

# Бизнес идет на войну: частные военные и охранные компании и международное гуманитарное право

**Эмануэла-Къара Жийар\***

Эмануэла-Къара Жийар — юридический советник Правового управления Международного Комитета Красного Креста.

## **Краткое содержание**

*За последние годы выросло число частных военных и охранных компаний (ЧВК/ЧОК), действующих в ситуациях вооруженных конфликтов, и произошли изменения в характере их деятельности. Она все больше приближается к центральным задачам, выполняемым в ходе военных операций, а сами эти компании все чаще оказываются в контакте с лицами, находящимися под защитой международного гуманитарного права. Многие утверждают, что деятельность ЧВК/ЧОК находится как бы в вакууме. Однако в ситуациях вооруженного конфликта есть отрасль права, кото-*

\* Настоящая статья отражает исключительно точку зрения автора и не обязательно совпадает с позицией МККК. Автор выражает благодарность Элен Майе и Натали Вайцман из Правового управления МККК за их терпение и доброжелательную помощь, а также Марио за глубокое знание вопроса.

*рая регламентирует как деятельность персонала ЧВК/ЧОК, так и ответственность государств, прибегающих к их услугам. Более того, и другим государствам тоже принадлежит определенная роль в обеспечении соблюдения международного гуманитарного права этими компаниями. В настоящей статье рассматриваются основные вопросы, возникающие в связи с деятельностью ЧВК/ЧОК в ситуациях вооруженного конфликта и касающиеся, в частности, статуса персонала этих компаний и их обязанностей по международному гуманитарному праву, а также ответственности нанимающих их государств и государств, на территории которых ЧВК/ЧОК действуют или включены в состав вооруженных сил.*



## **Введение**

За последние пятнадцать лет функции, традиционно выполняемые структурами безопасности или вооруженными силами, все чаще стали передаваться частным военным и охранным компаниям (ЧВК/ЧОК), работающим по подряду. Хотя изначально основной объем, по крайней мере в долларовом исчислении, приходился на выполнение тыловых и административных задач, в последние годы имело место значительное расширение участия ЧВК/ЧОК в осуществлении охранной и военной деятельности в ситуациях вооруженного конфликта. Это участие включает в себя охрану личного имущества и военных объектов, укомплектование персоналом контрольно-пропускных пунктов, подготовка и консультирование вооруженных сил и сил безопасности, техническое обслуживание систем оружия, проведение допросов подозреваемых и пленных, сбор разведывательной информации и даже участие в боевых действиях. Государства — не единственные клиенты ЧВК/ЧОК. Эти компании оказывают широкий спектр услуг и другим акторам, в том числе частным корпорациям, международным и региональным межправительственным организациям, равно как и неправительственным организациям — нередко в ситуациях вооруженных конфликтов.

Именно чрезвычайно заметное присутствие ЧВК/ЧОК в Ираке с 2003 г. привлекло к ним внимание общественности<sup>1</sup>. Хотя обстоятельства в Ираке, несомненно, предоставили широкий простор для этой индустрии, они не могут рассматриваться как отправная точка движения к «приватиза-

1 По очевидным причинам трудно получить точные и надежные данные о количестве ЧВК/ЧОК или о численности их персонала в Ираке. Согласно Докладу за 2005 г. Управления государственной ответственности правительства США Конгрессу об использовании частных охранных компаний в Ираке, в котором приводится оценка министерства обороны, там действуют по крайней мере 60 компаний с персоналом, численность которого, «возможно, достигает 25 тысяч сотрудников». В Докладе Управления государственной ответственности за 2006 г. приводится

ции ведения военных действий». Эта тенденция проявилась в начале 90-х годов прошлого столетия, если не раньше, и стала результатом действия целого ряда факторов, среди которых были сокращение численности армий после окончания холодной войны, их отказ от «заказных» операций за границей, а также преобладание государств с экономикой свободного рыночного типа, которые практиковали аутсорсинг, то есть передачу внешним подрядчикам ряда функций, традиционно выполняемых правительством, в том числе и в военной сфере<sup>2</sup>. Это явление вызвало вполне понятный интерес средств массовой информации, стало темой дебатов в научных кругах и, гораздо реже, предметом административных и законодательных мер.

В связи с ЧВК/ЧОК возникает целый ряд юридических, политических и практических вопросов. Каковы права и обязанности ЧВК/ЧОК по международному праву? Каковы права и обязанности государств, которые их нанимают или на территории которых они действуют? Как лучше всего регулировать эту индустрию — на международном уровне, национальном уровне или путем саморегуляции<sup>3</sup>? Каковы последствия этой очевидной эрозии силовой монополии государства? Подрывает или, наоборот, усиливает деятельность ЧВК/ЧОК контроль над применением силы со стороны государств<sup>4</sup>? Содействует это или препятствует государственному строительству и реформе сектора безопасности в слабых государствах и в странах, выходящих из вооруженного конфликта? Какие пределы должны быть установлены, если они вообще должны быть, для аутсорсинга правительственных функций в этой сфере? Каковы действительные преимущества

оценка директора Ассоциации частных охранных компаний Ирака, согласно которой «в Ираке действовали 181 частная охранная компания с персоналом, превышающим 48 тысяч человек». *Rebuilding Iraq: Actions Needed to Improve Use of Private Security Providers*, United States Government Accountability Office, Report to Congressional Committees (hereinafter 2005 United States Government Accountability Office Report), July 2005, GAO-05-737, p. 8; and *Rebuilding Iraq:*

*Actions Still Needed to Improve Use of Private Security Providers*, United States Government Accountability Office, Testimony before the Subcommittee on National Security, Emerging Threats, and International Relations, Committee on Government Reform, 13 June 2006, GAO-06-865T, p. 2, respectively. Перепись подрядчиков в Ираке, проведенная министерством обороны США и охватывающая граждан США, Ирака и третьих стран (но не субподрядчиков), работающих в Ираке на правительство США, дала значительно более высокую цифру — 100 тысяч. Renae Marie, «Census counts 100,000 contractors in Iraq», *Washington Post*, 5 December 2006.

- 2 См., например, Deborah Avant, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, 2005, pp. 30 et seq; Caroline Holmqvist, *Private Security Companies: The Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper No. 9, January 2005, pp. 1 et seq; Fred Schreier and Marina Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper No. 6, March 2005; and Joanna Spear, *Market Forces: The Political Economy of Market Forces*, FAFO Report 531, 2006, pp. 11 et seq.
- 3 По вопросу о регулировании индустрии см., среди прочего, Holmqvist, примечание 2, выше; Kathleen Jennings, *Armed Services: Regulating the Private Military Industry*, FAFO Report 532, 2006; and Schreier and Caparini, примечание 2, выше.
- 4 Об этом измерении данного явления см. выше Avant, примечание 2; и Anna Leander, *Eroding State Authority? Private Military Companies and the Legitimate Use of Force*, 2006.

этого аутсорсинга с финансовой точки зрения<sup>5</sup>? Каким образом ЧВК/ЧОК могут быть поставлены под контроль вооруженных сил и встроены в структуру командования? Каковы последствия того, что выглядит как дальнейшая эрозия различия между военным и гражданским секторами<sup>6</sup>? Могут ли гуманитарные организации прибегать к услугам частных компаний для обеспечения своей безопасности<sup>7</sup>? И, наконец, последнее, но не наименее важное, каковы последствия — положительные или отрицательные — деятельности ЧВК/ЧОК для местного населения? На эти вопросы пытались ответить различные акторы либо в абстрактной плоскости, либо в непосредственно практическом плане. Среди них был и Международный Комитет Красного Креста (МККК).

Принимая во внимание возросшее присутствие этих сравнительно новых акторов, выполняющих спектр задач, все более приближающих их к самой сердцевине военных операций в ситуациях вооруженного конфликта, в том числе военной оккупации, и нередко заставляющих их вступать в контакт с лицами, пользующимися покровительством международного гуманитарного права, МККК вступил в диалог с этой индустрией и государствами, которые несут ответственность за деятельность таких компаний. Цель этого диалога двоякая: добиваться более полного соблюдения международного гуманитарного права, обеспечивая при этом информированность ЧВК/ЧОК и соответствующих государств об их обязанностях, мандате МККК и его деятельности в интересах лиц, затронутых вооруженным конфликтом.

В настоящей статье внимание сосредоточено на первом аспекте: правовых рамках, применимых к ЧВК/ЧОК, действующих в ситуациях вооруженного конфликта, и, в частности, их статусе в соответствии с международным гуманитарным правом.

В последние месяцы о ЧВК/ЧОК много говорилось в СМИ, и в популярной и научной периодике часто высказывалось мнение, что они действуют в своего рода правовом вакууме<sup>8</sup>. Такие категоричные оценки

- 5 Один из выводов уже приводившегося нами выше Доклада Управления государственной ответственности заключался в том, что, несмотря на заметную роль, которую частные охранные компании играют в содействии усилиям по реконструкции Ирака, ни Госдепартамент, ни министерство обороны, ни Агентство международного развития США не располагают точными цифрами о стоимости услуг частного сектора. 2005 United States Government Accountability Office Report, above note 1, pp. 29 et seq.
- 6 О воздействии ЧВК/ЧОК на отношения между военными и гражданскими см., например, Sami Makki, *Militarisation de l'humanitaire, privatisation du militaire*, Cahier d'Etudes Stratégiques No. 36–37, CIRPES, June 2004.
- 7 Об использовании услуг частных охранных компаний гуманитарными организациями см., например, James Cockayne, *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*, International Peace Academy, March 2006.
- 8 См., например, Peter Singer, «War, profits and the vacuum of law: Privatized military firms and international law», *Columbia Journal of Transnational Law*, No. 42, 2004, p. 521; Clive Walker and Dave Whyte, «Contracting out war? Private military companies, law and regulation in the United Kingdom», *International and Comparative Law Quarterly*, No. 54, 2005, p. 651 at p. 687; and, most recently, «CICR: les mercenaires permettent aux états de contourner la loi», *Tribune de Genève*, 20 October 2006.

неточны. В ситуациях вооруженного конфликта есть отрасль права, которая регулирует как деятельность персонала ЧВК/ЧОК<sup>9</sup>, так и обязанности нанимающих их государств, а именно, международное гуманитарное право. Более того, государства, на территории которых работают такие компании, а также государства принадлежности также должны сыграть существенную роль в обеспечении соблюдения международного гуманитарного права ЧВК/ЧОК.

В случае серьезных нарушений международного гуманитарного права обязанности сотрудников ЧВК/ЧОК и нанимающих их государств хорошо определены в праве. Вероятно, возникшие трудности касались организации судебного разбирательства по поводу этих нарушений.

Однако справедливо и то, что очень слабо регулируется правом национальный и международный контроль услуг, которые могут предоставлять ЧВК/ЧОК, и административные процедуры, через которые они должны пройти, чтобы получить разрешение на свою деятельность. В настоящее время не существует международной регламентации по этому вопросу. Лишь очень небольшое число государств приняли *конкретные* законы, устанавливающие процедуры, которые должны выполнить базирующиеся на их территории ЧВК/ЧОК, чтобы получить разрешение на работу за границей. Наиболее известным примером является закон ЮАР о военной помощи иностранным государствам от 1998 г. Очень немногие государства регулируют предоставление таких услуг посредством законодательства о контроле над экспортом вооружений. Еще один возможный путь — осуществление определенного надзора<sup>10</sup>. Немногие государства специально регламентируют предоставление военных и охранных услуг компаниями, действующими на их территории<sup>11</sup>.

- 9 В настоящей статье используются термины «персонал» и «сотрудники» ЧВК/ЧОК для общего обозначения всех лиц, работающих на эти компании на постоянной или временной основе, в порядке субподряда, являющихся гражданами стран, где компания осуществляет свою деятельность, или иностранцами. Эти понятия охватывают также управляющих и директоров этих компаний.
- 10 Закон США о регулировании международной торговли оружием (ITAR), имплементирующий закон 1968 г. о контроле над экспортом оружия, — один из немногочисленных примеров национального экспортного законодательства, распространяющегося на предоставление военных и охранных услуг за границей. От американских компаний, предлагающих оборонные услуги, в том числе подготовку персонала для иностранных государств, требуются регистрация в Госдепартаменте США и получение лицензии от него же. См. Schreier and Caparini, примечание 2, выше, pp. 105 et seq.
- 11 В настоящее время только Ирак и Сьерра-Леоне имеют законодательство, специально регулирующее предоставление военных и охранных услуг на своей территории. Иракский закон был принят в 2004 г. Временной коалиционной администрацией. В настоящее время в него вносятся поправки (CPA Memorandum 17: Registration Requirements for Private Security Companies, 26 June 2004). Правила, установленные в Сьерра-Леоне, изложены в Разделе 19 Закона 2002 г. о национальной безопасности и центральном разведывательном управлении.

В настоящей статье рассматриваются ключевые юридические вопросы, возникающие в связи с деятельностью ЧВК/ЧОК в ситуациях вооруженного конфликта, в том числе статус сотрудников этих компаний и их обязанности по международному гуманитарному праву; обязанности государств-нанимателей; обязанности государств, на территории которых ЧВК/ЧОК функционируют в составе соответствующих национальных структур или осуществляют свою деятельность.

Отметим с самого начала, что международное гуманитарное право не интересует сам по себе вопрос о законности ЧВК/ЧОК или их найма государствами для ведения той или иной конкретной деятельности. Скорее, МГП регулирует поведение персонала таких компаний, когда они действуют в ситуациях вооруженного конфликта. Это соответствует общему подходу международного гуманитарного права, которое не занимается вопросом о том, законно или незаконно стороны прибегли к военной силе, а следит за тем, как ведутся военные действия. Оно не рассматривает вопрос о законности организованных вооруженных групп, но регулирует порядок ведения ими военных действий.

Данная статья освещает только позицию международного гуманитарного права. Однако к этому явлению имеют отношение и другие отрасли международного публичного права, в том числе правила, касающиеся использования силы, и нормы ответственности государств за международно-противоправные деяния<sup>12</sup>, равно как, естественно, и право прав человека<sup>13</sup>. Национальные законы государств принадлежности самих ЧВК/ЧОК, их персонала и клиентов, а также стран, где эти компании действуют, также играют важнейшую роль в регулировании деятельности ЧВК/ЧОК и создании правоприменительных механизмов.

Юридический анализ необходимо предварить комментарием относительно терминологии. В настоящее время нет общепринятого определения «частной военной компании» или «частной охранной компании». Комментаторы используют различные подходы к этому ключевому вопросу определения. Некоторые, и в том числе Зингер, автор первого углубленного анализа этой индустрии, проводят различие между компаниями,

12 См. об этом the Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for their Actions, organized by the University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 29–30 August 2005. Available at: [http://www.uciil.org/communication/private\\_military\\_contractors\\_report.pdf](http://www.uciil.org/communication/private_military_contractors_report.pdf).

13 Об аспекте, имеющем отношение к праву прав человека, см., например, Cordula Droegge, «Private military and security companies and human rights: A rough sketch of the legal framework», background document prepared for the Governmental Expert Workshop of 16–17 January 2006, organized by the Swiss Federal Ministry of Foreign Affairs, available at <http://www.eda.admin.ch/psc>; Françoise Hampson, «The implications of human rights law», background document prepared for the Governmental Expert Workshop of 13–14 November 2006 organized by the Swiss Federal Ministry of Foreign Affairs, available at <http://www.eda.admin.ch/psc>; and Alexis Kontos, «Private security guards: Privatized force and state responsibility under international human rights law», *Non-State Actors and International Law*, Vol. 4, No. 3, 2004, p. 199.

исходя из предоставляемых ими услуг<sup>14</sup>. Другие авторы намеренно используют общие термины<sup>15</sup>.

Кроме того, что, как отмечает Холмквист, классификация компаний на основе их относительной физической близости к линии фронта дает неверное представление об их потенциальном стратегическом и тактическом влиянии, поскольку предоставление услуг в области обучения личного состава и технических консультаций может серьезно воздействовать на военные действия<sup>16</sup>, а практическая реальность состоит в том, что многие компании предлагают широкий спектр услуг<sup>17</sup>. Некоторые из этих услуг, очевидно, имеют отдаленное отношение к полю боя и, если использовать ключевое для международного гуманитарного права понятие, не соответствуют непосредственному участию в военных действиях, в то время как другие имеют прямое отношение к проведению военных операций. Поэтому автор настоящей статьи не предлагает определения «частной военной компании» или «частной охранной компании» и не пытается классифицировать отдельные компании. Наоборот, намеренно нечеткий термин общего характера «частная военная/охранная компания» используется для того, чтобы охватить компании, предоставляющие любые формы военных и охранных услуг в ситуациях вооруженного конфликта.

Этот подход отражает тот факт, что для целей международного гуманитарного права обязанности той или иной стороны определяются не ее «этикеткой», а фактически осуществляемой ею деятельностью.

Первая часть настоящей статьи посвящена статусу персонала ЧВК/ЧОК в свете международного гуманитарного права. Во второй части речь идет о его обязанностях и о роли этих компаний в обеспечении соблюдения МГП. В третьей части рассматриваются обязанности государств, нанимающих ЧВК/ЧОК, а в четвертой — обязанности других государств, в основном государств принадлежности компаний и стран, на территории которых они действуют. Пятая часть посвящена вопросу о наемниках. Хотя

14 У Зингера классификация компаний основывается на военной метафоре «tip of the spear» (буквально «острие копья») на «пространстве боя», где это «острие» означает линию фронта. Он подразделяет компании на три группы в соответствии с предоставляемыми услугами и уровнем применения силы, на который они готовы пойти: фирмы-военные провайдеры, фирмы-военные консультанты и фирмы военной поддержки. Компании первого типа предоставляют услуги на линии фронта; вторые предоставляют услуги в основном по консультативному сопровождению и обучению, а третьи практикуют предоставление поддержки, не связанной с использованием летального оружия, в том числе тылового обеспечения, организации питания и расселения личного состава. Peter Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, 2003, pp. 91 et seq.

15 Например, Коккейн говорит о «коммерческих провайдерах в сфере безопасности», а Авант и Холмквист используют термин «частная охранная компания».

16 Holmqvist, см. выше примечание 2, p. 5.

17 Обзор услуг, предоставляемых индустрией, см. в Avant, примечание 2, выше, pp. 7–22, и Schreier and Caragini, примечание 2, выше, pp. 14–42.

это и отдельная тема, мы сочли необходимым включить ее в статью, потому что дискуссии о ЧВК/ЧОК нередко начинаются с вопроса, не являются ли их сотрудники наемниками.

## **Статус сотрудников частных военных компаний и частных охранных компаний согласно международному гуманитарному праву**

Некоторые утверждают, что ЧВК/ЧОК не имеют статуса по международному праву, откуда косвенно вытекает вывод о том, что ни сами компании, ни их персонал не имеют никаких юридических обязанностей. С точки зрения международного гуманитарного права, такая оценка ошибочна. Хотя сами компании не имеют ни статуса, ни обязанностей по международному гуманитарному праву, поскольку эта отрасль права не регулирует статус юридических лиц, их персонал такие обязанности имеет, хотя он прямо не упоминается ни в одном договоре. Вероятно, в части, касающейся статуса, нельзя дать простого ответа, который охватывал бы всех сотрудников ЧВК/ЧОК, поскольку он зависит от характера отношений, которые могут быть у них с тем или иным государством и от характера ведущейся ими деятельности. Таким образом, статус должен определяться в каждом случае отдельно. Однако международное гуманитарное право содержит критерии для определения этого статуса, а также для четкого определения прав и обязанностей этих компаний.

### **Наемники?**

Дискуссии о ЧВК/ЧОК часто фокусируются на политически заряженном вопросе о том, не являются ли их сотрудники наемниками, или, во всяком случае, начинаются с него. Хотя этот вопрос не является центральным для международного гуманитарного права, он неизбежно привлекает большое внимание и вносит немалую путаницу. С учетом споров на этот счет и для полноты картины в пятой части дается обзор статуса наемников по международному гуманитарному праву и двух конвенций, специально посвященных наемничеству.

