

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

Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс

США одобряют обсуждение сложной и важной темы обычного «международного гуманитарного права», осуществленное МККК в Исследовании *Обычное международное гуманитарное право*, и высоко оценивают проделанный МККК и авторами Исследования большой труд по сбору и анализу значительного объема материала¹. США разделяют мнение МККК, что

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

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

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

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

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

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

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

Методологические вопросы

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

Практика государств

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

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

рые так и не присоединились к соответствующим договорам³, этой практике в важных примерах придается неадекватное значение.

- И последнее. Исследование часто не уделяет надлежащего внимания практике особенно затронутых государств⁴. Отдельный, но связанный с этим момент: Исследование считает равноценной практику государств, имеющих относительно короткую историю участия в вооруженных конфликтах, и практику государств, имеющих более обширный и глубокий опыт или имевших существенные возможности для разработки тщательно продуманной военной доктрины. Характерно, что практика этой последней категории государств значительно весомее и по количеству и по качеству.

Opinio juris

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

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

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

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

США не считают, что это правильный методологический подход. Хотя одно и то же действие может служить свидетельством и о практике государств и об *opinio juris*, США не согласны с тем, что *opinio juris* можно просто выводить из практики. Оба элемента должны оцениваться отдельно, чтобы выявить наличие нормы обычного международного права. Например, Дополнительные протоколы I и II к Женевским конвенциям содержат далеко идущие положения, но государства во время их принятия не считали, что все положения этих инструментов отражают нормы, уже выкристаллизовавшиеся в обычное международное право, — в самом деле, тогда многие положения были сочтены прогрессивными и заполняющими брешь. Поэтому следует быть осторожными в выводах относительно *opinio juris*, правовой убежденности, вытекающей из практики государств — участников конвенций, поскольку их действия часто рассматриваются как соответствующие их обязательствам по договору, особенно *inter se*, а не с точки зрения обязательных — независимо от договоров — норм обычного международного права⁶. Даже если согласиться со слиянием этих разных требований, Исследование не формулирует или не применяет никакого теста, выявляющего, что практика государств «достаточно плотна» для того, чтобы оправдать отказ обосновывать *opinio juris*, и предлагает мало примеров доказательств, которые могли бы, хотя бы предположительно, облегчить ситуацию.

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

5 Исследование, т. I, с. lii–liii.

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

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

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

Формулирование норм

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

Выводы

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

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

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

Иллюстративные замечания к четырем нормам Исследования

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

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

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

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

водимые в нем устные заявления государств и организаций отражают ситуации, в которых персонал организаций гуманитарной помощи получил согласие и действовал в соответствии со своей миссией⁷. Ясно, что эти оговорки *не* означают, что персонал гуманитарных организаций может подвергаться нападениям или жестокому обращению, если он не получил необходимого согласия или вышел за рамки миссии, не говоря уже об участии в военных действиях в международных или внутренних вооруженных конфликтах. Но было бы хорошо, если бы государства приняли меры, чтобы этот персонал организаций гуманитарной помощи заручился необходимым согласием, сообразовал свою деятельность с рамками своей миссии или покинул страну. Тем не менее утверждение, не признающее эти оговорки, неточно отражает практику государств и *opinio juris*.

Соответствующие договорные положения

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

- Статья 71(1) Дополнительного протокола I («ДП I») требует, чтобы персонал организаций гуманитарной помощи получил согласие государства, в котором он планирует действовать⁸. Статья 71(4) запрещает персоналу организаций гуманитарной помощи выходить за «рамки своей миссии», а в противном случае разрешает государству ограничить их миссию. Даже статья 17(2) ДП I, которую Исследование приводит в поддержку обязательства государства защищать общества помощи, описывает ситуацию, в которой согласие будет получено почти с полной определенностью, поскольку государство, обращающееся за помощью к обществу помощи, дает предварительное согласие на его вступление на свою территорию.

