

Взаимодействие международного гуманитарного права и права прав человека там, где это действительно важно: допустимость убийства и интернирования боевиков во время немеждународных вооруженных конфликтов

Марко Сассоли* и Лора М. Олсон

Марко Сассоли является профессором международного права в Женевском университете и доцентом в университете Квебека в Монреале, он возглавляет советы Женевской академии международного права и права прав человека и «Женевского призыва» (Geneva Call). Лора М. Олсон, доктор права, магистр права, является приглашенным научным сотрудником в Центре гражданских прав и прав человека Школы права университета Нотр Дам.

Краткое содержание

В настоящей статье исследуется взаимодействие международного гуманитарного права и права прав человека во время немеждународных

* Мне хотелось бы поблагодарить Линдси Камерон, моего младшего референта, за ее тщательную научно-исследовательскую работу и полезные замечания по многим вопросам, рассмотренным в настоящей статье.

*родного вооруженного конфликта. Авторы пытаются найти ответ на два вопроса, которые являются крайне важными на практике, однако находятся в сфере, где связь между двумя отраслями права и требования только гуманитарного права являются нечеткими. Во-первых, в соответствии с нормами какой отрасли права можно нападать на лиц из состава вооруженных группировок и убивать их? Во-вторых: можно ли захваченное лицо из состава вооруженных сил или групп удерживать таким же образом, как и военнопленных в ходе международных вооруженных конфликтов, или как это предписывают права человека? Применяя принцип *lex specialis*, авторы статьи обсуждают возможные ответы на эти вопросы.*

: : : : : :

Многое уже написано о взаимодействии международного гуманитарного права (гуманитарного права или МГП) и международного права прав человека (прав человека или МППЧ), их разных истоках и их постепенном сближении и взаимовлиянии. Сравнивались их сферы применения, права, которым они предоставляют защиту, и соответствующие механизмы имплементации. Международный суд и различные правозащитные организации и органы изучали вопрос о том, до какой степени гуманитарное право является *lex specialis* по сравнению с правами человека. Меньший объем судебной практики объясняется тем, что по некоторым вопросам права человека составляют *lex specialis*. Значение понятия *lex specialis* и то, как его можно определить, изучались Комиссией международного права (КМП)¹ и различными учеными, как и конкретно взаимоотношения между этими двумя отраслями². Однако не было пока систематического анализа для выяснения того, какая же из двух отраслей составляет *lex specialis* для ситуаций, которые регулируются ими обеими, но это, конечно, не может быть целью настоящей статьи.

На практике вышеупомянутые теоретические вопросы не имеют особого значения для решения большинства проблем, которые непосредственно касаются жертв вооруженных конфликтов. Это особенно

- 1 Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права. Доклад исследовательской группы Комиссии международного права. Окончательно подготовлен Марти Коскенниemi. UN Doc A/CN.4/L.682, 13 апреля 2006 г.; 56-я сессия, КМП, UN Doc A/59/10, ч. 304 и сл.
- 2 См.: Marco Sassòli, 'Le droit international humanitaire: Une *lex specialis* par rapport aux droits humains?' in Andreas Auer, Alexandre Flückiger, Michel Hottelier (eds.), *Les droits de l'homme et la constitution: Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Geneva, 2007, pp. 375–95, with further references.

справедливо во время международных вооруженных конфликтов, для которых договоры по гуманитарному праву разработаны лучше всего. Во-первых, нормы обеих отраслей права имеют одних адресатов: государства. Во-вторых, во многих ситуациях трудно доказать, что права человека вообще применимы, поскольку нельзя считать, что жертвы находятся на территории или в сфере юрисдикции государства, осуществляющего на них нападение. В-третьих, в отношении многих проблем одна из двух отраслей права просто не содержит никаких норм. В гуманитарном праве нет ничего относительно свободы прессы на оккупированных территориях, а право прав человека ничего не говорит о том, должны ли комбатанты отличать себя от гражданского населения и каким образом. В-четвертых, по большинству вопросов обе отрасли приводят к одинаковым результатам, только одна из них содержит более подробные нормы.

В отношении немеждународных вооруженных конфликтов обе отрасли права также приводят к одинаковым результатам. Обращение с задержанными лицами или лицами, которые иным образом находятся во власти государства, прописано очень сходным образом. Аналогичны и судебные гарантии для лиц, преследуемых в судебном порядке, но они лучше разработаны в правах человека. Судебная практика Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) (который никогда не ссылается явным образом на гуманитарное право), касающаяся преднамеренных или неизбирательных нападений на гражданских лиц в Чечне и на востоке Турции, свидетельствует о том, что даже по такому обычно являющемуся предметом регулирования гуманитарным правом вопросу, как меры предосторожности, которые должны приниматься в интересах гражданского населения при осуществлении нападения на военные объекты, право прав человека приводит к такому же результату, что и гуманитарное право³.

Однако по двум вопросам, которые крайне важны на практике, неясна не только взаимосвязь между двумя отраслями, но и требования гуманитарного права. Во-первых, может ли участник вооруженной группы, как и в соответствии с гуманитарным правом, применимым во время международных вооруженных конфликтов, становиться объектом нападения (и следовательно, быть убитым), если он не сдастся и не является никоим образом вышедшим из строя? Или это допустимо, как говорится в праве прав человека, только в исключительных случаях и когда арест

3 См.: Marco Sassòli, 'La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés', in Stephan Breitenmoser et al. (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike, Zurich, 2007, pp. 724–5.

не является практически возможным? Во-вторых, может ли захваченное лицо из состава вооруженных сил или член вооруженной группировки удерживаться таким же образом, как и военнопленный во время международных вооруженных конфликтов до окончания активных военных действий без какого-либо решения относительно каждого отдельного лица? Или захваченное лицо, как это предписывает право прав человека, должно иметь возможность оспорить свое задержание в суде?

В последние годы эти два вопроса выходят на первый план в связи с некоторыми явлениями «войны с терроризмом», которая была классифицирована Верховным судом США как немеждународный вооруженный конфликт⁴. После 11 сентября 2001 г. позиция правительства США заключалась в том, что они могут убивать (например, в Йемене) и содержать под стражей (например, на базе Гуантанамо) «незаконных комбатантов противника» в соответствии с теми же стандартами, которые предписаны гуманитарным правом международного вооруженного конфликта для комбатантов (но без права задержанных лиц на защиту, предоставляемую «законным» комбатантам). Критики возражают, что большинство этих людей могут быть убиты или задержаны только в соответствии с гораздо более ограничительными нормами прав человека. Мы попытаемся найти ответы независимо от особого характера «войны с терроризмом», которая добавляет две проблемы, широко обсуждаемые в различных источниках: экстерриториальное применение прав человека и являются ли вообще все, некоторые или какие-либо компоненты «войны с терроризмом» вооруженными конфликтами, и если это так, то являются ли они международными или внутренними по своему характеру.

Хотя мы будем рассматривать эти вопросы в контексте традиционных немеждународных вооруженных конфликтов между правительством и силами повстанцев, мы думаем, что наши ответы являются отправной точкой и для ответов на те же самые вопросы во время «транснациональных вооруженных конфликтов». Найти ответы тем более трудно в силу нескольких факторов, которые указывают иногда разные направления.

