не имеет значения, принадлежал ли человек к вооруженной повстанческой группировке, входил ли он в состав вооруженных сил государства или являлся гражданским лицом, принимавшим (в т.ч. временно) непосредственное (активное) участие в военных действиях.

Правовая защита незаконных комбатантов в соответствии с ЖК IV

Принимая во внимание тот факт, что незаконные комбатанты, как следует из определения, приводившегося в предыдущем разделе, не отвечают требованиям, необходимым для предоставления статуса военнопленного, и, соответственно, не попадают под защиту, предоставляемую ЖК III, мы прежде всего попытаемся проанализировать, попадают ли незаконные комбатанты в сферу применения ЖК IV. Затем мы рассмотрим, на какую конкретную защиту они имеют право, попадая во власть противной стороны. Наконец будет кратко рассмотрено, что говорит по этому поводу право, касающееся ведения боевых действий.

Как того требуют правила толкования международных договоров, термины будут пониматься, прежде всего, «...в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора»¹⁰. Будут также проанализированы документы, связанные с подготовкой Женевских конвенций и научные труды в этой области.

Сфера применения ЖК IV по кругу лиц в соответствии со ст. 4 Конвенции

Сфера применения ЖК IV по кругу лиц сформулирована в ст. 4 (1), которая гласит:

«Под защитой настоящей Конвенции состоят лица, которые в какой-либо момент и каким-либо образом находятся в случае конфликта или оккупации во власти стороны, находящейся в конфликте, или оккупирующей Державы, гражданами которой они не являются».

10 Статья 31 Венской конвенции о праве международных договоров.

Данное определение кажется всеобъемлющим. В соответствии с данной частью, *любое лицо* будет пользоваться защитой, если окажется во власти стороны, находящейся в конфликте, или оккупирующей Державы. Исключения составляют лишь граждане самой этой стороны или Державы¹¹. Взятая вне контекста, широкая формулировка этой части позволяет включить в него не только гражданских лиц, но даже лиц из состава вооруженных сил¹².

Однако сфера применения сужается благодаря конкретным исключениям. Приводимая ниже ч. 2 ст. 4 исключает следующих лиц:

- «Граждане какого-либо Государства, не связанного настоящей Конвенцией, не состоят под ее защитой» (настоящее ограничение является исключительно теоретическим, так как участниками конвенций 1949 г. являются практически все государства мира);
- «Граждане какого-либо нейтрального Государства, находящиеся на территории одного из воюющих Государств, и граждане какого-либо совоюющего Государства...» не находятся под защитой «...до тех пор, пока Государство, гражданами которого они являются, имеет нормальное дипломатическое представительство при Государстве, во власти которого они находятся».

Что касается последнего исключения, его формулировка недостаточно четкая. В соответствии с Комментариями МККК к ст. 4 ЖК IV, подтверждение которым мы находим в *материалах, относящихся к подготовке Конвенций*, необходимо проводить следующее различие.

На территории воюющих Государств граждане нейтрального или совоюющего Государства не состоят под защитой Конвенции до тех пор, пока это Государство имеет нормальное дипломатическое представительство в Государстве, на чьей территории они находятся. На оккупированной территории граждане совоюющего Государства не состоят под защитой Конвенции до тех пор, пока это Государство имеет нормальное дипломатическое представительство в оккупирующем Государстве. Однако в этом случае граждане нейтральных Государств являются покровительствуемыми лицами, и Конвенция к

¹¹ Однако положения Раздела II имеют более широкое поле применения в соответствии со ст. 13.

¹² J. Pictet (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Geneva, 1958 (далее: *Commentary IV*), p. 46.

ним применима. В данном случае применение Конвенции не зависит от наличия или отсутствия нормального дипломатического представительства¹³.

В соответствии со ст. 4 (4), ЖК IV не предоставляет защиту лицам, находящимся под покровительством ЖК I—III.

Толкование текста конвенций приводит нас лишь к тому выводу, что на всех лиц, не находящихся под защитой ЖК I—III, а значит, и лиц, которые не соблюдают условий, дающих им право на статус военнопленного и соответствующее обращение, распространяется действие ЖК IV при условии, что они не являются:

- гражданами Государства, которое не является участником Конвенции;
- гражданами стороны в конфликте (Державы, в чьей власти они находятся);
- гражданами нейтрального (при условии, что они находятся на территории воюющего Государства) или совоюющего Государства с нормальным дипломатическим представительством (см. подробности в приведенной выше цитате из Комментария МККК).

Тот факт, что какое-либо лицо принимало незаконное участие в военных действиях, не является критерием для его исключения из сферы применения ЖК IV. Напротив, ст. 5 ЖК IV, допускающая некоторые отступления от защиты, предоставляемой ЖК IV (при строгом соблюдении определенных условий) использует термин «покровительствуемые лица» по отношению к задержанным шпионам и диверсантам, а также лицам, определенно подозреваемым в совершении действий, направленных против безопасности Государства (оккупирующей Державы), или участвующим в их совершении. Как понятие «действия, направленные против безопасности Государства (оккупирующей Державы)», так и понятие «диверсионная деятельность»¹⁴ безусловно

¹³ *Commentary IV, op. cit* (прим. 12), p. 46. Commentaries concerning the draft Convention, Final Record of the Diplomatic Conference of 1949 (далее: Final Record), Vol. II A, p. 814. Также см. пояснения, данные специальным представителем Швейцарии на Дипломатической конференции, который подтвердил указанное толкование (Final Record, Vol. II A, p. 793). Также см. Заявление США, там же, с. 794.

подразумевают непосредственное участие (при отсутствии на то права) в военных действиях. Таким образом, данная ст. применима, в частности, к лицам, которые не отвечают требованиям ЖК I–III и принимают непосредственное участие в военных действиях, то есть к лицам, называемым «незаконными комбатантами»¹⁵.

Еще один аргумент в пользу применимости ЖК IV к «незаконным комбатантам» можно извлечь из статьи 45 (3) ДП I, которая гласит:

«Любое лицо, принимавшее участие в военных действиях, которое не имеет права на статус военнопленного и не пользуется более благоприятным обращением в соответствии с Четвертой Конвенцией, имеет право во всех случаях на защиту, предусмотренную ст. 75 настоящего Протокола. На оккупированной территории любое такое лицо, если только оно не задержано в качестве шпиона, имеет также, независимо от статьи 5 Четвертой Конвенции, право на связь, предоставляемое данной Конвенцией».

Данное положение Дополнительного протокола I, принятое на основании консенсуса¹⁶, неявным образом подтверждает нашу интерпретацию ЖК IV относительно того, что «незаконные комбатанты» находятся под покровительством ЖК IV, если они отвечают вышеупомянутым требованиям гражданства. Утверждение (ст. 45 (3) ДП I), что «...любое лицо, принимавшее участие в военных действиях, которое не имеет права на статус военнопленного и не пользуется более благоприятным обращением в соответствии с Четвертой Конвенцией, имеет право во всех случаях на защиту, предусмотренную ст.

14 См. E. Rosenblad, «Guerrilla warfare and international law». *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1973, pp. 110 *et seq.* Розенблад далее отмечает, «Диверсант, который является [sic] незаконным комбатантом, с одной стороны, несет наказание в соответствии с Конвенцией о гражданском населении. Предполагается, что он является «покровительствуемым лицом» (ст. 4) и что в этом качестве он, безусловно, будет «пользоваться гуманным обращением» (ч. 3 ст. 5). Тем не менее покровительствуемое лицо может, «по настоятельным соображениям безопасности», быть принудительно поселено в определенном месте или интернировано (ст. 78). Более того, оккупирующая держава может при определенных обстоятельствах удерживать диверсанта без приговора суда (ч. 2 ст. 5), а в случае преследования в судебном порядке приговорить его к смертной казни (ч. 2 ст. 68)».

15 См. F. Kalshoven, «The position of guerrilla fighters under the law of war». *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1972, p. 72, где автор пишет о партизанах (принимающих непосредственное участие в боевых действиях), которых он определяет как лиц, не считающихся военнопленными, там же, с. 65, 69.

16 CDDH/SR. 41, O.R. Vol. VI, p. 155.

75 настоящего Протокола», дает понять, что, по сути дела, ЖК IV применима к некоторым категориям незаконных комбатантов, иначе формулировка «не пользуется более благоприятным обращением в соответствии с Четвертой Конвенцией» не имела бы смысла. Второе предложение этого пункта («На оккупированной территории любое такое лицо, если только оно не задержано в качестве шпиона, имеет также, независимо от статьи 5 Четвертой конвенции, право на связь, предоставляемое данной Конвенцией») неявным образом признает, что, прежде всего, незаконные комбатанты на оккупированной территории (то есть покровительствуемые лица, принимающие непосредственное участие в военных действиях на оккупированной территории, не имеющие права на статус военнопленного) находятся под покровительством ЖК IV. Если бы незаконные комбатанты на оккупированной территории не попадали под действие ЖК IV, не было бы причин ограничивать сферу применения ст. 5 этой Конвенции¹⁷.

Дальнейшее подтверждение нашего толкования можно обнаружить в военных уставах. Например, в Полевом уставе армии США FM 27–10 («Закон о ведении сухопутной войны», 1956 г., с. 31, 98 и далее) говорится следующее (*курсив автора*):

«72. Категории лиц на оккупированной территории

Лица на оккупированной территории, не подпадающие ни под одну из категорий, определяемых ст. 4 [ЖК III], и совершающие враждебные действия по отношению к оккупирующим силам или наносящие ущерб их безопасности, подчиняются особому режиму [имеются в виду положения Части III Раздела III ЖК IV]..

73. Лица, совершающие враждебные акты и не имеющие права на обращение с ними как с военнопленными

Если решением компетентного судебного органа, действующего в соответствии со ст. 5 [ЖК III], определяется, что какое-либо лицо не подпадает ни под одну из категорий, перечисленных в статье 4 [ЖК III], такое лицо не имеет права на обращение с ним как с военнопленным. Тем

¹⁷ В связи с этим см. M. Bothe, K. Partsch and W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, pp. 261 et seq.