### **Комбатанты или гражданские лица?**

Гораздо более важным, с точки зрения международного гуманитарного права, и имеющим непосредственные практические последствия для соответствующих лиц является вопрос о статусе персонала ЧВК/ЧОК: являются ли их сотрудники комбатантами или гражданскими лицами? Если они комбатанты, они могут стать объектом нападения в любое время, но и имеют право принимать непосредственное участие в военных действиях. В случае взятия в плен они имеют право на статус военнопленного и не



могут быть привлечены к ответственности за сам факт участия в военных действиях<sup>18</sup>. Если же они являются гражданскими лицами, нападать на них запрещено. Однако если они принимают непосредственное участие в военных действиях, они утрачивают иммунитет от нападения на время этого участия. Более того, поскольку гражданские лица не имеют права принимать непосредственное участие в военных действиях, они становятся в случае нарушения этого запрета «непривилегированными воюющими» или «незаконными комбатантами», не имеющими права в случае захвата на статус военнопленного, и могут стать объектом судебного преследования за участие в военных действиях, даже если в процессе этого участия они не совершили никаких нарушений международного гуманитарного права<sup>19</sup>.

В международном гуманитарном праве термин «комбатант» несет в себе очень специфическое значение и не является синонимом общего термина «боец». Есть четыре категории лиц, которые могут рассматриваться как комбатанты<sup>20</sup>. К предмету настоящей статьи в первую очередь имеют отношение две следующие категории лиц:

- личный состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте, а также личный состав ополчения и добровольческих отрядов, входящих в состав этих вооруженных сил<sup>21</sup>;
- личный состав других ополчений и добровольческих отрядов, включая личный состав организованных движений сопротивления, принадлежащих стороне, находящейся в конфликте, и действующих на их собственной территории или вне ее, даже если эта территория оккупирована, если эти ополчения и добровольческие отряды, включая организованные движения сопротивления, отвечают нижеследующим условиям: имеют во главе лицо, ответственное за своих подчиненных; имеют определенный и явственно видимый издали отличительный знак; открыто носят оружие; соблюдают в своих действиях законы и обычаи войны<sup>22</sup>.

18 Статья 43(2) Дополнительного протокола I признает право комбатантов принимать непосредственное участие в военных действиях.

19 По вопросу о непривилегированных комбатантах см., например, Knut Dörmann, «The legal situation of «unlawful/unprivileged combatants»», *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 849, March 2003, p. 45.

20 Дополнительный протокол I, статья 50(1).

21 Женевская конвенция III, статья 4А(1).

22 *Ibid.*, статья 4А(2). Две другие категории комбатантов, перечисленные в ст. 4А(3) и (6) Женевской конвенции III, являются соответственно личным составом регулярных вооруженных сил, считающих себя в подчинении правительства или власти, не признанных держащей в плену державой, и участниками *levée en masse*, то есть населением неоккупированной территории, которое при приближении неприятеля стихийно, по собственному почину берется за оружие для борьбы со вторгающимися войсками, не успев сформироваться в регулярные войска, если оно носит открыто оружие и соблюдает законы и обычаи войны.

Мы вкратце проанализируем эти категории, чтобы определить, могут ли сотрудники ЧВК/ЧОК быть к ним отнесены.

### *Личный состав вооруженных сил государства?*<sup>23</sup>

Комбатантами являются в основном лица из состава вооруженных сил государства. Поэтому, как ни банально это звучит, до всякого анализа сразу подчеркнем, что комбатантами в принципе могут быть только сотрудники ЧВК/ЧОК, *нанятые государствами*<sup>24</sup>. Учитывая то, что примерно 80% контрактов ЧВК/ЧОК заключаются с негосударственными заказчиками<sup>25</sup>, это сразу закрывает доступ к статусу комбатанта для значительной части сотрудников ЧВК/ЧОК.

Международное гуманитарное право предельно четко определяет, что лица из состава вооруженных сил являются комбатантами, но оно дает гораздо менее ясные и конкретные указания относительно того, кто может считаться лицом из состава вооруженных сил<sup>26</sup> и каковы предварительные требования, которым должны удовлетворять ополчения и добровольческие отряды, чтобы «войти в состав» вооруженных сил<sup>27</sup>.

- 23 По этому вопросу см., например, Ricou Heaton, «Civilians at war: Re-examining the status of civilians accompanying the armed forces», *Air Force Law Review*, No. 57 (2005), p. 155 at pp. 168 et seq; Rebecca Rafferty Vernon, «The future of competitive sourcing: Battlefield contractors — facing the tough tests», *Public Contract Law Journal*, No. 33 (2004), p. 369 at pp. 404 et seq; and Michael Schmitt, «Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees», *Chicago Journal of International Law*, No. 5 (2005), p. 511 at pp. 523 et seq.
- 24 Существует возможность того, что компания будет нанята одним государством, чтобы действовать в интересах другого государства. Были случаи, когда правительства-доноры нанимали компанию, например, для того, чтобы оказать помощь другому государству в реформе сектора безопасности. Однако такого рода соглашения вряд ли могут заключаться относительно осуществления деятельности, вплотную приближающейся к военным операциям. См., например, Adedeji Ebo, *The Challenges and Opportunities of Security Sector Reform in Post-Conflict Liberia*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper No. 9, December 2005; and Francesco Mancini, *In Good Company? The Role of Business in Security Sector Reform*, 2005.
- 25 Заявление, сделанное автору представителем британской компании. Доля правительственных контрактов выше у американских компаний. См., например, Dominick Donald, *After the Bubble: British Private Security Companies after Iraq*, The Royal United Services Institute, Whitehall Paper 66, 2006.
- 26 Ряд комментаторов придерживаются мнения, что, несмотря на вроде бы четкую формулировку ст. 4(A)1 Женевской конвенции III, четырем условиям, перечисленным в ст. 4(A)2, должны удовлетворять не только личный состав «других ополчений» и «добровольческих отрядов», но и личный состав государственных вооруженных сил. См., например, George Aldrich, «The Taliban, al Qaeda, and the determination of illegal combatants», *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 895, and Yoram Dinstein, «Unlawful combatancy», *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 32, 2002, p. 247 at p. 255. Эта дискуссия выходит за рамки предмета настоящей статьи.
- 27 Согласно комментарий к Женевской конвенции III, это положение касается групп, которые «хотя и входят в состав вооруженных сил, но разительно отличаются от армии как таковой». Автор комментария добавляет, что «хотя это, строго говоря, не принципиально», поскольку участники таких групп уже охватываются выражением «личный состав вооруженных сил», упоминание ополчений и добровольческих отрядов все же было оставлено. Jean Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, Vol. III, Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (hereinafter *Commentary: Third Geneva Convention*), ICRC, 1960, p. 52.

Иногда национальное законодательство содержит соответствующие положения. Если внутригосударственного закона нет, не существует и никакого надежного метода определить обстоятельства, в которых сотрудник ЧВК/ЧОК может считаться принадлежащим к личному составу вооруженных сил, входящего в них ополчения или добровольческого отряда. Сам по себе факт, что ЧВК/ЧОК была нанята для оказания помощи государственным вооруженным силам, не позволяет сделать категорический вывод: нужны какие-то более весомые и формальные основания «считать себя в подчинении», чем простой контракт<sup>28</sup>. Аналогичным образом, характер деятельности, выполняемой таким сотрудником компании, хотя и определяет, принимает ли он непосредственное участие в военных действиях, а значит, и может ли он стать объектом нападения, не может все же служить решающим критерием для определения его принадлежности к личному составу вооруженных сил. Возможные показатели такой принадлежности могут включать в себя:

- прохождение предусмотренных национальным законодательством процедур зачисления в состав вооруженных сил или призыва, если таковые существуют;
- принадлежность сотрудников к персоналу министерства обороны, учитывая при этом, что в министерствах вооруженных сил нередко работает довольно большое число гражданских лиц;
- подчинение сотрудников военной дисциплине и военной юстиции;
- принадлежность к цепи военного командования и подконтрольность ей;
- принадлежность к военной иерархии;
- выдача сотрудникам удостоверений личности, предусмотренных Женевской конвенцией III, или других средств идентификации, аналогичных тем, которыми снабжены «обычные» члены личного состава вооруженных сил;
- ношение форменной одежды.

Выполнение из этих условий, кроме первого, само по себе не позволяет с уверенностью заключить, что сотрудники принадлежат к личному составу вооруженных сил. Таким образом, эта позиция неясна. Принадлежность или непринадлежность к государственным вооруженным силам должна устанавливаться легко и просто при захвате, чтобы соответствующее лицо могло сразу получить статус военнопленного, если оно имеет на него право. В случае сомнений относительно лица, которое принимало непосредственное участие в военных действиях, Женевская конвенция III требует, чтобы до принятия решения о его статусе компетентным судом с данным лицом обращались как с военнопленным<sup>29</sup>.

28 Schmitt, см. выше, примечание 23, p. 525.

29 Женевская конвенция III, статья 5.

Возвращаясь к сотрудникам ЧВК/ЧОК, отметим, что, поскольку политика, лежащая в основе аутсорсинга ряда видов деятельности, ранее выполнявшихся вооруженными силами, призвана сократить численность личного состава и связанные с его содержанием издержки, вероятно, крайне редки будут случаи зачисления сотрудников ЧВК/ЧОК в личный состав вооруженных сил в качестве, достаточном для определения статуса согласно международному гуманитарному праву<sup>30</sup>.

*Личный состав других ополчений и других добровольческих отрядов, принадлежащих государству, являющемуся стороной в вооруженном конфликте?*

В то время как пп. 1 п. А ст. 4 Женевской конвенции III посвящен лицам, официально принадлежащим к личному составу вооруженных сил, пп. 2 п. А ст. 4 касается участников групп, структурно независимых от вооруженных сил, но сражающихся бок о бок с ними. Это положение было составлено для исключения неопределенности в отношении статуса партизан во время Второй мировой войны<sup>31</sup>.

Для того чтобы считаться комбатантами на основе этого положения, сотрудники ЧВК/ЧОК должны отвечать двум требованиям. Во-первых, группа в целом должна принадлежать к стороне в международном вооруженном конфликте. Во-вторых, эта группа должна удовлетворять всем четырем условиям, поименованным в пп. 2 п. А ст. 4 Женевской конвенции III.

В прошлом требование, согласно которому группа должна была «принадлежать к стороне в конфликте», толковалось как необходимость явным образом выраженного разрешения соответствующего государства, но уже в период подготовки Женевских конвенций 1949 г. это больше не считалось необходимым. Согласно *Комментарию* к этому положению, «отношений *de facto*» достаточно, в том числе и основанных на молчаливом согласии. Важным считалось то, что операции, осуществляемые группой, не оставляли сомнений относительно того, на чьей стороне она сражается<sup>32</sup>.

Природа связи, которая должна существовать между государством, являющимся стороной в вооруженном конфликте, и ополчением или добровольческим отрядом, для того, чтобы их участники могли считаться комбатантами, недавно рассматривалась Международным уголовным трибуналом по бывшей Югославии (МТБЮ). По мнению Трибунала,

30 Этот вывод разделяет Шмитт, Schmitt, см. выше, примечание 23, p. 526.

31 Commentary: Third Geneva Convention, см. выше, примечание 27, pp. 52 et seq. Это положение основывается на статье I Гаагского положения 1907 г., но ее действие было распространено на ополчение, не зависящее от вооруженных сил.

32 Ibid., p. 57.

должен существовать контроль государства над ополчением или добровольческим отрядом, равно как и «отношение зависимости этих нерегулярных формирований от какой-либо стороны в конфликте и подчинения ей»<sup>33</sup>.

Что касается ЧВК/ЧОК, нет никаких причин, которые препятствовали бы тому, чтобы контракт на предоставление определенных услуг государству, являющемуся стороной в вооруженном конфликте, предусматривал такой «контроль» или такое «отношение зависимости», но не обязательно подчинения. Однако, как это предусмотрено пп. 1 п. А ст. 4, только компании, нанятые государством, являющимся стороной в *международном* вооруженном конфликте, и действующие в его интересах, в принципе, могут удовлетворить этому требованию. Те компании, которые законтрактованы и работают в интересах любого другого актора, действующего в ситуации вооруженного конфликта, соответствовать ему не могут<sup>34</sup>.

В дополнение к этому возникает вопрос о том, могут ли отвечать этому требованию компании, нанятые собственно для того, чтобы сражаться, и могут ли компании, обеспечивающие тыловую поддержку, рассматриваться, говоря словами *Комментария*, как «сражающиеся на стороне» этого государства. Поскольку соответствующие лица рассматриваются в качестве «комбатантов», это положение, вероятно, будет распространяться только на лиц, нанятых для осуществления деятельности, вплотную приближающейся к военным операциям. Поскольку, по-видимому, по этому вопросу существует консенсус, причем как среди государств, которые приняли в этой области определенные регламентирующие меры<sup>35</sup>, так и среди государств, которые этого не сделали, законтрактованные фирмы не должны использоваться для ведения такой деятельности. Так что лишь очень небольшая часть ЧВК/ЧОК, вероятно, может удовлетворить этому требованию.

Компании, имеющие требуемое отношение подчинения государству, должны также соответствовать четырем вышеперечисленным условиям, то есть иметь во главе лицо, ответственное за своих подчиненных; иметь определенный и явственно видимый издали отличительный знак; открыто носить оружие; соблюдать при проведении операций законы и обычаи войны.

33 ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1), Judgment of 15 July 1999, paras. 93–94.

34 Шмитт высказывает мнение, что ЧВК/ЧОК, нанятые частным образованием для оказания поддержки одной из сторон в конфликте, тоже могут на это претендовать, но сам признает, что это «крайне маловероятный сценарий». Schmitt, см выше, примечание 23, p. 528.

35 См., например, «Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces», United States Department of Defense Instruction Number 3020.41, 3 October 2005, para. 6.1.5 and «Guidance for Determining Workforce Mix», US Department of Defense Instruction Number 1100.22, 7 September 2006.

Соблюдены ли эти условия или нет, должно определяться в каждом конкретном случае. Укажем при этом, что, не вдаваясь в подробное обсуждение каждого условия, мы должны заострить внимание на ряде моментов. Во-первых, условие, согласно которому во главе должно быть лицо, ответственное за своих подчиненных, не обязательно требует командования со стороны военного офицера<sup>36</sup>. В данном случае важно только то, чтобы было лицо, ответственное за действия, совершаемые по его приказу. Цель этого положения — обеспечить дисциплину внутри группы и соблюдение международного гуманитарного права. Как подчеркивает Шмитт, хотя данное положение исключает отдельных лиц, действующих в одиночку или в составе неструктурированных групп, нет оснований для вывода о том, что у более солидных компаний не будет требуемой надзорной структуры<sup>37</sup>.

С другой стороны, если принять практику в Афганистане и Ираке за показатель будущего поведения, наименее вероятно удовлетворение персоналом ЧВК/ЧОК условия, касающегося отличительного знака. Из Афганистана и Ирака, то есть из стран, где в настоящее время наблюдается наиболее широкое присутствие ЧВК/ЧОК, постоянно поступают жалобы на то, что сотрудников этих компаний чрезвычайно трудно идентифицировать. Они носят самую разную одежду — от камуфляжной, напоминающей военную форму, которая в сочетании с оружием, которое некоторые контрактники носят открыто, из-за чего гражданское население часто принимает их за военнослужащих, до гражданской одежды, которая делает их трудно отличимыми от других невоенных акторов<sup>38</sup>.

Наконец, требованию, касающемуся ведения операций в соответствии с международным гуманитарным правом, должна удовлетворять группа в целом, а не отдельные ее члены. Заявления относительно серьезных правонарушений, совершенных сотрудниками, работающими по контракту, были<sup>39</sup>, а вот жалоб на то, что целые компании систематически нарушают право, не поступало.

В свете вышесказанного, лишь для небольшой части сотрудников ЧВК/ЧОК существует принципиальная возможность рассматриваться в качестве комбатантов на основании пп. 2 п. А ст. 4 Женевской конвенции III, а именно, для тех сотрудников, которые были наняты государством, являю-

36 Commentary: Third Geneva Convention, см. выше, примечание 27, п. 59.

37 Schmitt, см. выше, примечание 23, п. 529.

38 Кроме этого, очень трудно различить сотрудников разных компаний, что делает практически невозможной подачу жалобы гражданскими лицами, которых затрагивает их деятельность. См., например, «PMSCs in post-conflict situations: A view from the local population in Angola and Afghanistan», presented by the non-governmental organization Swisspeace at the Governmental Expert Workshop of 13–14 November 2006 organized by the Swiss Federal Ministry of Foreign Affairs.

39 См. Ilham Nassir Ibrahim et al. v. Titan Corporation et al, 391 F. Supp. 10 D.D.C. (2005); and Saleh et al. v. Titan Corporation et al, 436 F. Supp. 2d 55 D.D.C. (2006).

щимся стороной в международном вооруженном конфликте, для непосредственного участия в боевых действиях и которые удовлетворяют четырем поименованным выше условиям<sup>40</sup>.

Для полноты картины следует отметить, что нормы пп. 1–3 п. 4 ст. 4 Женевской конвенции III для определения принадлежности к личному составу вооруженных сил и, следовательно, доступа к статусу комбатанта были дополнены в Протоколе I 1977 г.<sup>41</sup> Соответствующие положения не вносят существенных практических изменений в положение персонала ЧВК/ЧОК, которое было охарактеризовано выше.

### *Гражданские лица, следующие за вооруженными силами*

Женевская конвенция III устанавливает одно небольшое исключение из принципа, согласно которому при захвате только комбатанты имеют право на статус военнопленного. В дополнение к вышеперечисленным военнослужащим, участникам ополчения и добровольческих отрядов, принадлежащих к стороне в конфликте и перечисленных в пп. 1 и 2 п. 4 ст. 4 Женевской конвенции III, пп. 4 п. 4 ст. 4 определяет еще одну категорию лиц, в случае взятия в плен имеющих право на статус военнопленного:

«Лица, следующие за вооруженными силами, но не входящие в их состав непосредственно, как, например, гражданские лица, входящие в экипажи военных самолетов, военные корреспонденты, поставщики, личный состав рабочих команд или служб, на которых возложено бытовое обслуживание вооруженных сил, при условии, что они получили на это разрешение от тех вооруженных сил, которые они сопровождают, для чего эти последние должны выдать им удостоверение личности прилагаемого образца»<sup>42</sup>.

40 Эту точку зрения разделяют Шмитт и один из экспертов, участвовавших в уже упоминавшейся встрече экспертов по вопросу о частных военных контракторах в августе 2005 г. Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, above note 12, p. 10.

41 По большей части в статьях 43 и 44 Дополнительного протокола I.

42 Это положение не является нововведением, появившимся в 1949 г. Оно воспроизводит в слегка модернизированном виде в плане терминологии и с добавлением ряда категорий лиц (гражданские лица, входящие в экипажи военных самолетов, личный состав рабочих команд или служб, на которых возложено бытовое обслуживание вооруженных сил) положение, сформулированное в статье 81 Женевской конвенции 1929 г. об обращении с военнопленными, которая, в свою очередь, основывалась на статье 13 Гаагского положения 1907 г., касающегося законов и обычаев сухопутной войны, и на статье 13 Положения, касающегося законов и обычаев сухопутной войны, приложенного к Гаагской конвенции II о законах и обычаях сухопутной войны.

Ст. 4А(4) Женевской конвенции III — исключение, в наибольшей степени соответствующее рассматриваемому нами случаю, а ст. 4А(5) касается членов экипажей судов торгового флота и экипажей гражданской авиации.

Правовой статус лиц, входящих в эту категорию, ясен: они не принадлежат к личному составу вооруженных сил и не являются комбатантами<sup>43</sup>, но в случае взятия в плен имеют право на статус военнопленного.