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

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

- Конвенция о безопасности персонала ООН и связанного с ней персонала, накладывающая на ее участников обязательство принимать соответствующие меры по безопасности и охране ООН и ее персонала, применяется, когда персонал ООН находится в принимающем государстве с согласия принимающего государства, поскольку статья 4 требует от ООН и принимающего государства заключать соглашение о статусе операции ООН⁹.
- Статья 12 Протокола II (с поправками от 3 мая 1996 г.) к Конвенции об обычном оружии («Протокол II КОО») об обязанностях государств-участников защищать определенные гуманитарные миссии от воздействия мин и других устройств гласит: «...настоящая статья применяется только к миссиям, которые осуществляют функции в районе с согласия Высокой Договаривающейся Стороны, на чьей территории осуществляются такие функции»¹⁰. Далее в статье говорится: «Без ущерба для привилегий и иммунитетов, какими он может пользоваться... персонал, принимающий участие в силах или миссиях, упомянутых в настоящей статье... б) воздерживается от любого действия или деятельности, несовместимых с беспристрастным и международным характером его обязанностей»¹¹.
- Подобным же образом Четвертая Женевская конвенция содержит требования как согласия, так и установления «рамки миссии» для персонала организаций гуманитарной помощи. Статья 10 гласит: «Положения настоящей Конвенции не служат препятствием для гуманитарных действий, которые Международный Комитет Красного Креста или любая другая беспристрастная гуманитарная организация предпримут для защиты гражданских лиц и для оказания им помощи, с согласия заинтересованных сторон, находящихся в конфликте»¹² (курсив наш). Статья 9 Женевских конвенций I, II и III содержит по сути идентичные положения.
- Дополнительный протокол II («ДП II») не содержит положений, связанных непосредственно с самими действиями персонала гуманитарных организаций, но статья 18 гласит, что оказание гумани-

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

10 Протокол II КОО, ст. 12 (1)(а).

11 Там же, ст. 12 (7)(b).

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

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

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

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

Роль согласия государства

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

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

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

15 Исследование, т. I, с. 141.

ривать как предоставление опережающего согласия на присутствие МККК на территории каждой стороны¹⁶. (Если государства возражают против присутствия персонала МККК, они не согласятся дать ему гарантии безопасности.) Исследование полагается на другие примеры дискуссий государств о защите персонала гуманитарных организаций, которые конкретно указывают на государственную поддержку Женевских конвенций и Дополнительных протоколов к ним¹⁷; но, как отмечалось выше, и Женевские конвенции и Дополнительные протоколы отражают необходимость для персонала гуманитарных организаций получить согласие государства.

В Исследовании приводятся всего семь военных уставов, и все они принадлежат государствам — участникам ДП I. Приведенные отрывки из этих уставов не имеют никаких признаков того, что данные государства отрицают роль согласия. В военных уставах Австралии и Франции просто сказано, что персоналу гуманитарных организаций предоставляется особая защита, но это не объясняет объем и предварительные условия государственных обязательств¹⁸. Устав лишь одного государства (Швеции) содержит мнение, что статья 71(2) достигла статуса обычного международного права, и из отрывка неясно, считает ли Швеция, что другие пункты статьи 71 (включая положение о согласии в пункте 1) тоже представляют собой обычное международное право¹⁹. Ведь роль согласия можно понимать в том смысле, что государства при обсуждении этого вопроса просто предполагают, что персонал гуманитарных организаций получит его, особенно при сильных стимулах для его получения. Что касается многочисленных резолюций Совета Безопасности ООН, приводимых в качестве практики государств в поддержку Нормы 31, почти все операции по поддержанию мира, проистекающие из этих резолюций, были утверждены с согласия принимающих правительств или согласно главе VII [Устава] Совета Безопасности. Таким образом, хотя эти резолюции сами по себе не обуславливают получение согласия, оно почти всегда было предварительным условием — кроме решения Совета Безопасности в соответствии с главой VII, которое со всей очевидностью является исключительным обстоятельством в том, что касается государственного суверенитета²⁰.

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

16 Study, vol. II, p. 589, §§ 5–6.

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

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

19 Ibid., p. 590, § 17.

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

операций, привлеченные Соединенными Штатами и коалиционными силами, в конфликтах в Боснии, Косово и Афганистане потребовали от организаций гуманитарной помощи координировать свои передвижения с силами коалиции, чтобы эти силы могли поддержать усилия организаций и обеспечить безопасность их сотрудников²¹. Более полное рассмотрение военной практики, без сомнения, дало бы авторам Исследования ценную и необходимую информацию.

Рамки ограничения миссии

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

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

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

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

23 Study, vol. II, p. 590, § 16.

факт: Индия предоставляет гуманитарному персоналу ту же защиту, что и медицинскому и религиозному²⁴, но последняя категория персонала утрачивает защиту от прямого нападения, если его члены вовлечены в действия, наносящие вред противнику, или непосредственно участвуют в военных действиях. В Докладе о практике Иордании говорится, что Иордания «всегда принимает на себя [sic] безопасность тех, кто участвует в гуманитарной операции»²⁵. И это не поддерживает предлагаемую норму, так как ставит в центр внимания действительную работу персонала гуманитарных организаций и ничего не говорит о защите, предоставляемой Иорданием персоналу гуманитарных организаций, который действует за пределами рамок своей миссии. И наконец, Исследование ссылается на представителя государства, председательствующего в ЕС, который говорит: «Во время вооруженных конфликтов безопасность гуманитарного персонала часто не соблюдалась»²⁶. Единственный разумный вывод, который можно извлечь из этого утверждения: практика государств не соответствует описываемой норме.