не менее, оно остается «покровительствуемым лицом» по смыслу статьи 4 [ЖК IV]...

247. Определение покровительствуемых лиц

[цитата из ЖК IV, ст. 4]

Толкование. С учетом ограничений, устанавливаемых в пункте 248, лица, находящиеся под покровительством Конвенции [ЖК IV], включают также всех лиц, участвовавших во враждебных или военных действиях, однако не имеющих права на то, чтобы с ними обращались как с военнопленными».

248. Отступления

а. Своя и оккупированная территория

[ссылка на ЖК IV, ст. 5]

б. Другие территории. Если на территории, не относящейся к территориям, упомянутым выше в пункте а, сторона в конфликте убеждается, что покровительствуемое лицо обоснованно подозревается в совершении действий, враждебных по отношению к безопасности Государства, или совершает подобные действия, такое лицо также не имеет права претендовать на те предоставляемые Конвенцией [ЖК IV] права и преимущества, которые нанесут ущерб безопасности Государства, если их предоставят этому лицу».

Также см. ч. 3 Наставления британских вооруженных сил, – Правила ведения сухопутной войны, 1957 г., № 96:

«Если комбатанты, принадлежащие к регулярным вооруженным силам, не соблюдают эти четыре требования [ЖК III, ст. 4], в ряде случаев они могут перейти в категорию участников боевых действий, не подпадающих под защиту конвенций. Это означает, что при попадании в плен они не будут иметь права на статус военнопленного. Соответственно, военнослужащие регулярных вооруженных сил, захваченные при совершении актов шпионажа, не имеют права на обращение с ними, как с военнопленными. Однако они, как минимум, имеют право на ограниченные привилегии, предоставляемые Конвенцией о защите гражданского населения (ст. 5) шпионам и диверсантам, являющимся гражданскими лицами... Статус военнослужащих, одетых в гражданскую одежду и захваченных на территории противника при совершении диверсионного акта, приравнивается к статусу шпионов».

Работа по подготовке текста конвенций

Вопрос о лицах, квалифицируемых как незаконные комбатанты (в значении, принятом для целей настоящей статьи) рассматривался двумя комитетами, разработывавшими ЖК III и ЖК IV. На основании текста Заключительных протоколов заседаний комитетов (Final Records) прийти к однозначному заключению трудно, хотя, похоже, имеются достаточные основания полагать, что «незаконные комбатанты», отвечающие критерию гражданства, содержащемуся в ст. 4 ЖК IV, находятся под защитой ЖК IV (и что возможны отступления от этой защиты). К однозначным выводам прийти сложно, прежде всего, потому, что зафиксированные заявления вряд ли можно считать показательными, поскольку они лишь отражают мнение ряда делегаций. Во-вторых, эти заявления делались в разных комитетах и на разных стадиях переговоров, в частности, некоторые заявления, относящиеся к ЖК III, были сделаны в то время, когда ст. 5 ЖК IV еще не была предложена. В-третьих, термины «незаконный комбатант» и «не пользующийся защитой конвенций участник боевых действий», как правило, не употреблялись; вместо этого можно найти упоминания о лицах, нарушающих законы войны, диверсантах и шпионах. Во II Комитете, обсуждавшем ЖК III, основная точка зрения, похоже, в основном сводилась к тому, что «незаконные комбатанты» не должны иметь право на такую же защиту, как военнопленные, равно как и на защиту, предоставляемую «мирному» гражданскому населению¹⁸, однако они должны иметь право на гуманное обращение и не должны подвергаться казням в суммарном порядке¹⁹.

18 См., например, мнение полковника Ходжсона (Австралия), который полагает, что «...права Государства по отношению к некоторым категориям лиц, таким как шпионы, диверсанты, представители пятой колонны и предатели, были определены недостаточно... Было желательно предусмотреть необходимые исключения из норм Конвенции, предоставляющих защиту». (Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26.4.1949), Final Record, Vol. II A, p. 622.

19 Wilhelm (ICRC), Cohn (Denmark), Final Record, Vol. II A, p. 433; бригадный генерал Пейдж (Великобритания): «Вся идея Конвенции о защите гражданского населения заключалась в защите гражданских лиц - жертв войны, а не в защите лиц, незаконно носящих оружие, которые и не могли ожидать полной защиты в рамках права войны, которое они не соблюдали. Безусловно, для обращения с такими лицами должны быть выработаны определенные критерии, но они не должны иметь право на все привилегии, предоставляемые Конвенцией... Итак, делегация Соединенного Королевства полагает, что... гражданские лица, нарушившие эти нормы, более не имеют права пользоваться обращением, предусмотренным для законопослушных граждан. Тем не менее, делегация Соединенного Королевства не будет возражать против разумных предложений, направленных на обеспечение гуманного обращения с подобными гражданскими лицами». (Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26.4.1949), Final Record, Vol. II A, p. 621; генерал Диллон (США): «Понятно, что лица, не упомянутые в статье 3 [ст. 4, ЖК III], не должны были быть лишены всех прав». Final Record, Vol II A, p. 409.

Проект Третьей Конвенции, одобренный Международной конференцией Красного Креста в Стокгольме и представленный вниманию Дипломатической конференции 1949 г., в ст. 3, дающей определение понятию «военнопленный», содержал следующий пункт:

«Настоящая Конвенция также предоставляет минимальные гарантии защиты любой другой категории лиц, которые были захвачены или задержаны в результате вооруженного конфликта и защита которых специально не предусмотрена ни одной другой Конвенцией».

Делегат МККК г-н Вильгельм пояснял данный пункт следующим образом:

«МККК был не вполне уверен, какую категорию лиц было желательно включить в проект. Задачей настоящей конференции была разработка Конвенции, которая бы предоставила защиту личному составу вооруженных сил и аналогичным категориям лиц, таким как члены организованных движений сопротивления, а также еще одной конвенции для защиты гражданского населения. Хотя могло показаться, что обе Конвенции включают в себя все соответствующие категории, участникам боевых действий, не входящим в состав регулярных вооруженных сил, по сути дела, защита не предоставлялась. Оставался открытым вопрос, стоит ли предоставлять защиту лицам, не соблюдающим законы и обычаи войны; однако ввиду того, что могут возникнуть отдельные ситуации, заслуживающие того, чтобы принять их во внимание, представлялось необходимым предусмотреть общее положение о защите, аналогичное положению, содержащемуся в Гаагской конвенции 1907 г., на которое ссылался представитель Советского Союза. Тем не менее, было решено, что целесообразно включать это понятие в статью, основной целью которой было дать четкое определение всем категориям лиц, которые должны пользоваться защитой в рамках настоящей Конвенции [ЖК III]»²⁰.

На основании этого заявления можно выделить три существенных момента:

Первое. Г-н Вильгельм рассматривал стокгольмские проекты ЖК III и ЖК IV как не предоставляющие защиту участникам боевых действий, не вхо-

дящих в состав регулярных вооруженных сил, или «лицам, которые не соблюдают законы и обычаи войны». Это довольно странно, если учесть, что сфера применения ЖК IV в отношении лиц была определена очень широко²¹, разве что он имел в виду, что подобные лица могли быть включены в сферу действия Конвенции, но что основные ее положения в действительности не предоставляют защиты (если он ограничивал свое высказывание незаконными комбатантами на поле боя, как сейчас утверждается в юридической литературе, например, Бакстером, Дрейпером и Кальсховеном).

Второе. Он признавал необходимость предоставления таким лицам минимального уровня защиты, выводимого из оговорки Мартенса.

Третье. Подобная защита не должна быть сформулирована в конвенции, относящейся к военнопленным.

Представитель Дании отвечал на это, что «вопрос не в том, чтобы лицам, упомянутым в данном пункте, были обеспечены те же права и преимущества, что и военнопленным, но лишь в том, чтобы предоставить таким лицам «минимум защиты», предотвратить негуманное обращение с ними или их казни в суммарном порядке»²².

Другие делегаты не возражали против предоставления минимума защиты, но не могли согласиться с тем, чтобы пункт, предусматривающий подобную защиту, был включен в текст ЖК III. Таким образом, предложенный п. 3 проекта ст. 3 [ЖК III, ст. 4] не был включен в текст Конвенции²³. Вместо этого Конференция в целом согласилась с тем текстом, что составил основу ст. 5 ЖК III, т.е. с предоставлением защиты, аналогичной защите военнопленных, «лицам, оказывающим сопротивление неприятелю», до тех пор, пока их статус не будет определен компетентным судом). Вторая часть выдвинутого предложения, которая гласила: «Даже в тех случаях, когда решение вышеупомянутых властей не позволит указанным лицам воспользоваться преимуще-

21 «Под защитой настоящей конвенции состоят лица, которые в какой-либо момент и каким-либо образом оказываются в случае конфликта или оккупации во власти Державы, гражданами которой они не являются... Такие лица, как военнопленные, больные и раненные, сотрудники военно-медицинской службы, которые подпадают под действие других международных конвенций, остаются под защитой указанных конвенций». Art. 3, *Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims*, texts approved and amended by the XVIIth International Red Cross Conference, Geneva, 1948, pp. 114–115.