Что менее ясно, так это то, кто подпадает под данное исключение. Приведенный выше перечень возможных услуг является примерным, а не исчерпывающим. Ни подготовительные работы (*travaux préparatoires*) по этому положению, ни *Комментарий* не проливают свет на пределы деятельности, которая может осуществляться лицами из этой категории<sup>44</sup>. Однако статус некомбатантов гражданских лиц, следующих за вооруженными силами и характер видов деятельности, приведенных для примера, за исключением гражданских лиц, входящих в экипажи военных самолетов<sup>45</sup>, по-видимому, указывает на намерение составителей не включать в данную категорию лиц, осуществляющих деятельность, которая может быть приравнена к непосредственному участию в военных действиях.

В связи с этим встают еще два вопроса. Первый из них, скорее, процедурного свойства: является ли обладание удостоверением личности, упомянутым в пп. 4 п. А ст. 4 предварительным условием для включения в данную категорию? И что за разрешение должно быть ими получено?

Вопрос о последствиях обладания удостоверением обсуждался на переговорах, и их участники, в конечном счете, пришли к согласию относительно того, что удостоверение лишь дает дополнительную защиту соответствующим лицам, но не является необходимым условием для получения статуса военнопленного<sup>46</sup>. Применение этого положения было обусловлено получением разрешения на следование за вооруженными силами, а удостоверение личности было лишь доказательством этого разрешения. Однако вопрос о самом разрешении не поднимался ни на переговорах, ни в публи-

43 Статья 50(1) Дополнительного протокола I ясно указывает на то, что они являются гражданскими лицами.

44 *Комментарий* просто указывает, что этот «перечень дан в качестве примера и что текст может (...) охватывать другие категории лиц и услуг, которые могут использоваться в сходных условиях при следовании за вооруженными силами в любом будущем конфликте»; *Commentary: Third Geneva Convention*, см. выше, примечание 27, п. 64. Аналогичным образом, вопрос о категориях лиц, подпадающих под действие данного положения, обсуждался на переговорах лишь в самом общем виде. Великобритания предложила вообще опустить перечень охватываемых лиц. См. the proposed amendment to Article 3 dated 26 April 1949, reproduced as Annex No. 90 relating to the Prisoners of War Convention, in *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. 3, Federal Political Department, Berne, 1949, pp. 60–61. Об этих дискуссиях см. Howard Levie, *Prisoners of War in International Armed Conflict*, Naval War College International Law Studies, Vol. 59, 1978, p. 62.

45 О положении этих лиц см. дискуссию в примечании 51, ниже.

46 *Commentary: Third Geneva Convention*, см. выше, примечание 27, pp. 64 et seq. На ранних стадиях переговоров обладание удостоверением личности рассматривалось как обязательное требование. См., например, *Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims*, ICRC, Geneva, 1947, p. 113. This reflected the position under Article the 1907 Hague Regulations, which made entitlement to prisoner-of-war status dependent on possession of such certification.



кациях на данную тему. Что касается персонала ЧВК/ЧОК, вряд ли наличие контракта может быть приравнено к такому разрешению.

Данный вопрос обсуждался в связи с персоналом ЧВК/ЧОК на встрече экспертов в августе 2005 г. В частности, один из экспертов высказал мнение, что государства не могут придать такой статус нанятым ими контрактникам, просто снабдив их удостоверением личности и что должна быть определенная связь между таким контрактником и вооруженными силами<sup>47</sup>. Тот же эксперт считал, что не вполне ясно, означает ли словосочетание «следовать за вооруженными силами» требование физического присутствия вооруженных сил в тех местах, где действуют законтрактованные компании, и что последние должны, по крайней мере, оказывать какие-то услуги вооруженным силам, а не просто выполнять контракт, заключенный с государством<sup>48</sup>.

Во-вторых, и этот вопрос вызывает больше противоречий, каково положение гражданских лиц, следующих за вооруженными силами, если они осуществляют деятельность, которая может быть приравнена к непосредственному участию в военных действиях? Сохраняют ли они право на статус военнопленного или становятся «непривилегированными воюющими» или «незаконными комбатантами», которые могут быть привлечены к ответственности за участие в военных действиях?

Этот вопрос не рассматривался на переговорах. По-видимому, преобладающее мнение было следующим: поскольку данные лица не принадлежат к личному составу вооруженных сил и не являются комбатантами<sup>49</sup>, нет оснований для того, чтобы предоставлять им статус, отличный от такового любых других гражданских лиц, принимающих непосредственное участие в военных действиях<sup>50</sup>. В самом деле, некоторые авторы придерживаются мнения, что виды деятельности, перечисленные в пп. 4 п. А ст. 4, которые, за примечательным исключением гражданских лиц, входящих в экипажи военных самолетов<sup>51</sup>, по своему характеру явно представляют собой вспомогательную деятельность, не связанную с основными боевыми функциями вооруженных сил, могут служить доказательством того, что для получения права на статус военнопленного в соответствии с этим

47 Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, см. выше, примечание 12, p. 14.

48 Ibid., p. 15.

49 Дополнительный протокол I, статья 50(1).

50 См., например, Knut Ipsen, «Combatants and Non-combatants», in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, para. 317. См. также Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, см. выше, 12, p. 14; Heaton, см. выше, примечание 23, p. 174; and Rafferty Vernon, см. выше, примечание 23, p. 406.

51 Включение в ст. 4А(4) этой категории лиц, которые, вероятнее всего, будут принимать непосредственное участие в военных действиях, привело одного из комментаторов к заключению, что «Женевская конвенция III неявным образом наделила гражданских лиц в экипажах военных самолетов статусом законных комбатантов на то время, пока они остаются на борту летательного аппарата». Allan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War — A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, 1976, p. 310.

положением указанные категории лиц не должны принимать непосредственного участия в военных действиях<sup>52</sup>. Такое же мнение высказывается в некоторых военных наставлениях<sup>53</sup>.

Однако такой позиции придерживаются не все. В частности, в одной из своих недавних инструкций министерство обороны США высказало противоположную точку зрения, заявив, что если гражданские лица, следующие за вооруженными силами, принимают непосредственное участие в военных действиях, они все равно сохраняют право на статус военнопленного<sup>54</sup>. Такой подход отражает позицию одного американского комментатора, считающего, что статья 51(3) Дополнительного протокола I лишает гражданских лиц, которые принимают непосредственное участие в военных действиях, исключительно защиты, предусмотренной Разделом I Части IV Дополнительного протокола I, то есть защиты от последствий военных действий, и никак не затрагивает защиту, которой они пользуются в соответствии с остальными частями Протокола, в том числе прежде всего, в соответствии с Разделом II Части IV, которая подтверждает любые имеющиеся основания для получения статуса военнопленного по Женевской конвенции III<sup>55</sup>.

На основе этого анализа, по-видимому, позволительно заключить, что сотрудники ЧВК/ЧОК, предоставляющие вооруженным силам услуги, за исключением непосредственного участия в военных действиях, могут быть включены в данную категорию при условии, что они получили разрешение в установленной форме от соответствующего государства<sup>56</sup>.

52 См. Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, above note 12, p. 14, and Ipsen, примечание 50, выше.

53 См., например, Наставление для вооруженных сил Великобритании, в котором указывается, что: «Вооруженные силы все шире привлекают гражданских лиц для выполнения технических и административных функций. Гражданские лица, которым разрешено следовать за вооруженными силами в полевых условиях в таком качестве, остаются некомбатантами, но имеют право на статус военнопленного, *пока они не принимают непосредственного участия в военных действиях*. Они не могут становиться объектом непосредственного нападения, но разделяют опасности войны с личным составом вооруженных сил, которым они оказывают поддержку. Они не должны носить военную форму, и им следует иметь удостоверение, подтверждающее их статус. В законодательстве ничего не говорится о том, следует ли таким гражданским лицам выдавать оружие. Чтобы сохранить право на статус некомбатанта, они могут носить только легкое стрелковое оружие для целей самозащиты. Следует помнить о том, что, если они будут носить оружие, их могут ошибочно принять за комбатантов. Отсюда следует, что таких гражданских лиц не следует размещать там, где они могут попасть под неприятельский огонь и быть взяты в плен» (курсив автора). (The Manual of the Law of Armed Conflict, UK Ministry of Defence, 2004, para. 4.3.7.)

54 См., например, US Department of Defense Instruction No. 1100.22, above note 35, at footnote 19.

55 Дополнительный протокол I, статья 44(6). См. Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, примечание 12, выше, p. 14.

56 Позиция министерства обороны Великобритании заключается в том, что оно нанимает ЧВК/ЧОК только для тылового обеспечения и вспомогательных функций и рассматривает лиц из числа их персонала как гражданских лиц, следующих за вооруженными силами согласно статье 4А(4) Женевской конвенции III (беседа с автором).

Данный вопрос должен решаться для каждого отдельного случая в зависимости от характера осуществляемой деятельности. Хотя многие из вспомогательных функций, выполняемых законтрактованным персоналом для вооруженных сил, несомненно, подпадают под действие пп. 4 п. А ст. 4, есть целый ряд видов деятельности, особенно тех, которые в большей степени приближены к военным операциям, и, возможно, остаются за пределами действия данной статьи.

### *Гражданские лица*

Нанятые государствами сотрудники ЧВК/ЧОК, которые не могут быть причислены к четырем поименованным выше категориям (а они ввиду большого числа требований, которым они должны соответствовать, составят, по всей видимости, значительную часть персонала ЧВК/ЧОК), будут рассматриваться как «обычные» гражданские лица<sup>57</sup>. Таким же будет статус всех сотрудников ЧВК/ЧОК, присутствующих в местах, где наличествует ситуация вооруженного конфликта, и нанятых акторами, иными, нежели государства, такими, например, как фирмы, работающие на территории соответствующего государства, межправительственные организации, неправительственные организации и — поскольку этого нельзя исключить — организованные вооруженные группы, участвующие в немеждународном вооруженном конфликте.

Это заключение может показаться противоречащим образу сотрудников ЧВК/ЧОК, распространяемому СМИ, которые рисуют их в виде вооруженных до зубов контрактников в камуфляжной форме. Такой внешний вид не влияет на *статус* соответствующих лиц, зато некоторые виды деятельности, которыми они занимаются, могут иметь последствия для защиты, которой они пользуются по международному гуманитарному праву.

Хотя сотрудники ЧВК/ЧОК не должны, будучи гражданскими лицами, становиться объектом нападения, они теряют иммунитет от нападения, если ведут деятельность, представляющую собой непосредственное участие в военных действиях, на время этого участия. Это важное различие между ними и комбатантами, которые могут стать объектом нападения в любое время.

Вопрос о том, какая деятельность соответствует «непосредственному участию в военных действиях», несомненно, имеет принципиальное значение для определения защиты, на которую имеет право персонал ЧВК/ЧОК. Хотя этот вопрос является центральным для всего международного гуманитарного права, поскольку определяет, когда гражданские лица

57 «Обычные» гражданские лица в отличие от особой категории «гражданских лиц, следующих за вооруженными силами».

утрачивают защиту от нападения, договоры не содержат четких определенных характера соответствующих видов деятельности и не дают точных указаний на этот счет. Согласно *Комментарию*, «действия, которые по своей природе и цели направлены на причинение реального ущерба неприятельскому персоналу и снаряжению», составляют непосредственное участие<sup>58</sup>. Предоставление пищи и крова комбатантам и, вообще, проявление «симпатии» к ним сюда не относится. Между этими двумя крайними точками спектра существует обширная «серая зона»<sup>59</sup>.

Проблема определения того, что составляет непосредственное участие, существует для всех гражданских лиц, а не только для сотрудников ЧВК/ЧОК, и, очевидно, и к тем, и к другим применяются одни и те же параметры. Детальный анализ различных видов деятельности ЧВК/ЧОК за последние годы, призванный определить, могут ли они быть приравнены к непосредственному участию в военных действиях, выходит за рамки предмета настоящей статьи<sup>60</sup>. При этом есть два момента, заслуживающие более пристального рассмотрения.

Во-первых, в ответ на часто выдвигаемый аргумент, согласно которому сотрудники ЧВК/ЧОК предоставляют только услуги *оборонительного* характера и потому, как утверждается, не принимают непосредственного участия в военных действиях, нужно подчеркнуть, что международное гуманитарное право не проводит различия между наступательными и оборонительными операциями<sup>61</sup>. Например, с 2003 г. ЧВК/ЧОК часто использовались в Ираке для охраны военных объектов, таких, например, как казармы и тяжелая техника. Поскольку речь идет о военных объектах, их охрана является непосредственным участием в военных действиях.

58 Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (hereinafter *Commentary: Additional Protocols*), 1987, para. 1942. В связи с немеждународными вооруженными конфликтами *Комментарий* описывает понятие «принимать непосредственное участие в военных действиях» как подразумевающее «наличие достаточной причинно-следственной связи между фактом участия и его непосредственными последствиями», *Ibid.*, para. 4787.

59 В целях решения сложных проблем, возникающих в связи с понятием «непосредственного участия в военных действиях» МККК в сотрудничестве с Институтом ТМС Asser инициировал процесс его прояснения. В рамках этого процесса в Гааге состоялись четыре неформальные встречи экспертов на тему «Непосредственное участие в военных действиях в свете международного гуманитарного права» (23–25 октября 2005 г. и 27–28 ноября 2006 г.), в которых приняли участие около сорока правоведов, представляющих военные, правительственные и академические круги, а также международные и неправительственные организации. Отчеты о первых трех встречах доступны в Интернете по адресу: <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-ihl-311205>.

60 Точку зрения одного из комментаторов относительно того, когда персонал ЧВК/ЧОК считается принимающим непосредственное участие в военных действиях, см. в Schmitt, примечание 23, выше.

61 См., например, статью 49(1) Дополнительного протокола I, которая гласит, что «нападения» означают акты насилия в отношении противника, независимо от того, совершаются ли они при наступлении или при обороне».

Во-вторых, хотя сотрудники ЧВК/ЧОК, действительно, могут и не принимать непосредственного участия в военных действиях, они часто работают в непосредственной близости от личного состава вооруженных сил и военных объектов. В результате они оказываются в категории допустимых «сопутствующих потерь» при нападении<sup>62</sup>.

Реалии Ирака, где деятельность ЧВК/ЧОК в настоящее время наиболее заметна, таковы, что мало обсуждался вопрос о правовых рамках, регулирующих лишение свободы сотрудников ЧВК/ЧОК, не являющихся комбатантами. Однако этот вопрос регулируется правом гораздо более просто, чем непосредственное участие в военных действиях.

Эти сотрудники *не имеют права* на статус военнопленного или на защиту, предусмотренную Женевской конвенцией III. Это не означает, что они не находятся под защитой международного гуманитарного права. Если они удерживаются в связи с международным вооруженным конфликтом, они пользуются защитой, предусмотренной Женевской конвенцией IV, которая устанавливает минимальные стандарты обращения и условия содержания в местах лишения свободы, равно как и минимальные судебные гарантии, которые должны соблюдаться при рассмотрении уголовных дел. Если соответствующее лицо подпадает под исключения из Женевской конвенции IV<sup>63</sup>, оно все равно продолжает пользоваться основными гарантиями, предусмотренными статьей 75 Дополнительного протокола I и обычными нормами международного гуманитарного права, применяемыми в международных вооруженных конфликтах<sup>64</sup>.

Если они захвачены в связи с немеждународным вооруженным конфликтом, они пользуются гарантиями, предусмотренными статьей 3, общей для всех Женевских конвенций, Дополнительным протоколом II

- 62 Это признается, например, и в упоминавшейся выше инструкции министерства обороны США, касающейся персонала, работающего по контракту, где сказано, среди прочего, что «для контрактного персонала существует риск ранения или смерти в результате побочных последствий действий противной стороны, когда этот персонал занят поддержкой других военных операций». US Department of Defense Instruction No. 3020.41, см. примечание 35, выше, пара. 6.1.1.
- 63 Согласно статье 4(1) Женевской конвенции IV, под защитой 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. Таким образом, лица, захваченные государством своей гражданской принадлежности, не пользуются защитой Конвенции. Статья 4(2) также исключает из защиты, предоставляемой Конвенцией, граждан какого-либо нейтрального государства, находящиеся на территории одного из воюющих государств, и граждан какого-либо совоющего государства до тех пор, пока государство, гражданами которого они являются, имеет нормальное дипломатическое представительство при государстве, во власти которого они находятся.
- 64 Статья 75 Дополнительного протокола I устанавливает ряд основных гарантий для ситуаций международного вооруженного конфликта, в том числе военной оккупации, которые предоставляются лицам, не пользующимся более благоприятной защитой по четырем Женевским конвенциям или Дополнительному протоколу I. Эти права включают в себя запрещение убийства, пыток и других форм дурного обращения, а также минимальные гарантии справедливого судебного разбирательства.

и обычными нормами международного гуманитарного права, применяемыми в немеждународных вооруженных конфликтах<sup>65</sup>.

Как уже указывалось выше, в случае взятия в плен после непосредственного участия в военных действиях в международном или немеждународном вооруженном конфликте, сотрудники ЧВК/ЧОК могут быть преданы суду по национальному законодательству удерживающего их государства за сам факт участия в военных действиях.

## **Обязанности сотрудников ЧВК/ЧОК по международному гуманитарному праву и роль компаний в содействии соблюдению этого права**

### Обязанности сотрудников

Независимо от их статуса, будь они комбатантами, гражданскими лицами, следующими за вооруженными силами, или «обычными» гражданскими лицами, не отличающимися от всех жителей страны, участвующей в вооруженном конфликте, сотрудники ЧВК/ЧОК связаны международным гуманитарным правом и могут подлежать индивидуальной уголовной ответственности, если они совершили любые серьезные нарушения или приказали их совершить<sup>66</sup>.

Сотрудники ЧВК/ЧОК могут быть привлечены к ответственности судами целого ряда государств, в том числе государством, на территории которого произошло предполагаемое противоправное деяние, государством гражданской принадлежности пострадавшего, государством гражданской принадлежности лица, подозреваемого в совершении преступления, а также государств принадлежности ЧВК/ЧОК, в которой они работают. Государства — участники Женевских конвенций и, поскольку Конвенции стали предметом всеобщей ратификации, все государства обязаны разыскивать, подвергать преследованию и производить экстради-

65 Кроме этого, как в международных, так и не в международных вооруженных конфликтах лица, лишённые свободы, пользуются дополнительными гарантиями, установленными правом прав человека.

66 Женевская конвенция I, статья 49, Женевская конвенция II, статья 50, Женевская конвенция III, статья 129, Женевская конвенция IV, статья 146 и Дополнительный протокол I, статья 85. Юриспруденция международных трибуналов поддерживает позицию, сформулированную в ряде военных наставлений, а также в текстах упоминавшихся выше положений договоров, согласно которой не только командиры и начальники в рамках военной структуры могут быть привлечены к ответственности за серьезные нарушения международного права, которые они приказали совершить. Любое лицо, занимающее пост, который позволяет ему отдавать приказы, может быть аналогичным образом привлечено к уголовной ответственности. О практике в этой области см. Жан-Мари Хенкертс и Луиза Досвальд-Бек, «Обычное международное гуманитарное право. Том 1. Нормы», МККК, Москва 2006, норма 152, а также: Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, supporting practice in Vol. II: Practice, Part 2*, pp. 3713–3714.

цию лиц, подозреваемых в совершении серьезных нарушений Конвенций, а также для государств, которые его ратифицировали, Дополнительного протокола I, в том числе и в порядке универсальной юрисдикции<sup>67</sup>.

Более того, при условии соблюдения требований, относящихся к юрисдикции, международные трибуналы тоже могут судить сотрудников и управляющих ЧВК/ЧОК. Ничто не препятствует, например, тому, чтобы они предстали перед Международным уголовным судом. Однако к настоящему времени ни один международный трибунал не был наделен юрисдикцией в отношении компаний, что отражает традиционный взгляд, согласно которому юридические лица не несут ответственности по международному праву<sup>68</sup>.

Несмотря на наличие четко определенных обязанностей и развитой сети национальных судов с потенциальной юрисдикцией в отношении серьезных нарушений международного гуманитарного права, процессов над сотрудниками ЧВК/ЧОК до сих пор было мало<sup>69</sup>. Тому есть много причин, одни из которых — юридические, а другие — в большей степени практического или политического свойства.

