

«Обычное международное гуманитарное право»: ответ на комментарии США

Жан-Мари Хенкертс

Вступление

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

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

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

права, в частности путем превентивных мер, которые бы обеспечили лучшее понимание и более действенное осуществление права².

В декабре 1995 г. XXVI Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца одобрила эту рекомендацию и официально уполномочила МККК подготовить доклад об обычных нормах международного гуманитарного права, применимых в международных и немеждународных вооруженных конфликтах³. МККК отнесся к этому мандату очень внимательно и потратил почти десять лет на исследование и консультации с участием более чем 150 правительственных и научных экспертов.

Замечания к Исследованию двух видных правительственных юристов, Джона Беллингера, юридического советника Государственного департамента, и Уильяма Хейнса, генерального юрисконсульта Министерства обороны, представляют собой первые официальные комментарии, полученные МККК на правительственном уровне⁴. Эти замечания являются доказательством очень серьезного отношения правительства США к Исследованию и к международному гуманитарному праву вообще и как таковые заслуживают одобрения. Эти замечания имеют не только символическое, но и научное значение и нуждаются в детальном изучении.

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

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

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

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

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

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

1. Практика государств

Плотность практики

Общепризнанно, что для того чтобы стать нормой обычного международного права, практика должна быть «широкой и фактически единообразной»⁵, однако конкретного математического порога для определения, насколько широкой должна быть эта практика, не имеется. Так происходит потому, что плотность практики зависит от существа дела. Одни вопросы возникают чаще, чем другие, и порождают больше практики. Достаточно сравнить, например, практику в отношении определения объектов нападения и белого флага парламентаря. Вопросы определения объектов — например, проведение различия между гражданскими лицами и комбатантами и между гражданскими объектами и военными объектами — обсуждаются повседневно в связи с различными вооруженными конфликтами, содержатся почти во всех военных уставах, анализируются на международных форумах, в решениях и так далее. Практика защиты белого флага парламентаря, с другой стороны, является довольно редкой, таких случаев сравнительно мало, и потому эта тема обсуждается нечасто. Тем не менее вся имеющаяся практика в отношении защиты белого флага парламентаря единообразна и подтверждает действенность нормы независимо от ограниченности практики. Такой дифференцированный подход неизбежен в любой области международного права⁶.

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

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

Более того, для правильного измерения плотности практики необходимо определить точное значение каждого ее элемента. В то время как одни элементы практики могут быть единичными прецедентами, другие могут отражать многочисленные прецеденты. Это особенно касается военных приказов, инструкций и уставов, показывающих, чему обучают и как инструктируют вооруженные силы, и что они в результате делают. Следовательно, один военный устав может отражать многочисленные прецеденты и тем самым существенный объем практики⁷.

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

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

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

как указано в отклике, для доказательства существования обычного права, в частности, когда мы имеем дело с разрешительной нормой. Принцип универсальной юрисдикции означает, что военные преступления являются преступлениями согласно международному праву, подобно пиратству, рабству и апартеиду, и, следовательно, все государства заинтересованы в преследовании таких деяний. Этот принцип был впервые установлен в Женевских конвенциях как обязательство в отношении «серьезных нарушений», перечисленных в них и впоследствии подтвержденных Дополнительным протоколом I⁸. Постепенно он был расширен и стал применяться ко всем серьезным нарушениям гуманитарного права в качестве разрешительной нормы.

И последнее. В результате широкого и основательного изучения и консульгаций, лежащих в основе Исследования, никогда раньше такой объем практики не предлагался так систематично и детально для объяснения существования норм обычного международного права⁹. Судья Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии Теодор Мерон отмечает:

Уникальным это Исследование делают серьезность и широта метода, используемого для выявления практики. Кроме документов из архивов МККК почти по 40 последним вооруженным конфликтам, а также различных международных источников, в том числе источников ООН, региональных организаций и других международных организаций, Исследование использует материал исследовательских проектов, осуществленных почти в 50 странах. Эти проекты были заказаны спонсорами Исследования с целью определить национальную практику в международном гуманитарном праве. Такая попытка никогда ранее не предпринималась. Ни в одном труде по международному праву даже не пытались собрать такую богатую коллекцию эмпирических данных¹⁰.