22 Final Record, Vol. II A, p. 433.

23 Final Record, Vol. II A, p. 480.

ствами настоящей Конвенции, они, тем не менее, остаются под охраною и действием начал международного права, поскольку они вытекают из обычаев, установившихся среди цивилизованных народов, из прав человека и велений общественной совести», также не была принята²⁴. В заключение представитель Дании лишь попросил, как следует из приводимой ниже цитаты, чтобы в Сводном отчете о заседании Комитета (Summary Record) было упомянуто, что его точка зрения относительно толкования ст. 3 не встретила возражений²⁵. В Отчете пленарному заседанию дискуссии, имевшие место на заседании Комитета, были обобщены следующим образом:

«Ряд делегаций хотели расширить сферу применения Конвенции, с тем чтобы она включала и другие категории лиц. В частности, они имели в виду гражданских лиц, которые в ответ на нападение, нарушающее законы и условия ведения войны, взяли в руки оружие для защиты своей жизни и здоровья, своих близких и средств существования; они хотели предусмотреть гарантии того, что при попадании во власть противной стороны такие лица не будут расстреляны в результате решения, вынесенного в порядке упрощенного судопроизводства, что с ними будут обращаться в соответствии с положениями или, по меньшей мере, в соответствии с гуманитарными принципами Конвенции. Было тщательно рассмотрено большое количество возможных решений, однако, в конце концов, большинство членов Комитета пришли к выводу, что продвигаться в предложенном направлении будет трудно, не ослабив косвенным образом защиту, предоставляемую лицам, попадающим под различные категории, перечисленные в статье 3 [ЖК III, ст. 4]. В частности, одна из делегаций высказала мнение, что, если предлагаемое расширение сферы действия будет принято, это будет равнозначно отказу от общепринятых гаагских принципов, подтвержденных в Конвенции о военнопленных. С точки зрения этой делегации, важно, чтобы война, даже незаконная, регулировалась этими принципами. Однако другая делегация попросила отметить в Сводном отчете, что во время обсуждения в Специальном комитете не встретило возражений мнение о том, что статью 3 не следует толковать таким

24 Final Record, Vol. III, p. 63.

25 Final Record, Vol. II A, p. 481.

образом, чтобы лишить лиц, не подпадающих под положения статьи 3, их прав человека и права на самооборону против незаконных действий»²⁶.

Во время дискуссий по поводу ст. 5 ЖК III на пленарном заседании в отношении решения компетентного суда в случае возникновения сомнений опять встал вопрос о лицах, не отвечающих требованиям, необходимым для получения статуса военнопленного, однако участвующих в военных действиях (то есть незаконных комбатантов). Капитан Моутон (Нидерланды), выступая в пользу судебного решения вместо решения «компетентного органа», утверждал, что последнее на практике будет означать, что «...командир на месте... будет решать, подпадает ли человек, который оказался в его власти, под действие статьи 3 [ЖК III] или нет... Это означает, что, если он решит, что нет, данное лицо сочтут *franc tireur* (партизаном), поставят к стенке и расстреляют на месте». В ответ г-н Морозов (СССР) заявил: «Где говорится, что любое лицо, не подпадающее под защиту статьи 3, должно быть расстреляно? Я не знаю таких законов и мне неизвестно, чтобы кто-нибудь хотел создать такую статью... Если лицо не признано военнопленным в рамках статьи 3, такое лицо будет являться гражданским лицом и иметь полное право на защиту, предоставляемую Конвенцией о защите гражданского населения». Голландский делегат не согласился с такой точкой зрения и сказал: «То, что лица, не подпадающие под действие статьи 3, автоматически находятся под защитой других конвенций, конечно, неправда. Например, Конвенция о защите гражданского населения касается лишь гражданских лиц при определенных обстоятельствах, например, гражданских лиц в оккупированной стране или гражданских лиц, живущих в воюющей стране, но Конвенция определенно не покровительствует гражданским лицам, находящимся на поле боя с оружием в руках для борьбы против противной стороны. Такие лица, если они не подпадают под действие статьи 3, оказываясь во власти противника, могут быть расстреляны...»²⁷.

В итоге, при обсуждении ЖК III было запротоколировано одно заявление (Россия) о том, что ЖК IV автоматически действует в тех случаях, когда

²⁶ Final Record, Vol. II A, p. 562. Последние два предложения Отчета пленарному заседанию, касающиеся отдельных, но, тем не менее, взаимосвязанных вопросов, вызвали полемику на пленарном заседании. См. Final Record, Vol. II B, p. 268.

²⁷ Final Record, Vol. II B, pp. 271 et seq.

не выполняются условия ст. 4 ЖК III. Усилия датской делегации были направлены на обеспечение минимальной защиты гражданских лиц, оказывающих сопротивление агрессору в осуществление своего права на самозащиту, но не отвечающих условиям, предъявляемым к участникам спонтанных массовых вооруженных выступлений (*levée en masse*). Голландская делегация отвергла мнение России, касающееся гражданских лиц на поле боя, с оружием в руках выступающих против неприятеля. Однако ее заявление можно истолковать таким образом, что гражданские лица, берущие в руки оружие для борьбы с противником на оккупированной территории или на территории противника, находятся под покровительством ЖК IV.

В этом же ключе следует рассматривать дискуссии, которые велись в связи с ЖК IV. История создания ЖК IV, похоже, подтверждает точку зрения, что «незаконные комбатанты», отвечающие критерию гражданской принадлежности, содержащемуся в ст. 4 этой Конвенции, находятся под защитой, однако эта защита подвержена ограничениям. В то время как некоторые делегации придерживались мнения, что ЖК IV не должна предоставлять защиту лицам, нарушающим законы войны, диверсантам и шпионам (которые считаются «незаконными комбатантами»²⁸, хотя сам термин в тексте Заключительного протокола не используется)²⁹, другие делегации с этим не со-

28 Считалось, что в контексте войны термин «диверсия» означает акты, совершаемые с целью нанести ущерб объектам инфраструктуры противника, его «линиям коммуникаций» и «военным объектам» или уничтожить их (ЖК IV, ст. 64 и 68). См. Rosenblad, *op. cit* (прим. 14), p. 109.

29 *Commentary IV, op. cit* (прим. 12), p. 52 («Некоторые полагали, что Конвенция должна применяться без исключения ко всем лицам, к которым она имеет отношение, другим же представлялось очевидным, что лица, виновные в нарушении законов войны, не имеют права претендовать на предоставляемые ею преимущества. Однако эти различные мнения не были высказаны [во время предварительных обсуждений], и проблема возникла лишь после Стокгольмской конференции. Встала она в связи с тем, что Конференция приняла определение покровительствуемых лиц, под которое попадали лица, совершающие враждебные акты, но не входящие в состав регулярных вооруженных сил»).

гласились³⁰. Как выразился делегат из Австралии, «во время этой дискуссии стали очевидны два подхода: один подход представляли делегаты, поддерживающие широкое и гибкое толкование Конвенции, другой – делегаты, поддерживающие более узкое толкование»³¹. Для того чтобы преодолеть различие во взглядах, Комитет принял в качестве компромисса проект статьи 3А (ставший впоследствии ст. 5 ЖК IV). В этом варианте лица, нарушающие законы войны, диверсанты и шпионы рассматривались как «покровительствуемые лица», однако в ряде ситуаций государствам разрешалось лишать таких лиц некоторых видов защиты, предоставляемых ЖК IV³². Это компромисс-

30 Г-н Кастберг (Норвегия): «Несомненно, диверсанты не могли бы претендовать на защиту Конвенции о военнопленных, тем не менее они должны получить защиту от преступного обращения и пыток». Г-н Седербольм (Швеция) и г-н Дал (Дания) поддержали эту точку зрения. Полковник Дю Паскье (Швейцария) высказался несколько неоднозначно, заявив: «Что касается правового статуса тех, кто нарушил законы войны, Конвенция, естественно, не может распространять свое действие на преступников или диверсантов. Более того, ст. 55 [ст. 64 ЖК IV] и последующие статьи устанавливают тот принцип, что оккупирующая Держава имеет право принять уголовное законодательство для защиты своих сил. С другой стороны, ст. 29 [ст. 31–32 ЖК IV] и последующие статьи ограничивают такое уголовное законодательство, в частности, запрещают пытки и взятие заложников». Он поддержал исправленный вариант статьи 3, подготовленный Международным Комитетом Красного Креста [который распространил бы действие Конвенции на незаконных комбатантов (!), поэтому итальянский делегат г-н Мареска, выразив поддержку варианту МККК, предложил добавить положение, предусматривающее для покровительствуемых лиц обязательство не действовать в нарушение законов войны]. Генерал Шеперс (Нидерланды) выразил согласие с мнением делегатов из скандинавских стран. (Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26.4.1949), Final Record, Vol. II A, pp. 621 *et seq.*

31 Final Record, Vol. II A, p. 622.

32 См. Final Record, Vol. II A, p. 796; Commentaries concerning the draft Convention, *ibid*, p. 814: «Современная война ведется не только на поле боя; она вторгается и во внутреннюю жизнь воюющего государства; тайные агенты противника проникают во внутренние механизмы военной машины либо с целью шпионажа, либо для нанесения ущерба... В связи с этим многие делегации выражали опасение, что под прикрытием защиты, предоставляемой нашей конвенцией, шпионы, диверсанты и прочие опасные для Государства лица смогут неподобающим образом воспользоваться теми правами, которые она им предоставляет. Делегации посчитали, что их долг – воспрепятствовать тому, чтобы гарантии Конвенции содействовали тайной деятельности. Таким образом возникла идея о том, что в отношении лиц, представляющих скрытую угрозу для безопасности Государства, преимущества Конвенции должны быть в некоторой степени ограничены. В связи с тем, что подобную подпольную деятельность обнаружить чрезвычайно трудно, предполагается предоставить Государству свободу действий при принятии защитных мер, не налагая на него никаких договорных обязательств, за исключением обязательства обеспечить гуманное и законное обращение с подобными лицами. Именно эти соображения привели к принятию статьи 3А [ст. 5 ЖК IV]...».

ное решение было в конечном итоге одобрено подавляющим большинством голосов на Дипломатической конференции³³.