Эти ограничения договорных положений, военных уставов и практики государств не случайны, ибо отражают согласованное различие, порожденное законными соображениями государств о безопасности со стороны государства и вооруженных сил, делая маловероятным молчаливое согласие государств с описываемым в норме далеко идущим принципом. Например, во время вторжения Израиля в Ливан в 1982 г. Израиль обнаружил машины «скорой помощи», обозначенные эмблемой Красного Полумесяца, якобы представляющие Палестинское общество Красного Полумесяца, которые перевозили здоровых бойцов и оружие противника. Сообщается, что такое поведение повторилось во время захвата храма Рождества в Вифлееме членами террористической Бригады мучеников аль-Аксы²⁷. Если водители машин «скорой помощи» в этих примерах рассматривались бы как персонал гуманитарных организаций, а в действительности помогали воюющей стороне, Израиль не мог бы принять меры в соответствии с Нормой 31, как она сформулирована. Военные командиры тоже должны были побеспокоиться о лицах, ложно претендующих на статус персонала гуманитарных организаций, как это было в Афганистане, когда некоторые члены «Аль-Каиды», захваченные в бою, утверждали, что работают в организации, оказывающей гуманитарную помощь. Эти примеры показывают, почему государства, составляя договорные положения

24 Study, vol. II, p. 591, § 27.

25 Ibid., p. 592, § 30.

26 Ibid., p. 602, § 111.

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

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

Opinio juris

Согласно Исследованию, ряд государств считают себя юридически обязанными защищать персонал гуманитарных организаций в соответствии с обычным международным правом. Но смысл и обоснованность некоторых приведенных примеров в лучшем случае неясны. Например, в Исследовании в качестве примера приводятся Нигерия и Руанда: эти государства утверждают, что они юридически обязаны защищать персонал гуманитарных организаций от воздействия военных операций даже в отсутствие договорного обязательства²⁸. Без цитирования применяемых ими действительных формулировок и вне контекста неясно, утверждали ли эти государства, что придерживаются такой точки зрения даже в отсутствие согласия государства и в ситуации, когда персонал организаций гуманитарной помощи действует за пределами своей миссии. Исследование также цитирует заявление Зимбабве, где говорится, что Зимбабве считает связанные с деятельностью гуманитарного персонала гарантии Женевских конвенций частью обычного международного права, но, как отмечалось выше, эти Конвенции подчеркивают важность согласия государства²⁹. И наконец, в Докладе о практике США утверждается, что США считают «необоснованные нападения на сотрудников международных гуманитарных организаций тоже нарушениями международного гуманитарного права» (курсив наш). Ничто в этих словах не умаляет того факта, что дело может обстоять иначе, если сотрудники гуманитарных организаций действуют как комбатанты, а вопрос о согласии государства вообще не затрагивается³⁰.

Немеждународные вооруженные конфликты

Хотя в Исследовании утверждается, что Норма 31 применяется и в международных, и в немеждународных конфликтах, в поддержку распространения этой нормы на немеждународные вооруженные конфликты приводится весьма неплотная практика. Приводятся только два военных устава государств — участников ДП II и несколько широких заявлений стран, таких как Великобритания и США, о том, что убийство медицинских сотрудников МККК в немеждународном вооруженном конфликте является «варварским» и противоречит положениям законов и обычаям войны³¹. Исследование мало говорит о действительной военной практике в этой

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

29 Ibid., p. 593, § 39.

30 Ibid., p. 613, § 181.

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

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

Резюме

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

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

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

Тем не менее Исследование не показывает, как Норма 45, в том виде, в каком она изложена, отражает обычное международное право в международных и немеждународных вооруженных конфликтах ни в отношении обычного оружия, ни в отношении ядерного оружия³². Во-первых,

32 Это рассуждение касается только первого предложения Normы 45.

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

Особенно затронутые государства

В Исследовании признается, что при оценке плотности практики государств необходимо придавать большее значение практике особенно затронутых государств³³, но в нем нет тщательной оценки этой практики. Франция и США неоднократно заявляли, что статьи 35(3) и 55 ДП I, из которых Исследование выводит первое предложение Нормы 45, не отражают обычное международное право. В своих ратификационных документах по КОО 1980 г. и Франция, и США утверждали, что параграф в Преамбуле к КОО о сущности статей 35(3) и 55 относится только к государствам, которые приняли эти статьи³⁴. Юридический советник Государственного департамента США на Конференции в 1987 г. заявил, что США считают статьи 35 и 55 слишком широкими, двусмысленными и «не являющимися частью обычного права»³⁵. Вместо того чтобы серьезно принять во внима-

33 Исследование, т. I, с. I.