- 67 Женевская конвенция I, статья 49, Женевская конвенция II, статья 50, Женевская конвенция III, статья 129, Женевская конвенция IV, статья 146, и Дополнительный протокол I, статья 85. Женевские конвенции требуют, чтобы государства «пресекали» нарушения международного гуманитарного права, не являющиеся серьезными, но оставляют на усмотрение государств решение вопроса о том, как это будет сделано. Сфера юрисдикции, предоставленной национальным судам в отношении таких нарушений, варьируется. Суды всех государств обладают юрисдикцией в отношении предполагаемых преступлений, совершенных на их территории, но в отношении других оснований для юрисдикции единого подхода не существует. Некоторые государства строят юрисдикцию своих судов на чрезвычайно широкой базе, не требующей связи с правонарушением, однако большинство государств требуют наличия такой связи для того, чтобы было возбуждено судебное преследование — как правило, это присутствие на территории государства лица, подозреваемого в совершении преступления, или пострадавшего. Государства также криминализировали различные нарушения международного гуманитарного права. Некоторые ограничились серьезными нарушениями Женевских конвенций и Дополнительного протокола I (то есть серьезными нарушениями, совершенными во время международного вооруженного конфликта), в то время как другие признали преступный характер и серьезных нарушений, совершенных в рамках немеждународного вооруженного конфликта. Обзор подходов, принятых различными государствами, см. в Жан-Мари Хенкертс и Луиза Досвальд-Бек, *ibid.*, Том I: Нормы, Гл. 44, и Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, supporting practice in Vol. II: Practice, Part 2*, pp. 3883–3884.
- 68 Такая возможность обсуждалась на переговорах относительно Статута Международного уголовного суда, однако в конечном счете не была принята. См. Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, 2006, pp. 244 et seq.
- 69 На сегодняшний день преследованию подверглись только три сотрудника ЧВК/ЧОК за взятие заложников и пытки, которые они практиковали, руководя незаконным местом содержания под стражей в Афганистане. Однако этот случай нетипичен для индустрии и возникающих в связи с ней вопросов, поскольку Джек Айдема — руководитель группы — скорее походил на наемного убийцу, чем на обычного сотрудника ЧВК/ЧОК. Выяснить, существовала ли какая-либо корпоративная структура, так и не удалось. Похоже, он действовал сам по себе и не выполнял заказ какого-либо клиента. См., например, Fariba Nawa, *Afghanistan, Inc., Corpwatch Investigative Report*, 2006, p. 15, available at <http://corpwatch.org/article.php?id514081>. В настоящее время в судах США рассматриваются два гражданских иска против компаний, а не их отдельных сотрудников. См. выше примечание 39.

Во-первых, компаниям и их персоналу мог быть предоставлен иммунитет от преследования судами стран, где они действуют. Так обстоит дело, например, в Ираке, где правовой режим, установленный Временной коалиционной администрацией, наделил фирмы, работающие по контракту, в том числе и частные охранные компании, иммунитетом от иракских законов и судебных процессов<sup>70</sup>. Хотя указанный приказ применяется не ко всем частным компаниям, действующим в Ираке, он охватывает большое число фирм, особенно тех, которые оказывают услуги многонациональным силам и государствам, имеющим дипломатические и консульские представительства в Ираке.

Во-вторых, суды стран, где действуют ЧВК/ЧОК, представляющие собой, по логике вещей, самую подходящую инстанцию для рассмотрения подобных дел, возможно, прекратили функционировать из-за конфликта.

В-третьих, третьи страны, в том числе и государство принадлежности соответствующей ЧВК/ЧОК или гражданской принадлежности ее персонала и, когда оно выступает как клиент, государство, нанявшее компанию, может оказаться не в состоянии осуществить экстерриториальную юрисдикцию в отношении сотрудников ЧВК/ЧОК ввиду отсутствия необходимого национального законодательства. Государства могут также по политическим или практическим соображениям неохотно идти на возбуждение уголовных дел о серьезных нарушениях международного гуманитарного права, совершенных за границей.

Наконец, даже когда третьи государства способны и желают возбудить преследование, дело осложняется тем, что большая часть свидетелей и доказательств находится в стране, где были совершены нарушения.

Что касается определения границ непосредственного участия в военных действиях, сложности, связанные с привлечением к ответственным

70 Приказом № 17 Временная коалиционная администрация Ирака предоставила иммунитет от иракских законов и судебного преследования иракскими властями сотрудникам, работающим по контракту, в отношении действий, совершенных во исполнение контракта или субподряда, заключенного с ВКА или с государствами, предоставившими персонал или широкий спектр иных видов помощи ВКА, многонациональным силам в Ираке, осуществляемым там международным гуманитарным операциям, усилиям по реконструкции или проектам развития, реализуемым ВКА или одним из таких государств либо дипломатическим и консульским представительствам в Ираке по снабжению их товарами и услугами или от имени многонациональных сил, в гуманитарных целях, для поддержки проектов по реконструкции и развитию, одобренных или организованных ВКА или одним из таких государств, или в интересах дипломатических и консульских представительств таких государств. Контракты на предоставление услуг в области безопасности, заключенные с такими государствами и их персоналом, а также с многонациональными силами и их персоналом, международными консультантами и законтрактованными фирмами также официально охватываются указанным приказом. Coalition Provisional Authority Order Number 17 (Revised): Status of the Coalition Provisional Authority, MNFIraq, Certain Missions and Personnel in Iraq, 27 June 2004. Pursuant to Article 26(c) of the Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period of 8 March 2004, this order remains in force until rescinded or amended by legislation duly enacted and having the force of law.



ности лиц, совершивших серьезные нарушения международного гуманитарного права, носят общий характер, а не относятся только к сотрудникам ЧВК/ЧОК. В самом деле, существуют правовые средства, позволяющие легче привлечь к суду таких лиц, чем военнослужащих. Они включают в себя привлечение к уголовной ответственности отдельных лиц и, если они наняты государством, подачу иска против этого государства и, возможно, уголовный или гражданский иск против компании.

Хотя не существует никаких дополнительных препятствий для того, чтобы начать процессуальные действия против сотрудников ЧВК/ЧОК, остается целый ряд практических проблем, и определение того, на какую компанию работает то или иное лицо — не самая простая из них.

Кроме этого, многие государства, обладающие юрисдикцией в отношении серьезных нарушений международного гуманитарного права, могут не иметь ее в отношении «общеуголовных преступлений», не связанных с вооруженным конфликтом. В таких случаях юрисдикцией обладают, как правило, только местные суды, однако, как уже говорилось выше, они могут перестать функционировать или предоставить иммунитет сотрудникам законтрактованных фирм. Такое положение дел неудовлетворительно как для пострадавших от таких «мелких» преступлений, так и для государств, связанных с ЧВК/ЧОК, которые часто ставятся местным населением на одну доску с контрактниками и обвиняются в безнаказанном совершении преступлений. Пытаясь выправить это положение, Великобритания, например, рассматривает возможность распространения действия своей системы «постоянных судов», позволяющей судить гражданских лиц, совершивших правонарушения за границей, на определенную категорию контрактников<sup>71</sup>.

Альтернативный подход был принят США, которые ввели в действие в 2000 г. Акт о правовом регулировании действий военных за пределами США (MEJA)<sup>72</sup>, распространивший федеральную уголовную юрисдикцию США на гражданских лиц, следующих за вооруженными силами США за границей. Юрисдикция распространяется на правонарушения, влекущие за собой наказание в виде лишения свободы на срок более одного года, если они совершаются в пределах юрисдикции США и при условии, что ни одно иностранное государство не возбудило уголовного преследования по этому правонарушению. Акт о правовом регулировании

71 Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, см. выше, примечание 12, pp. 9 and 58–59. Юрисдикция этих судов будет распространяться только на лиц, непосредственно законтрактованных британским правительством.

72 USC, Chapter 18, 1 3261–3267 (2000). О MEJA см., например, Andrew Fallon and Theresa Keene, «Closing the legal loophole? Practical implications of the Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Civilians accompanying the armed forces», Air Force Law Review, No. 51, 2001, p. 271; and Joseph Perlak, «The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Implications for contractor personnel», Military Law Review, No. 169, p. 92.

действий военных за пределами США явным образом охватывает тех, кто заключил контракты и субподряды с Министерством обороны США. Это расширение юрисдикции было необходимо для охвата упоминавшихся выше «общеуголовных преступлений», а не серьезных нарушений международного гуманитарного права, в отношении которых суды США уже обладают экстерриториальной юрисдикцией на основании Акта о военных преступлениях<sup>73</sup>.

Однако Акт о правовом регулировании действий военных за пределами США не решил всех проблем. В частности, он применяется только к гражданским подрядчикам, работающим непосредственно на Министерство обороны США, а не к имеющим контракты с другими американскими департаментами и организациями, не говоря уже о других клиентах. Граждане принимающей страны тоже исключены из его действия. Таким образом, он имеет отношение только к части сотрудников ЧВК/ЧОК.

### Положение управляющих и старших сотрудников компаний

К уголовной ответственности могут привлекаться не только сотрудники, совершающие серьезные нарушения международного гуманитарного права или приказавшие их совершить, но менеджеры и, возможно, высший руководящий состав компании<sup>74</sup>. Ответственность начальников за серьезные нарушения международного гуманитарного права явным образом признана

73 USC, Chapter 18, 1 2441. Юрисдикцию гражданских судов США в отношении «общеуголовных преступлений» следует отделить от вопроса о том, могут ли подрядчики привлекаться к ответственности за неисполнение приказов, отданных военнослужащими — потенциальное слабое место системы «командования и контроля», на которое неоднократно указывали представители вооруженных сил, работающие с подрядными организациями. В то время как такое поведение военнослужащих наказуемо на основании Унифицированного военного кодекса, подрядчики подпадают под действие этого закона и юрисдикцию военных судов только в случае войны, объявленной Конгрессом (*United States v. Averette*, 19 C.M.A. 363 (1970)). Во всех остальных случаях компания и, соответственно, ее служащий может преследоваться в судебном порядке за нарушение контракта, но последний не может быть привлечен к судебной ответственности за отказ подчиняться приказам. Командиры высказывали озабоченность этим положением дел, поскольку опасаются, что в условиях все более широкого использования услуг частного сектора, это может привести к невыполнению важнейших задач, таких как обслуживание авиатехники, когда в этом возникнет необходимость. См. об этом Stephen Blizzard, «Increased reliance on contractors on the battlefield: How do we keep from crossing the line?», *Air Force Journal of Logistics*, No. XXVIII, 2004, p. 2. Сфера применения Унифицированного военного кодекса была существенно расширена в конце 2006 г. путем внесения в Закон о бюджете министерства обороны США на 2007 г., положения, которое прошло практически незамеченным. Это положение распространило применение Унифицированного военного кодекса не только на «объявленные войны», но и на «операции в особой обстановке». (Section 552 National Defense to Authorization Act for Fiscal year 2007), об этой поправке см., например, P. Singer, *Law Catches up to Private Militaries*, *Defense Tech*, 4 January, 2007.

74 Статья 86(2) Дополнительного протокола I указывает на возможность «уголовной или дисциплинарной» ответственности.

в статье 86(2) Дополнительного протокола I<sup>75</sup>. Такая ответственность может возникнуть, если начальник знал или имел в своем распоряжении информацию, которая должна была бы дать ему возможность прийти к заключению в обстановке, существовавшей в то время, что подчиненное лицо совершает или намеревается совершить нарушение международного гуманитарного права, и если он не принял всех практически возможных мер в пределах своих полномочий для предотвращения или пресечения этого нарушения<sup>76</sup>.

Это возможное средство атрибуции ответственности управляющим и директорам ЧВК/ЧОК еще нуждается в проверке практикой, поскольку оно еще никогда не применялось к представителям высшего руководства компаний, не связанным с государством или организованной вооруженной группой. В свете сказанного выше можно заключить, что «начальник», о котором идет речь, может быть и гражданским лицом, и что требуемое отношение начальник/подчиненный может быть отношением *de facto*, а не юридически оформленным. Главный вопрос заключается в контроле над действиями подчиненного<sup>77</sup>. Можно считать, что такое же положение существует в ЧВК/ЧОК. Есть лишь одно существенное ограничение «номенклатуры» начальников, которых это касается. Согласно *Комментарию*, данное положение, как правило, распространяется только на непосредственных начальников, несущих личную ответственность за подчиненных, находящихся под их контролем<sup>78</sup>. В случае ЧВК/ЧОК непосредственный начальник сотрудника, несомненно, подпадет под действие соответствующего положения, однако ответственность вряд ли сможет быть распространена на высшее руководство компании. Как бы там ни было, даже если понятие ответственности начальника окажется неприменимым *de jure* в рамках ЧВК/ЧОК, виды действий, которые начальники должны предпринять, чтобы предотвратить или пресечь нарушения и таким образом избежать ответственности, могут дать полезные ориентиры компаниям в плане обеспечения соблюдения международного гуманитарного права. Эта деятельность включает принятие превентивных мер, в том

75 Данная концепция не является чем-то новым. После окончания Второй мировой войны целый ряд процессов основывались на том же понятии «ответственности начальника» по внутригосударственному законодательству. Commentary: Additional Protocols, above note 58, paras. 3540 et seq. See also Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, 2001, pp. 251 et seq.

76 Понятие ответственности начальника также признано в статье 7(3) Устава Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, в статье 6(3) Устава Международного уголовного трибунала по Руанде и в статье 28 Международного уголовного суда. Оно стало основанием для целого ряда уголовных дел, рассматривавшихся в специальных трибуналах.

77 См., например, практику, упоминающуюся в исследовании «Обычное международное гуманитарное право», примечание 66, выше, Том I: Нормы, норма 153, и Vol. II: Practice, Part 2, pp. 3733 et seq.

78 Commentary: Additional Protocols, см. выше, примечание 58, para. 3544. Одна из причин, обосновывающих такое ограничение, состоит в том, что непосредственный начальник, вероятнее всего, будет обладать информацией о (потенциальном) противоправном деянии, которая необходима для возникновения ответственности. Ibid.

числе создание систем для предупреждения нарушений, обеспечение постоянного и эффективного применения таких систем, а также меры *post facto*. Под последними понимаются расследования любых заявлений о якобы имевших место правонарушениях и передача установленных фактов компетентным властям<sup>79</sup>.

## Роль компаний

Как указывалось в самом начале статьи, компании сами по себе не связаны международным гуманитарным правом<sup>80</sup>. Единственным возможным исключением из этого общего правила стала бы ситуация, в которой ЧВК/ЧОК могла бы в случае немеждународного вооруженного конфликта сама рассматриваться как «сторона в конфликте» по смыслу статьи 3, общей для всех Женевских конвенций, или как «организованная вооруженная группа» по смыслу статьи 1(1) Дополнительного протокола II<sup>81</sup>. В таких случаях компания будет иметь абсолютно такие же обязанности, как и любая другая негосударственная сторона в немеждународном вооруженном конфликте<sup>82</sup>. Хотя и существует такая вероятность, но она очень мала, в частности, потому что для этого требуется, чтобы ЧВК/ЧОК сама была стороной в конфликте, а не сражалась бы в интересах одной из сторон.

Таким образом, нет сомнений в том, что компании имеют обязанности по международному праву. Юридические лица должны соблюдать национальное законодательство государства, где они действуют<sup>83</sup>, в том числе (что напрямую касается ЧВК/ЧОК) уголовное и налоговое законодательство, иммиграционные правила и трудовое законодательство в дополнение к законодательству государства своей принадлежности. Применяемое национальное право может также вменять обязанности по международному гуманитарному праву, которые связывают компании, поскольку они инкорпорированы в национальное право<sup>84</sup>. Даже когда дело обстоит

79 Ibid, para. 3548, и «Обычное международное гуманитарное право», см. примечание 66 выше, Том I: Нормы, норма 153.

80 Углубленный анализ природы и объема обязанностей негосударственных акторов по международному праву, проведенный в более общем виде видным сторонником более широкого подхода см. Clapham, примечание 68, выше.

81 Обсуждение этих требований выходит за рамки настоящей статьи. Детальный обзор этой темы см., например, Liesbeth Zegveld, *Armed Opposition Groups in International Law: The Quest for Accountability*, 2002.

82 Автор выражает признательность Джеймсу Коккейну, члену-корреспонденту Международной академии мира, за то, что привлек ее внимание к этой возможности.

83 Если они не были от этого освобождены, как в Ираке на основании упоминавшегося выше Приказа 17 Временной коалиционной администрации.

84 См., например, Emanuela-Chiara Gillard, «Business and human rights obligations: The position with regard to international humanitarian law», *Proceedings of 100th Annual Meeting, American Society of International Law*, 2006, pp. 114 et seq.

не так, действия, составляющие нарушения международного гуманитарного права нередко являются преступлениями и по национальному праву и могут стать основанием для возбуждения преследования как против сотрудников ЧВК/ЧОК, так и самих компаний (в государствах, где признается уголовная ответственность юридических лиц).

Далее, некоторые нарушения международного гуманитарного права могут одновременно являться гражданскими правонарушениями по национальному законодательству. Во многих странах, где действует прецедентное право, они могут рассматриваться как деликты (незаконное лишение жизни по международному гуманитарному праву может квалифицироваться как смерть в результате неправомерных действий; пытки и жестокое, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание могут быть приравнены к оскорблению действием, а незаконное лишение свободы будет квалифицировано так же (*false imprisonment*)<sup>85</sup>. Компании, несомненно, могут быть привлечены к судебной ответственности за такие действия. Во-первых, иск подается пострадавшими, а не обвинителем. Во-вторых, стандарты, касающиеся доказательной базы, ниже, чем в уголовном судопроизводстве (доказательства основываются на «взвешивании возможностей», а не на «отсутствии обоснованного сомнения»). В-третьих, в случае успешных действий пострадавших-истцов, они получают компенсацию от компаний. С другой стороны, большим недостатком является то, что экстерриториальная юрисдикция в отношении гражданских исков гораздо реже применяется и носит значительно более ограниченный характер, чем в отношении уголовных преступлений, а это означает, что за исключением случаев, когда гражданский процесс имеет место в стране, где произошло предполагаемое противоправное деяние, можно будет с трудом найти суд, обладающий соответствующей юрисдикцией<sup>86</sup>.

Возьмем два дела, которые на сегодняшний день, были открыты против ЧВК/ЧОК, среди прочего, за предполагаемые нарушения международного гуманитарного права. На самом деле речь идет о гражданских исках, возбужденных на основании Закона США о правонарушениях в отношении иностранных граждан. Этот закон наделяет окружные суды США юрисдикцией в отношении «любого иска иностранца исключительно по поводу гражданского правонарушения, совершенного в нарушение международного права или договора, участником которого являются США»<sup>87</sup>.

85 По этому вопросу см., например, Jennifer Zerk, «Common law tort liability for corporate participation in international crimes», a paper prepared for the International Commission of Jurists' Expert Legal Panel on Corporate Complicity, 15 September 2006; and Craig Scott (ed.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Tort Litigation*, 2001.

86 См. дискуссию в августе 2005 г. на Встрече экспертов, посвященной этой теме: Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, примечание 12, выше, pp. 58 et seq.

87 USC, No. 28, para. 1350. Подробности см. в примечании 39, выше.

Это нехарактерно широкая база для гражданской юрисдикции, применимой к потенциально очень объемному классу нарушений международного права, в том числе совершенных за пределами США.

Таким образом, существует множество снований, по которым ЧВК/ЧОК могут быть привлечены к судебной ответственности по национальному праву. В любом случае сотрудники ЧВК/ЧОК, несомненно, связаны международным гуманитарным правом, и нарушения, совершенные ими, и даже сообщения о якобы имевших место нарушениях, имеют негативные последствия для компаний. В более широком плане, серьезные правонарушения и даже простые подозрения относительно их совершения могут привести к увеличению страховых взносов и антирекламе, которая особенно нежелательна для компаний, находящихся «на слуху». Не следует забывать и о том, что компании с подмоченной репутацией труднее будет заключить новые контракты с «осмотрительными» клиентами, такими, например, как государства, межправительственные организации и крупные коммерческие предприятия<sup>88</sup>.