Если толкование изначального проекта ст. 4 ЖК IV³⁴, предложенное представителем Великобритании³⁵, верно («...в своем нынешнем виде ст. 3 означает, что лица, не имеющие права на защиту, предоставляемую Конвенцией о военнопленных, получают ту же самую защиту на основании Конвенции о гражданском населении, так что все лица, участвующие в боевых действиях, получают защиту, независимо от того, соблюдают они законы войны или нет...»), и коль скоро в текст проекта этой статьи не было внесено существенных изменений, имеются все основания полагать, что в конце концов делегации согласились, что ЖК IV применима к незаконным комбатантам, если они удовлетворяют условиям, содержащимся в ст. 4 этой Конвенции. Задача некоторого ограничения защиты, предоставляемой подобным лицам, была выполнена благодаря ст. 5, которая была добавлена позже и которая допускает отступления в отношении лиц, часто называемых незаконными комбатантами. История создания ЖК IV (в частности, вышеприведенное заявление Великобритании) подтверждает вывод о том, что действие Конвенции распространяется на незаконных комбатантов, и что степень этого действия подвержена ограничениям на основании ст. 5. В целом, история создания Конвенций, в частности, ЖК III и ЖК IV, показывает, что проблема лиц, не удовлетворяющих требованиям, которые должны быть выполнены для получения статуса военнопленного, однако участвующих в военных действиях, в то время вызвала немало споров. Несмотря на принятую формулировку ст. 4, ничто не указывает на то, что существовало общее согласие относительно того, что ЖК IV не должна распространять свое действие на «незаконных

33 Final Record, Vol. II B, pp. 377, 384: 31 голос «за», 9 воздержалось (ЖК IV, ст. 4); 25 голосов «за», 9 «против», 6 воздержалось (ЖК IV, ст. 5).

34 Brigadier Page (UK), Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26.04.1949, Final Record, Vol. II A, p. 621.

35 «Под защитой настоящей конвенции состоят лица, которые в какой-либо момент и каким-либо образом оказываются в случае Конфликта или оккупации во власти Державы, гражданами которой они не являются... Однако положения Раздела II имеют более широкое поле применения, определенное в статье 2. Такие лица, как военнопленные, больные и раненые, персонал военно-медицинской службы, которые подпадают под действие других международных конвенций, остаются под защитой указанных конвенций». Art. 3, *Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims*, texts approved and amended by the XVIIth International Red Cross Conference, Geneva, 1948, pp. 114–115.

комбатантов». В итоге, на Дипломатической конференции была принята, несмотря на очевидные сомнения, широкая сфера применения Конвенции в отношении лиц. Ценой вопроса стало принятие статьи 5.

Юридическая литература

В юридической литературе мнения относительно применимости ЖК IV к незаконным комбатантам расходятся. Некоторые авторы со всей очевидностью разделяют нашу точку зрения, что ЖК IV распространяет свое действие на незаконных комбатантов, если они отвечают критерию гражданства³⁶. Бакстер, судя по всему, ограничивает сферу применения ЖК IV незаконными комбатантами, действующими на оккупированной территории³⁷. То, что он не распространяет защиту на незаконных комбатантов, действующих на территории сторон, находящихся в конфликте (Раздел III, Часть 1), и на территории противника (Раздел III, Часть 2), — непоследовательно, учиты-

36 K. Ipsen, in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995, p. 301; H. McCoubrey, *International Humanitarian Law: Modern Developments in the Limitation of Warfare*, Dartmouth, Aldershot, 2nd ed., 1998, p. 137; E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Brussels, 2nd ed., 1999, pp. 397 et seq.; Bothe, Partsch and Solf, *op. cit.* (прим. 17), pp. 261 et seq.; Aldrich, *op. cit.* (прим. 7), p. 893, footnote 12; G.I.A.D. Draper, «The status of combatants and the question of guerrilla warfare». *British Yearbook of International Law*, 1971, p. 197 (признает применимость ЖК IV к лицам, которые не отвечают требованиям ст. 4 ЖК III, но участвуют в боевых действиях на территории противника или на оккупированной территории, в соответствии с ограничениями, налагаемыми ст. 5 ЖК IV); Rosenblad, *op. cit.* (прим. 14), p. 98 (признает применимость ЖК IV к членам организованных движений сопротивления, не отвечающих условиям ст. 4 ЖК III, в соответствии с ограничениями, налагаемыми ст. 5 ЖК IV); Kalshoven, *op. cit.* (прим. 15), p. 71 (признает применимость ЖК IV к лицам, которые не отвечают условиям ст. 4 ЖК III, но участвуют в боевых действиях на территории противника и на оккупированной территории. В ситуациях, не относящихся к боевым действиям на территории противника или на оккупированной территории, «...партизан, попадающий во власть противника, не имеет права на полную защиту, предоставляемую покровительствуемым лицам на оккупированной территории. Однако нельзя утверждать, что он полностью лишается защиты. Принцип, излагаемый в статье 3, относящейся к вооруженному конфликту немеждународного характера, одновременно предусматривает тот минимум, ниже которого воюющие стороны не могут опускаться и в других ситуациях... С моей точки зрения, самый серьезный аргумент в пользу этого тезиса состоит именно в том, что они являются иностранными гражданами и соответственно гражданами стороны, противостоящей той, в чьей власти они находятся».

37 R.R. Baxter, «So-called 'unprivileged belligerency': Spies, guerrillas, and saboteurs». *British Yearbook of International Law*, 1951, pp. 328 et seq., 343 et seq.; R.R. Baxter, «The duties of combatants and the conduct of hostilities (Law of The Hague)», in Henry Dunant Institute and UNESCO (ed.), *International Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1988, pp. 105 et seq.

вая тот факт, что определение покровительствуемых лиц остается неизменным. Несмотря на четкие указания, содержащиеся в формулировках ЖК IV, некоторые ученые, похоже, не признают применимость ЖК IV к незаконным комбатантам³⁸. Однако эти авторы не дают никакого правового обоснования своей точки зрения, просто утверждая, что ЖК IV не распространяет свое действие на незаконных комбатантов. Анализ ст. 4 отсутствует. При обращении к прецедентному праву (прежде всего, к *Ex parte Quirin (делу Квирина)*³⁹) эти авторы рассматривают дела, слушавшиеся до принятия ЖК IV. Принимая во внимание то обстоятельство, что до принятия ЖК IV данный вопрос специально не регулировался ни одним документом международного гуманитарного права, такой подход выглядит несколько сомнительным. Прецедентное право более позднего периода совершенно правильно принимает несколько иную точку зрения. В *деле Делалича МУТЮ* приходит к следующему заключению.

«271. ...Если лицо не имеет права на защиту Третьей Конвенции как военнопленный (а также Первой или Второй Конвенций), оно неизбежно попадает в сферу действия Четвертой Конвенции, *при условии, что соблюдаются требования статьи 4 этой Конвенции*»⁴⁰ (курсив автора).

В 1949 г., когда принималась ЖК IV, проблемы, связанные с незаконными комбатантами, были известны (см. дискуссии во время Дипломатической конференции). Поэтому, с нашей точки зрения, вряд ли можно оправдать мнение, что незаконные комбатанты в целом были исключены из сферы применения ЖК IV, вопреки достаточно широкой формулировке ст. 4 этой Конвенции. То же самое можно сказать об утверждениях, что параллельно существует международное обычное право, действие которого распространяется на всех незаконных комбатантов, и которое составляет нечто вроде *lex specialis* (приводившиеся выше положения Полевого устава армии США, безусловно, противоречили бы такой норме обычного международного права!).

³⁸ Например, I. Detter, *The Law of War*, Cambridge University Press, 2000, p. 136; R. Goldmann / B.D. Tittmore, «Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: Their status and rights under international humanitarian and human rights law». <http://asil.org/taskforce/goldman.pdf>, p. 38; C. Greenwood, «International law and the “war against terrorism,”», *International Affairs 2002*, p. 316; Report on Terrorism and Human Rights, *op. cit.* (прим. 5), para. 74.

³⁹ 317 U.S. 1, 63 S.Ct. 2 (1942).

⁴⁰ ICTY, Judgment, *The Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-T, 16 November 1998, para. 271.

В связи с этим следует также вспомнить, что, по всей видимости, в понимании создателей ДП I сфера действия ЖК IV включала, по крайней мере, определенные типы незаконных комбатантов.

Материальные нормы защиты незаконных комбатантов в соответствии с ЖК IV

Что касается обращения с покровительствуемыми лицами, ЖК IV предусматривает различные гарантии защиты в зависимости от той ситуации, в которой они оказываются, попав во власть другой стороны (государства). Раздел III Конвенции определяет сферу действия защиты, предоставляемой покровительствуемым лицам по смыслу ст. 4 ЖК IV. Часть I содержит положения, общие для территорий сторон, находящихся в конфликте, и для оккупированных территорий. А именно:

нормы о гуманном обращении; особая защита для женщин; запрет дискриминации; запрет на использование покровительствуемых лиц в качестве живого щита; запрет на применение принуждения, телесных наказаний, пыток и т.п.; личная ответственность; запрет на коллективные наказания, грабеж, репрессалии и взятие заложников.

За этой частью следуют положения, относящиеся конкретно к обращению с иностранцами на территории находящейся в конфликте стороны (Часть II), которые среди прочего предусматривают:

право покидать территорию; обращение с лицами, отбывающими заключение; право получать индивидуальную и (или) коллективную помощь, медицинскую помощь и отправлять религиозные обряды; возможность найти оплачиваемую работу; меры контроля, то есть принудительное поселение и интернирование, а также процедуры, которых следует придерживаться; передача другой Державе.

Часть III, относящаяся к покровительствуемым лицам на оккупированной территории, содержит нормы, касающиеся следующего:

депортации и угона; детей; работы; продовольствия и санитарных материалов для населения; здравоохранения и общественной гигиены; мероприятий по оказанию помощи; уголовного законодательства; уголовно-процессуального порядка; обращения с заключенными и мер безопасности.