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

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

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

ние эти заявления, Исследование опирается на свидетельства гораздо меньшего доказательного значения. Руководство по военному праву Управления военной юстиции армии США, на которое ссылается Исследование в своем утверждении, что США считают это положение Нормы 45 обязательным, — всего лишь публикация для целей обучения, она не считалась и не считается авторитетным заявлением о политике и практике США³⁶. Не является таковым и Руководство командира Военно-воздушных сил США, которое Исследование цитирует как авторитетное³⁷.

В добавление к утверждению, что статьи 35(3) и 55 не являются обычным международным правом в отношении использования оружия вообще, особенно затронутые государства, обладающие ядерным оружием, неоднократно утверждали, что эти статьи не распространяются на использование ядерного оружия. Например, некоторые особенно затронутые государства, такие как Великобритания, Россия, США и Франция, утверждали это в своих представлениях Международному суду (МС)³⁸. Британский военный устав конкретно исключает из ограничений по статье 35(3) использование ядерного оружия против военных объектов³⁹. В докладе, подводящем итоги Конференции, на которой был разработан Дополнительный протокол I, США отмечали:

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

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

36 Study, vol. II, p. 883, § 186.

37 Ibid., pp. 882–883, § 185.

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

39 Study, vol. II, p. 882, § 184.

танавливаемые Протоколом новые нормы не имеют своей целью регламентировать или запрещать применение ядерного оружия. Мы выразили это понимание несколько раз во время Конференции, и то же ясно заявили британские и французские делегации. Насколько мы знаем, ни одна делегация не возразила⁴⁰.

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

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

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

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

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

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

Общие свидетельства о практике государств и opinio juris

Включенная в Исследование иная практика либо не поддерживает, либо умаляет обычность Нормы 45. Речь идет о следующих приведенных примерах: государства, дающие согласие на применение статей 35(3) и 55⁴⁴; государство, выражающее озабоченность тем, что противостоящие силы направляли удары против его химических заводов, но не утверждающее, что такие удары незаконны⁴⁵; Международный суд, указавший в 1996 г., что статья 35(3) накладывает ограничения на те государства, которые стали участниками ДП I, и тем самым указавший, что она не является нормой обычного международного права⁴⁶; проекты кодексов и принципов, опубликованные международными организациями и не являющиеся обязательными по своим условиям⁴⁷; и заявления, которые могли быть обусловлены в равной степени политикой и чувством правового долга. Некоторая приведенная практика особо ссылается на договор как основу для обязательств в этой области. В 1992 г., в меморандуме, приложенном к письму председателю Шестого комитета Генеральной Ассамблеи ООН, США и Иордания заявили, что статья 55 ДП I требует, чтобы государства-участники «при ведении войны заботились о защите природной среды от обширного, долгосрочного и серьезного ущерба». То есть США и Иордания охарактеризовали эту норму как обязательство не обычного права, а основанного на договоре⁴⁸. В Докладе о практике Израиля, где говорится, что израильские оборонные силы не используют и не поддерживают методы и средства ведения войны, включенные в Норму 45, нет и намека на то, что Израиль усвоил эту политику из чувства правового долга⁴⁹. Что касается двадцати приведенных Исследованием военных уставов (все, кроме одного, разработаны в государствах — участниках ДП I), Исследование не предлагает никаких свидетельств о том, что хотя бы одно из этих девятнадцати государств-участников включило такое положение в свой устав, руководствуясь не договорным обязательством, а чувством *opinio juris*. В итоге ни один из приведенных примеров не дает ясного указания на безоговорочную поддержку этой нормы ни в форме государственной практики, ни в форме *opinio juris*.

Внутреннее уголовное право

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

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

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

46 Ibid., pp. 900–901, § 282.

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

48 Ibid., p. 891, § 244.

49 Ibid., p. 890, § 241.

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

Военная практика

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

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

51 Исследование, т. I, с. 197.

ной необходимости и соразмерности⁵². По большей части критики не настаивали на потенциальных нарушениях обычных норм, относящихся к экологическому ущербу в духе Нормы 45⁵³. Комитет, созданный для оценки кампании НАТО по бомбардировке Федеративной Республики Югославии, отметил: «Представляется очень трудным возбудить *prima facie* дело на основе этих положений [ДП I], даже если предположить, что они применялись»⁵⁴. Возможно, Норма 45 в том виде, в каком она сформулирована, как и договорные положения, на которых она основана, накладывает настолько ограниченные и неточные рамки на действие, что вообще не функционирует как норма.

Немеждународные вооруженные конфликты

Поскольку Исследование не предлагает достаточного свидетельства того, что Норма 45 является обычным правом в международном вооруженном конфликте, постольку оно не в состоянии адекватно доказать и принадлежность этой нормы к обычному международному праву, применимому к немеждународным вооруженным конфликтам. (Само Исследование признает, что аргумент в пользу применимости Нормы 45 в немеждународных конфликтах является более слабым⁵⁵.) Предложение Австралии включить положение, подобное статье 35(3) в ДП I, не было принято, и это еще больше ослабляет утверждение о принадлежности Нормы 45 к обычному международному праву, применимому в немеждународных вооруженных конфликтах⁵⁶.