Виды рассматриваемой практики

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

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

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

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

самом деле поступают. Для этого была собрана и проанализирована «оперативная государственная практика в связи с действительными военными операциями». В Исследовании рассматривались, в меру их доступности, официальные отчеты и заявления о проведении конкретных военных операций. Например, такие отчеты и заявления со стороны США анализировались в отношении решений об определении объектов нападения в корейской войне, во вьетнамской войне, в войне в Персидском заливе и других конфликтах¹¹.

Но рассмотрения одной только оперативной практики недостаточно. Для точной оценки обычного международного права необходимо идти дальше простого описания конкретных военных операций и рассматривать правовую оценку таких операций. Это требует анализа официальных позиций сторон в конфликте, а также других государств. Когда данная оперативная практика принимается всеми, например, целями являются военные установки, это поддерживает лежащее в основе этой практики утверждение, а именно, что военные объекты представляют собой законную военную цель. Но когда оперативная практика всеми рассматривается как нарушение существующих норм, например, целями стали гражданские объекты, то так оно и есть. Такие нарушения по своей сущности не могут изменить существующие правила; они не могут диктовать закон¹². Это объясняет, почему такие действия, как нападения на гражданских лиц, грабеж и сексуальное насилие, остаются под запретом, несмотря на многочисленные сообщения об их совершении. О том, что эти деяния считаются нарушением существующих норм, международное сообщество узнает из таких документов, как военные уставы, национальное законодательство, национальное и международное прецедентное право, резолюции международных организаций и официальные заявления. Эти документы являются линзой, через которую следует рассматривать оперативную практику.

Значение резолюций

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

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

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

ных организаций, в частности ООН и региональных организаций¹³. Как было указано, Исследование основано на признании того, что «резолуции обычно не являются обязательными сами по себе и поэтому ценность каждой такой резолюции зависит от ее содержания, степени ее признания и последовательности практики государств»¹⁴. Поэтому в Исследование были включены и использовались для оценки протоколы голосования по всем приводимым резолюциям Генеральной Ассамблеи¹⁵. И очень важно всегда оценивать резолюции вместе с другой деятельностью государств и не использовать их с целью подтолкнуть весы в пользу признания какой-либо нормы нормой обычного права¹⁶.

Значение заявлений МККК

Как объясняется во Введении к Исследованию, официальные заявления МККК, в частности обращения и меморандумы по соблюдению международного гуманитарного права, включены в соответствующую практику, потому что МККК обладает международной правосубъектностью¹⁷. Деятельность МККК особенно уместна, потому что он получил от государств официальные полномочия «способствовать точному соблюдению международного гуманитарного права... а также подготавливать его развитие»¹⁸. Но в Исследовании не используются заявления МККК как первоисточники свидетельств в поддержку признания какой-либо нормы как нормы обычного права. Они цитируются, чтобы подкрепить выводы, сделанные на основе одной только практики государств. Следовательно, деятельность МККК тоже не подталкивает весы в пользу признания какой-либо нормы нормой обычного права.

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

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

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

Как хорошо известно, МККК очень активно содействует развитию, имплементации и распространению международного гуманитарного права. Что касается весьма актуального вопроса, а именно появления обычных норм, применимых к внутренним вооруженным конфликтам, МККК внес заметный вклад, обращаясь к сторонам вооруженных конфликтов с призывом соблюдать международное гуманитарное право. Следует отметить, что в ситуации немеждународных вооруженных конфликтов МККК содействует применению сторонами в конфликте основополагающих принципов гуманитарного права. Кроме того, везде, где возможно, он старается убедить стороны в конфликте соблюдать Женевские конвенции 1949 г. или, по крайней мере, их принципиальные положения. Когда стороны или одна из них не выполняют основное международное гуманитарное право, МККК заявляет, что они должны соблюдать как минимум статью 3, общую. Это свидетельствует о том, что МККК содействует и помогает распространению общих принципов гуманитарного права на внутренние вооруженные конфликты. Поэтому практические результаты, таким образом достигнутые МККК в деле соблюдения международного гуманитарного права, следует рассматривать как элемент реальной международной практики; это, несомненно, действенный элемент появления и кристаллизации обычных норм²¹.