Во-первых, договорные нормы гуманитарного права международных вооруженных конфликтов менее развиты, чем нормы, применимые к международным вооруженным конфликтам. В соответствии с принципом *lex specialis*, это должно предоставить более широкую сферу применения правам человека. Однако вместо этого за последние двадцать лет судебная практика международных уголовных трибуналов, воздействие прав человека и даже некоторых договорных норм, принятых государствами, сблизили право немеждународных вооружен-

4 United States Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld* (29 June 2006) 548 U.S. 557, 126 S. Ct. 2749.

ных конфликтов с правом международных вооруженных конфликтов, и даже существует мнение, что надо совсем устранить различие между ними. Во многих областях, где договорные нормы все еще являются различными, постепенное сближение объяснялось тем, что в соответствии с обычным международным правом различия между двумя категориями конфликтов постепенно исчезли. Такое мнение временно возобладало после публикации исследования МККК «Обычное международное гуманитарное право», в котором утверждается, после десяти лет изучения «практики государств» (в виде официальных заявлений, а не фактического поведения), что 136 (и даже 141) из 161 нормы обычного гуманитарного права, многие из которых соответствуют нормам Протокола I, примененного в качестве договорного права к международным вооруженным конфликтам, применяются равным образом к немеждународным вооруженным конфликтам⁵. Наша работа еще более усложняется тем фактом, что определенная практика, на которой основываются эти обычные нормы, является практикой правозащитных организаций и органов, применяющих право прав человека.

Во-вторых, даже если бы принцип *lex specialis* давал четкие ответы в случаях, когда две отрасли права предлагают разные нормы в ответ на одинаковые вопросы (а этого не происходит), он мог бы действовать, только если бы ответы, предлагаемые каждой из отраслей, были ясными. Мы покажем, что, по крайней мере, в гуманитарном праве такая четкость не обнаруживается в ответ на два вопроса, которые мы здесь рассматриваем. Что касается прав человека, ответы часто основываются на общих договорах без универсальной ратификации или на региональных договорах — в то время как точное содержание обычного права прав человека является, по крайней мере, столь же противоречивым, как и содержание обычного гуманитарного права. Часто эти ответы основаны и на практике органов, которые не могут принимать обязательные для исполнения решения, и иногда на инструментах мягкого права, обязательность которых не является однозначной. Кроме того, ограничения прав человека часто весьма гибкие, в том числе из-за туманных ограничительных оговорок, которые позволяют учитывать конкретный характер каждого отдельного случая. Поскольку случаи, когда механизмы прав человека позволяют решить наши вопросы в имевших место немеждународных вооруженных конфликтах, немногочисленны, нам часто приходилось обосновывать свои ответы прецедентами. Однако эти прецеденты имели место не в ситуациях вооруженных конфликтов,

5 Хенкертс, Жан-Мари и Досвальд-Бек, Луиза. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. Москва, МККК, 2006.

и нет никакой уверенности в том, что соответствующие механизмы привели бы к таким же решениям во время вооруженного конфликта.

В-третьих, есть еще один фактор, присутствующий немеждународным вооруженным конфликтам, который делает наши рассуждения особенно сложными (и недопустимым образом игнорируется в научных работах⁶ и даже в исследовании МККК). Он заключается в том, что гуманитарное право немеждународных вооруженных конфликтов, как указывает общая статья 3 Женевских конвенций, является равным образом обязательным для каждой «из находящихся в конфликте сторон», то есть в такой же мере для негосударственных групп, как и для правительственной стороны⁷. В связи с этим встает вопрос о том, касаются ли права человека в равной степени вооруженных групп или, в силу действия принципа *lex specialis*, ответ на наш вопрос будет разным для правительства и для его противника.

В-четвертых, если практика государств во время международных вооруженных конфликтов в отношении наших двух вопросов достаточно единообразна (хотя иногда расплывчата в результате споров относительно того, как должен классифицироваться конкретный конфликт), она явным образом оказывается противоречивой во время немеждународных вооруженных конфликтов. В ходе конфронтации с повстанческими группировками отдельные государства отдают предпочтение правам человека, некоторые применяют по аналогии нормы гуманитарного права, регулирующего международные вооруженные конфликты, а иные — и те и другие. Что же касается международных контрольных механизмов, их реакция также бывает разной, и не всегда понятно, основывается ли она на оценке норм права в полном объеме или ограничена, в силу предмета их юрисдикции, применением только одной из двух отраслей права, о которых здесь идет речь.

Принцип *lex specialis* и его значение

В настоящей статье делается предположение, что права человека применяются во время вооруженных конфликтов. Некоторые государства не согласны с этим, но они никогда конкретно не утверждали этого

6 Laura M. Olson, 'Practical challenges of implementing the complementarity between international humanitarian and human rights law — demonstrated by the procedural regulation of internment in noninternational armed conflict', *Case Western International Law Journal*, Vol. 40 (2009) (готовится к публикации, рукопись находится у авторов).

7 Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 9–38, with further references.

в отношении немеждународных вооруженных конфликтов на их собственной территории. Что касается гуманитарного права, оно предназначено конкретно для регулирования вооруженных конфликтов.

Проблемы, возникающие в связи с одновременным применением двух указанных отраслей права, должны разрешаться ссылкой на принцип «*lex specialis derogat legi generali*» (специальный закон отменяет действие общего закона)⁸. Цель этого принципа такова: применяя объективный стандарт, соответствующий регулируемому вопросу, установить приоритетность двух норм, которые применимы по отношению к одной проблеме, но регулируют ее по-разному. Причина, по которой предпочтение отдается более специальной норме⁹, заключается в том, что она ближе к конкретному предмету рассмотрения и лучше учитывает уникальность контекста. Кроме того, эта норма лучше выражает намерение государств относительно того, как регулировать данную проблему. Теоретически ситуация должна регулироваться путем применения наиболее справедливой нормы, но чтобы избежать слишком субъективных оценок, предпочтительнее сослаться на более объективный стандарт, который также отражает нормы справедливости¹⁰. Этот принцип не указывает на качество, присущее одной отрасли права, такого как гуманитарное право, или одной из его норм. Он, скорее, определяет, какая норма преобладает над другой в конкретной ситуации¹¹. Каждый случай должен быть проанализирован отдельно¹².

Чтобы определить, какая норма является специальной по отношению к конкретной проблеме, необходимо взвесить несколько факто-

- 8 Законность угрозы ядерным оружием или его применения, Консультативное заключение МС, 1996 г., ч. 25; Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории, Консультативное заключение МС, 9 июля 2004 г., ч. 106; МС, Дело о вооруженной деятельности на территории Конго (ДРК против Уганды), Судебное решение от 19 декабря 2005 г., ч. 216–220.
- 9 Коскенниemi, примечание 1 выше, ч. 60; Доклад КМП, примечание 1 выше, ч. 305; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How the WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 387.
- 10 Norberto Bobbio, 'Des critères pour résoudre les antinomies', in Chaïm Perelman (ed.), *Les antinomies en droit: Etudes*, Bruylant, Brussels, 1965, pp. 237–41.
- 11 Коскенниemi, примечание 1 выше, ч. 112; Heike Krieger, 'A conflict of norms: the relationship between humanitarian law and human rights law in the ICRC Customary Law Study', *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 11 (Summer 2006), pp. 269, 271; Philip Alston et al., 'The competence of the UN Human Rights Council and its special procedures in relation to armed conflicts: extrajudicial executions in the "war on terror"', *European Journal of International Law*, Vol. 19 (2008), p. 192; Доклад КМП, примечание 1 выше, ч. 304.
- 12 Anja Lindroos, 'Addressing norm conflicts in a fragmented system: the doctrine of *lex specialis*', *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74 (1) (2005), p. 42.