Часть IV содержит нормы, касающиеся обращения с интернированными лицами, в том числе:

мест интернирования; питания и одежды; гигиены и медицинской помощи; религии, интеллектуальной и физической деятельности; личного имущества и денежных средств; руководства и дисциплины; сношений с внешним миром; уголовных и дисциплинарных наказаний; перемещения интернированных; смерти интернированных; освобождения, репатриации и госпитализации в нейтральной стране.

Статья 79 указанной части предусматривает право находящейся в конфликте стороны интернировать покровительствуемых лиц только в соответствии с положениями ст. 41–43 («Иностранцы на территории находящейся в конфликте стороны») и ст. 68 и 78 («Покровительствуемые лица на оккупированной территории»).

Поскольку незаконные комбатанты состоят под покровительством ЖК IV в том случае, если они соответствуют критериям гражданства, содержащимся в статье 4 данной Конвенции, вышеуказанные виды защиты относятся и к ним. В дополнение к положениям об общей защите, содержащимся в Разделе III, Часть 1, применимым к территории сторон, находящихся в конфликте, и к оккупированным территориям, предусмотрена особая защита для незаконных комбатантов, действующих на оккупированной территории, и для незаконных комбатантов на территории противника. Однако эти виды защиты могут подвергаться ограничениям в соответствии со ст. 5 ЖК IV (см. ниже).

Тот факт, что ЖК IV предусматривает различные *конкретные* виды защиты лишь для иностранцев на территории противной стороны в конфликте и лиц на оккупированной территории, которые оказались во власти противной стороны, мог подтолкнуть некоторых экспертов к заключению, что положение незаконных комбатантов в зоне военных действий (на фронте или на поле боя в своей собственной стране, которая не находится под оккупацией) не принималось во внимание при разработке ЖК IV, в частности, статей 4 и 5⁴¹.

⁴¹ См. A. Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1976, p. 411; Baxter, «Unprivileged belligerency», *op. cit.* (прим. 37), pp. 329 *et seq.*

Однако, если согласиться с толкованием статьи 6 ЖК IV, предлагаемым в Комментариях под редакцией Ж. Пикте:

«Из этого следует, что значение слова «оккупация» в этой статье более широкое, чем значение «занятие территории неприятельского государства» в статье 42 Положения к IV Гаагской конвенции 1907 г. Что касается отдельных лиц, применение Четвертой Женевской конвенции не зависит от наличия состояния оккупации в смысле упомянутой выше статьи 42. Отношения между гражданским населением территории и войсками, продвигающимися вглубь этой территории, с боями или без них, регулируются настоящей Конвенцией. Нет переходного периода между тем, что можно охарактеризовать как стадию вторжения, и установлением устойчивого режима оккупации. Даже патруль, проникающий на территорию противника без намерения там оставаться, обязан соблюдать положения Конвенций в своих действиях по отношению к встречающимся на его пути гражданским лицам... Конвенция не оставляет неясностей в данном вопросе: все лица, оказывающиеся во власти стороны в конфликте или оккупирующей Державы, гражданами которых они не являются, относятся к покровительствуемым лицам. Не остается никакой лазейки».

Такой подход будет трудно отстаивать.

В соответствии с вышеприведенным толкованием, любое лицо, отвечающее критерию гражданства в указанном выше смысле и захваченное в то время, когда вооруженные силы противника находятся на данной территории (начиная с момента вторжения и заканчивая выводом войск), находится под покровительством ЖК IV (Раздел III, Части I, II и III).

Однако с данным толкованием понятия оккупации согласны не все. Например, немецкое Военное наставление утверждает: «Оккупированная территория не включает в себя районов боевых действий, то есть тех районов, где еще идут бои и отсутствуют постоянно действующие оккупационные власти (районы вторжения и вывода войск)». В комментарии к данному положению Наставления дается более подробное объяснение: «Право оккупации неприменимо до тех пор, пока вооруженные силы, осуществляющие захват иностранной территории, не установят реальный контроль над определенной территорией (после вторжения). Оно перестает применяться, когда они более не контролируют данную территорию (после вывода войск). Подразу-

меваются, что нормы права применяются в ситуациях стабильности»⁴². Аналогичным образом, различие, предлагаемое Дрейпером, Бакстером и Кальсховеном⁴³, имеет значение только в том случае, если они понимают оккупацию по-другому; в их случае, вероятно, она подразумевает минимальный контроль противника над определенной территорией в течение некоторого времени.

Следствием такого понимания является то, что лица, которые отвечают указанному выше критерию гражданства и оказываются во власти противника в районе боевых действий, где отсутствует фактический контроль над территорией, не подпадают под действие положений Частей III и IV Раздела III ЖК IV. Они находятся под защитой положений Раздела II ЖК IV, имеющих довольно общий характер⁴⁴, а также должны пользоваться защитой Части I Раздела III той же Конвенции⁴⁵.

Однако какая защита будет им предоставлена, когда из района боевых действий их перевезут на территорию противника или на оккупированную территорию, или если сам район боевых действий превратится в оккупированную территорию (то есть над ним будет установлен фактический контроль иностранных войск)? Будет ли иметь значение то, что эти лица при их

42 Н.Р. Gasser, in Fleck (ed.), *op. cit* (прим. 36), p. 528.

43 См. прим. 30 и 31.

44 Положения, касающиеся:

- создания санитарных и безопасных зон, а также нейтрализованных зон;
- заключения соглашений об эвакуации особо уязвимых категорий населения;
- защиты гражданских больниц;
- защиты санитарного персонала;
- защиты транспортных средств, применяющихся для перевозки раненых и больных гражданских лиц и других особо уязвимых категорий лиц на суше, на море или по воздуху;
- свободного пропуска посылок с гуманитарной помощью;
- особой защиты детей;
- разрешения обмениваться семейными новостями;
- облегчения розыска пропавших без вести родственников.

Эти положения не имеют значения для целей настоящей статьи, поскольку они не регулируют вопросы обращения с покровительствуемыми лицами, их задержания и судебного преследования.

45 Помимо этого также будет применяться общая ст. 3 Женевских конвенций, применение которой признается для вооруженных конфликтов всех типов в рамках международного обычного права (см. International Court of Justice in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p.14 at p. 114, para. 218), а также другие минимальные гарантии, речь о которых пойдет ниже.

захвате не находились на территории противника или на оккупированной территории? Вероятно, естественный ответ на эти вопросы таков: должно действовать право, применимое для того места, где они содержатся, то есть:

- Части I, III и IV Раздела III ЖК IV для тех лиц, которые в результате оказываются на оккупированной территории;
- Части I, II и IV Раздела III ЖК IV для тех лиц, которые в результате оказываются на территории противника.

На это указывает и весьма широкая формулировка статьи 4 ЖК IV, где уточняется, что «...под защитой настоящей конвенции состоят лица, которые в какой-либо момент и каким-либо образом находятся в случае конфликта или оккупации во власти стороны, находящейся в конфликте, или оккупирующей Державы»⁴⁶. Подтверждение нашей позиции находим и в Комментариях под редакцией Ж. Пикте, где говорится: «Эта ст. относится как к людям, находившимся на данной территории до начала войны (или оккупации), так и к тем, кто оказался там по своей воле или в силу обстоятельств: к путешественникам, туристам, людям, потерпевшим кораблекрушение и даже, возможно, к шпионам или диверсантам»⁴⁷.

Однако авторы, согласные с тем, что ЖК IV применима к незаконным комбатантам на оккупированной территории или на территории противника, не развивают своей мысли дальше в этом направлении. Как представляется, они полагают, что ЖК IV предоставляет конкретную защиту только незаконным комбатантам, во время их пленения действовавшим на

46 В деле *Раджича* (Review of the Indictment, *Prosecutor v. Ivica Rajic*, IT-95-12-R61, paras. 35–37), МУТЮ постановил, что «в Комментариях к IV Женевской конвенции Международный Комитет Красного Креста полагает, что требования к покровительствуемым лицам должны пониматься таким образом, который обеспечивал бы широкую сферу действия конвенции. В Комментариях говорится, что слова «в какой-либо момент и каким-либо образом» имели целью «обеспечить охват всех ситуаций и всех случаев». International Committee of the Red Cross, Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 47 (Geneva 1958)... Далее на с. 47 отмечается, что выражение «во власти» используется в самом широком смысле.

Дело не в том, что лицо находится в непосредственной власти противника, как это имеет место в случае с пленными... Иными словами, выражение «во власти» не обязательно должно пониматься в физическом смысле; оно лишь означает, что лицо находится на территории, контролируемой соответствующей Державой».

47 *Commentary IV, op. cit* (прим. 12), p. 47.

оккупированной территории или на территории противника⁴⁸. Дрейпер считает, что «...если они *не действовали ни на одной из этих территорий*, их положение совершенно неопределенно и предоставляемая им защита носит теоретический характер»⁴⁹.

Если согласиться с таким подходом, не должно быть сомнений, что, по крайней мере, им предоставляется минимальная защита в рамках ст. 75 ДП I и ст. 3, общей для всех Женевских конвенций, являющихся частью международного обычного права.

Отступления

Права и преимущества, предусмотренные, в частности, в Разделе III ЖК IV, не являются абсолютными. Статья 5 ЖК IV предусматривает отступления, допустимые при конкретных обстоятельствах (*курсив автора*):

«Если находящаяся в конфликте сторона имеет серьезные основания полагать, что на ее территории какое-либо отдельное лицо, находящееся под покровительством Конвенции, подозревается на законном основании в деятельности, враждебной для безопасности этого Государства, или когда эта деятельность действительно установлена, такое лицо не будет иметь права претендовать на такие права и преимущества, предоставляемые настоящей Конвенцией, которые наносили бы ущерб безопасности этого Государства, если бы они предоставлялись данному лицу.