Следовательно, ЧВК/ЧОК сами заинтересованы в том, чтобы предпринимать меры по обеспечению соблюдения международного гуманитарного права своими сотрудниками. Ведь от них могут потребоваться соответствующие шаги для того, чтобы избежать заявлений об ответственности руководства в случае совершения любых серьезных нарушений.

Хотя меры, которые компании могут для этого принять, не конкретизированы ни в одном договоре, те шаги, которые предпринимаются государствами для обеспечения соблюдения МГП личным составом своих вооруженных сил, могут дать полезные ориентиры и использоваться по аналогии. По-видимому, существует общее согласие относительно того, что, как минимум, необходимо следующее.

Во-первых, производить проверку персонала, чтобы удостовериться, что среди принятых на работу нет ни одного лица, совершившего нарушения международного гуманитарного права или права прав человека либо связанного с вооруженными силами или известными группами правонарушителей.

Во-вторых, сотрудники должны быть информированы о международном гуманитарном праве. Им нужно пройти общую подготовку в этой области, а также ситуационную и адаптированную к конкретной выполняемой миссии. Компании не могут считать достаточными знания, полученные сотрудниками в прошлом во время службы в армии, поскольку их статус и обязанности как частных подрядчиков существенно отличаются от того, с чем они имели дело раньше.

В-третьих, до сотрудников должны быть доведены постоянно действующие инструкции и правила применения силы, соответствующие

<sup>88</sup> См. об этом Spear, примечание 2, выше, р. 44.

международному гуманитарному праву и применимому местному законодательству и обеспечивающие их соблюдение.

В-четвертых, внутри компаний должны быть созданы механизмы для расследования любых предполагаемых нарушений и обеспечения отчетности, например, путем доведения результатов расследования до компетентных государственных властей для последующего выдвижения обвинений.

При этом ввиду сохраняющейся неопределенности относительно того, как далеко простирается «ответственность начальника» в гражданской компании, и учитывая отсутствие внутренних дисциплинарных механизмов, сравнимых по степени своей разработанности и полноте с армейскими, которые включают военную юстицию, высказывались сомнения в том, что стимулы и инструменты, имеющиеся у ЧВК/ЧОК в плане содействия соблюдению международного гуманитарного права их сотрудниками могут по своей эффективности сравниться с теми, которыми полагают вооруженные силы.

#### Корпоративные кодексы поведения

Наконец, необходимо упомянуть и о добровольно принимаемых кодексах поведения, на которые ссылаются компании и некоторые комментаторы, как если бы они были единственным источником обязанностей для ЧВК/ЧОК.

«Добровольный» подход может быть уместен, когда речь идет об обязанностях, относящихся к правам человека. Так обстоит дело потому, что, за исключением некоторых серьезных нарушений, криминализованных международным правом, таких, например, как пытки, право человека связывает государства и их представителей, но не частные предприятия и отдельных лиц (например, ЧВК/ЧОК и их персонал)<sup>89</sup>.

Их положение по международному гуманитарному праву существенно отличается от этого. Как уже не раз подчеркивалось, сотрудники ЧВК/ЧОК *связаны* этим правом. Соответственно, компании не могут добровольно выбирать, как они и их сотрудники будут себя вести по отношению к тому, что регулируется международным гуманитарным правом. Роль кодексов поведения, принятых отдельными компаниями и торговыми ассоциациями, такими, например, как Британская ассоциация частных охранных компаний или Организация ассоциаций международного мира, должна рассматриваться в этом свете. В отношении вопросов, которые регламентируются международным гуманитарным правом, они могут считаться передовым опытом и положительными примерами обеспечения соблюдения компаниями и их персоналом имеющихся обязанностей по международному гуманитарному праву, но ЧВК/ЧОК не должны усматри-

89 Gillard, выше, примечание 84, p. 115. Другую точку зрения см. в Clapham, примечание 68, выше.

вать в них возможность заявить в необязательной и, как правило, крайне расплывчатой форме, как они собираются себя вести.

## **Обязанности государств, нанимающих ЧВК/ЧОК**

В дискуссиях о правовых рамках, применимых к ЧВК/ЧОК, нередко обходят вниманием тот факт, что когда компании нанимаются государствами, на последние возлагаются серьезные обязанности в дополнение к тем, которые несут сотрудники ЧВК/ЧОК. Они обсуждались выше. В таких обстоятельствах государствам принадлежит важная роль в обеспечении соблюдения международного гуманитарного права.

В то время как некоторые аспекты последствий этой параллельной ответственности явным образом закреплены в договорах по международному гуманитарному праву, соответствующие положения, как правило, выступают как конкретное выражение общих норм, относящихся к ответственности государств по общему международному публичному праву за действия своих представителей<sup>90</sup>.

*Нанимая ЧВК/ЧОК, государства не могут освободить себя от обязанностей по международному гуманитарному праву*

Как правило, международное гуманитарное право не препятствует тому, чтобы государства нанимали ЧВК/ЧОК для осуществления определенной деятельности. Однако ясно, что, поступая таким образом, они продолжают нести обязанности, предусмотренные этим правом. Несоблюдение компанией обязанностей, возложенных на государство, не освобождает последнее от ответственности за следование стандартам, установленным соответствующими договорами.

Женевские конвенции III и IV содержат мало исключений из этого общего правила, так как требуют, чтобы лагеря военнопленных и места для интернирования покровительствуемых лиц были поставлены «под непосредственное начало ответственного офицера, принадлежащего к регулярным вооруженным силам державшей в плену державы» или «офицера или ответственного должностного лица из состава регулярных вооруженных сил или кадров гражданской администрации державы, во власти которой находятся интернированные»<sup>91</sup>. Однако при сохранении общего контроля и ответственности ничто не препятствует тому, чтобы государство наняло ЧВК/ЧОК для обслуживания таких мест содержания под стражей.

Так что, например, в случае, если компания нанята для обслуживания лагеря для военнопленных, держащее в плену государство должно обес-

90 Многие из этих принципов также применяются по аналогии к обязанностям в сфере прав человека. См., например, Droege, примечание 13, выше, and Hampson, примечание 13, выше.

91 Женевская конвенция III, статья 39, и Женевская конвенция IV, статья 99.



печить соблюдение стандартов интернирования и обращения, установленных Женевской конвенцией III и не может уклониться от ответственности, утверждая, что оно наняло ЧВК/ЧОК для обслуживания лагеря<sup>92</sup>.

При этом государства могут по целому ряду причин пожелать ограничить виды деятельности, которые могут осуществляться компаниями. Такие ограничения могут практиковаться в порядке *ad hoc* или основываться на правилах, в которых официально устанавливаются пределы разрешенного аутсорсинга. Например, министерство обороны США, которое широко использует услуги частного сектора, недавно приняло инструкцию, в которой указывает, среди прочего, какие виды деятельности могут стать предметом аутсорсинга, а какие должны осуществляться только личным составом вооруженных сил или гражданскими служащими Министерства обороны<sup>93</sup>. Это правило исходит из посылки, которая основывается на общем административном законодательстве США и на основании которой функции и задачи, являющиеся «по своей сути правительственными», не могут быть отданы на откуп сторонним подрядчикам и могут выполняться исключительно гражданскими и военными сотрудниками Министерства обороны<sup>94</sup>.

Не вдаваясь в детали этой инструкции, следует тем не менее подробнее остановиться на подходе к некоторым видам деятельности, напрямую касающихся международного гуманитарного права. «Оперативный контроль военных сил» является по своей сути правительственной функцией<sup>95</sup>, равно как и «боевые операции», откуда следует, что только личный состав вооруженных сил может принимать непосредственное участие в военных действиях<sup>96</sup>. Однако предоставление «технических консультаций и обслуживание систем оружия или другая вспомогательная деятельность, не предоставляющая большой свободы действий и осуществляемая в под-

92 См., например, статью 12 (1) Женевской конвенции III, которая гласит: «Военнопленные находятся во власти неприятельской державы, но не отдельных лиц или воинских частей, взявших их в плен. Независимо от ответственности, которая может пасть на отдельных лиц, держащая в плену держава несет ответственность за обращение с военнопленными».

93 US Department of Defense Instruction No. 1100.22, примечание 35, выше.

94 Ibid., para. 4.1. Это также явным образом обозначено в Инструкции министерства обороны США No. 3020.41, выше, примечание 35. В общем виде, согласно Инструкции No. 1100.22, «по своей сути правительственные» функции включают в себя: «деятельность, в ходе которой требуется либо свобода в принятии решений при осуществлении властных функций от имени Федерального правительства, либо вынесение оценочных суждений при принятии решений от имени Федерального правительства».

95 US Department of Defense Instruction No. 1100.22, Enclosure 2, Manpower Mix Criteria, para. E2.1.1.

96 Ibid., paras. E2.1.3 and E2.1.3.3. В качестве основания для этого называется то, что: «только военные силы имеют соответствующие полномочия и средства контроля (право принимать окончательные решения [Унифицированный военный кодекс], обычные и дискреционные полномочия), обладают дисциплиной, оружием, снаряжением, подготовленностью и организацией, необходимыми для выполнения боевых задач от имени США. Если военные операции велись бы подрядчиками из частного сектора, это стало бы ненадлежащим отказом правительства США от своих суверенных полномочий».

держку боевых операций», исключены из перечня таких функций и могут, следовательно, быть доверены частному сектору<sup>97</sup>.

Охрана ресурсов (лиц, информации, снаряжения и запасов) в зонах с враждебным окружением является «по своей сути, правительственной функцией», если это «связано с непредсказуемыми международными и представляющими высокую степень риска ситуациями, когда успех зависит от управления операциями»<sup>98</sup>. Сюда входят, например, ситуации, требующие демонстрации военной силы, или деятельность по непосредственной поддержке боевых действий (например, регулирование движения на поле боя и обеспечение безопасности в районе проведения операции), или действия против «военной или военизированной организации с настолько высоким потенциалом, что только военные силы могут обеспечить надлежащую защиту»<sup>99</sup>. С другой стороны, частный сектор может предоставлять охранные услуги, которые не требуют «большой свободы в принятии решений, например, осуществлять физическую охрану зданий внутри безопасных периметров в зонах с враждебным окружением»<sup>100</sup>.

Наконец, обращение с военнопленными, гражданскими интернированными и другими лицами, лишенными свободы, их перевод, содержание под стражей и допросы являются по своей сути правительственными функциями<sup>101</sup>. Там, где обеспечен надлежащий уровень безопасности, «должным образом подготовленные и проинструктированные подрядчики» могут использоваться как лингвисты, переводчики и составители отчетов, при условии, что «их работа будет должным образом контролироваться достаточным числом прошедших надлежащую подготовку правительственных должностных лиц»<sup>102</sup>.

Среди этой обширной категории операций специально выделяются, во-первых, «управление разведывательными операциями и контроль над ними в зонах с враждебным окружением», являющиеся по своей сути правительственными функциями. Однако в них могут использоваться прошедшие соответствующую подготовку контрактники для составления планов допросов и проведения одобренных правительством допросов при наличии надлежащего контроля и тщательного мониторинга<sup>103</sup>. Во-вторых, есть ссылка на «управление местами содержания под стражей и контроль за ними». Речь

97 Ibid., para. E2.1.3.3.2. Также «по своей сути правительственными являются полномочия по применению Унифицированного военного кодекса», то есть арест и содержание под стражей лиц из состава вооруженных сил и гражданских лиц, следующих за вооруженными силами во время объявленной войны в связи с предполагаемыми нарушениями Унифицированного военного кодекса (para. E2.1.2.1); и воинской дисциплины и решений, принятых на основе дискреционных полномочий (para. E2.1.2.2).

98 Ibid., para. E2.1.4.1.

99 Ibid., paras. E2.1.4.1.2 and E2.1.4.1.3.

100 Ibid., paras. E2.1.4.1.5 and E2.1.4.1.5.1.

101 Ibid., para. E.2.1.6.

102 Ibid.

103 Ibid., para. E.2.1.6.2.

идет о местах, где содержатся военнопленные, гражданские интернированные лица и другие лица, лишённые свободы, в зонах проведения операций. Эта деятельность должна осуществляться военным персоналом<sup>104</sup>.

*Государства обязаны обеспечить соблюдение международного гуманитарного права нанятыми ими ЧВК/ЧОК*

В общей статье 1 Женевских конвенций государства берут на себя обязательство соблюдать и заставлять соблюдать международное гуманитарное право<sup>105</sup>. Один из аспектов этого обязательства обеспечивать соблюдение международного гуманитарного права заключается в требованиях, чтобы государства приняли необходимые меры к тому, чтобы их вооружённые силы соблюдали это право. Они могут это сделать посредством принятия подготовительных мер, в том числе распространения знаний о международном гуманитарном праве среди личного состава своих вооружённых сил, а также контролируя имплементацию их обязательств, например, путем мониторинга исполнения приказов и указаний, отданных военным властям<sup>106</sup>. В той степени, в какой персонал ЧВК/ЧОК может рассматриваться как личный состав вооружённых сил на основе проведенного нами анализа, они тоже должны быть охвачены подобными мерами.

Данная обязанность распространяется не только на личный состав вооружённых сил государства, но и на других лиц, действующих под его руководством и контролем. Естественно, в эту категорию могут быть включены сотрудники ЧВК/ЧОК, нанятые государством и не принадлежащие к личному составу его вооружённых сил.

Какие шаги может предпринять государство во исполнение своей обязанности обеспечить соблюдение международного гуманитарного права? В договорах прописаны конкретные меры, которые должны быть приняты в отношении лиц, не входящих в состав вооружённых сил. Другие шаги могут быть предложены по аналогии с тем, что должно делаться в отношении вооружённых сил.

Во-первых, предварительным условием соблюдения права является его знание. Поэтому сотрудники ЧВК/ЧОК, нанятые государствами, должны пройти соответствующую подготовку по международному гуманитарному праву<sup>107</sup>. В самом деле, таково официальное требование Женев-

104 Ibid., para. E.2.1.6.4.

105 Эта обязанность подтверждается в статье 1(1) Дополнительного протокола I.

106 Commentary: Third Geneva Convention, above note 27, p. 18; and Commentary: Additional Protocols, примечание 58, выше, para. 41.

107 Статья 87(2) Дополнительного протокола I требует, чтобы командиры в пределах возложенной на них ответственности принимали меры к тому, чтобы лица из состава подчинённых им вооружённых сил были осведомлены об обязанностях, налагаемых на них Конвенциями и настоящим Протоколом. Персонал ЧВК/ЧОК, который может рассматриваться как личный состав вооружённых сил, несомненно, подпадает под действие этого положения.

ских конвенций, в отношении лиц, выполняющих определенные функции, связанные в первую очередь с военнопленными<sup>108</sup> и покровительствуемыми лицами по Женевской конвенции IV<sup>109</sup>.

Подготовка по гуманитарному праву, несомненно, является обязательной для тех, кто несет ответственность за лиц, находящихся под защитой этого права, а вот вопрос о том, кто должен их готовить, оставлен в Конвенциях без ответа. Соответственно, когда ЧВК/ЧОК нанимаются государствами, необходимую подготовку может взять на себя клиент либо требование, касающееся подготовки, должно быть включено в контракт, и компания сама обеспечивает его исполнение. Так, в Директиве министерства обороны США 2006 г. принят второй подход, требующий от контрактованных министерством обороны фирм, чтобы «они вменили подрядчикам в обязанность составить и реализовать эффективные программы по предупреждению нарушений права войны их служащими и субподрядчиками, в том числе программы подготовки по праву войны и распространению знаний о нем»<sup>110</sup>.

Во-вторых, сотрудникам ЧВК/ЧОК должны быть даны инструкции, соответствующие их обязанностям по международному гуманитарному праву<sup>111</sup>. Государство, нанимающее ЧВК/ЧОК, должно либо само снабдить их «правилами применения силы» и «постоянно действующими инструкциями», либо потребовать, чтобы фирмы самостоятельно их разработали.

В-третьих, чтобы обеспечить выполнение отданных им указаний, нанимающее государство должно осуществлять в той или иной форме мониторинг качества ведения деятельности, доверенной ЧВК/ЧОК. Одной из

108 Статья 127 Женевской конвенции III гласит: «Военные и *другие власти*, которые во время войны несут ответственность за военнопленных, должны иметь текст Конвенции и быть специально ознакомлены с ее положениями» (курсив автора). Следует упомянуть и статью 39 Конвенции, которая требует, чтобы офицер, под началом которого находится лагерь для военнопленных, имел текст настоящей Конвенции и следил за тем, чтобы ее положения были известны всему персоналу лагеря. Такой персонал, очевидно, может состоять из сотрудников ЧВК/ЧОК.

109 Статья 144 Женевской конвенции IV гласит: «Гражданские, военные, полицейские и *другие власти*, которые во время войны несут ответственность за покровительствуемых лиц, должны иметь текст Конвенции и быть специально ознакомлены с ее положениями» (курсив автора). К данному вопросу имеет отношение и статья 99 Конвенции, которая предусматривает, что: «Надзирательский персонал [места интернирования] должен быть ознакомлен с положениями настоящей Конвенции, а также с правилами, касающимися ее применения». Более общее требование относительно подготовки содержится в статье 83(2) Дополнительного протокола I, которая, в частности, гласит: «Любые военные или гражданские власти, которые во время вооруженных конфликтов принимают на себя ответственность в отношении применения Конвенций [Женевских конвенций] и [Первого дополнительного] Протокола, должны быть полностью ознакомлены с их текстами».

110 «DoD Law of War Program», US Department of Defense Directive Number 2311.01E, 9 May 2006; para. 5.7.4.

111 Статья 80(2) Дополнительного протокола I требует, чтобы государства отдавали приказы и распоряжения с целью обеспечения соблюдения Конвенций и настоящего Протокола и осуществляли контроль за их выполнением.

целей такого надзора является быстрое расследование любых заявлений о якобы имевших место противоправных деяниях, как того требует обязательство обеспечить соблюдение международного гуманитарного права<sup>112</sup>.

В качестве примера из этой области можно еще раз привести уже упоминавшуюся Директиву министерства обороны США, требующую чтобы все военнослужащие и гражданские сотрудники, а также персонал подрядчиков и субподрядчиков, прикомандированный к одному из подразделений министерства обороны или следующий за ним, докладывали о любых возможных, подозреваемых или предполагаемых случаях нарушения международного гуманитарного права для их расследования. Кроме этого, данная обязанность должна быть включена в контракты с компаниями<sup>113</sup>.

*Государства несут ответственность за нарушения международного гуманитарного права, совершенные сотрудниками нанятых ими ЧВК/ЧОК, которые могут быть им приписаны*

Целый ряд различных акторов могут быть привлечены к ответственности за одно и то же нарушение международного гуманитарного права. Помимо индивидуальной уголовной ответственности сотрудников ЧВК/ЧОК за военные преступления и возможной ответственности компании по национальному праву, государство, нанявшее компанию, тоже может быть привлечено к ответственности за нарушение, которое может быть ему приписано<sup>114</sup>.

Нормы общего международного публичного права, касающиеся ответственности государств были заново сформулированы Комиссией международного права в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния (2001 г.)<sup>115</sup>. Для целей настоящей

112 Ibid. В дополнение к этому статья 87(1) требует, чтобы командиры не допускали нарушений Женевских конвенций и настоящего Дополнительного протокола I и, в случае необходимости, пресекали эти нарушения и уведомляли о них компетентные власти. Это требование касается лиц, входящих в состав подчиненных им вооруженных сил, «и других лиц, находящихся в их подчинении». Это словосочетание толковалось очень широко как включающее, например, гражданское население оккупированной территории. (Commentary: Additional Protocols, above note 58, para. 3555.) По-видимому, нет оснований не распространять действие этого положения и на сотрудников ЧВК/ЧОК, нанятых вооруженными силами или в какой-либо иной форме находящихся под их контролем, даже если они официально не входят в систему командования и контроля.