ров. Если правовые последствия двух норм, регулирующих одну и ту же ситуацию, являются взаимоисключающими, принцип *lex specialis* логично подразумевает, что норма, которая применяется по отношению к конкретным фактам, должна уступить норме, которая применяется к тем же самым фактам, а также к дополнительному факту, присутствующему в данной ситуации. При выборе из двух применимых норм, применяться будет та, у которой шире «общая зона контакта»¹³ с ситуацией. Норма, сфера применения которой полностью входит в сферу применения другой нормы, должна преобладать, иначе она никогда не будет применяться¹⁴. Преобладать будет норма с более точной или более узкой материальной сферой применения и (или) более точной или более узкой сферой применения в отношении лиц¹⁵. Точность требует, чтобы преобладала норма, явным образом относящаяся к проблеме, а не та, которая затрагивает ее косвенно. Норма, разработанная более подробно, преобладает над общими формулировками¹⁶ другой, и более ограничительная норма преобладает над той, которая касается всей проблемы, но содержит менее строгие требования¹⁷.

Менее формальным — и, кроме того, менее объективным — фактором для определения, которая из двух норм применяется, является соответствие решения системным задачам права¹⁸. Описание этого решения в качестве *lex specialis* будет, возможно, неправильным. Системный порядок международного права является нормативным постулатом, основанным на оценочных суждениях¹⁹. Некоторые считают, что в реальности лицо, принимающее решение, прежде всего определяет, какая из норм является более справедливой, а затем характеризует ее как *lex specialis*²⁰. В частности, если формальные стандарты не указывают на четкий резуль-

13 Этот термин впервые использовала Мэри Эллен Уокер, магистр права, студентка Женевской академии международного гуманитарного права и прав человека на курсе Марко Сассоли по международному гуманитарному праву 2008 г.

14 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6th edn, Springer Verlag, Berlin, 1991, pp. 267–8.

15 Bobbio, примечание 10 выше, с. 244.

16 См., например: Seyed Ali Sadat-Akha, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Nijhoff, Leyden, 2003, p. 124.

17 См., например: Европейский суд по правам человека о взаимоотношениях между статьями 13 и 5 (4) Европейской конвенции о правах человека 1950 г. (далее — ЕКПЧ), *ECtHR, Brannigan and McBride v. UK, Judgment*, 26 May 1993, *ECtHR, Series A, No. 258*, p. 57, para. 76.

18 Коскенниemi, примечание 1 выше, ч. 107.

19 Krieger, примечание 11 выше, с. 280.

20 Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol. 1, Stevens, London, 1969, p. 474; Bruno Simma and Dirk Pulkovski, 'Of planets and the universe: self-contained regimes in international law', *European Journal of International Law*, Vol. 17 (2006), p. 490.

тат, должен начать действовать телеологический критерий, даже несмотря на то что он допускает личные предпочтения²¹.

По нашему мнению, чем определеннее формальный стандарт указывает на четкий вывод в отношении конкретной проблемы, тем меньше необходимость оценивать системные цели. Справедливо и противоположное: чем яснее цель, тем легче дистанцироваться от формального стандарта.

Когда *lex specialis* определен, *lex generalis* все еще остается на заднем плане. Это необходимо помнить, толкуя *lex specialis*²²; следует по возможности избегать толкования *lex specialis*, в результате которого возникает конфликт с *lex generalis*, и предпринять попытку согласовать обе нормы²³.

В соответствии с доктриной представляется, что этот принцип косвенно указывает на противоречия между нормами, основанными на договорах. Не столь ясно, применим ли этот принцип и к взаимоотношениям между двумя обычными нормами. В традиционно понимаемом обычном праве это теоретически не так. Обычная норма, применимая к определенной проблеме, проистекает из практики и *opinio juris* государств в отношении этой проблемы. В отношении той же проблемы не может существовать обычная норма прав человека и отличающаяся от нее обычная норма гуманитарного права. В фокусе внимания всегда находится практика и *opinio juris*, проявляющееся в отношении к проблемам как можно более сходным с той, которую необходимо решить. Представляется, что этот подход принят МККК, который ссылается в своем исследовании на обширный объем практики в области прав человека как во время вооруженных конфликтов, так и безотносительно к ним²⁴. На практике, однако, при попытке обнаружить обычную норму мы, как правило, смотрим на имеющиеся тексты, будь то договор или иной инструмент, кодифицирующий обычное право, текст, который способствовал развитию обычной нормы²⁵ или даже доктринальный текст. И тогда мы можем обнаружить, что одна конкретная пробле-

21 Bobbio, примечание 10 выше, с. 240–1. См. также: Wilfred Jenks, 'The conflict of law-making treaties', *British Yearbook of International Law*, Vol. 30 (1953), p. 450.

22 *Lex generalis* состоит из других норм международного права, которые должны быть приняты во внимание в соответствии со статьей 31 (3) (с) Венской конвенции о праве договоров.

23 См.: Коскенниemi, примечание 1 выше, ч. 31, 37; Доклад КМП, примечание 1 выше, ч. 308, 311.

24 Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 5 выше, т. I, с. 390–489.

25 Marco Sassòli, *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht — mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1990.

ма рассматривается в двух противоречащих друг другу текстах, причем оба были составлены на основании практики государств. Выбор между этими двумя текстами, по нашему мнению, определяется теми же принципами, что и выбор между договорными нормами. Если при определении преимущества в данной ситуации одной из двух норм практика государств оказывается недостаточно обширной, для того чтобы быть убедительной, должны использоваться обычные методы для выяснения того, какая же из двух норм, выведенных из практики, проанализированной с разных точек зрения, составляет *lex specialis*.

В каких случаях можно убивать бойцов противника?

Традиционный ответ гуманитарного права международных вооруженных конфликтов

Во время международных вооруженных конфликтов лица из состава вооруженных сил, принадлежащих стороне в конфликте, называются комбатантами. Комбатанты могут становиться объектом нападения в любое время до тех пор, пока они не сдадутся в плен или иным образом не будут выведены из строя, а не только тогда, когда они действительно угрожают противнику. Комбатанты составляют часть военного потенциала противника, и поэтому всегда правомерно нападение на них с целью ослабить этот потенциал. Традиционно считается, что никакие нормы не ограничивают использование силы против комбатантов только в тех обстоятельствах, при которых они не могут быть захвачены. В рамках гуманитарного права эта точка зрения была оспорена как принципом военной необходимости, ограничивающим любое насилие²⁶, так и запретом на вероломное убийство²⁷. Однако ни одна из этих точек зрения не нашла своего отражения в существующих инструкциях по ведению боя, и еще меньше в действиях на поле боя²⁸.

26 Пикте, Жан. Развитие и принципы международного гуманитарного права. Москва, МККК, 1994. С. 96–98.