Если на оккупированной территории отдельное лицо, находящееся под покровительством Конвенции, задержано в качестве ипсiona или диверсанта, или в качестве подозреваемого на законном основании в деятельности, угрожающей безопасности оккупирующей Державы, в тех случаях, когда этого требуют настоятельные соображения военной безопасности,

⁴⁸ Draper, *op. cit.* (прим. 36), p. 197; Baxter, «Unprivileged belligerency», *op. cit.* (прим. 37), pp. 328 and 343 *et seq.*; Baxter, «Duties of combatants», *op. cit.* (прим. 37), pp. 105 *et seq.*; Kalshoven, *op. cit.* (прим. 15), pp. 70 *et seq.*, 73; Rosas, *op. cit.* (прим. 41), pp. 411 *et seq.* В одной из своих публикаций МККК также избрал такую формулировку, которая могла указывать на аналогичное толкование: «...таким образом, партизаны, не отвечающие этим требованиям [ЖК III, ст. 4] и действующие на оккупированной территории, находятся под защитой IV Женевской конвенции». *Rules Applicable in Guerrilla Warfare*, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971, Paper submitted by the International Committee of the Red Cross, Geneva, January 1971, p. 19.

⁴⁹ Draper, *op. cit.* (прим. 36), p. 197.

данное лицо может быть лишено прав на связь, предоставляемых данной Конвенцией.

В каждом из этих случаев лица, предусмотренные в предыдущих абзацах, будут, однако, пользоваться гуманным обращением и в случае судебного преследования не будут лишаться своих прав на справедливый и нормальный суд, предусмотренный настоящей Конвенцией. Им будут также полностью предоставлены в возможно кратчайший срок, совместимый с безопасностью Государства или, в соответствующем случае, оккупирующей Державы, права и преимущества, предоставляемые покровительствуемому лицу в соответствии с настоящей Конвенцией.»

При чтении этой статьи может возникнуть впечатление, что она применима, в частности, к лицам, принимающим непосредственное участие в боевых действиях, но не отвечающим критериям ЖК I—III, то есть к тем лицам, которых называют «незаконными комбатантами»⁵⁰. Как уже указывалось, понятие «деятельность, враждебная для безопасности Государства или оккупирующей Державы», и понятие «диверсионная деятельность»⁵¹ безусловно подразумевают непосредственное участие в боевых действиях (при отсутствии права на это).

Статья 5 проводит следующее различие:

- на территории стороны, принимающей участие в конфликте, такое лицо не будет иметь права претендовать на такие права и преимущества, предоставляемые ЖК IV, которые наносили бы ущерб безопасности этого Государства, если бы они предоставлялись данному лицу⁵²;

⁵⁰ О партизанах см. Kalshoven, *op. cit.* (прим. 15), р. 72. Он относит к партизанам лиц (принимающих непосредственное участие в боевых действиях), не считающихся военнопленными, *ibid.*, pp. 65, 69.

⁵¹ См. ссылки в прим. 10.

⁵² Что касается возможных отступлений в соответствии с первым абзацем, в Комментариях (*Commentary IV, op. cit.* (прим. 12), р. 55) говорится следующее: «В случае с задержанными покровительствуемыми лицами права, о которых здесь идет речь, не очень обширны; в основном, они сводятся к праву на переписку, праву на получение индивидуальной или коллективной помощи, праву на духовную помощь от служителей культа их вероисповедания и праву на то, чтобы их посещали представители Державы-Покровительницы и Международного Комитета Красного Креста. Трудно предположить, чтобы безопасность государства могла выдвигаться в качестве причины для лишения подобных лиц преимуществ, предоставляемых остальными положениями – например, положениями статьи 37, где говорится о том, что с покровительствуемыми лицами, отбывающими предварительное заключение или подвергнутыми наказанию с лишением свободы, следует обращаться гуманно; или положениями статьи 38, где говорится о том, что они будут получать медицинскую помощь, если этого требует состояние их здоровья. Более того, будет действительно негуманно запретить священнику

- на оккупированной территории в тех случаях, когда этого требуют настоятельные соображения военной безопасности, данное лицо может быть лишено прав на связь, предоставляемых ЖК IV.

Помимо проблем толкования таких выражений, как «подозреваемого на законном основании»⁵³, «угрожающей безопасности оккупирующей Державы», «права и преимущества... которые наносили бы ущерб безопасности этого Государства», «этого требуют настоятельные соображения военной безопасности», смысл ст. 5(2), предоставляющей право на ограничение лишь тех положений, которые касаются связи, становится несколько неясным из-за части 3, согласно которой «в каждом из этих случаев» (т.е. как в ситуациях, упомянутых в части 1, так и в ситуациях, упомянутых в части 2), покровительствуемые лица «будут, однако, пользоваться гуманным обращением и в случае судебного преследования не будут лишаться своих прав на справедливый и нормальный суд, предусмотренный настоящей Конвенцией»⁵⁴. Если ограничения возможны только в отношении положений, относящихся к связи, для чего тогда указывать на гуманное обращение и справедливый суд как на минимум защиты?⁵⁵

Две категории защиты, на которую не распространяются ограничения, включают: право на «гуманное обращение», как оно определяется в ст. 27 и 37, и соответственно запрещение пыток и дурного обращения⁵⁶, а также пра-

посетить задержанное лицо в случае серьезной болезни последнего. Естественно, запрещены пытки и применение репрессалий. Кроме того, следует отметить, что это положение не может освободить Державу, во власти которой находятся покровительствуемые лица, от ее обязательств перед противной стороной. Она продолжает быть целиком и полностью связана обязательством, налагаемым ст. 136, передавать официально учрежденному Справочному Бюро сведения о всех покровительствуемых лицах, находящихся в заключении более двух недель. Это, по сути дела, не право или преимущество покровительствуемых лиц, а обязательство Державы, во власти которой они находятся».

53 Что касается подозрения, то необходимо подчеркнуть, что «...подозрение не должно ложиться на целую категорию людей; данная ст. не предусматривает коллективных мер; должны быть основания, оправдывающие действия в каждом отдельном случае». *Commentary IV, op. cit.* (прим. 12), р. 55. См. также *Final Record, Vol. II A*, р. 815 (*Committee III report to the Plenary*).

54 *Rosas, op. cit.* (прим. 41), р. 412.

55 См. дискуссию на Дипломатической конференции между представителями СССР и Великобритании, *Final Record, Vol. II B*, pp. 379 *et seq.*

56 ЖК IV, ст. 32. См. также *Final Record, Vol. II A*, р. 815 (*Committee III report to the Plenary*): «В третьей части определяется то, что было оставлено без четкого определения в первых двух частях. В ней подтверждаются обязательства государства в том, что касается гуманного обращения и надлежащего уголовного судопроизводства; в ней никоим образом не ослабляется действие запрета на пытки и бесчеловечное обращение». См. также решение МУТЮ по делу *Делалича*, принятое «...с целью опре-

во на справедливый суд, предусмотренное статьями 71–76⁵⁷, которые, согласно ст. 126 применяются к уголовным судебным делам против интернированных на неоккупированной территории⁵⁸.

Минимальные гарантии в соответствии с международным обычным правом

Как мы убедились, защита незаконных комбатантов по ЖК IV зависит от того, подпадают ли они под критерий гражданства, определенный ст. 4.

Остается вопрос о том, в какой степени защита, предоставляемая ЖК IV, дополняется другими нормами международного права, и до какой степени эти нормы применяются к незаконным комбатантам, не подпадающим под эти критерии.

Минимальные гарантии, применимые ко всем лицам, находящимся во власти стороны в конфликте, определяются сегодня в ст. 75 ДП I. Сфера применения определяется следующим образом.

«1. В той мере, в которой их затрагивает ситуация, указанная в статье 1 настоящего Протокола, с лицами, находящимися во власти стороны, участвующей в конфликте, и не пользующимися более благоприятным обращением в соответствии с Конвенциями или в соответствии с настоящим Протоколом, при всех обстоятельствах обращаются гуманно, и они, как минимум, пользуются защитой, предусматриваемой в настоящей статье, без какого-либо неблагоприятного различия, основанного на признаках расы, цвета кожи, пола, языка, религии или вероисповедания, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного статуса или на каких-либо других подобных критериях. Каждая сторона должна с

деления сущности преступления бесчеловечного обращения [согласно Женевским конвенциям], терминологию следует рассматривать в контексте соответствующих положений Женевских конвенций и Дополнительных протоколов». Запрет на бесчеловечное обращение рассматривался в данном документе в контексте ЖК II, ст. 12; ЖК III, ст. 13, 20, и 46; ЖК IV, ст. 27 и 32; общей ст. 3 ЖК I–IV; ДП I, ст. 75; и ДП II, ст. 4 и 7, согласно которым покровительствуемым лицам должно быть «обеспечено гуманное обращение». Любое поведение, противоречащее поведению, предписанному данными положениями, представляет собой бесчеловечное обращение.

⁵⁷ *Commentary IV, op. cit.* (прим. 12), p. 58.

⁵⁸ *Ibid.*, Art. 126, p. 497; Kalshoven, *op. cit.* (прим. 15), p. 72. В иных случаях применяется общая ст. 3, *Commentary IV, op. cit.* (прим. 12), Article 5, p. 58.

уважением относиться к личности, чести, убеждениям и религиозным обрядам всех таких лиц».

Данная статья явным образом предусматривает, что ни одно лицо, находящееся во власти стороны в международном вооруженном конфликте, не может быть лишено защиты международного гуманитарного права⁵⁹. В ней определяются минимальные стандарты, применяемые к любому подобному лицу, и, таким образом, расширяются пределы существующей защиты, например, в ситуациях, на которые распространяются положения ст. 5 ЖК IV. Как указывалось выше, ст. 45 (3) ДП I явным образом признает применение ст. 75 к незаконным комбатантам.

Вышеупомянутая ст. 45⁶⁰ не только содержит неявное подтверждение нашего толкования сферы применения ЖК IV по кругу лиц, но и, в связи со ст. 75 ДП I, дополняет защиту незаконных комбатантов. Это происходит двояко.