Значение заявлений НПО

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

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

20 См. например, там же, с. 73.

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

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

Поэтому только часть практики, представленной в томе II, была действительно учтена в томе I. В этом отношении может создаться неверное впечатление, будто все вошедшее в том II было так или иначе сочтено применимым для установления обычного права. Это совсем не так, и практика в томе II оценивалась на основе методологии в том виде, в каком она изложена во Введении к Исследованию²². Вообще, уместной была сочтена только практика, упомянутая в комментариях к нормам, и заявления неправительственных организаций к ней не отнесены.

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

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

Данное исследование придерживается осторожного подхода, заключающегося в том, что широкая ратификация является только некоторым указателем и ее следует оценить, принимая во внимание другие элементы практики, в частности практики государств, не являющихся сторонами договора, о котором идет речь. Последовательная практика государств, не являющихся участниками договора, считалась важным позитивным свидетельством. Однако противоположная практика этих государств считалась серьезным негативным свидетельством. Сравнение практики государств — участников договора и государств, не являющихся его сторонами, также имеет большое значение²³.

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

23 Там же, с. lvii.

В оценке каждой нормы учитывались отличительные особенности государств, которые являются участниками договоров, и теми, кто участником не является²⁴. С этой целью в Исследование был включен список ратификаций всех приводимых договоров²⁵, а также так называемые «отказные списки» — списки стран, не являющихся участниками соответствующих договоров, — для определения практики государств, которые не являются участниками договора. Интересно отметить, насколько сильно различаются эти списки в зависимости от договорного режима. Например, список государств — участников Дополнительного протокола I весьма отличается от списка государств — участников Гагской конвенции 1954 г. о защите культурных ценностей²⁶. Это означает также, что, когда различные договоры содержат одну и ту же или похожую норму, необходимо сопоставлять практику государства и историю ратификации в отношении всех соответствующих договоров. Хотя США не являются участником Дополнительного протокола I, например, они являются участником Протокола II и Протокола II с поправками от 3 мая 1996 г. к Конвенции по конкретным видам обычного оружия, которые содержат ряд норм, идентичных нормам Протокола I. Таким образом, хотя США не поддержали принцип проведения различия, запрет на неизбирательные удары и принцип соразмерности ратификацией Дополнительного протокола I, они поддержали эти нормы среди прочего ратификацией Протокола II с поправками от 3 мая 1996 г. к Конвенции по обычному оружию, которая применяется и в международных и в немеждународных вооруженных конфликтах²⁷.

Кроме того, ряд положений Дополнительного протокола I не были признаны нормами обычного права, поскольку негативной практике государств, которые еще не подписали Протокол, придавалось излишнее значение. Имеется в виду, например, презумпция статуса гражданского лица в случае сомнений²⁸, запрет на удары по установкам и сооружениям, содержащим опасные силы²⁹, более мягкое требование к комбатантам отличать себя от гражданского населения³⁰ и запрет на репрессалии против граждан

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

25 Study, vol. II, pp. 4153–4180.

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

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

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

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

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

данских лиц, как он изложен в Дополнительном протоколе I³¹. Возможно, многие будут утверждать, что Исследование придает слишком большое значение этой ограниченной противоположной практике. Но когда явно противоположная практика государства, не являющегося участником договора, была сочтена недостаточной для того, чтобы блокировать возникновение нормы обычного права, это тоже упоминалось в комментарии³². Комментарии никогда не скрывают и не приукрашивают имеющуюся негативную практику.

Особенно затронутые государства

Исследование отдает должное вкладу государств, которые имеют «более обширный и глубинный опыт» и «поэтому представленная ими практика значительно масштабнее в количественном отношении». Внимательное чтение и тома I, и тома II выявляет существенный вклад этих государств в практику. В силу своего опыта участия в вооруженных конфликтах США предоставили особенно значительный объем практики для формирования обычного гуманитарного права. США также имеют свою позицию по многим вопросам толкования права, и это часто отмечается в комментариях³³.