27 См.: *Manual on Military Law, Part III, The Law of War on Land*, UK War Office, London, 1958, para. 115.

28 О расхождениях во мнениях по вопросу о непосредственном участии в военных действиях, высказанных во время консультаций с экспертами, организованных МККК, см.: DPH 2005 (примечание 31 ниже) с. 45–6; Louise Doswald-Beck, 'The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?', *International Review of the Red Cross*, Vol. 88 (864) (2006), pp. 881–904, at p. 902; Vincent-Joël Proulx, 'If the hat fits, wear it, if the turban fits, run for your life: reflections on the indefinite detention and targeted killing of suspected terrorists', *Hastings Law Journal*, Vol. 56 (2005), pp. 801–900, at pp. 882–3.

Что касается требования соразмерности, оно применяется в отношении нападения, направленных на законные цели, но только для защиты гражданских лиц от возможных побочных последствий²⁹. Нападения на комбатантов не должны оцениваться с точки зрения соразмерности ущерба, причиненного комбатанту, полученному от нападения военному преимуществу.

Неясный ответ договорных норм гуманитарного права, применимого во время немеждународных вооруженных конфликтов

Из договоров, касающихся немеждународных вооруженных конфликтов, в отличие от международных вооруженных конфликтов, не становится понятно, когда боец противника может быть убит (в настоящей статье мы используем термин «боец» для обозначения как члена вооруженной группы, функция которого заключается в участии в боевых действиях, так и лица из состава вооруженных сил правительства). Ни общая для Женевских конвенций статья 3, ни Протокол II к ним не используют термин «комбатант», поскольку государства не хотели во время немеждународных вооруженных конфликтов предоставлять кому-либо право участвовать в боевых действиях и соответствующие привилегии, на которые имеет право комбатант. Соответствующие положения запрещают «посягательство на жизнь и физическую неприкосновенность, в частности всякие виды убийства» в отношении лиц, «которые непосредственно не принимают участия в военных действиях», включая тех, кто прекратил принимать участие в военных действиях³⁰. Говоря конкретно о ведении военных действий, статья 13 Протокола II запрещает нападения на гражданских лиц, за исключением случаев, когда они принимают непосредственное участие в военных действиях³¹.

29 Дополнительный протокол I к Женевским конвенциям (Протокол I), статья 51 (5) (b).

30 См.: статья 3, общая для Женевских конвенций I–IV; и Дополнительный протокол II, статья 4.

31 МККК при консультациях с экспертами начал недавно процесс исследования и прояснения понятия «непосредственное участие в военных действиях» в соответствии с МПГ. Эта работа еще не привела к окончательным результатам, но ясно продемонстрировала серьезное расхождение во мнениях по вопросу о том, когда бойцы противника могут быть убиты во время немеждународного вооруженного конфликта. См. доклады совещания 2003 г. (далее — DPH 2003 Report), совещания 2004 г. (DPH 2004 Report) и совещания 2005 г. (DPH 2005 Report), www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205?opendocument (последнее посещение 21 мая 2008 г.). На основании этих обсуждений МККК в настоящее время готовит справочный материал 'Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities'.

Из этих норм и отсутствия упоминания «комбатантов» можно вывести заключение, что во время немеждународного вооруженного конфликта все являются гражданскими лицами и что ни на кого нельзя нападать, если он или она непосредственно не участвует в военных действиях. Однако в Комментарий МККК к Протоколу II говорится, что «[л]ица, принадлежащие к вооруженным силам или вооруженным группам, могут подвергаться нападению в любое время»³². Иначе это было бы прежде всего удивительно, что в статье 13 используется термин «гражданское лицо», а не более широкий термин «лицо»³³. Во-вторых, если все являются гражданскими лицами, основополагающий принцип проведения различия становится бессмысленным и применять его невозможно³⁴. В-третьих, общая статья 3 предоставляет защиту лицам, «которые непосредственно не принимают участия в военных действиях, включая тех лиц из состава вооруженных сил, которые сложили оружие, а также тех, которые перестали принимать участие в военных действиях [...] по любой другой причине». Последняя фраза говорит о том, что просто факт дальнейшего непосредственного неучастия в военных действиях не является достаточным, для того чтобы такие лица из состава вооруженных сил³⁵ не могли подвергаться нападению: они должны предпринять дополнительные шаги и явно выйти из боя. В-четвертых, на более практическом уровне запрет правительственным силам нападать на четко опознаваемых бойцов, если те не ведут против них боя, нереалистичен с военной точки зрения, поскольку это обязало бы правительственные силы действовать только в ответ на нападения, что будет способствовать проведению операций по нанесению отдельных ударов повстанческой группой. Возражение, что такие повстанцы могут быть арестованы в любом случае (и их сопротивление аресту, если они его окажут, станет непосредственным участием в военных действиях) будет зву-

32 *Комментарий к Дополнительным протоколам от 8 июня 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. Комментарий к Дополнительному протоколу II*/Редакторы: Ив Сандо, Кристоф Свинарски, Бруно Циммерман. Москва, МККК, 1998. Ч. 4789.

33 Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflict and Situations of Occupation, 1–2 September 2005, University Centre for International Humanitarian Law, www.adh-geneva.ch/events/expert-meetings.php (последнее посещение 21 мая 2008 г.) (далее — UCIHL Report), p. 34.

34 DPH 2005 Report, примечание 31 выше, с. 64; David Kretzmer, 'Targeted killing of suspected terrorists: extrajudicial executions or legitimate means of defence?', *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2) (2005), pp. 197–8.

35 В соответствии с общей статьей 3 термин «вооруженные силы» включает повстанческие вооруженные группы (см.: Marco Sassòli, 'Terrorism and war', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4 (2006), p. 977).

чать убедительно только в случае, если повстанцы не контролируют территорию.

Есть две возможности осмыслить вывод о том, что боевики могут становиться объектом нападения в любое время, пока они не выйдут из состава вооруженной группы. Во-первых, «непосредственное участие в военных действиях» может пониматься как включающее собственно само пребывание в составе группы³⁶ или продолжение выполнения функции бойца³⁷. Во-вторых, боевики могут считаться не «гражданскими лицами» (которые имеют право на защиту от нападений, если и до тех пор, пока они не принимают непосредственного участия в военных действиях)³⁸. Однако на практике оба эти толкования вызывают трудные вопросы. Как правительственные силы должны определить членство в вооруженной группировке, если соответствующее лицо не совершает враждебных действий? Каким образом можно отличить членство в вооруженной группировке от простой принадлежности к стороне в конфликте, за которую сражается эта группировка — другими словами, членства в политическом, образовательном или гуманитарном крыле повстанческого движения? Один из наиболее убедительных ответов таков: допустить нападения только на лиц, которые либо фактически принимают непосредственное участие в военных действиях, либо функция которых в вооруженных группировках заключается в совершении действий, являющихся непосредственным участием в военных действиях³⁹.

Обычное гуманитарное право не предоставляет ответа

Согласно Исследованию МККК как в международных, так и в немеждународных вооруженных конфликтах «[н]ападения могут быть направлены лишь против комбатантов»⁴⁰, а «гражданские лица пользуются защитой от нападений, за исключением случаев, когда и пока они принимают непосредственное участие в военных действиях»⁴¹.