Во-первых, ст. 45 (3) вместе со ст. 75 предоставляет минимальную защиту незаконным комбатантам, не подпадающим под положения ЖК IV, поскольку они не соответствуют критериям гражданства, сформулированным в ст. 4 ЖК IV, и, если следовать толкованию, которого придерживаются Бакстер, Дрейпер и Кальсховен, лицам, попадающим во власть противника в зоне боевых действий⁶¹. Прежде эти категории незаконных комбатантов защищали исключительно общая ст. 3 как норма международного обычного права или оговорка Мартенса.

⁵⁹ См. Заявление МККК на Дипломатической конференции 1974–1977 гг., CDDH/III/SR.43, OR Vol. XV, pp. 25 *et seq.*; Finland, *ibid.*, p. 27, Belgium, *ibid.*, p. 31, Holy See, *ibid.*, p. 34.

⁶⁰ Данный абзац не относится к комбатантам, которым отказывается в статусе военнопленных в силу применения п. 4 ст. 44 (т.е. к лицам из состава вооруженных сил, которые не выполняют минимальные требования о том, чтобы отличать себя от гражданских лиц). Эти лица фактически продолжают подпадать под действие процессуальных гарантий, предоставляемых Третьей Конвенцией, тогда как рассматриваемое здесь положение касается лиц, которым в этих гарантиях отказывается.

⁶¹ См. также комментарий МККК к проектам Дополнительных Протоколов к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. (октябрь 1973 г.) о проекте ст. 65 [ст. 75 ДП I]: «Цель данного проекта – восполнить пробел в существующем договорном праве; с одной стороны, лица, не пользующиеся покровительством Первой, Второй, и Третьей Конвенций, необязательно всегда пользуются покровительством Четвертой Конвенции, что явствует из ее статьи 4; с другой стороны, статья 5 Четвертой Конвенции, относящаяся к ограничениям, довольно трудно поддается толкованию и, очевидно, чрезмерно ограничивает права покровительствуемых лиц» (pp. 81 *et seq.*).

Во-вторых, защиту незаконных комбатантов, которые пользуются защитой в рамках ЖК IV, эта ст. дополняет, определяя минимальные гарантии, которые следует соблюдать во всех обстоятельствах, а именно:

Незаконным комбатантам, находящимся во власти противника и на его территории, ст. 75 ДП I особо обеспечивает соблюдение различных судебных гарантий (п. 4). До принятия ДП I такие гарантии обеспечивались лишь общей ст. 3 как нормой международного обычного права⁶² или ст. 126 ЖК IV⁶³. Кроме того, ст. 75 ДП I предусматривает другие виды защиты в связи с обращением (пп. 1 и 2), а также арестом, содержанием под стражей и интернированием (п. 3), которые в определенных случаях усиливают защиту, предусмотренную Частями I, II, и IV Раздела III ЖК IV.

Статья 75 ДП I добавляет еще несколько правовых гарантий для незаконных комбатантов, находящихся во власти противника, например, презумпцию невиновности. Дополняется защита, касающаяся обращения, ареста, содержания под стражей и интернирования. Кроме того, ст. 45 (3) ДП I ограничивает возможности отступления, предусмотренные ст. 5 ЖК IV.

К такому толкованию в основном склоняются Боте, Парч и Зольф в своем комментарии к ДП I:

«Пункт 3 относит гарантии и защиту, предоставляемые ст. 75, к любому лицу, которое принимает участие в военных действиях, но не имеет права ни на статус военнопленного или на обращение, положенное военнопленному, ни на более благоприятное обращение в соответствии с Четвертой Женевской конвенцией. Эта категория лиц включает в себя лиц из состава вооруженных сил, лишившихся права на статус военнопленного и на обращение, положенное военнопленному [например, занимавшихся шпионажем по ст. 46 ДП I, или не отличавших себя от гражданского населения, как этого требует ст. 44 (3) ДП I]; граждан государств, не являющихся участниками Четвертой Конвенции, граждан удерживающей Державы и граждан нейтрального или соююющего государства, с которым удерживающая Держава поддерживает нормальные дипломатические от-

62 «...запрещаются и всегда и всюду будут запрещаться следующие действия... (d) осуждение и применение наказания без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом, при наличии судебных гарантий, признанных необходимыми...»

63 «Статьи 71 и 76 будут применяться по аналогии к судебным делам, возбуждаемым против интернированных лиц, находящихся на собственной территории удерживающей Державы».

ношения [см. исключения по признаку гражданства в ст. 4 ЖК IV], шпионов и наемников. Несмотря на отступления, разрешенные ст. 5 Четвертой Конвенции, данный пункт превращает защиту, предоставляемую ст. 75, в минимальный гуманитарный стандарт, применяемый к гражданским лицам, находящимся под покровительством Четвертой Конвенции, которые принимают непосредственное участие в военных действиях на территории стороны в конфликте или в каком-либо ином районе, не являющемся оккупированной территорией. На оккупированной территории он фактически сводит на нет отступления, разрешенные ст. 5 Четвертой Конвенции, за исключением случаев лиц, удерживаемых в качестве шпионов»⁶⁴.

См. также комментарий МККК к статье 45 ДП I (*курсив автора*):

«В вооруженном конфликте международного характера *лицо, являющееся гражданином неприятельского государства, не имеющее права на статус военнопленного, в принципе является гражданским лицом, на которое распространяется покровительство Четвертой Конвенции, так что пробелов в защите не имеется.* Тем не менее, в контексте вооруженных конфликтов, определяемых ст. 1 («Общие принципы и сфера применения», пункт 4), все обстоит не столь однозначно, поскольку противники могут иметь одно и то же гражданство. Более того, понятие внешней оккупации часто становится весьма расплывчатым, когда речь идет о партизанской борьбе, поскольку не существует юридически определенной границы, разделяющей районы, удерживаемые каждой из сторон. Это может вызвать непреодолимые технические трудности в применении некоторых положений Четвертой Конвенции. Это одна из причин того, что обсуждаемый здесь пункт предусматривает, что при отсутствии более благоприятного обращения в соответствии с Четвертой Конвенцией обвиняемый во всех случаях имеет право на защиту, предоставляемую Протоколом (ст. 75, «Основные гарантии»). Данное положение подтверждается в пункте 7 (b) вышеупомянутой статьи 75. Однако возможна и такая ситуация, при которой, не лишаясь покровительства Четвертой Конвенции, обвиняемый может попасть в сферу действия статьи 5 этой же Конвенции, содержащей некоторые важные отступления. В этом случае гарантии статьи 75 («Основные гарантии») продолжают применяться целиком и

64 Bothe, Partsch and Solf, *op. cit.* (прим. 17), pp. 261 *et seq.*

полностью. И, наконец, ст. 75 также применяется к соответствующему лицу, когда к нему применяется Четвертая Конвенция в целом, во всех случаях, когда вытекающее из этого обращение будет для него более благоприятным, независимо от того, являются ли преступления, в которых данное лицо обвиняется, серьезными нарушениями Конвенций или Протокола (ст. 75, «Основные гарантии», п. 7 (b)). Это также относится, например, к иностранцам, находящимся на территории стороны в конфликте, которые могли принимать участие в военных действиях против этой стороны, поскольку Четвертая Конвенция не указывает, какие судебные гарантии им положены⁶⁵.

Защита, предоставляемая ст. 75 ДП I, сегодня является частью международного обычного права⁶⁶. Большинство авторов — по видимости, не признающих применимость ЖК IV к незаконным комбатантам, согласны с тем, что к ним применима ст. 75 ДП I⁶⁷. Авторы, ограничивающие применимость ЖК IV некоторыми категориями незаконных комбатантов, также признают применимость вышеуказанной ст. 75 ко всем незаконным комбатантам⁶⁸. Авторы работ, написанных до принятия ДП I, признавали, что некоторые минимальные гуманитарные гарантии применяются ко всем незаконным комбатантам. Они выводили эти гарантии из общей статьи 3 ЖК I–IV, статьи 5 (3) ЖК IV или оговорки Мартенса, в зависимости от того, признавали они применимость ЖК IV к незаконным комбатантам или нет⁶⁹.

65 Commentary on Art. 45, in Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987, no. 1761. См. также Commentary on Art. 51, *ibid.*, no. 1942.

66 См. Greenwood, *op. cit.* (прим. 38), p. 316; Report on Terrorism and Human Rights, *op. cit.* (прим. 5), para. 76; Aldrich, *op. cit.* (прим. 7), p. 893.

67 Report on Terrorism and Human Rights, *op. cit.* (прим. 5), para. 74; Y. Dinstein, «The distinction between unlawful combatants and war criminals», in Y. Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity*, 1989, p. 112.

68 Ipsen, in Fleck (ed.), *op. cit.* (прим. 36), p. 301; McCoubrey, *op. cit.* (прим. 36), p. 137; David, *op. cit.* (прим. 36), pp. 397 et seq.; Bothe, Partsch and Solf, *op. cit.* (прим. 17), pp. 261 et seq.; Aldrich, *op. cit.* (прим. 7), p. 893, footnote 12.

69 G. Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, Vol. II, Stevens, London, 1968, pp. 115 et seq.; Draper, *op. cit.* (прим. 36), p. 197; Rosenblad, *op. cit.* (прим. 14), p. 98; Kalshoven, *op. cit.* (прим. 15), p. 71.