Резюме

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

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

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

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

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

Пули, включаемые в норму

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

человеческом теле. Хотя есть важная практическая разница между этими типами военного снаряжения, как и вообще между снарядами, созданными для взрыва в человеческом теле, и снарядами, созданными для других, законных, целей, формулировка нормы показывает, что Исследование в этой основанной на последствиях проверке считает незаконными все три категории. В таком случае нет свидетельств о том, что государства приняли этот стандарт; если государства и приняли нормы в этой области, то только в отношении первой категории снарядов — тех, что предназначены для взрыва в человеческом теле. Действительно, Исследование признает: «В военных уставах и наставлениях, а также в заявлениях нескольких государств применение таких пуль считается запрещенным, только если они направлены против пехоты или предназначены для взрыва при столкновении с человеческим телом»⁵⁷. Но Исследование игнорирует значение проектного расчета в своей формулировке Нормы 78⁵⁸.

МККК выдвинул основанную на последствиях норму на Второй конференции 2001 г. по рассмотрению действия Конвенции о конкретных видах обычного оружия, предложив государствам — участникам Конвенции решить вопрос о принятии протокола, который бы запрещал использование против людей пуль, взрывающихся в человеческом теле. Хотя Исследование отмечает сделанное МККК собственное представление на этой Конференции⁵⁹, оно не упоминает, что государства-участники решили не составлять протокол или другой документ по этому вопросу. МККК предложил тот же самый стандарт в ныне отмененном проекте об «излишних повреждениях или ненужных страданиях» (SIrUS). Используя этот стандарт, «основанный на последствиях» (а не на проектом расчете), Исследование в своем комментарии предлагает к обсуждению определенные виды оружия, которые мы не считаем подпадающими под категорию пуль, взрывающихся в человеческом теле. Утверждение в комментарии к Норме 78, что «некоторые пули калибра 12,7 мм взрываются в веществе, имитирующем ткани человеческого тела», представляется попыткой включить в категорию пуль, взрывающихся в человеческом теле, многоцелевые подрывные средства калибра 12,7 компании «Рауфосс»⁶⁰. Утверждение Исследования относится к испытаниям, проведенным МККК в 1998 г., которые впоследствии были признаны дефектными по своей методологии, результатам и выводам на повторном испытании 1999 г. в Туне, Швейцария,

57 Исследование, т. I, с. 349.

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

59 *Ibid.*, p. 1794, § 47.

60 Исследование, т. I, с. 349.

на котором члены МККК были наблюдателями⁶¹. Опубликованные выводы участников повторного испытания не поддержали вывод МККК о том, что это боевое средство должно считаться типом пуль, взрывающихся в человеческом теле, но Исследование не упоминает этого повторного испытания 1999 г.

Включенные в норму способы применения

Норма, в том виде, в каком она сформулирована, предлагает полный запрет на все случаи, когда разрывные пули могут применяться против людей, но практика государств не дает оснований для этого. Попытки ограничить применение разрывных пуль восходят к Декларации 1868 г., запрещающей применение в военное время взрывчатых снарядов весом менее 400 граммов («Санкт-Петербургская декларация»)⁶². Эта Декларация запретила применение разрывных пуль в международных вооруженных конфликтах между подписавшими ее государствами. Но Санкт-Петербургскую декларацию подписали только семнадцать представителей правительств, и еще два государства, Баден и Бразилия, примкнули в 1869 г. Несмотря на утверждение Исследования, что Санкт-Петербургская декларация представляла практику «большинства государств, существовавших в то время»⁶³, на самом деле она представляла практику менее половины существовавших тогда государств⁶⁴. Более того, только одно государство примкнуло к Санкт-Петербургской декларации после 1869 г.⁶⁵.

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

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

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

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

63 Исследование, т. I, с. 348.

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

65 Эстония примкнула в 1991 г.