113 US Department of Defense Directive No. 2311.01E, примечание 35, выше, para. 6.3.

114 В то время как индивидуальная уголовная ответственность существует на международном уровне только в связи с военными преступлениями и некоторыми серьезными нарушениями прав человека, государства могут нести ответственность за *любое* нарушение международного права.

115 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, and Commentaries thereto, «Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session (2001)», Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10, (UN Doc A/56/10) Chapter IV.E.1. Обсуждаемый проект статей получил широкое признание и отражает обычное право по данному вопросу.

статьи особое значение имеют проекты статей 4, 5, 7 и 8, устанавливающие некоторые основания приписывания противоправного деяния государству.

Поскольку подробный анализ правил приписывания того или иного поведения государству выходит за рамки предмета настоящей статьи, мы ограничимся некоторыми замечаниями общего характера. На вопрос о том, может ли государство нести ответственность за нарушения международного гуманитарного права, совершенные сотрудниками нанятой им ЧВК/ЧОК, не может быть дан единый и легкий для понимания ответ. Он будет зависеть в основном от статуса соответствующих лиц, устанавливаемого на основе осуществляемой ими деятельности<sup>116</sup>.

Если они могут рассматриваться как личный состав вооруженных сил государства на описанных выше основаниях, действия сотрудников ЧВК/ЧОК будут считаться действиями «органа» государства и, следовательно, будут отнесены на счет нанявшего их государства в соответствии со статьей 4(1), которая гласит:

«Поведение любого органа государства рассматривается как деяние данного государства по международному праву независимо от того, осуществляет ли этот орган законодательные, исполнительные, судебные или какие-либо иные функции, независимо от положения, которое он занимает в системе государства, и независимо от того, является ли он органом центральной власти или административно-территориальной единицы государства»<sup>117</sup>.

Ответственность государства за нарушения международного гуманитарного права, совершенные сотрудниками ЧВК/ЧОК, не принадлежащими к личному составу вооруженных сил (то есть являющимися гражданскими лицами, следующими за вооруженными силами или «обычными» гражданскими лицами) установить труднее. Одним из возможных оснований может стать проект статьи 5, которая касается поведения лиц или образований, осуществляющих элементы государственной власти. Она гласит:

116 Основания и объем ответственности государства за ЧВК/ЧОК стали предметом широкого обсуждения на встрече экспертов 2005 г. в Женеве. См. Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, примечание 12, выше.

117 В Комментариях к этому проекту сказано, что в целях атрибуции не проводится различия между должностными лицами «начальниками» и «подчиненными». Иначе говоря, тот факт, что сотрудники ЧВК/ЧОК вряд ли будут занимать руководящие посты в вооруженных силах, не является препятствием для ответственности государства. (Commentaries on the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, примечание 115, выше, p. 87).

«Поведение лица или образования, не являющегося органом государства в соответствии со статьей 4, но уполномоченного по законам этого государства осуществлять элементы государственной власти, рассматривается как деяние этого государства по международному праву при условии, что в данном случае это лицо или образование действует в этом качестве».

На первый взгляд, может показаться, что данное положение применимо к значительной части деятельности ЧВК/ЧОК, относящейся к сфере применения международного гуманитарного права, поскольку действия, являющиеся боевыми операциями, интуитивно воспринимаются как «осуществление элементов государственной власти»<sup>118</sup>. Однако требование, согласно которому указанное образование должно быть «уполномочено по законам этого государства» существенно сужает сферу применения данного положения. Комментарий ясно показывает, что статья 5 применяется только к поведению образований, «уполномоченных в соответствии с внутренним законодательством осуществлять элементы государственной власти». В этом и заключается их отличие от образований, действующих, если рассматривать их случай в более общем виде, под управлением и контролем государства.

Наличия контракта между государством и компанией, очевидно, не достаточно само по себе для того, чтобы последняя оказалась в сфере применения данного положения. При этом нет ясности относительно того, насколько конкретным должно быть внутреннее законодательство. Должны ли быть конкретно указаны делегированные функции и порядок их выполнения? Должна ли быть поименована конкретная компания или достаточно будет установить критерии, которым должны удовлетворять компании для того, чтобы им было разрешено осуществлять соответствующую деятельность? Достаточно ли будет документов, устанавливающих типы деятельности, которые могут быть доверены подрядчикам, а также содержащих общие руководящие принципы, касающиеся порядка работы и надзора, аналогичных упоминавшимся выше директивам министерства обороны США для подрядчиков и смешанной рабочей силы? По этой позиции остаются вопросы.

118 Комментарий к проекту статьи 5 приводит в качестве примеров использование частных охранных фирм для охраны тюрем, которые в этом качестве будут осуществлять элементы государственной власти, такие, например, как содержание под стражей или поддержание дисциплины на основании судебного приговора или правил внутреннего распорядка пенитенциарного учреждения, а также авиакомпанию, которая доверила таким сотрудникам осуществление иммиграционного контроля или карантина. (Commentaries on the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, above note 115, p. 92.) Деятельность, которая может рассматриваться как «осуществление элементов государственной власти» стала предметом оживленной дискуссии на Встрече экспертов. Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, примечание 12, выше, pp. 16–18.

Наконец, последним основанием для атрибуции ответственности является проект статьи 8, которая касается поведения под руководством и контролем государства и гласит:

«Поведение лица или группы лиц рассматривается как деяние государства по международному праву, если это лицо или группа лиц фактически действует по указаниям или под руководством или контролем этого государства при осуществлении такого поведения»

На первый взгляд и это положение кажется применимым к положению многих ЧВК/ЧОК, поскольку при условии, что контракт будет достаточно детализированным, он сможет рассматриваться как своего рода «указания» или как достаточное основание для того, чтобы поставить компанию «под управление и контроль» нанимающего государства. Однако, как и в случае со статьей 5, более внимательное прочтение показывает, что сфера применения данного положения очень узка. Из его формулировки («при осуществлении такого поведения») и из Комментария ясно, что данное положение не охватывает противоправные деяния, совершенные в то время, когда компания действует по указаниям и под контролем государства. Наоборот, «указания, руководство и контроль должны относиться к поведению, которое, как предполагается, составляет международно-противоправное деяние»<sup>119</sup>. Согласно проекту статьи 8 ответственность государства возникает только в том случае, если оно дало указание компании нарушать международное гуманитарное право, но не тогда, когда оно наняло ЧВК/ЧОК для осуществления законной деятельности, а сотрудники компании в ходе выполнения контракта совершили противоправные деяния.

В проекте статьи 7 излагается общая позиция, согласно которой государство несет ответственность за все нарушения международного права, совершенные его органами или лицами, уполномоченными осуществлять элементы государственной власти, когда они выступают в официальном качестве, в том числе когда они действуют *ultra vires*<sup>120</sup>. Однако такая общая ответственность не возникает в связи с действиями *ultra vires*, совершенными лицами, действующими по указаниям, под управлением и контролем государства.

В свете этого ответственность государства никоим образом не наступает автоматически в случае нарушений международного гуманитарного права сотрудниками нанятой им компании. Однако ситуации, в которых действия подрядчиков не могут быть приписаны государству, все равно

119 Commentaries on the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, примечание 115, выше, p. 108.

120 Статья 91 Дополнительного протокола I специально подтверждает эту позицию в отношении нарушений международного гуманитарного права, совершенных лицами из состава вооруженных сил.



могут иметь следствием прямую ответственность государства за его собственные правонарушения. Эта ответственность может возникнуть потому, что государство не выполнило своих обязательств по международному гуманитарному праву или не приняло необходимые меры для обеспечения его соблюдения.

Наконец, как и в случае с индивидуальной уголовной ответственностью за военные преступления, такая ответственность государств четко зафиксирована в праве, но нередко оказывается трудно применимой на практике. Подобные дела редко рассматриваются в международных трибуналах, в частности потому, что трудно найти суд, наделенный необходимой юрисдикцией, а рассмотрению дел в национальных судах нередко мешают ссылки на суверенный иммунитет и несамоисполнимый характер международного гуманитарного права в некоторых странах.

### Ответственность начальника

В дополнение к потенциальной ответственности государства нарушения международного гуманитарного права, совершенные сотрудниками ЧВК/ЧОК, нанятых государствами, могут также стать основанием для привлечения к ответственности командиров вооруженных сил и должностных лиц государства на основании ответственности начальника.

Это понятие обсуждалось выше в связи с возможной ответственностью менеджеров компании и ее высшего руководства за действия сотрудников. При условии, что действия подчиненных надлежащим образом контролируются (при этом необходимо напомнить, что ответственность, как правило, ограничивается непосредственными начальниками, несущими личную ответственность за подчиненных, находящихся под их контролем), ответственность теоретически может возникнуть как для военного командира, если компания была нанята для оказания помощи вооруженным силам, так и для гражданского должностного лица государства в других ситуациях. Однако, за исключением случаев, когда сотрудники ЧВК/ЧОК могут рассматриваться как личный состав вооруженных сил и ответственность командира возникает обычным путем, персонал ЧВК/ЧОК чаще всего получает инструкции от менеджеров компании, а не от военнослужащих или офицеров вооруженных сил нанявшего их государства. К тому же обязанность поддерживать дисциплину среди своих сотрудников, как правило, возлагается на компании<sup>121</sup>. Поэтому маловероятна ситуация, в которой представители государства осуществляли бы над

121 Инструкция министерства обороны США для подрядчиков явным образом возлагает на подрядчиков ответственность за обеспечение соблюдения условий контракта их сотрудниками и их подчинение приказам по району операций, применимым инструкциям, законам и правилам. Они также ответственны за поддержание дисциплины среди сотрудников. US Department of Defense Instruction No. 3020.41, примечание 35, выше, para. 6.3.3.

действиями сотрудников ЧВК/ЧОК контроль, достаточный для возникновения ответственности начальника.

*Государства должны проводить расследования и, если для этого есть основания, привлечь к суду сотрудников нанятых им ЧВК/ЧОК, предположительно совершивших военные преступления*

Как указывалось выше, Женевские конвенции требуют, чтобы государства принимали необходимые меры для пресечения любых действий, нарушающих Конвенции, для розыска, предания своим судам или экстрадиции лиц, подозреваемых в совершении серьезных нарушений. Эта обязанность касается всех лиц и *a fortiori* лиц, нанятых государством. Поэтому государства должны обеспечить наличие соответствующих механизмов и необходимого законодательства для того, чтобы проводить расследования и, если на то будут основания, подвергать судебному преследованию сотрудников нанятых им ЧВК/ЧОК за любые совершенные ими серьезные нарушения международного гуманитарного права.

## **Обязанности и роль других государств**

В предыдущем разделе рассматривались обязанности государств, нанимающих ЧВК/ЧОК. На них возлагается непосредственная и четко определенная ответственность. Однако и другим государствам принадлежит определенная роль в содействии соблюдению международного гуманитарного права персоналом ЧВК/ЧОК, действующим в ситуациях вооруженного конфликта.

### **Обязанность пресекать серьезные нарушения**

Как подчеркивалось выше, все государства обязаны разыскивать, предавать суду и выдавать лиц, подозреваемых в совершении военных преступлений. Поэтому на все государства возлагается и обязанность предавать суду сотрудников ЧВК/ЧОК, предположительно совершивших серьезные нарушения международного гуманитарного права.

Очевидно, что соответствующие дела целесообразнее рассматривать в одних государствах, чем в других в силу наличия у первых связи с нарушением. Среди них в первую очередь можно назвать государства, на территории которых имели место предполагаемые противоправные деяния; государство гражданской принадлежности пострадавших или государства, где они находятся; государства гражданской принадлежности предполагаемых правонарушителей; а также, возможно, государства принадлежности компании, служащими которой они являются. При условии, что их суды обладают достаточно широкой базой для осуществления своей юрисдикции, ничто не препятствует проведению судебных процессов другими государствами.

## Выполнение обязанности «обеспечивать соблюдение» международного гуманитарного права

Согласно статье 1, общей для всех Женевских конвенций, государства-участники приняли на себя обязательство соблюдать и заставлять соблюдать международное гуманитарное право. Этот аспект «заставлять соблюдать» данного положения толковался широко. Он, естественно, требует от государств принятия мер для обеспечения соблюдения этого права вооруженными силами и всеми лицами, действующими от имени этих государств. Это положение также понималось и как обязанность всех государств пытаться повлиять на поведение всех сторон в вооруженном конфликте, чтобы содействовать соблюдению права<sup>122</sup>.

Некоторые государства располагают особо большими возможностями в плане содействия соблюдению международного гуманитарного права ЧВК/ЧОК, действующими в ситуациях вооруженного конфликта. В дополнение к государству, нанявшего компанию, четко определенные обязанности которого уже обсуждались, сюда же можно отнести государства, на территории которых действуют компании, государств принадлежности компаний и, хотя и в меньшей степени, государства гражданской принадлежности сотрудников.

В договорах не уточняется, каким образом должна выполняться обязанность «заставлять соблюдать». Наиболее распространенный подход заключается в том, что государства, не вовлеченные в вооруженный конфликт, должны предпринимать шаги по дипломатическим каналам, чтобы напомнить воюющим об их обязанностях<sup>123</sup>. Существует и много других возможностей.

Один из возможных вариантов для государств, на территории которых действуют ЧВК/ЧОК, и для государства их принадлежности может состоять в принятии какого-либо регламентирующего документа. Помимо содействия соблюдению международного гуманитарного права посредством включения в контракт, например, положения о подготовке персонала, такой подход позволил бы государствам решать ряд других проблем, встающих в связи с деятельностью ЧВК/ЧОК, таких как недостаток прозрачности и установление четких ограничений на виды деятельности, которыми может заниматься частный сектор. Можно было бы привести и много других примеров. Действительно, регламентирование на нацио-

122 См., например, Commentary: Third Geneva Convention, примечание 27, выше, р. 17, и Commentary: Additional Protocols, примечание 58, выше, paras. 41 et seq. При этом высказывались сомнения в том, что такое толкование рассматривалось составителями конвенций. См., например, Frits Kalshoven, «The undertaking to respect and ensure respect in all circumstances: From tiny seed to ripening fruit», Yearbook of International Humanitarian Law, Vol. 2, 1999, p. 3.

123 См., например, «Обычное международное гуманитарное право», примечание 66, выше, Том I: Нормы, норма 144.

нальном уровне — решение, в пользу которого высказываются многие комментаторы<sup>124</sup>.

Здесь мы ограничимся кратким обзором возможных ключевых элементов возможных нормативно-правовых подходов, поскольку детальное их рассмотрение выходит за рамки предмета настоящей статьи.

### *Роль государств, на территории которых действуют ЧВК/ЧОК*

Государства, на территории которых действуют ЧВК/ЧОК, не обязательно их наняли. Они могут «принимать» и ЧВК/ЧОК, нанятые другими клиентами. Например, в Ираке в настоящее время работают компании, нанятые США, то есть стороной в конфликте, третьими государствами, не вовлеченными в военные действия, частными компаниями, межправительственными и неправительственными организациями.

Такие принимающие государства особо заинтересованы в осуществлении контроля над этими нередко вооруженными акторами, которые действуют на их территории. Как указывалось выше, в настоящее время только два государства имеют нормативно-правовую базу, регламентирующую деятельность ЧВК/ЧОК. Это — Сьерра-Леоне и Ирак<sup>125</sup>. Афганистан тоже готовится принять аналогичные меры.

Проще говоря, такая система могла бы заставить компании, желающие предоставлять охранные или военные услуги, получить на это лицензию. Для этого компания должна соответствовать определенным критериям и, чтобы обеспечить соблюдение международного гуманитарного права, удовлетворять требованиям, касающимся проверки сотрудников, их подготовки по международному гуманитарному праву, принять постоянно действующие инструкции и правила применения силы, соответствующие обязанностям по этому праву, установить внутренние механизмы расследования предполагаемых правонарушений и передавать результаты компетентным властям для дальнейшего расследования<sup>126</sup>.

124 См., например, Schreier and Caparini, примечание 2, выше, и Holmqvist, примечание 2, выше. Принять нормативно-правовую базу рекомендовал и специальный докладчик ООН по вопросу о пытках. Он призвал государства «ввести в действие законодательство для контроля и мониторинга деятельности частных компаний, предоставляющих военные, охранные и полицейские услуги, чтобы удостовериться, что они не содействуют пыткам и сами их не практикуют. Компании и отдельные лица, предоставляющие такие услуги, должны проходить регистрацию и ежегодно представлять подробные отчеты о своей работе. Любой трансграничный перевод персонала или курс подготовки должны предварительно согласовываться с правительством, которое должно давать свое согласие только на основе известных общественности критериев, основанных на стандартах права прав человека и международного гуманитарного права». Report of the Special Rapporteur on the question of torture, Theo van Bowen, 15 December 2004, UN Doc E/CN.4/2005/62, para 37(h).

125 CPA Memorandum 17: Registration Requirements for Private Security Companies, 26 June 2004, and Section 19 of Sierra Leone's 2002 National Security and Central Intelligence Act.

126 Этот вопрос не затрагивается ни в Меморандуме 17 Временной коалиционной администрации (ВКА) Ирака, ни в Законе Сьерра-Леоне.

Безусловно, нормативно-правовая база должна охватывать множество других аспектов операций ЧВК/ЧОК, в том числе виды деятельности, которые могут быть доверены частному сектору<sup>127</sup>, и типы оружия, которые могут использоваться<sup>128</sup>. Возможны единовременная выдача лицензии на ведение определенной деятельности или разрешение на каждый контракт либо уведомление и регистрация всех сотрудников. Наконец, государство, на территории которого действуют ЧВК/ЧОК, может ввести в действие механизмы надзора за деятельностью компаний, а также санкции за работу без лицензии или в нарушение последней (изъятие лицензии, разрыв контракта, наложение штрафа или уголовные санкции). Для целей прозрачности можно предусмотреть ежегодное представление парламенту отчета об имплементации нормативно-правовой базы.

### *Роль государства принадлежности ЧВК/ЧОК*

Нормативно-правовая база должна также позволить государству принадлежности ЧВК/ЧОК осуществлять определенный контроль и надзор за деятельностью его компаний за границей. В настоящее время ЮАР является единственным государством, принявшим специальный закон о деятельности ее компаний и граждан за границей<sup>129</sup>. Очень немногие страны решают вопросы предоставления военных и охранных услуг за границей в рамках законодательства о контроле над экспортом вооружений<sup>130</sup>. Великобритания, являющаяся государством принадлежности большого числа ЧВК/ЧОК, одно время рассматривала возможность принятия подобной нормативно-правовой базы<sup>131</sup>.

Базовые элементы нормативно-правовой базы могут включать в себя требование лицензии на ведение определенной деятельности, кото-

127 Раздел 9 Меморандума ВКА предусматривает что «роль ЧОК в первую очередь состоит в сдерживании. Ни ЧОК, ни их сотрудники не могут выполнять функции правоохранительных органов».

128 См., например, раздел 6 Меморандума ВКА.

129 Закон 1998 г. о регламентации военной помощи иностранным государствам (Regulation of Foreign Military Assistance Act (FMAA)). В закон был внесен целый ряд поправок. Их вступление в силу ожидается в 2007 г. См. об этом законе Raenette Talijsaard, «Implementing South Africa's Regulation of Foreign Military Assistance Act» in Alan Bryden and Marina Caparini (eds.), *Private Actors and Security Governance*, 2006, pp. 176 et seq.

130 См., например, Закон США о торговле оружием. См. об этом Schreier and Caparini, примечание 2, выше, pp. 104 et seq.

131 См., например, *Private Military Companies: Options for Regulation*, Foreign and Commonwealth Office, HC 577, 2002. On this Green Paper and subsequent developments in the UK, see e.g., Christopher Kinsey, «Regulation and control of private military companies: The legislative dimension», *Contemporary Security Policy*, Vol. 26(1), 2005, p. 1; Elke Krahnemann, «Private military services in the UK and Germany: Between partnership and regulation», *European Security*, Vol. 14(2), 2005, p. 277; and Walker and Whyte, примечание 8, выше.