Уголовное преследование незаконных комбатантов

Общепризнанно, что незаконные комбатанты могут преследоваться за одно лишь участие в боевых действиях, даже если они соблюдают все нормы международного гуманитарного права⁷⁰. Однако прежде всего, такую возможность должно обеспечивать национальное законодательство⁷¹. Если незаконные комбатанты совершают к тому же серьезные нарушения международного гуманитарного права, они могут преследоваться за военные преступления⁷². В ходе любого подобного судебного процесса им должны быть обеспечены гарантии справедливого суда, согласно ЖК IV, если она применима (т.е. если незаконные комбатанты соответствуют требованиям ст. 4 этой Конвенции о гражданстве), или, по крайней мере, гарантии, предусмотренные ст. 75 ДП I, которая отражает нормы международного обычного права. Похоже, существует общее согласие, что незаконных комбатантов, попавших во власть противника, нельзя казнить или наказать без надлежащего суда⁷³. Интересно отметить, что Динштейн существенно ограничивает полномочия задерживающего государства наказывать незаконных комбатантов за одно лишь участие в военных действиях, заявляя, что «...незаконного комбатанта можно привлечь к суду только за деяние, совершенное в ходе выполнения той самой операции, которая закончилась его захватом противником»... Следовательно, противник, захвативший [его] на более поздней стадии, не может подвергать его судебному преследованию за правонарушения, совершенные в прошлом⁷⁴. Таким образом, Динштейн применяет к незаконным комбатантам нормы Гаагского положения, относящиеся к шпионам. Это ограничение также было включено в ст. 44 (5) ДП I (которая предусматривает, что «...любой комбатант, который попадает во власть противной стороны, когда он не

70 C. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, A. Pedone, Paris, 1983, p. 68; Dinstein, *op. cit.* (прим. 67), p. 105; *Commentary IV, op. cit.* (прим. 12), p. 50; Kalshoven, *op. cit.* (прим. 15), pp. 73 et seq.

71 Dinstein, *op. cit.* (прим. 67), p. 114; Kalshoven, *op. cit.* (прим. 15), p. 73

72 Baxter, «Unprivileged Belligerency», *op. cit.* (прим. 37), p. 344.

73 Draper, *op. cit.* (прим. 36), pp. 197–198; Baxter, «Unprivileged Belligerency», *op. cit.* (прим. 37), pp. 336, 337, 340; Baxter, «Duties of Combatants», *op. cit.* (прим. 37), pp. 105 et seq.; Schwarzenberger, *op. cit.* (прим. 69), pp. 115 et seq.; M.H.F. Clarke, T. Glynn and A.P.V. Rogers, «Combatant and Prisoner of War Status», in M.A. Meyer (ed.), *Armed Conflict and the New Law: aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1989, p. 125; Rousseau, *op. cit.* (прим. 70), p. 68; Dinstein, *op. cit.* (прим. 67), p. 112; Kalshoven, *op. cit.* (прим. 15), pp. 73 et seq.

74 Dinstein, *op. cit.* (прим. 67), p. 112.

участвует в нападении или в военной операции, являющейся подготовкой к нападению, не теряет своего права считаться комбатантом или военнопленным в силу совершенных им ранее действий») в отношении военнослужащих, не отличавших себя от гражданского населения в соответствии с пунктом 3 этой статьи⁷⁵.

Защита незаконных комбатантов при ведении боевых действий

Общей защитой от опасностей, связанных с военными действиями, пользуется только гражданское население и отдельные гражданские лица. Они защищены от прямого нападения, если и когда они не принимают непосредственного участия в боевых действиях. Гражданское лицо — это любое

⁷⁵ См. Комментарий к ст. 44 (Commentary on Art. 44, in Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds), *op. cit.* (прим. 65), nos. 1721 et seq. (сноски опущены)):

«Докладчик объясняет данное положение следующим образом:

«Пункт 5 является важным нововведением, разработанным Рабочей группой. Он сохраняет за каждым комбатантом, задержанным не во время нападения или военной операции, являющейся подготовкой к нападению, права комбатанта и военнопленного, независимо от того, нарушал ли он в прошлом положение, сформулированное во втором предложении пункта 3. Эта норма во многих случаях относится к значительному большинству пленных и защищает их от любых попыток отыскать или сфабриковать эпизоды из прошлого, которые могли бы лишить их покровительства».

Таким образом, военнослужащий может быть лишен статуса комбатанта и права считаться военнопленным, только если он был задержан в момент совершения деяния. Для того чтобы применялся пункт 4, необходимо, чтобы нарушение было совершено в момент задержания или непосредственно перед задержанием. Связь во времени между нарушением и задержанием должна быть настолько тесной, чтобы лица, производящие задержание, могли сами ее заметить. Таким образом, мы имеем дело с *flagrante delicto* (задержанием на месте преступления). Нет сомнения в том, что *mutatis mutandis* (внеся необходимые изменения) это соответствует ситуации со шпионом и, следовательно, имеет определенное отношение к понятию не пользующегося защитой конвенций участника боевых действий. Как и шпион, комбатант, который не носит открыто оружие, должен быть застигнут в момент совершения деяния, чтобы к нему можно было применить санкцию. Аналогичным образом, комбатант, задержанный в момент, когда он не совершает нарушения, не несет никакой ответственности за деяния, которые он совершил ранее. Следует, однако, отметить, что, в отличие от шпионажа, который право вооруженных конфликтов не запрещает, а лишь объявляет наказуемым, Протокол запрещает комбатанту не носить свое оружие открыто и в принципе налагает на него за это ответственность. Однако на практике противник не может применить против него никаких уголовных санкций, если в момент задержания он не был застигнут *flagrante delicto*. Запрет существует, но санкцию можно применить только при этом условии. Комбатант, совершающий данное нарушение, сохраняет, по крайней мере, временно, свой статус комбатанта и свое право на статус военнопленного. Если комбатант задержан в момент, когда он не совершал этого нарушения, он является военнопленным, и наказание может быть определено лишь в соответствии с пунктом 2».

лицо, не принадлежащее ни к «...одной из категорий лиц, предусмотренных ст. 4 (А) (1)⁷⁶, (2)⁷⁷, (3)⁷⁸ и (6)⁷⁹ Третьей Конвенции и ст. 43 данного Протокола» (т.е. к категории военнослужащих). Таким образом, с точки зрения права, регулирующего ведение боевых действий, пробелов здесь нет⁸⁰. Лицо является либо комбатантом, либо гражданским лицом. Поскольку незаконные комбатанты по определению не соответствуют критериям ни ст. 4 (А) (1), (2), (3) и (6) ЖК III, ни ст. 43 ДП I, это означает, что они являются гражданскими лицами. Пока они принимают непосредственное участие в боевых действиях, они являются законным объектом нападения. Когда они не участвуют непосредственно в боевых действиях, они находятся под покровительством как гражданские лица и не могут быть непосредственным объектом нападения. Следует подчеркнуть, что тот факт, что гражданские лица в какой-то момент принимали непосредственное участие в боевых действиях, не лишает их раз и навсегда защиты от прямого нападения⁸¹.

Если незаконные комбатанты, сложив оружие и не имея более средств обороны, добровольно сдаются, их запрещается убивать или ранить⁸². Аналогичным образом запрещается заявлять, что пощады не будет⁸³.

76 Личный состав регулярных вооруженных сил.

77 Личный состав ополчений и добровольческих отрядов, включая личный состав организованных движений сопротивления, не входящих в состав регулярных вооруженных сил.

78 Личный состав регулярных вооруженных сил непризнанного правительства или власти.

79 *Levée en masse* (спонтанное массовое вооруженное выступление).

80 По поводу различных подходов в ЖК IV и ДП I см. Комментарий к ст. 50 (Commentary on Art. 50, in Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds), *op. cit.* (прим. 65), no. 1908): «Ст. 4 Четвертой Женевской конвенции 1949 г. о защите гражданского населения во время войны содержит определение лиц, которых данная Конвенция защищает от произвольных и необоснованных действий противника, когда эти лица находятся в его власти; это является основной целью Конвенции. Однако Раздел II, озаглавленный, «Положения общего характера о защите населения от некоторых последствий войны», имеет более широкую сферу применения; согласно ст. 13, этот Раздел охватывает «...все население находящихся в конфликте стран». Такое определение сходно с определением гражданского населения, данным в статье 50 рассматриваемого здесь Протокола».

81 См. ст. 51 (3) ДП I: «Гражданские лица пользуются защитой, предусмотренной настоящим Разделом, за исключением случаев и на такой период, пока они принимают непосредственное участие в военных операциях» (*курсив автора*). Commentary on Art. 51, in Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds.), *op. cit.* (прим. 65), no. 1944; Bothe, Partsch and Solf, *op. cit.* (прим. 17), p. 301.

82 Статья 23 (с) Гаагского положения 1907 г. См. также ICRC, *Rules Applicable in Guerrilla Warfare*, *op. cit.* (прим. 48), p. 19.

83 Статья 23 (d) Гаагского положения 1907 г. См. также ICRC, *Rules Applicable in Guerrilla Warfare*, *op. cit.* (прим. 48), p. 19; Kalshoven, *op. cit.* (прим. 15), pp. 67 et seq.

Заключение

Как явствует из данной статьи, едва ли можно утверждать, что незаконные комбатанты не имеют никакого права на защиту в соответствии с нормами международного гуманитарного права. Если незаконные комбатанты соответствуют критериям гражданства, установленным ст. 4 ЖК IV, то они явно находятся под покровительством данной Конвенции. Тот факт, что лицо незаконно участвовало в военных действиях, не является критерием, исключающим применение ЖК IV, хотя может быть причиной для отступления от определенных прав в соответствии со ст. 5 этой Конвенции. Конкретные виды защиты, предоставляемые ЖК IV, зависят от обстоятельств, при которых данные лица попадают во власть противника. Наибольшей защитой незаконные комбатанты пользуются, оказываясь во власти противника на оккупированной территории. Система защиты международным гуманитарным правом лиц, оказавшихся во власти противника на его территории, тоже достаточно хорошо развита, тогда как защита на поле боя, когда отсутствует реальный контроль над территорией (в зависимости от толкования понятия оккупации), она наименее развита. Гарантии, которые содержатся в ст. 75 ДП I, представляют собой минимальную защиту, применимую ко всем лицам, включая незаконных комбатантов, находящимся во власти стороны, участвующей в международном вооруженном конфликте, независимо от того, подпадают они под положения ЖК IV или нет.