Ясно, что практика одних государств намного больше практики других, потому что они были «особенно затронуты» вооруженным конфликтом. Следует ли в результате считать их практику *более важной*, чем практику других государств, — это отдельный вопрос. Заявление Международного суда о необходимости включения практики «особенно затронутых» государств было сделано в контексте морского права и, в частности, для того, чтобы определить, стала ли норма (не ратифицированного широко) договора частью обычного международного права³⁴. Учитывая специфический характер многих норм гуманитарного права, нельзя принимать без доказательства утверждение, что те же соображения должны автоматически распространяться на него. В отличие от морского права — ведь государство либо имеет, либо не имеет морского побережья, — когда речь идет о гуманитарном праве, понятно, что любое государство может быть вовлечено в вооруженный конфликт и стать «особенно затронутым». Поэтому все государства, как представляется, должны быть заинтересованы в развитии гуманитарного права. Тем не менее это не исключает

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

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

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

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

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

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

2. *Opinio juris*

Хотя в комментариях к нормам в томе I, как правило, нет отдельного анализа практики и *opinio juris*, такой анализ на самом деле проводился по всем и каждой норме. Это делалось с целью определить, обусловлено ли существование нормы права практикой или же она подсказана всего лишь неюридическими соображениями удобства, вежливости или политики. Когда установление *opinio juris* вызывало затруднения, это более подробно обсуждается в комментариях³⁵. Следовательно, Исследование не просто выводило *opinio juris* из практики. Заключение, что норма права установлена практикой, а не стратегическим подходом, никогда не основывалось на одном-единственном примере или виде практики, но было результатом рассмотрения всей имеющей отношение к делу практики. Действительно, никогда нельзя доказать, что государство голосует за резолюцию, осуждающую, например, сексуальное насилие, потому что считает это отражением нормы права, или же это его стратегическое решение (а может быть, и то и другое). Но совокупность практики в этом вопросе указывает, вне сомнений, что запрет сексуального насилия является нормой права, а не просто линией поведения.

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

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

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

И последнее. Было сочтено, что военные наставления, используемые при обучении, представляют собой вид государственной практики. В принципе, государство не позволит, чтобы подготовка его вооруженных сил осуществлялась на основе документа, содержание которого оно не одобряет. Поэтому учебные руководства, учебники инструкторов и карманные карточки солдат были сочтены отражающими практику государства. Было обнаружено и включено несколько таких документов, например, из Германии³⁶, Великобритании³⁷ и США³⁸. Полное перечисление военных уставов, в том числе учебных инструкций и других документов подобного рода, содержится в томе II Исследования³⁹.

3. Формулировка норм

Всякое описание обычных норм неизбежно выливается в нормы, во многих отношениях более простые, чем детальные нормы, которые мы видим в договорах⁴⁰. Трудно, например, доказать, что каждая норма и все детали соответствующих норм принадлежат к обычному праву. Формулирование обычного права на основе практики не может дать такой же объем деталей, как в процессе сложных переговоров на дипломатической конференции.

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

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

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

39 См. Study, vol. II, pp. 4196–4207.

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

Поэтому необходимо было обсудить определенные вопросы более подробно в комментариях.

Например, в связи с Нормами 31 и 55 о защите персонала организаций, оказывающих гуманитарную помощь, и о доступе для гуманитарных миссий, соответственно, вопрос о согласии принять этот персонал и миссии открыто обсуждается в комментарии без намерения расширить содержание Дополнительных протоколов⁴¹. Проблема заключается в формулировании нормы таким образом, чтобы она охватывала и международные, и немеждународные вооруженные конфликты. Проблематично и использование термина «согласие сторон», в том числе согласие вооруженных групп оппозиции, в тексте нормы, которая бы охватывала и международные, и немеждународные конфликты. Ясно также и следующее: если эти нормы прочитать вместе с Нормой 6, персонал организаций, оказывающих гуманитарную помощь, утрачивает свою защиту, когда принимает прямое участие в военных действиях.

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

В этом томе собраны нормы обычного международного гуманитарного права. Как таковые только четкие правовые положения определяются в качестве нормы, но не комментарии к этим нормам. Однако комментарии могут содержать полезные уточнения в отношении применения норм, а комментаторы часто упускают это из виду⁴².