36 DPH 2005 Report, примечание 31 выше, с. 48–9.

37 Israeli Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel et al.*, HCJ 769/02, 11 December 2005, para. 39 (далее — Общественный комитет против пыток (Public Committee against Torture)).

38 DPH 2005 Report, примечание 31 выше, с. 43–4.

39 *Ibid.*, с. 64; Kretzmer, примечание 34 выше, с. 198–9, придерживается сходной точки зрения.

40 Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 5 выше, Норма 1, с. 3.

41 *Ibid.*, Норма 6, с. 25.

«Гражданские лица — это лица, не входящие в личный состав вооруженных сил»⁴². Комментарий разъясняет, однако, что термин «комбатант» во время немеждународных вооруженных конфликтов «используется ...в общем значении, обозначая лиц, которые не пользуются предоставляемой гражданским лицам защитой»⁴³. «Хотя лица из состава вооруженных сил государства могут считаться комбатантами... практика не проясняет ситуацию с лицами, принадлежащими к группам вооруженной оппозиции»⁴⁴. Более того, авторы добавляют, что «практика не дает однозначного ответа на вопрос, считаются ли лица из состава вооруженных оппозиционных групп личным составом вооруженных сил или гражданскими лицами»⁴⁵. Если верно последнее, то неравного положения таких группировок и правительственных вооруженных сил можно было бы избежать, считая, что они непрерывно принимают непосредственное участие в военных действиях⁴⁶. Поэтому на важнейший вопрос о том, можно ли нападать на боевиков во время немеждународных вооруженных конфликтов, как на комбатантов во время международных вооруженных конфликтов, обычное право дает столь же неоднозначный ответ, что и положения договоров.

Аргументы «за» и «против» применения по аналогии нормы, применяемой во время международных вооруженных конфликтов

Как было сказано выше, общая тенденция заключается в том, чтобы сблизить право немеждународных вооруженных конфликтов с правом международных вооруженных конфликтов. У такого подхода есть и побочный положительный эффект — споры относительно того, является ли конфликт международным или внутренним и какое право применять к конфликтам смешанного характера, становятся чисто академическими. Даже те, кто по-прежнему скептически относится к утверждению о том, что практика государств действительно настолько устранила разницу, насколько это предполагается в Исследовании МККК, полагают, что вопросы, на которые не дает ответа право немеж-

42 Ibid., Норма 5, с. 22.

43 Ibid., с. 3.

44 Ibid., с. 15.

45 Ibid., с. 22.

46 Ibid., с. 21.

дународных вооруженных конфликтов, должны решаться по аналогии с правом международных вооруженных конфликтов. Исключение составляют те случаи, когда сам характер немеждународного вооруженного конфликта не допускает такой аналогии (например, в отношении иммунитета комбатанта от судебного преследования и понятия оккупированных территорий)⁴⁷. Более того, нет реальной разницы между международным вооруженным конфликтом, таким как борьба между правительственными силами Шри-Ланки и ТОТИ на севере Шри-Ланки в 2008 г. и международным вооруженным конфликтом между Эритреей и Эфиопией. Требование к солдатам во время международного (но не международного) конфликта брать противников в плен, если это практически возможно, а не убивать их, прозвучит нереалистично на поле боя. Кроме того, решение о том, можно ли стрелять в противника, каждый солдат должен принимать в доли секунды, не оставляя этот вопрос для командиров и судов (как это возможно относительно решения об интернировании, о чем будет сказано далее). Должны существовать четкие инструкции. Всегда, когда это возможно, подготовка солдат должна быть одинаковой как для международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов, для того чтобы сформировать рефлекс, которые сработают в пылу сражения.

С другой стороны, убедительные аргументы заставляют усомниться в целесообразности применения тех же норм, что и во время международных вооруженных конфликтов. Многие немеждународные вооруженные конфликты ведутся против групп, у которых нет четкой структуры, или между такими группами. Гораздо труднее определить принадлежность к вооруженной группе, чем принадлежность к правительственным вооруженным силам. Позитивное гуманитарное право немеждународных вооруженных конфликтов даже не дает четкого предписания, как это делает право международных вооруженных конфликтов, об обязанности бойцов отличать себя от гражданского населения. Отдельные лица вливаются в вооруженные группы и покидают их без какой-либо формальной процедуры, в то время как лица из состава вооруженных сил государства официально принимают на службу и увольняют с нее. Поскольку вооруженные группы неизбежно являются незаконными образованиями, они сделают все возможное, для того чтобы не быть признанными таковыми и скрыть свой военный характер. Поэтому утверждение, что боевиков можно сразу же

47 Сассоли, Марко и Бувье, Антуан. Правовая защита во время войны. Москва, МККК, 2008. С. 297–298.

убивать, подвергнет опасности многих гражданских лиц⁴⁸, независимо от того, являются ли они сторонниками группы, членами ее «политического крыла», принадлежат к той же самой этнической группе или просто оказались не в том месте и не в то время. И хотя четкое различие существует во время международных вооруженных конфликтов между ведением военных действий комбатантами против комбатантов и правоприменительными действиями сил полиции по отношению к гражданским лицам, нет равнозначного четкого различия во время немеждународных вооруженных конфликтов. Действительно, в ходе немеждународного вооруженного конфликта беспорядки и волнения всегда составляют преступление в соответствии с национальным правом. С преступниками дело имеют суды, и их нельзя «наказывать» немедленными внесудебными казнями.

Аргументы в пользу отдельной нормы для немеждународных вооруженных конфликтов, очевидно, обусловлены в основном существованием вооруженных групп и поэтому их можно рассматривать как требование проводить различие между правительственными силами и вооруженными группами, а не между вооруженными конфликтами, международным и немеждународным. Проблема заключается в следующем: чтобы существовал хоть какой-нибудь шанс, что гуманитарное право будет соблюдаться, оно должно быть одинаковым для обеих сторон. Принцип равноправия воюющих в соответствии с гуманитарным правом применим и к немеждународным вооруженным конфликтам⁴⁹.

Нормы, касающиеся применения силы в мирное время в соответствии с правом прав человека

Договоры по правам человека запрещают произвольное лишение жизни. Большинство международных документов, однако, не уточняет, когда убийство является произвольным. Только Европейская конвенция о правах человека указывает, что лишение жизни не будет считаться

48 Alexander Orakhelashvili, 'The interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?', *European Journal of International Law*, Vol. 19 (1) (2008), p. 167.

49 François Bugnion, 'Jus ad bellum, jus in bello and non-international armed conflict', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 6 (2003), pp. 167–98; Marco Sassòli, 'Jus ad bellum and ius in bello: the separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare — crucial or outdated?', in Michael Schmitt and Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2007, pp. 254–7.

ся произвольным, если оно явилось следствием «абсолютно необходимого применения силы:

- a. для защиты любого лица от противоправного насилия;
- b. для законного ареста или предотвращения побега лица, задержанного на законных основаниях;
- c. для подавления, в соответствии с законом, бунта или мятежа»⁵⁰.

В прецедентном праве, не связанном с вооруженными конфликтами, Европейский суд по правам человека признал законным убийство человека, который, по мнению властей, собирался привести в действие взрывное устройство. Но при этом Суд определил, что недостаточно хорошо спланированная операция явилась нарушением права на жизнь⁵¹. Что касается ареста, то Суд определил, что жизнь человека, скрывающегося от правосудия, не должна подвергаться опасности при попытке произвести его арест, если он не представляет никакой опасности для жизни и не подозревается в совершении преступления с применением силы, даже если он не может быть арестован никаким иным способом⁵².