рая выдавалась бы только компаниям, удовлетворяющим стандартам, аналогичным тем, которые рассматривались для государств, на территории которых действуют ЧВК/ЧОК, в том числе и в плане содействия соблюдению международного гуманитарного права.

В дополнение к этому можно потребовать от компаний получение одобрения на каждую операцию. Критерии выдачи или невыдачи разрешения могли бы быть аналогичными тем, которые регулируют передачу оружия, и включать, в частности, оценку того, не скажется ли отрицательно данная операция на соблюдении международного гуманитарного права<sup>132</sup>. Нормативно-правовая база может включать запрещение на ведение определенных видов деятельности (например, непосредственное участие в военных действиях) и устанавливать санкции за работу без необходимых разрешений или в нарушение последних. Представление ежегодных отчетов парламенту об имплементации нормативно-правовой базы также возможно в государствах принадлежности ЧВК/ЧОК.

Разработка основных элементов нормативно-правовой базы не вызывает особых сложностей. Трудность состоит в мониторинге ее соблюдения на практике, поскольку предоставление услуг по определению происходит за границей и, в отличие от экспорта оружия, не связана с физическим перемещением товаров, которое контролируется таможней. Поэтому для успешного функционирования системы нужны контакты и сотрудничество с властями страны, где осуществляется деятельность компаний.

Национальное регулирование может быть дополнено аналогичной системой на региональном уровне. Преимущество такого подхода состояло бы, в частности, в том, что поставило бы региональных партнеров в равное положение. Возможность введения регионального регулирования Европейским Союзом обсуждалась в академических кругах, а может быть, и должностными лицами Союза, но публично этот вопрос не поднимался<sup>133</sup>.

## Наемники?

Подробный анализ статуса наемников по международному праву в наши дни выходит за рамки предмета настоящей статьи. Поэтому мы ограничимся характеристикой их положения в свете международного гуманитарного права и двух специальных конвенций о наемничестве: Конвенции 1977 г. Организации африканского единства о ликвидации наемничества

132 См., например, критерии в 1998 EU Code of Conduct on Arms Transfers (EU Code of Conduct on Armament Exports, 5 June 1998, 8675/2/98 Rev 2).

133 См., например, Elke Krahnemann, «Regulating private military companies: What role for the EU?», *Contemporary Security Policy*, No. 26, 2005, p. 103, and «Regulating military and security services in the European Union», in Bryden and Caparini, примечание 129, выше, p. 190.

в Африке<sup>134</sup> и Международной конвенции ООН 1989 г. о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников<sup>135</sup>.

Цель этих двух специальных договоров состоит в том, чтобы криминализовать как использование наемников, так и участие в военных действиях в качестве наемника. Международное гуманитарное право рассматривает вопрос о наемниках под несколько другим углом зрения. Оно не запрещает использование наемников и не криминализирует их деятельность, а сосредотачивает внимание на их статусе в случае взятия в плен.

## Наемники и международное гуманитарное право

Статья 47 Дополнительного протокола I содержит определение наемников и предусматривает, что лицо, подпадающее под это определение, не имеет права на статус военнопленного в случае взятия в плен<sup>136</sup>.

### *Определение наемника*

Мы не будем рассматривать отдельно каждое из шести условий, сформулированных в статье 47(2), но некоторые аспекты определения все же необходимо выделить. Во-первых, указанные условия должны быть удовлетворены в совокупности. Поэтому на практике это создает трудности в плане соответствия того или иного лица определению наемника<sup>137</sup>.

134 OAU Doc CM/433/Rev.I Annex 1 (1972). Конвенция вступила в силу 22 апреля 1985 г. и к моменту написания настоящей статьи была ратифицирована 27 государствами.

135 United Nations Treaty Series, Vol. 2163, p.75. Эта конвенция вступила в силу 20 октября 2001 г. и к моменту написания настоящей статьи была ратифицирована 28 государствами.

136 Статья 47(2) Дополнительного протокола I определяет наемника как любое лицо, которое: а) специально завербовано на месте или за границей для того, чтобы сражаться в вооруженном конфликте; б) фактически принимает непосредственное участие в военных действиях; в) принимает участие в военных действиях, руководствуясь, главным образом, желанием получить личную выгоду, и которому в действительности обещано стороной или по поручению стороны, находящейся в конфликте, материальное вознаграждение, существенно превышающее вознаграждение, обещанное или выплачиваемое комбатантам такого же ранга и функций, входящим в личный состав вооруженных сил данной стороны; д) не является ни гражданином стороны, находящейся в конфликте, ни лицом, постоянно проживающим на территории, контролируемой стороной, находящейся в конфликте; е) не входит в личный состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте; и ф) не послано государством, которое не является стороной, находящейся в конфликте, для выполнения официальных обязанностей в качестве лица, входящего в состав его вооруженных сил.

137 Дипломатическая конференция по вопросу о подтверждении и развитии международного права, в рамках которой проходили переговоры о Дополнительных переговорах 1977 г., намеренно установила высокий порог, «поскольку определение статуса лица как наемника, вероятно, окажется вопросом жизни или смерти» и некоторые государства пожелали снизить риск того, что в статусе комбатанта или военнопленного будет отказано законным комбатантам. Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974–1977), Vol. XV, Committee III Report, Fourth Session, 17 March — 10 June 1977, CDDH/407/Rev.1, para. 25.

Во-вторых, требование условия (b), согласно которому соответствующее лицо фактически принимает непосредственное участие в военных действиях, существенно сужает сферу применения определения. Многие лица, оказывающие существенную поддержку воюющим и, в принципе, должны были бы рассматриваться как наемники, могут и не осуществлять деятельность, которая по международному гуманитарному праву представляет собой «непосредственное участие в военных действиях». Далее, включение этого словосочетания усложняет определение. Как указывалось выше, понятие «непосредственного участия в военных действиях», хотя и является центральным для международного гуманитарного права, поскольку на его основе определяется, когда гражданское лицо на законных основаниях может стать объектом нападения, само не имеет определения и, как известно, возникают известные трудности с точным установлением его пределов.

Наконец, последнее, но не наименее важное — условие (e), по поводу которого справедливо высказывалось мнение, что оно полностью лишает определение наемника и статью 47 в целом какого бы то ни было практического или юридического значения. Статья 47(2)(e) исключает из определения любое лицо, принадлежащее к личному составу вооруженных сил государства, являющегося стороной в конфликте. Таким образом, просто включив наемников в состав своих вооруженных сил, государство, желающее их использовать, но так, чтобы они не считались наемниками, может это сделать, даже если все остальные условия удовлетворены. Такая возможность, уже рассматривавшаяся на Дипломатической конференции<sup>138</sup>, была использована в 1997 г. Папуа — Новой Гвинеей в отношении сотрудников «Sandline International», которым был придан статус «специальных констеблей»<sup>139</sup>.

Более того, с чисто юридической точки зрения включение условия (e) делает статью 47 избыточной. Лицо, которое не принадлежит к личному составу вооруженных сил государства — или ополчения, или добровольческого отряда, — удовлетворяет условиям статьи 4A(2) Женевской конвенции III и принимает непосредственное участие в военных действиях, является «непривилегированным воюющим» или «незаконным комбатантом» и не имеет права на статус военнопленного в случае взятия в плен. Соответственно, хотя статья 47 вроде бы и создает новую категорию лиц, не имеющих права на статус военнопленного, она просто повторяет суще-

138 См. Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974–1977), Vol. XV, Committee III Report, Third Session, 21 April – 10 June 1976, CDDH/236/Rev.1, para. 102.

139 Agreement for the Provision of Military Assistance between the Independent State of Papua New Guinea and Sandline International, 31 January 1997, available at <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>. По-видимому, аналогичный подход был принят в отношении сотрудников «Executive Outcomes» в Анголе и Сьерра-Леоне в 90-е годы прошлого столетия.



ствующее положение, что дает основание некоторым комментаторам характеризовать эту статью как «нарочито свирепую»<sup>140</sup>. Хотя положение о наемниках было включено в Дополнительный протокол I по политическим соображениям, это никак не изменило действующее право. Единственный вклад статьи 47 в регламентацию статуса наемников — само определение, которое впоследствии было использовано в специализированных конвенциях.

### *Последствия статьи 47 для статуса*

Следствием статьи 47 является то, что она делает лиц, подпадающих под определение наемников, «непривилегированными комбатантами» или «незаконными комбатантами» с теми же правами и обязанностями, что и у любого гражданского лица, которое принимает непосредственное участие в военных действиях<sup>141</sup>.

Что это означает на практике? Комбатанты имеют право участвовать в военных действиях. В случае взятия в плен они имеют право на то, чтобы с ними обращались как с военнопленными, и находятся под защи-

- 140 Geoffrey Best, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflict*, 1980, p. 328. О других недостатках определения см., среди прочего, выступление одного из экспертов на первой встрече экспертов, созванной Комиссией по правам человека в 2001 г. Commission on Human Rights, *The Right of Peoples to Self-determination and its Application to Peoples under Colonial or Alien Domination or Foreign Occupation*, UN Doc E/CN.4/2001/18, 14 February 2001, Annex: Report of the Meeting of Experts on the Traditional and New Forms of Mercenary Activities as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination, Geneva, 29 January — 2 February 2001, para. 24.
- 141 Хотя статья 47 была принята консенсусом на Дипломатической конференции, это был компромиссный текст, вызвавший оживленные споры скорее политического, чем юридического характера. Некоторые государства из числа тех, которые освобождались от колониального господства или стали «жертвами» действий наемников, требовали принятия более жесткого текста, который требовал бы от государств запрещения вербовки, подготовки, сбора и использования наемников, а также чтобы они запретили своим гражданам становиться наемниками — эта позиция была впоследствии воспроизведена в специальных конвенциях. Другие государства не хотели, чтобы Протокол запретил становиться наемником и наемничество, и считали, что даже подход, который был, в конечном счете, принят и был сконцентрирован на статусе, мог на практике ограничить защиту и, соответственно, был неуместен в договоре гуманитарного характера, каким являлся Дополнительный протокол — такой же точки зрения придерживаются некоторые комментаторы. Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974–1977), Volume VI, Plenary Meetings, Summary Records of the Thirty-Fourth to Forty-Sixth Meetings, CDDH/SR.41, pp. 156–204. О дискуссиях, имевших место на переговорах, см., в частности, Commentary: Additional Protocols, above note 58, paras. 1789 et seq; Michael Bothe, Karl Partsch and Waldemar Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts — Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, 1982*, pp. 267 et seq; François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, 2003, p. 628; Rosas, примечание 51, выше, pp. 392 et seq; Henry Van Deventer, «Mercenaries at Geneva», *American Journal of International Law*, No. 70, 1976 p. 811; and Abdulqawi Yusuf, «Mercenaries in the Law of Armed Conflicts», in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, 1979, pp. 113 et seq.

той Женевской конвенции III. Что важно, они не могут быть привлечены к ответственности за сам факт участия в военных действиях.

С другой стороны, наемники имеют тот же статус, что и гражданские лица. Они не имеют права участвовать в военных действиях. Если они все же в них участвуют, они не имеют права на статус военнопленного и не находятся под защитой Женевской конвенции III и могут быть привлечены к ответственности по национальному праву за сам факт участия в военных действиях, даже если они не совершили никаких нарушений международного гуманитарного права.

Это однако не означает, что взятые в плен наемники не пользуются никакой защитой по международному гуманитарному праву. Они находятся под защитой Женевской конвенции IV, и даже если они подпадают под исключения, предусмотренные Конвенцией, они все равно имеют право на основные гарантии, предусмотренные статьей 75 Дополнительного протокола I.

Защита, предусмотренная статьей 75, чрезвычайно важна с практической точки зрения. Она не только обеспечивает, чтобы лица, соответствующие определению наемника, не оказались вообще без защиты международного гуманитарного права, но и предусматривает в качестве обязательного требования, чтобы они пользовались минимальными судебными гарантиями. Это положение особенно значимо, потому что в прошлом суммарные процессы нередко приводили к казни лиц, обвиненных в наемничестве<sup>142</sup>.

При этом нужно подчеркнуть, что статья 47 *не запрещает* государствам предоставлять наемникам статус военнопленных<sup>143</sup>. Она просто предусматривает, что наемники юридически *не имеют права* на такой статус.

Хотя национальная практика в этой области невелика, есть примеры того, что государства заявляли о предоставлении статуса военнопленного лицам, которые, по их мнению, соответствовали определению наемника. Так, в 1988 г. в докладе Генерального секретаря ООН об ирано-иракской войне упоминалось заявление Ирана о том, что захваченные во

142 Один из примеров — процесс, который состоялся в Анголе в 1976 г. Он описан в Mike Hoover, «The Laws of War and the Angolan Trial of Mercenaries: Death to the Dogs of War», *Case Western Journal of International Law*, 1977, pp. 323 et seq. См. также Edwin Nwogugu, «Recent Developments in the Law Relating to Mercenaries», *The Military Law and Law of War Review*, No. XX-1-2, 1981, p. 11 at p. 17; и более недавний пример: Amnesty International Press Release «Equatorial Guinea: Trial of alleged coup plotters seriously flawed», AFR/24/017/2004, 30 November 2004. О признании этой проблемы свидетельствует тот факт, что в ранней версии проекта статьи 47, предлагавшемся в ходе переговоров, было прямое указание на то, что наемники имеют право на защиту того, что станет статьей 75. Это положение впоследствии было опущено в рамках компромисса. CDDH/407/Rev.1, above note 137, para. 27.

143 Некоторые государства на переговорах высказывались за такой подход. См. Commentary: Additional Protocols, above note 58, para. 1795.

время военных действий граждане третьих стран, которые, по оценке Ирана, являлись наемниками, не были преданы суду, но пользовались таким же обращением, что и остальные военнопленные<sup>144</sup>.

### *Немеждународные вооруженные конфликты*

Статья 47 Дополнительного протокола I применяется только к международным вооруженным конфликтам, включая оккупацию. Международное гуманитарное право ничего не говорит о статусе наемников в немеждународных вооруженных конфликтах. Более того, статус военнопленного не существует в таких конфликтах, поэтому бессмысленно говорить, что кто-то не имеет на него права.

На практике это означает, что в условиях немеждународного вооруженного конфликта лицо, которое подпало бы под определение наемника, если бы оно участвовало в международном вооруженном конфликте, оказывается в том же положении, что и любое другое лицо, принимающее непосредственное участие в военных действиях. Оно имеет право на защиту, предусмотренную статьей 3, общей для всех Женевских конвенций, Дополнительным протоколом II и обычными нормами международного гуманитарного права, применимыми в случае немеждународного вооруженного конфликта, но оно может быть привлечено к судебной ответственности по национальному законодательству за сам факт участия в военных действиях.

### *Обязанность наемников соблюдать международное гуманитарное право*

Хотя единственное прямое упоминание о наемниках в международном гуманитарном праве касается преимущественно их статуса, нет никаких сомнений в том, что наемники, как и все другие в ситуации вооруженного конфликта, обязаны соблюдать это право и могут быть привлечены к индивидуальной уголовной ответственности за совершенные ими его серьезные нарушения.

Интересно отметить, что на сегодняшний день только в одном процессе над лицами, которые обвинялись в наемничестве, их обвиняли также в деяниях, составлявших военные преступления. Это было на уже упоминавшемся выше процессе 1976 г. в Анголе, где они обвинялись в убийстве гражданских лиц и наемников, отказавшихся сражаться<sup>145</sup>.

144 Report of Mission dispatched by the Secretary-General on the situation of prisoners of war in the Islamic Republic of Iran and Iraq, UN Doc S/20149, 24 August 1988, para. 65. Такая оценка вступает в противоречие с практикой МККК, связанной с посещениями удерживаемых Ираном предполагаемых наемников во время того же конфликта. См. Vignion, примечание 141, выше, p. 629.

145 См. примечание 142, выше.

## Конвенции, касающиеся наемников

Позиция, занятая международным гуманитарным правом, контрастирует с той, которая была принята в двух конвенциях, специально посвященных наемникам: Конвенции 1977 г. Организации африканского единства о ликвидации наемничества в Африке (Конвенция ОАЕ) и Международной конвенции ООН 1989 г. о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (Конвенция ООН). Цель этих договоров — запретить использование наемников и криминализовать наемничество и деятельность в качестве наемника.

В обеих Конвенциях приняты определения наемника, очень близкие к тому, которое было дано в статье 47 Дополнительного протокола I<sup>146</sup>, а Конвенция ОАЕ определяет еще и преступление наемничества, которое совершают лица, вербующиеся в «банды» наемников, а также все те, кто в них записывается или оказывает таким «бандам» любую поддержку<sup>147</sup>. Определение преступления чрезвычайно широко, равно как и перечень потенциальных правонарушителей: отдельные лица, группы, объединения, представители государства и сами государства. В Конвенции ООН принят аналогичный, но более узкий подход, и преступлением считается непосредственное участие в военных действиях в качестве наемника<sup>148</sup>, а также вербовка, финансирование и подготовка наемников<sup>149</sup>. Оба договора требуют от государств-участников криминализовать эти противоправные деяния в национальном законодательстве, преследовать в судебном порядке и выдавать подозреваемых.

В отличие от статьи 47 Дополнительного протокола I в конвенциях о наемниках не уточняется, к какому типу конфликта они относятся. Поэтому позволительно предположить, что они охватывают участие как в международных, так и в немеждународных вооруженных конфликтах<sup>150</sup>.

Конвенция ОАЕ также затрагивает вопрос о *статусе* лиц, подпадающих под определение наемника. Статья 3 гласит, что наемники «не пользуются статусом комбатанта», а дальше — что довольно удивительно, поскольку именно африканские страны на Дипломатической конференции энергичнее всех настаивали на ужесточении позиции по вопросу об отказе наемникам в статусе военнопленного, — просто воспроизводится норма статьи 47 Дополнительного протокола I, состоящая в том, что наем-

146 Конвенция ОАЕ, статья 1 и Конвенция ООН, статья 1.

147 Конвенция ОАЕ, статья 2.

148 Конвенция ООН, статья 3(1).

149 Конвенция ООН, статья 2.

150 В самом деле, Конвенция ООН применяется также к лицам, участвующим по сговору в насильственных действиях, имеющих целью свергнуть правительство или иным образом подорвать конституционный строй или территориальную целостность. Конвенция ООН, статья 2.

ники *не имеют права* на статус военнопленного в случае взятия в плен. Напротив, Конвенция ООН обходит вопрос о статусе.

Упоминания заслуживают и три других аспекта конвенций. Во-первых, в разделах обеих конвенций, касающихся уголовного преследования, есть положение о судебных гарантиях. К сожалению, обе статьи слабы с юридической точки зрения, поскольку они не содержат ссылки на международное право прав человека как на минимальный стандарт при судебном разбирательстве. Конвенция ОАЕ требует для наемников только обеспечения прав, «которые, как правило, предоставляются любому обычному лицу государством, на территории которого оно подвергается судебному преследованию»<sup>151</sup>. Конвенция ООН содержит ссылку на международное право, но предусматривает только, что «необходимо обеспечивать учет применимых норм международного права»<sup>152</sup>. Несомненно, четкое указание на то, что стандарты прав человека должны соблюдаться, было бы предпочтительнее<sup>153</sup>.

Во-вторых, Конвенция ООН, но не Конвенция ОАЕ, содержит защитительную оговорку, касающуюся международного гуманитарного права<sup>154</sup>. Главная цель этого положения, по-видимому, имеет отношение к вопросам статуса, который, как мы указывали выше, обойден стороной в Конвенции ООН. Однако это положение важно, поскольку затрагивает взаимодействие между положением и правами лиц, принимавших непосредственное участие в военных действиях, в свете международного гуманитарного права и конвенциями о наемниках в более общем плане.

Правильная организация этого взаимодействия важна по ряду соображений. Приведем один конкретный пример: в международном гуманитарном праве, когда речь идет о международном вооруженном конфликте, действует презумпция, согласно которой лицо имеет право на статус военнопленного. В случае сомнений относительно статуса, вопрос должен решаться компетентным судом<sup>155</sup>. В зависимости от решения суда захваченные лица могут пользоваться защитой, предусмотренной Женевской конвенцией III. Без защитительной оговорки конвенции о наемниках могут быть истолкованы как ликвидирующие указанную презумпцию

151 Конвенция ОАЕ, статья 11.