Комментарии особенно важны для определения содержания ряда норм, сформулированных в виде резюме, охватывающих целый спектр практики и не имеющих конкретного эквивалента в договорном праве⁴³. Но Исследование не претендует на доказательство того, что все и каждый элемент самих комментариев являются частью обычного права, такой как перечень военных преступлений в Норме 156.

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

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

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

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

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

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

4. Следствия

Во-первых, вывод Исследования о том, что большое число норм, содержащихся в Дополнительных протоколах к Женевским конвенциям, достигли статуса обычного международного права, применяемого всеми государствами, поддерживается предлагаемым свидетельством. И это не удивительно, так как многие из них уже стали обычными в 1977 г., ровно тридцать лет назад⁴⁵. Действительно, с одной стороны, ряд положений Протоколов были в 1977 г. новыми, но они стали обычными через тридцать лет после их

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

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

принятия, так как отражают широкую и единообразную практику⁴⁶. Кроме того, как указывалось выше, ряд их положений не стали обычными, так как не отражают единообразную практику⁴⁷.

Авторы Исследования с осторожностью отнеслись к Дополнительным протоколам и вообще к любому другому договору, не считая, что норма является обычной просто потому, что она содержится в широко ратифицированном договоре⁴⁸.

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

В самом деле развитие событий после войн в бывшей Югославии и Руанде указывает на применение многих областей международного гуманитарного права к немеждународным вооруженным конфликтам. Например, каждый договор по международному праву, принятый с 1996 г., применяется и к международным, и к немеждународным конфликтам⁴⁹. Далее, в 2001 г. статья 1 КОО была исправлена, расширив объем применения всех существующих Протоколов КОО, с тем чтобы они охватывали немеждународные вооруженные конфликты⁵⁰.

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

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

48 См. примечание 23 выше.

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

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

Уголовные трибуналы и суды, учрежденные для бывшей Югославии и Руанды и позднее для Сьерра-Леоне, занимаются исключительно или по большей части нарушениями, совершенными в немеждународных вооруженных конфликтах. Точно так же расследования и уголовные преследования, осуществляемые сейчас Международным уголовным судом, связаны с нарушениями, совершенными в ситуациях внутреннего вооруженного конфликта. Эти процессы поддерживаются и иной практикой, такой как руководства для военных, национальное законодательство и прецедентное право, официальные заявления и резолюции международных организаций и конференций. В этом отношении особую осторожность авторы проявили в томе I при установлении практики, связанной с немеждународными вооруженными конфликтами, и при выявлении, на этой основе, принадлежности тех или иных норм, применяемых в этих конфликтах, к обычному праву. И наконец, там, где практика была менее обширной в немеждународных вооруженных конфликтах, соответствующая норма признавалась только «вероятно» применимой к немеждународным вооруженным конфликтам⁵¹.

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

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

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

дораздел между правом международных и немеждународных конфликтов, особенно в отношении ведения военных действий, применения методов и средств войны и обращения с людьми, оказавшимися во власти одной из сторон конфликта. Но это не значит, что и к международным, и к немеждународным вооруженным конфликтам теперь применимо одинаковое право. Ведь такие положения, как оккупация и наделение статусом комбатанта или военнопленного, до сих пор принадлежат исключительно к области международных вооруженных конфликтов. Таким образом, Исследование содержит также ряд норм, применение которых ограничено международным вооруженным конфликтом⁵², и ряд норм, имеющих различную формулировку в зависимости от того, применяются ли они к международным либо немеждународным вооруженным конфликтам⁵³.

Вывод

Как было указано выше, государства обратились к МККК с просьбой провести это исследование, чтобы помочь в трудном деле установления обычного международного права. Не будет преувеличением сказать, что почти 10 лет глубоких изысканий и широких консультаций имели своим результатом всеобъемлющий и подробнейший на сегодняшний день труд такого рода. Исследование оказалось наилучшей, из всех возможных, попыткой дать моментальный и максимально точный снимок обычного международного гуманитарного права. Поскольку эта работа была обусловлена мандатом международного сообщества, авторы стремились сделать Исследование рабочим инструментом на службе у практиков, занимающихся гуманитарным правом, а не теоретическим справочником, и оно уже нашло свое место в юриспруденции нескольких государств, в том числе США⁵⁴.

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

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

53 Это Нормы 124, 126 и 128–129.

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

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

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