В целом, другие универсальные и региональные органы по правам человека принимают такой же подход⁵³. Основные принципы применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка содержат авторитетное толкование принципов, которые должны соблюдаться властями при использовании силы, чтобы не нарушать права на жизнь. Эти принципы ограничивают применение огнестрельного оружия случаями

«самообороны или защиты других лиц от неминуемой угрозы смерти или серьезного ранения или с целью предотвращения совершения особо серьезного преступления, влекущего за собой большую угрозу для жизни, с целью ареста лица, представляющего такую опасность, сопротивляющегося их власти, или с целью предотвращения его побега и лишь в тех случаях, когда менее решительные меры недостаточны для достижения этих целей».

50 ЕКПЧ, статья 2 (2).

51 ЕСПЧ, «МакКанн против Соединенного Королевства», Жалоба № 18984/91, Решение от 5 сентября 1995 г., Series A No. 324, ч. 200–205.

52 ЕСПЧ, «Начова против Болгарии», Жалоба № 43577/98, Решение от 6 июля 2005 г., Reports 2005-II, ч. 95.

53 См., например: Inter-American Court of Human Rights, *Las Palmeras Case*, Judgment, 26 November 2002, Series C No. 96 (2002).

Преднамеренное применение огнестрельного оружия на поражение допустимо, только «когда оно абсолютно неизбежно для защиты жизни». Кроме того, сотрудники органов правопорядка должны дать

«четкое предупреждение о намерении применять огнестрельное оружие, предоставляя достаточное время для ответной реакции на это предупреждение, за исключением тех случаев, когда эти действия создают для должностных лиц по поддержанию правопорядка ненужную опасность или создают опасность смерти или нанесения серьезного ущерба другим лицам, или же явно неуместны или не нужны при создавшихся обстоятельствах инцидента»⁵⁴.

Следует, однако, подчеркнуть, что Основные принципы предназначены для сотрудников, «которые выполняют полицейские функции, особенно функции по аресту или задержанию». К их числу относятся и военные органы власти, но только если они осуществляют охрану порядка⁵⁵. Подобное положение может быть истолковано как означающее *e contrario*, что нормы не являются обязательными для военных властей при ведении боевых действий. Если права человека должны предоставить ответ на вопрос, когда бойца можно убивать, совершенно необходимо было бы знать, когда военные власти в ситуации вооруженного конфликта выполняют полицейские функции или когда им следует их выполнять.

Некоторые прецеденты органов по защите прав человека, связанные с вооруженными конфликтами

Теоретически права человека остаются теми же самыми и во время международных и немеждународных вооруженных конфликтов, и в контексте отсутствия вооруженного конфликта. Более того, право на жизнь не подлежит умалению (частичной отмене), за исключением

54 См. принципы 9 и 10 Основных принципов применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка, принятых IX Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Гавана, Куба, 27 августа — 7 сентября 1990 г., UN Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 (1990) (далее — «Основные принципы»).

55 В Основных принципах примечание к термину «должностные лица по поддержанию правопорядка» разъясняет это ссылкой на комментарий к статье 1 Кодекса поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка.

случаев, в соответствии с Европейской конвенцией о правах человека, «правомерных военных действий»⁵⁶. Классическим примером того, как правозащитный орган оценил право на жизнь в условиях вооруженного конфликта, является дело о нападении на казармы Таблада, касающееся группы боевиков, которые совершили нападение на военную базу в Аргентине. Межамериканская комиссия по правам человека постановила, что «гражданские лица... которые осуществили нападение на базу Таблада... действуя поодиночке или в составе группы, могут быть объектом прямого нападения так же, как и комбатанты», и не пользуются преимуществами принципа соразмерности и обязанности принимать меры предосторожности⁵⁷. Затем она применила исключительно гуманитарное право (применимое к международным вооруженным конфликтам) по отношению к этим нападающим. Комиссия считала, что только сторонние свидетели из числа гражданских лиц и нападающие, которые сдались, могли пользоваться правом на жизнь. Комиссия не поднимала вопрос о том, должны ли были боевики быть арестованы, если это было возможным, а не убиты.

В деле Герреро Комитет по правам человека определил, что Колумбия произвольно лишила права на жизнь лиц, которые подозревались — но вина которых не была доказана даже в ходе последующего расследования — в том, что они являлись похитителями и членами «организации повстанцев». Полицейские ждали подозреваемых похитителей в доме, где, как они считали, удерживалась жертва похищения, но дом оказался пустым. Когда туда пришли подозреваемые, их застрелили без предупреждения, без возможности сдаться и невзирая на то, что никто из похитителей не сделал ни одного выстрела, они просто попытались убежать⁵⁸.

Национальным правозащитным органом, Непальской комиссией по правам человека, было сочтено, что силы безопасности Непала серьезно нарушили «гуманитарное право», когда открыли огонь по группе вооруженных маоистов, принуждавших учащихся и преподавателей местной школы выполнять «культурную программу». Шестеро маоистов и четыре ученика были убиты, а пятеро учащихся ранены.

56 ЕКПЧ, статья 15 (2). Высказывалось мнение, что это относится только к международным вооруженным конфликтам (см.: Doswald-Beck, примечание 28 выше, с. 883). В любом случае, ни одно государство еще не делало попытки отступить от своих обязательств на основании этого исключения.

57 Inter-American Commission on Human Rights, *Abella v. Argentina (Tablada)*, Case No. 11.137, Report No. 55/97, 18 November 1997, para. 178.

58 Human Rights Committee, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, Communication No. R.11/45, 31 March 1982, UN Doc. Supp. No. 40 (A37/40) (далее — дело Герреро).

Комиссия подчеркнула, что маоисты огонь не открывали, когда армия окружила их, и что маоисты были вооружены очень легко. По мнению Комиссии, военные, могли, предупредив их, легко произвести арест. Не ясно, считала ли Комиссия нарушением только убийство и ранения учащих или же открытие огня по маоистам без попытки арестовать их также являлось нарушением «гуманитарного права»⁵⁹.

Судебная практика Европейского суда по правам человека, касающаяся права на жизнь во время немеждународного вооруженного конфликта в Чечне, включает такие заявления в качестве мотивировки решений, которые, как представляется, требуют, чтобы при планировании и осуществлении даже законных действий против боевиков, любая опасность для жизни людей и применение силы смертельного действия должны быть сведены к минимуму⁶⁰. Хотя эти заявления не ограничивались защитой жизни гражданских лиц, истинные жертвы в этом деле были гражданские лица. Во всех других делах, в которых органы по правам человека и МС ссылались на право на жизнь в ходе вооруженных конфликтов немеждународного характера, погибшими были либо лица, вышедшие из строя, либо лица, не подозревавшиеся в принадлежности к боевикам⁶¹. Хотя боевиков убивают очень часто, например в ходе бомбардировок, в то время когда они не являются *hors de combat*, ни одно такое дело не доходило до международного органа по правам человека, осуществляющего мониторинг. В результате отсутствия соответствующей судебной практики некоторые наблюдатели пришли к выводу, что такие убийства не нарушают права на жизнь, поскольку «немыслимо», что дело будет возбуждено в рамках Межамериканской системы одним из родственников члена ФАРК⁶².