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

В правовых оценках США подробно описывается практика государств, противоположная утверждению МККК и согласующаяся с выводом, содержащимся в приведенной выше цитате. МККК не приводит эту противоположную практику в своем резюме этих юридических оценок США⁶⁷. Гаагский проект правил ведения воздушной войны 1923 г. («Проект правил»), недвусмысленно вытесняющих собой Санкт-Петербургскую декларацию в части, касающейся взрывных снарядов, вводил исключение в широкий запрет разрывных пуль для взрывных снарядов, используемых «воздушными судами или против них»⁶⁸. Хотя Исследование ссылается на Проект правил, оно не отмечает, что это исключение из тотального запрета на применение разрывных пуль разрешает их применение самолетами без категорического ограничения целей, то есть разрешает использовать их против материальных средств и против людей. После разработки Проекта правил государства широко применяют пули, которые могут взрываться при столкновении с материальными средствами, и в противопехотных, и в противотранспортных целях⁶⁹. Эти снаряды были в практическом использовании у всех государств, участвовавших во Второй мировой войне и в конфликтах после нее, в том числе в широко распространенных бреющих атаках против сил противника, что после Первой мировой войны было общей практикой в каждом конфликте, в котором использовались самолеты. Когда такое оружие против материальных средств применяется против войск, распространенная практика государств указывает на то, что предусматриваемый Нормой 78 явно общий запрет на применение разрывных пуль против людей не отражает обычное международное право.

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

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

67 Study, vol. II, p. 1791, § 35.

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

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

ных уставов одиннадцати стран, хотя только шесть из них содержат безоговорочный запрет разрывных пуль⁷⁰; из законодательных актов шести стран, только три из которых дают дополнительную поддержку норме, как она сформулирована⁷¹; из заявлений нескольких государств на дипломатических конференциях, большинство которых расплывчаты⁷²; и из сообщений об оперативной практике только двух государств⁷³. Из всех этих источников максимум два ссылаются на обычное международное право как правовую основу правил применения разрывных пуль⁷⁴. Даже не считая существования противоположной практики государств, этот набор свидетельств недостаточен для того, чтобы установить принадлежность нормы в ее формулировке к обычному праву.

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

Примеры оперативной практики, приведенные в Исследовании, особенно сомнительны. Доклад о практике Индонезии говорит лишь о том, что разрывные пули, по сообщениям, в Индонезии запрещены, — это неподтвержденный пример государственной практики⁷⁵. Доклад о практике Иордании говорит лишь о том, что Иордания «не применяет, не производит и не накапливает разрывные пули», но неясно, делает она это из чувства правового долга по обычному или договорному праву или просто в силу политических либо практических соображений⁷⁶. В целом, Исследование не признает, что у разных военных есть разные требования и что государство может отказаться от применения взрывных снарядов по военным, а не правовым причинам.

Единственный пример действительного поведения на поле боя, приводимый в Исследовании в поддержку Нормы 78, — выдвинутое против Словении обвинение военного командования Югославской Народной армии (ЮНА) СФРЮ в применении ее силами разрывных пуль⁷⁷. Неясно, как использовались эти пули — наземными силами против других наземных сил, самолетами против людей или как-нибудь иначе. Главное, что употребление в Исследовании эллиптических предложений не позволяет понять, за что критикуются словенские силы — за поведение, «запрещенное по международному праву», за само применение разрывных пуль против живой силы или за то, что их применяют против «членов [личного состава] *и их семей*» (курсив наш). Если эти утверждения верны, они говорят о нарушении других принципов международного права. Поэтому трудно определить, поддерживает ли этот пример широкую норму, постулируемую Исследованием, или более узкую норму, ограничивающую конкретные виды использования разрывных пуль против живой силы.

Немеждународный вооруженный конфликт

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

75 Study, vol. II, p. 1791, § 30.

76 Ibid., § 31.

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

нодательствах разграничения между международными и немеждународными вооруженными конфликтами. Поскольку правительства по практическим причинам, не связанным с правовыми обязательствами, в случае участия в немеждународном вооруженном конфликте используют, как правило, военные боеприпасы, имеющиеся у них для международных вооруженных конфликтов, и поскольку история изобилует примерами использования разрывных пуль в международных вооруженных конфликтах, утверждение Исследования о том, что обычное право, применяемое в немеждународных конфликтах, содержит соответствующий запрет, не подтверждается примерами из практики государств. Более того, этот анализ никак не объясняет приводимый в Исследовании военный устав Великобритании, где применение разрывных пуль запрещается исключительно против живой силы *только* в международных вооруженных конфликтах⁷⁸.

Резюме

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

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

Безнаказанность военных преступников представляет собой серьезную проблему, и США последовательно работают над ее решением. Начиная со Второй мировой войны и до кризисов последнего времени в бывшей Югославии и в Руанде США внесли существенный вклад в обеспечение ответственности за военные и другие международные преступления. Обеспечение ответственности предполагает наличие соответствующих судов, где рассматривались бы самые серьезные нарушения международного права⁷⁹. Частично решение проблемы состоит в том, чтобы те, кто совершил

78 Study, vol. II, p. 1789, § 19.

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

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

Ясность утверждаемой нормы

Если Норма 157 предназначена для продвижения к общей цели Исследования — «способствовать устранению неясных моментов и поводов для споров, которые присущи самому понятию обычного международного права»⁸⁰, она должна иметь точный смысл. Но выражение «военные преступления» представляет собой аморфный термин, используемый в различных контекстах для обозначения различных вещей. Определение, которое Исследование дает этому термину в Норме 156, не уточняет, подпадают ли под это определение конкретные деяния. В целях данных замечаний предположим, что «военные преступления», о которых говорится в Норме 157, — это преступления, перечисленные в комментарии к Норме 156. В эти деяния входят серьезные нарушения Женевских конвенций и ДП I, иные преступления, преследуемые как «военные преступления» после Второй мировой войны и включенные в Римский статут, серьезные нарушения статьи 3, общей, Женевских конвенций и несколько деяний, которые считаются «военными преступлениями» по «обычному праву, разработанному с 1977 г.», одни из которых включены в Римский статут, а другие нет⁸¹.