152 Конвенция ООН, статья 11.

153 Другие документы ООН, в которых принят аналогичный подход «криминализовать, преследовать и выдавать», гораздо более категоричны относительно соблюдения судебных гарантий при рассмотрении уголовных дел. См., например, статью 14 Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 г.

154 Статья 16 Конвенции ООН гласит: Настоящая Конвенция применяется без ущерба для:

- а) норм, касающихся международной ответственности государств;
- б) права вооруженного конфликта и международного гуманитарного права, включая положения, касающиеся статуса комбатантов или военнопленных.

155 Женевская конвенция III, статья 5 и Дополнительный протокол, статья 5.

и право на пересмотр статуса. Это не теоретический изыск, а положение, имеющее очень значимые с практической точки зрения последствия для защиты лиц, обвиняемых в наемничестве. Защитительная оговорка неявным образом сохраняет эти права<sup>156</sup>.

Защитительная оговорка до некоторой степени восполняет пробел, состоящий в том, что Конвенция ООН не настаивает на применении стандартов прав человека, относящихся к справедливому судебному разбирательству, потому что она как бы импортирует в Конвенцию защиту, которая устанавливается международным гуманитарным правом или упоминается в нем. Прежде всего заслуживают упоминания положения, содержащиеся в статье 75 Дополнительного протокола I и касающихся лиц, привлеченных к суду в связи с международным вооруженным конфликтом, а также содержащееся в статье 3(d), общей для всех Женевских конвенций, запрещение «осуждения и применения наказания без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом, при наличии судебных гарантий, признанных необходимыми цивилизованными нациями» для лиц, привлеченных к суду в связи с немеждународным вооруженным конфликтом.

Наконец, следует сказать несколько слов и об упоминании в Конвенции ООН посещения представителями МККК лиц, лишенных свободы по подозрению в совершении преступлений, предусмотренных Конвенцией ООН. Так, статья 10(4) предусматривает:

«право любого государства-участника, претендующего на юрисдикцию в соответствии с пунктом 1b статьи 9, просить Международный комитет Красного Креста связаться с предполагаемым преступником и посетить его».

В связи с этим положением, которое впоследствии включалось в другие Конвенции ООН, криминализирующие ту или иную деятельность и требующие от государств преследовать по суду или выдавать подозреваемых<sup>157</sup>, также возникают вопросы в плане стыковки Конвенции ООН и международного гуманитарного права.

В соответствии с Женевскими конвенциями МККК имеет право посещать лиц, лишенных свободы в связи с международным вооруженным конфликтом<sup>158</sup>. Лица, содержащиеся под стражей на основании Конвен-

156 См. Заявление Международного Комитета Красного Креста относительно Международной конвенции о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников, United Nations General Assembly, item 144, 44th session, November 1989.

157 См., например, статью 7(5) Международной конвенции 1997 г. о борьбе с бомбовым терроризмом и статью 9(5) Международной конвенции 1999 г. о борьбе с финансированием терроризма.

158 Женевская конвенция III, статья 126 и Женевская конвенция IV, статья 143.

ции ООН, несомненно, могут подпадать под действие данного мандата. Это право не зависит от того, приглашается ли МККК для контактов и посещения соответствующего лица государством его гражданской принадлежности или пребывания, как это предусматривается статьей 10(4). Однако, благодаря защитительной оговорке, данное положение, очевидно, не ограничивает это право и никак на него не влияет<sup>159</sup>.

Являются ли несовместимыми подходы международного гуманитарного права и специализированных конвенций?

Постоянно возникает вопрос о том, могут ли различные подходы международного гуманитарного права и специализированных конвенций к одной и той же категории лиц каким-то образом совпадать или же будут источником противоречий.

Хотя указанные различия могут на первый взгляд показаться вносящими некоторый сумбур, особенно учитывая то, что определения специализированных конвенций заимствованы у международного гуманитарного права, различные подходы к наемникам этих двух отраслей права на самом деле не создают никаких юридических проблем<sup>160</sup>.

Международное гуманитарное право и конвенции о наемниках сфокусированы на разных вопросах и преследуют различные цели, но принятые в них подходы могут сосуществовать и дополнять друг друга. Одна из отраслей права — международное гуманитарное право — занимается статусом лиц, подпадающих под определение наемников, а также конкретной защитой, которой они пользуются и, опосредованно, их обязанностями: как и все акторы в ситуациях международного конфликта, наемники обязаны соблюдать международное гуманитарное право. Со своей стороны, специализированные конвенции решают вопрос о законности данного явления в более широком плане. Они регулируют поведение государств, ограничивая обстоятельства, в которых они могут прибегать к услугам наемников. Отметим, что этот аспект не охвачен международным гуманитарным правом.

159 Учитывая важность сохранения своего независимого доступа к лицам, лишенным свободы в связи с вооруженным конфликтом, МККК в момент принятия Конвенции ООН сделал заявление на Генеральной Ассамблее Организации, напомнив о своем праве посещать лиц, лишенных свободы, независимо от того, был ли он приглашен государством принадлежности или гражданства этих лиц. В заявлении подчеркивалась важность для МККК сохранения свободы принять или отклонить любое такое приглашение. В нем также указывалось, что в подобных обстоятельствах МККК не будет считать себя действующим в интересах запрашивающего государства, а будет работать независимо и исходя исключительно из гуманитарных соображений. ICRC Declaration, примечание 156, выше.

160 Этот вывод был подтвержден в 1988 г. на встрече представителей МККК с профессором Туллио Тревсом, заместителем председателя Специального комитета Генеральной Ассамблеи ООН по выработке Конвенции о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников, ICRC Document 88/1578, 16 December 1988, ICRC Ref 130, 215(00).

Что касается отдельных лиц, специализированные конвенции преследуют цель, отличную от цели международного гуманитарного права, а именно, установить индивидуальную уголовную ответственность. И делается это таким образом, что не возникает противоречий в связи со статусом, как он трактуется международным гуманитарным правом. Дело в том, что оба подхода образуют взаимодополняющую и внутренне непротиворечивую систему для судебного преследования гражданских лиц, которые принимают непосредственное участие в военных действиях и отвечают другим условиям определения наемников. Международное гуманитарное право не предоставляет иммунитет от преследования за непосредственное участие в военных действиях и не требует от государств, чтобы они его криминализовали. Основой для этого являются специальные конвенции, имплементированные в национальном уголовном законодательстве. Вклад международного гуманитарного права в любое возможное судебное разбирательство состоит в определении минимальных условий обращения с лицами, лишенными свободы, обеспечении права на посещения представителями МККК и минимальных судебных гарантий.

Являются ли сотрудники ЧВК/ЧОК наемниками?

И на этот вопрос невозможно дать однозначный ответ. Как и любые другие лица, они могут быть сочтены наемниками только в том случае, если удовлетворяют всем условиям статьи 47 Дополнительного протокола I или соответствующих специальных конвенций. Общеизвестно, что соответствовать всем этим условиям в совокупности трудно. Это убедительно подтверждают часто приводимые слова Беста, который сказал, что «наемник, неспособный исключить себя из определения, заслуживает расстрела — вместе со своим адвокатом»<sup>161</sup>. Конкретные характеристики ЧВК/ЧОК и рынка для их услуг таковы, что вероятность для их сотрудников подпасть под определение еще меньше и существует лишь для незначительной их части.

С самого начала уточним, что определение наемников как в статье 47, так и в специальных конвенциях, касается физических, а не юридических лиц. Следовательно, условиям должны удовлетворять сотрудники ЧВК/ЧОК, а не сами компании. Само по себе это не вызывает проблем, но может, как мы это увидим, приводить к неожиданным результатам.

Самым главным среди факторов определения статуса сотрудников ЧВК/ЧОК будет то, кем является их клиент. Как указывалось выше, существует возможность того, что в случае выполнения подряда для государства и соответствия определенным условиям, персонал ЧВК/ЧОК может рассматриваться как личный состав вооруженных сил соответствующего

161 Best, примечание 140, выше, p. 328.



государства и, следовательно, в силу условия (е) статьи 47(2) выпадет из определения<sup>162</sup>. Еще раз повторим, что политика сокращения численности вооруженных сил и передачи на сторону части их функций делает это маловероятным, но не невозможным.

Далее, даже если требования относительно мотивов и фактического заработка, обозначенные в условии (с), в большинстве случаев, вероятно, будут удовлетворены, условия (а) и (b), требующие, чтобы лицо было специально завербовано для того, чтобы сражаться в вооруженном конфликте и фактически принимать непосредственное участие в военных действиях, очевидно, сразу отсеют большую часть сотрудников. Имеющаяся информация показывает, что большинство ЧВК/ЧОК, действующих, например, в Ираке и Афганистане, не были специально наняты для непосредственного участия в военных действиях, а, скорее, для оказания широкого спектра услуг по тыловому обеспечению вооруженных сил и выполнения для них ряда других вспомогательных функций. Ведь единственная действующая на сегодняшний день нормативно-правовая база, конкретно регламентирующая использование подрядчиков вооруженными силами, явным образом запрещает поручать им осуществление деятельности «правительственной по своей сути» — понятие, которое включает военные операции<sup>163</sup>.

Аналогичным образом, хотя многие ЧВК/ЧОК предоставляют охранные услуги — часто будучи вооруженными — множеству образований, иных, нежели государства, эта деятельность редко является непосредственным участием в военных действиях. И даже если это имеет место, применение оружия вряд ли явным образом предусматривалось в момент найма, как того требует условие (а) и, скорее всего, является реакцией на изменение местных условий.

Еще одно последнее условие, в результате которого много сотрудников ЧВК/ЧОК будут исключены из определения, — условие (d), на основании которого соответствующее лицо «не является ни гражданином стороны, находящейся в конфликте, ни лицом, постоянно проживающим на территории, контролируемой стороной, находящейся в конфликте». Для примера, это исключает из определения всех американских, английских и иракских сотрудников ЧВК/ЧОК, нанятых этими странами или любым другим актором в Ираке.

Далее, это требование приводит к произвольным результатам, поскольку устанавливает ни на чем не основанные различия между гражданами различных государств. Если продолжить использовать пример Ирака,

162 Для простоты мы ссылаемся только на положения, содержащиеся в определении статьи 47 Дополнительного протокола I, но комментарии в равной степени применимы к определениям специальных конвенций.

163 US Department of Defense Instruction Number 3020.41, примечание 35, выше, para. 6.1.5.

то это требование, касающееся гражданства, будет означать, что гражданин США и гражданин Чили могут работать бок о бок, быть сотрудниками одной и той же ЧВК/ЧОК, обслуживать один и тот же контракт и осуществлять одинаковую деятельность, но американский гражданин не будет считаться наемником, а чилийский — будет. По-видимому, нет оснований криминализировать поведение одного лица, а другого — нет.

Не углубляясь в обсуждение плюсов и осуществимости возможных поправок к определению наемников<sup>164</sup>, отметим, что требование, касающееся гражданства, выглядит наиболее несуразным в свете сегодняшних реалий. Если во времена подготовки Дополнительного протокола I это требование соотносилось с озабоченностью государств по поводу *иностранного* вмешательства в конфликты, то сейчас оно исключает значительную часть лиц, оказывающих военные услуги, и проводит неоправданные различия между людьми, осуществляющими одну и ту же деятельность. Чтобы избежать таких произвольных результатов, было предложено, по крайней мере, толковать это касающееся принадлежности условие как относящееся к компаниям, а не к их отдельным сотрудникам.

## Заключение

Как указывалось в самом начале статьи, носящая обязывающий характер нормативно-правовая база, регулирующая деятельность персонала ЧВК/ЧОК в ситуациях вооруженного конфликта, существует, и потому нет нужды в разработке новых норм на международном уровне.

Это не означает, что, с юридической точки зрения, все здесь ясно и нет никаких препятствий к практической имплементации соответствующих обязанностей. Чтобы определить статус сотрудников ЧВК/ЧОК и их обязанности, приходится задаваться одними из самых сложных вопросов международного гуманитарного права, а именно, кто является комбатантом и что можно считать непосредственным участием в военных действиях. И ответы на них даются разные для каждого конкретного случая.

164 Обзор работы Комиссии по правам человека по вопросу о наемниках и, в частности, двух специальных докладчиков по наемникам — г-на Энрике Бернальеса Баллестероса и его преемника, д-ра Шахисты Шамеена, а также Рабочей группы по вопросу о наемниках, которая начала функционировать в 2005 г., выходит за рамки предмета настоящей статьи, однако следует упомянуть о том, что возможная поправка к определению наемника в Конвенции ООН обсуждалась в течение нескольких лет, в том числе на трех встречах экспертов в 2001, 2002 и 2004 гг. UN Doc E/CN.4/2001/18, 14 February 2001; UN Doc E/CN.4/2003/4, 24 June 2002, and UN Doc E/CN.4/2005/23, 18 January 2005. В своем докладе, представленном на Генеральной Ассамблее в 2005 г., специальный докладчик рекомендовала, среди прочего, чтобы Шестой комитет Генеральной Ассамблеи или Комиссия международного права произвели пересмотр определения наемников. UN Doc A/60/263, 17 August 2005, para. 60.

Что касается правоприменительной практики, несмотря на то, что существуют четко определенные обязанности относительно предания суду лиц, подозреваемых в серьезных нарушениях международного гуманитарного права, случаи возбуждения уголовного преследования достаточно редки. И это досадно, потому что такое положение дел способствует безнаказанности, лишает пострадавших возмещения, не удерживает от совершения новых нарушений и может создать впечатление, что нет никакого действующего права. В результате увеличивается риск совершения новых нарушений.

Более того, настоящая статья затрагивает лишь позицию международного гуманитарного права, которое является простейшим проявлением правового регулирования деятельности ЧВК/ЧОК. К тому же международное гуманитарное право применяется только в период вооруженных конфликтов. Когда компании действуют в других условиях, эта отрасль права к ним не применяется, их деятельность регулируется местным уголовным законодательством и, возможно, правом прав человека. И даже в случаях, когда ЧВК/ЧОК работают в странах, где имеет место вооруженный конфликт, международное гуманитарное право применимо только к деяниям, совершенным в рамках конфликта или связанным с ним. Многие из видов деятельности компаний такой связи с конфликтом не имеют и потому подпадают под действие лишь местного законодательства и — повторим это еще раз, — возможно, права прав человека. Степень, в которой право прав человека применимо к деятельности ЧВК/ЧОК, — гораздо более сложный, с юридической точки зрения, вопрос, чем их положение в свете международного гуманитарного права, и нуждается в детальном анализе.

Возвращаясь к охарактеризованной в настоящей статье нормативно-правовой базе, укажем, что можно сформулировать целый ряд предложений, направленных как на устранение некоторых из упомянутых юридических сложностей, так и определенных политических озабоченностей.

Во-первых, вопросы, встающие в связи с видами деятельности, которые могут осуществляться сотрудниками ЧВК/ЧОК, и сомнения относительно их статуса, если они принимают непосредственное участие в военных действиях, могут быть разрешены, если государства запретят таким лицам заниматься деятельностью, которая может быть охарактеризована как непосредственное участие в военных действиях, *при условии*, что эти лица не включены в состав вооруженных сил. У такого подхода есть много преимуществ. Он снял бы все сомнения относительно статуса данных лиц в случае взятия в плен, поскольку независимо от того, принимали ли они фактически непосредственное участие в военных действиях или нет, они имели бы право на статус военнопленных. Это также устранило бы риск того, что сотрудники ЧВК/ЧОК будут сочтены наемниками, поскольку они точно не будут подпадать под это определение. Наконец, это подчинило бы их системе командования и управления вооруженных сил и военной дисциплинарной системе. Это устранило бы озабоченность, высказывае-

мую представителями вооруженных сил относительно бесконтрольности сотрудников ЧВК/ЧОК<sup>165</sup>, и включило бы последних в отработанную армейскую систему обеспечения соблюдения международного гуманитарного права. Что касается сотрудников, то выступая в качестве членов личного состава вооруженных сил, они, конечно, в любое время смогут стать объектом нападения, однако это устранил риск привлечения к уголовной ответственности в качестве «непривилегированных воюющих» или «незаконных комбатантов»<sup>166</sup>.

Во-вторых, государства могли бы рассмотреть возможность расширения юрисдикции своих судов, чтобы располагать большими возможностями для рассмотрения дел о правонарушениях, совершенных сотрудниками ЧВК/ЧОК. Подходы, основанные на ответственности компании, а не сотрудников, были бы предпочтительнее по ряду причин: индивидуальная уголовная ответственность уже существует, компании располагают гораздо более широкими возможностями для выплаты компенсаций, так что привлечение к ответственности ЧВК/ЧОК, вероятно, окажет гораздо более ощутимое влияние на их будущую практику. Сделать это можно будет, в частности, путем установления уголовной или гражданской ответственности за действия, составляющие серьезные нарушения международного гуманитарного права, и предоставления судам экстерриториальной юрисдикции в отношении таких деяний.

В-третьих, государства, которые часто нанимают ЧВК/ЧОК, могли бы издать директивы по некоторым ключевым вопросам, где излагались бы их позиция и политика. В них могли бы быть отображены виды деятельности, которые могут осуществлять сотрудники ЧВК/ЧОК, требования относительно отбора и подготовки персонала, четко прописанное распределение обязанностей между государством и компаниями в данной области, меры по контролю за персоналом и поддержанию дисциплины среди сотрудников, правила, касающиеся субподряда, механизмы отчетности и расследования предположительно имевших место нарушений международного гуманитарного права. Кроме этого, в нормативно-правовые документы, регулирующие государственные закупки товаров и услуг, могли бы

165 Этот момент энергично подчеркивался майором Уильямом Эпли: «Чем ближе выполняемая функция к боевым действиям, тем важнее поручить ее военнослужащим ввиду необходимости дисциплины и контроля» (William Eply, *Contracting in War: Civilian Combat Support of Fielded Armies*, US Army Center of Military History, 1989, 1–6).

166 Великобритания творчески подошла к этому вопросу. Закон 1996 г. о спонсируемом запасе требует, чтобы часть рабочей силы правительственного подрядчика состояла из военнослужащих запаса. В соответствии с этим законом при необходимости британское правительство «спонсирует» сотрудников ЧВК/ЧОК из числа резервистов, которые мобилизуются и развертываются как военнослужащие, носящие форму. Они действуют под командованием и контролем военных командиров и в силу своей принадлежности к личному составу вооруженных сил могут принимать непосредственное участие в военных действиях и имеют право на статус военнопленного в случае захвата. См., например, Blizzard, above note 73, pp. 10 et seq. and references therein.

быть внесены изменения и добавлены требования, касающиеся отбора и подготовки сотрудников ЧВК/ЧОК в целях содействия соблюдению международного гуманитарного права. Подобные меры существенно помогли бы государствам в выполнении возложенных на них обязанностей по обеспечению соблюдения международного гуманитарного права нанимаемыми ими компаниями.

Наконец, государства принадлежности ЧВК/ЧОК, предоставляющих свои услуги за границей, и государства, на территории которых эти компании действуют, могли бы рассмотреть возможность принятия законодательства, которое регулировало бы предоставление таких услуг. Это позволило бы им способствовать соблюдению международного гуманитарного права и решить целый ряд других проблем. Нормативно-правовая база позволила бы государству принадлежности компании в определенной степени контролировать ее деятельность за границей, что было бы чрезвычайно важно, в том числе для устранения риска того, что компания будет действовать в нарушение обязательств государства и в ущерб его внешнеполитическим интересам. Такое регулирование также дало бы возможность государствам, на территории которых действуют ЧВК/ЧОК, определить виды деятельности, доступные для частных подрядчиков, и требовать соблюдения определенных минимальных стандартов, в том числе и в плане ношения оружия, и получать фактическую информацию о количестве компаний, действующих на их территории, и численности их персонала.