Ограниченный объем судебной практики не дает убедительного ответа на вопрос о том, каковы требования права прав человека в отношении применения силы правительственными властями против боевиков.

59 Kedar Prasad Poudyal, 'The role of national human rights institutions in armed conflict situations, with special reference to NHRC-Nepal', Danish Institute for Human Rights, 2006, pp. 87–8.

60 ЕСПЧ, «Исаева против России», Жалоба № 57950/00, Судебное решение от 24 февраля 2005, ч. 175–176.

61 См. обзор, сделанный Нильсом Мельцером: Nils Melzer, *Targeted Killing under International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 169–73 and pp. 384–92.

62 UCINL Report, примечание 33 выше, с. 36.

Возможные решения в соответствии с принципом *lex specialis*

Прежде всего мы хотели бы подчеркнуть, что есть много общего между двумя отраслями права. В ситуации, «приближенной к боевой обстановке», арест практически всегда невозможен, если не подвергать правительственные силы несоразмерной опасности. Боевик представляет собой значительную угрозу для жизни, даже если эта угроза заключается в нападении на вооруженные силы. Непосредственность такой опасности может основываться не только на том, что, как предполагается, соответствующий боевик сделает в следующий момент, но также и на его (ее) предыдущих действиях⁶³. В таких ситуациях может применяться смертельная сила, даже в соответствии с правом прав человека. С другой стороны, жизнь боевика, который вышел из строя, равным образом находится под защитой обеих отраслей права.

И необходимость определять применимость нормы ссылкой на принцип *lex specialis* возникает именно тогда, когда решения, которые можно найти в двух отраслях права, фактически противоречат друг другу. Типичный пример такого противоречия — партизан, совершающий покупки в супермаркете контролируемой правительством столицы страны. Многие толкуют гуманитарное право как разрешающее властям в данном случае стрелять на поражение, поскольку речь идет о боевике, но это решение неоднозначно. Право прав человека четко бы заявило, что он должен быть арестован, и при этом должна применяться постепенно возрастающая сила. Но этот вывод основан на прецедентах, которые имели место в мирное время, а права человека всегда являются более гибкими в зависимости от ситуации.

По нашему мнению, некоторые ситуации более соответствуют тем, для которых была установлена норма гуманитарного права, а другие более характеризуются фактами, для которых типично предусматриваются нормы прав человека. Существует скользкая шкала⁶⁴ между одиночным членом ФАРК в супермаркете Боготы и солдатом Франко во время сражения на Эбро. Невозможно и нет необходимости предусматривать ответ «одного размера на всех». Как было показано выше, принцип *lex specialis* не определяет приоритеты в отношении этих двух норм абстрактно, но предлагает решение в конкретном случае, в котором конкурирующие нормы приводят к различным

63 DPH 2005 Report, примечание 31 выше, с. 52.

64 UCIHL Report, примечание 33 выше, с. 38; по мнению некоторых экспертов, высказанному в DPH 2005 Report, примечание 31 выше, с. 51–2.

результатам. Не следует заблуждаться относительно значения хорошо известного заявления Международного суда о том, что «понятие произвольного лишения жизни... определяется применимым *lex specialis*, а именно правом, применимым во время вооруженного конфликта»⁶⁵. Его следует прочитывать в контексте заключения⁶⁶, в котором МС должен был определить законность *in abstracto* применения определенного вида оружия.

Такое гибкое решение, в котором фактическое требуемое поведение зависит от ситуации, опасно, особенно в нашем контексте, когда оно должно применяться каждым солдатом и приводит к неисправимым результатам. Поэтому крайне необходимо определить факторы, которые делают преобладающей норму, вытекающую либо из гуманитарного права международных вооруженных конфликтов, либо из права прав человека.

Существование и уровень правительственного контроля над местом⁶⁷, где происходит убийство, указывают на права человека в качестве *lex specialis*⁶⁸. Контроль правительственных сил, действующих на собственной территории, над местом, где происходит нападение, не является требованием для применения прав человека⁶⁹. Это просто фактор, указывающий на то, что права человека имеют преимущественную силу над гуманитарным правом. Последнее предназначено для того, чтобы регулировать военные действия против сил на линии фронта или за его пределами, то есть в местах, которые не контролируются теми, кто на них нападает, в то время как правоприменение касается лиц, находящихся в сфере юрисдикции должностных лиц, осуществляющих правоприменение. В традиционных ситуациях конфликта вопрос здесь заключался бы в том, как далеко от поля сражения происходят события⁷⁰, хотя все меньше и меньше

65 Ядерное оружие, примечание 8 выше, ч. 25.

66 Alston, примечание 11 выше, с. 183–209, 192–3.

67 Если то лицо, против которого направлены действия, находится под контролем правительства, обе ветви права запрещают любую суммарную казнь.

68 Doswald-Beck, примечание 28 выше, с. 897; UCIHL Report, примечание 33 выше, с. 36; Kretzmer, примечание 34 выше, с. 203; Cordula Droege, «The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict», *Israel Law Review*, Vol. 40 (2007), p. 347.

69 Относительно ответственности государства за нарушения прав человека, совершенные на части территории государства, которая не контролируется правительством, см.: ЕСПЧ, «Иляску и другие против Молдовы и Российской Федерации», жалоба № 48787/99, Судебное решение от 8 июля 2004 г., ч. 333.

70 Droege, примечание 68 выше, с. 347.

современных конфликтов характеризуются наличием линии фронта и полей сражения. Что же тогда составляет достаточный контроль, чтобы право прав человека имело преимущественную силу в качестве *lex specialis*? Правительство не может просто заявить, что присутствие одного повстанца или даже группы повстанцев на части территории, которая характеризуется стабильностью, указывает на то, что правительство фактически не полностью контролирует это место и, следовательно, действует в соответствии с гуманитарным правом в качестве *lex specialis*. Вопрос, скорее, касается степени или уровня контроля. Если правительство может произвести арест (отдельных лиц или групп), не очень беспокоясь о вмешательстве других повстанцев в эту операцию, тогда оно осуществляет достаточный контроль над территорией, чтобы преимущественную силу имело право прав человека в качестве *lex specialis*.

Этот критерий правительственного контроля оставляет решение несколько более открытым в той части территории государства, где правительство сражается с повстанцами⁷¹, над которой ни повстанцы, ни правительство не осуществляют надежного контроля (как, например, в районах центрального Перу во время восстания Сендеро Луминозо)⁷². Даже если строгие требования необходимости в соответствии с правом прав человека не выполнены (если выполнены, то обе отрасли права дают одинаковые результаты), невозможность арестовать боевика⁷³, опасность, связанная с попыткой сделать это⁷⁴, опасность, которую боевик представляет для правительственных сил и для гражданских лиц, и непосредственность этой опасности⁷⁵ могут обусловить вывод о том, что гуманитарное право в этой ситуации является *lex specialis*. Эти факторы переплетаются с элементами контроля, описанными выше. Кроме того, если ни одна из сторон не осуществляет контроль над четко определенной территорией, то чем выше степень определенности, что объект нападения является действительно боевиком, тем легче, по нашему мнению, принять тот подход, что гуманитарное право должно рассматриваться в каче-

71 В настоящей статье мы не рассматриваем право, применимое к экстерриториальным действиям.