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

80 Исследование, т. I, с. xl.

81 Там же, с. 735–757.

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

Различное понимание «военных преступлений»

Национальное законодательство, приводимое в комментарии к Норме 157, пользуется множеством определений «военных преступлений», и только некоторые из них близко соответствуют определению Исследования, и ни одно из них не соответствует ему полностью⁸³. В приведенных законодательных актах многое не имеет четкого определения «военных преступлений» и потому не может служить поддержкой нормы. Хотя военные уставы Хорватии, Венгрии и Швейцарии, помимо прочих, дают определение «военным преступлениям» как «серьезным нарушениям», отсутствие конкретности оставляет туманным заложенный в них смысл⁸⁴. Даже среди тех немногих государств, которые используют определение «воен-

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

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

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

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

ных преступлений», сходное с тем, что дано в Норме 156, ни одно государственное определение не отражает с точностью определение, данное в Исследовании. Канада, например, включает «серьезные нарушения» Женевских конвенций и Дополнительного протокола I, нарушения Гаагской конвенции, нарушения «обычаев войны» и, возможно, определенные нарушения ДП II, но в отличие от Исследования не включает в свое определение конкретно «серьезные нарушения статьи 3, общей, Женевских конвенций». Более того, Исследование не утверждает, что канадская концепция «нарушений обычаев войны» соответствует концепции Исследования⁸⁵. Поэтому многообразие определений «военных преступлений», используемых различными государствами, показывает: государственная практика не поддерживает утверждения, что государства по обычному международному праву имеют право наделять свои национальные суды универсальной юрисдикцией в отношении полного набора действий, определяемых в Исследовании как «военные преступления».

Осуществление универсальной юрисдикции в отношении лишь ограниченного числа деяний

В Исследовании приводятся примеры законодательства более чем двадцати государств, которые, по мнению авторов Исследования, демонстрируют принадлежность Нормы 157 к обычному праву. Но ни одно государство не требует юрисдикции в отношении всех деяний, приводимых в Норме 156 в качестве «военных преступлений», в отсутствие связи государства с данным деянием, будь то территориальной или основанной на принципах активной правосубъектности, пассивной правосубъектности или защиты⁸⁶. Внутреннее законодательство ряда государств, в том числе Австралии, Бельгии, Зимбабве, Кипра и Колумбии, лишь утверждает универсальную юрисдикцию в отношении серьезных нарушений Женевских конвенций и ДП I⁸⁷. Другие законодательства сфокусированы еще отчетливее; законодательства Барбадоса, Ботсваны, Сингапура и Уганды, например, утверждают универсальную юрисдикцию только в отношении серьезных нарушений Женевских конвенций⁸⁸. Более того, многие приводимые в качестве примера военные уставы (в том числе уставы Бельгии, Испании, Франции, Швейцарии, Швеции и ЮАР) говорят об универсальной юрисдикции толь-

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

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

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

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

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

Отсутствие «чистой» универсальной юрисдикции

Кроме прочего, несколько примеров практики государств в Исследовании не являются свидетельством того, что государства наделяют свои национальные суды чистой универсальной юрисдикцией в отношении определенной группы преступлений. Соответствующее уголовное законодательство Бангладеш, например, дает юрисдикцию только в отношении деяний, происходящих в Бангладеш⁹⁰. Военный устав Нидерландов утверждает, что его закон «не полностью включает принцип универсальности... Он требует, чтобы Нидерланды были включены в вооруженный конфликт»⁹¹. Другие государства предусматривают универсальную юрисдикцию только для подгруппы деяний в своих различных определениях «военных преступлений». Франция наделяет свои суды универсальной юрисдикцией в отношении серьезных нарушений международного гуманитарного права только во взаимодействии с Международными уголовными трибуналами по бывшей Югославии и Руанде и опирается на принципы территориальности, активной и пассивной правосубъектности в отношении всех других военных преступлений⁹². Точно так же Австралия наделяет свои национальные суды универсальной юрисдикцией в отношении «серьезных нарушений» Женевских конвенций и Дополнительного протокола I, но требует активной правосубъектности для осуществления юрисдикции в отношении других военных преступлений⁹³. И наконец, Исследование приводит несколько договоров о законе войны, которые на самом деле не иллюстрируют случаи, когда государства-участники решали установить универсальную юрисдикцию. Например, Протокол II с поправками от 3 мая 1996 г. к Конвенции по обычному оружию и Оттавская конвенция 1997 г. предусматривают территориальную связь между подписавшим их государством и неправосудным деянием⁹⁴.

Ограниченная практика преследования

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

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

90 Ibid., pp. 3959–3960, § 397.

91 Ibid., p. 3889, § 150.

92 Ibid., pp. 3900–3901, §§ 192–195.

93 Ibid., pp. 3894–3895, §§ 165–166.

94 Ibid., p. 3885, §§ 132–133.

версальной юрисдикцией в отношении «военных преступлений», оно приводит всего девятнадцать примеров государственных судов, осуществляющих, по мнению авторов, универсальную юрисдикцию в отношении «военных преступлений»⁹⁵. Из этих девятнадцати два не относятся к делу, так как подсудимые обвинялись не в «военных преступлениях», а либо в геноциде, либо геноциде и преступлении против человечности соответственно⁹⁶. В другом приведенном в Исследовании деле правительство Австралии претендовало на юрисдикцию по принципу защиты национальных интересов. Суд обосновал свое решение простым языком уголовного права и недвусмысленно отверг необходимость рассматривать вопрос о применимости универсальной юрисдикции⁹⁷. Кроме того, в одном голландском деле жертвами военных преступлений были граждане Голландии; следовательно, голландский суд основывал свою юрисдикцию на принципе пассивной правосубъектности, а не на универсальной юрисдикции⁹⁸.

Если отложить в сторону эти четыре не относящиеся к делу случая, оставшиеся пятнадцать случаев, приведенные в Исследовании в качестве примера, дают очень слабое свидетельство в поддержку Нормы 157. В шести из этих случаев государства недвусмысленно заявили о своей юрисдикции, основанной не на обычном праве, а на правах и обязанностях, накладываемых договорами, прежде всего согласно статье 146 Четвертой Женевской конвенции⁹⁹. Девять случаев, в которых государства претенду-

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

ют на юрисдикцию на основе обычного права, взяты из практики только шести государств: Бельгии, Великобритании, Израиля, Канады, Нидерландов и Швейцарии¹⁰⁰. Практика этих шести государств является очень слабым свидетельством существования нормы обычного международного права. Эта часть практики недостаточно плотна, чтобы свидетельствовать об обычном праве государств на юрисдикцию в отношении большой группы действий, перечисляемых в Норме 156, и становится еще более уязвимой при рассмотрении фактов этих дел. Действительно, во многих из этих случаев государства подвергались преследованию за деяния, которые были совершены до принятия Женевских конвенций, но которые в конечном счете рассматривались в этих Конвенциях как серьезные нарушения¹⁰¹. Таким образом, хотя осуществляющие уголовное преследование государства не могли опираться на свои договорные обязательства как основу для преследования, деяния, о которых идет речь, действительно были серьезными нарушениями. Поэтому данные ситуации не могут быть истолкованы как поддерживающие обычное право на юрисдикцию в отношении большинства деяний, перечисленных в Норме 156 как «военные преступления», на основе универсальности.

Opinio juris

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

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

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

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

цию, но не указывает, на чем основана эта точка зрения — на обычном праве или на договорном праве¹⁰². Из свидетельств, приведенных в Исследовании, максимум девять государств выражают определенную *opinio juris* в отношении того, что право наделять суды универсальной юрисдикцией является обычным правом (и большинство из этих девяти так и не осуществили эту юрисдикцию)¹⁰³. Большинство государств, принявших соответствующее законодательство, недвусмысленно утверждают в своих законах, что универсальная юрисдикция основана на прерогативах, полученных в результате договоров, а не обычного международного права. Например, закон Барбадоса о Женевских конвенциях говорит, что «лицо, совершающее серьезное нарушение какой-либо из Женевских конвенций 1949 г. ... может быть привлечено к уголовной ответственности и наказано любым судом Барбадоса, имеющим юрисдикцию в отношении таких же преступлений в Барбадосе, как если бы это серьезное нарушение было совершено в Барбадосе»¹⁰⁴. Законодательные акты Ирландии, Испании и Франции¹⁰⁵, среди прочих, ясно говорят, что претензия на универсальную юрисдикцию проистекает из договорного права. При всей важности договорных обязательств в этих и других случаях неправильно полагать, что остальные государства, не излагающие недвусмысленно правовую основу своего законодательства, делают это из чувства права, возникающего из обычного международного права.

Резюме

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

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

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

104 Study, vol. II, p. 3896, § 170.

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

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

Вывод

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