72 UCIHL Report, примечание 33 выше, с. 37.

73 *Public Committee against Torture*, примечание 37 выше, ч. 40; Doswald-Beck, примечание 28 выше, с. 891.

74 *Public Committee against Torture*, примечание 37 выше, ч. 40.

75 Kretzmer, примечание 34 выше, с. 203.

стве *lex specialis*⁷⁶. Законными считаются нападения на лиц, которые фактически являются боевиками, в то время как правоприменение по определению направлено против подозреваемых.

Даже если права человека преобладают в качестве *lex specialis* в условиях вооруженного конфликта, гуманитарное право остается на заднем плане и облегчает требования прав человека, касающиеся соразмерности и оповещения, если попытка произвести арест была неудачной или практически невозможной. Согласно тому же принципу, если преобладает гуманитарное право, права человека также имеют место и требуют, чтобы проводилось расследование в случае, когда кто-то был убит преднамеренно⁷⁷.

Если принять такой гибкий подход к определению *lex specialis*, возникает вопрос: закономерен ли он как для членов вооруженных групп, так и для лиц из состава правительственных сил? Применимое гуманитарное право предусматривает равноправие обеих сторон, но они не равны, если говорить об обязательствах по правам человека⁷⁸. Действительно, спорно, применимы ли последние к негосударственным акторам⁷⁹. Даже если применимы, они могут потребовать только определенного поведения по отношению к лицам, находящимся под контролем таких акторов, поскольку те не обладают юрисдикцией над территории

76 Дело Герреро, примечание 58 выше, ч. 13.1–13.3; *Public Committee against Torture*, примечание 37 выше, ч. 40; Orna Ben-Naftali and Keren R. Michaeli, '«We must not make a scarecrow of the law»: A legal analysis of the Israeli policy of targeted killings', *Cornell Journal of International Law*, Vol. 36 (2) (2003–4), p. 290.

77 Об убийстве тех, кого называют гражданскими лицами, непосредственно участвующими в военных действиях, см.: *Public Committee against Torture*, примечание 37 выше, ч. 40. О праве прав человека именно в ситуациях немеждународных вооруженных конфликтов см.: ECtHR, *Kaya v. Turkey*, Application No. 22729/93, Judgment, 19 February 1998, Reports 1998-I, paras 86–91 (было неясно являлся ли убитый вооруженным повстанцем, и Суд выступил с критикой проведенного расследования, поскольку этот вопрос не был выяснен); ECtHR, *Ergi v. Turkey*, Application No. 23818/94, Judgment, 28 July 1998, Reports 1998-IV, p. 1778, para. 85; ЕСПЧ, «Исаева, Юсупова и Базаева против России», Жалобы №№ 57947–57949/00, 24 февраля 2005 г., ч. 209–213. «Внесудебные казни, казни без надлежащего судебного разбирательства или произвольные казни», Доклад Специального докладчика Филипа Алстона, Комиссия по правам человека, 8 марта 2006 г., UN Doc. E/CN.4/2006/53, ч. 25–26, Докладчик даже утверждает, что такое обязательство существует в соответствии с гуманитарным правом. Мы бы ограничили это обязательство возможными нарушениями. Нереалистично требовать, чтобы расследование проводилось каждый раз, когда солдат противника убит на поле боя.

78 Doswald-Beck, примечание 28 выше, с. 890.

79 За такой подход выступает Эндрю Клэпхэм: Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, а более скептически на это смотрит Найджел С. Родли: Nigel S. Rodley, 'Can armed opposition groups violate human rights standards?', in Kathleen E. Mahoney and Paul Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty-First Century*, Nijhoff, The Hague, 1993, p. 297. См. также: Записка Верховного комиссара по правам человека «Право на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв нарушений международных норм в области прав человека и гуманитарного права», ч. 47, UN ESCOR, 59th Sess., UN Doc E/CN.4/2003/63 (27 December 2002).

ей⁸⁰. На практике солдаты правительственных сил не ходят за покупками в супермаркеты в районах, контролируемых повстанцами. Более того, у правительства есть альтернатива — принудительно обеспечить исполнение закона и применение национального уголовного законодательства, и поэтому оно в состоянии планировать операции, при осуществлении которых существуют максимально большие возможности для ареста лиц⁸¹. И напротив, вопрос о том, могут ли вооруженные группы обеспечивать соблюдение государственного законодательства или издавать законы, которые объявляют действия правительства незаконными, остается спорным. Требовать от повстанцев задержания, а не убийства лиц — значит, в некоторых отношениях увеличивать асимметрию конфликтов, поскольку задержание повстанцами часто рассматривается как «взятие заложников», и часто от них требуют освободить лиц из состава правительственных сил, если они оказываются захвачены в плен.

Поэтому довольно разумно считать, что вооруженные группировки связаны только гуманитарным правом и национальным законодательством (в соответствии с которым в любом случае все случаи убийства с их стороны считаются незаконными), в то время как правительственные силы связаны как гуманитарным правом, так и правом прав человека, причем последнее имеет преимущественную силу в качестве *lex specialis* в некоторых ситуациях и до определенной степени. Тот факт, что повстанцы не имеют обязательств по праву прав человека, ограничивающих нападения на силы безопасности, не означает, что нет никаких ограничений на такие нападения в соответствии с гуманитарным правом. Если силы полиции не могут рассматриваться как гражданские лица (как и во время международных вооруженных конфликтов), когда они участвуют в правоприменительных операциях по розыску и аресту повстанцев⁸², то нападения на подразделения полиции, не участвующие в немеждународном вооруженном конфликте, но выполняющие обычные полицейские функции мирного времени, будут нарушением запрета на нападения на гражданских лиц⁸³.

- 80 Даже Клэпхэм (см. примечание 79 выше, с. 284), считает, что обязательства по праву прав человека применимы по отношению к ним только «в степени, соответствующей обстоятельствам».
- 81 Doswald-Beck, примечание 28 выше, с. 890; UCIHL Report, примечание 33 выше, с. 35.
- 82 См. также: Доклад Международной комиссии по расследованию ситуации в Дарфуре Генеральному секретарю ООН от 25 января 2005 г., ч. 422, www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (последнее посещение 21 мая 2008 г.).
- 83 Nepal Human Rights Commission, 'Minimum immediate steps for CPN-(Maoist) to respect international humanitarian law and human rights principles', in *Annual Report 2004* (ch. 8, Section 8.3), pp. 99–100.

Основная проблема с нашим решением заключается в том, является ли оно практически возможным в фактически протекающих вооруженных конфликтах. Если в зависимости от конкретной ситуации допустимое поведение может быть разным, как сумеет солдат узнать, какие нормы применять? Эта проблема решается только посредством точных инструкций и правил применения силы, устанавливаемых для каждой операции и каждого самолетовылета. Кроме того, на международном уровне при участии экспертов по гуманитарному праву, праву прав человека, практиков в области правоприменения и представителей вооруженных сил можно разработать основные принципы. Рассуждая логически, можно предположить, что боевики (бывшие) также должны принять участие в дискуссии — особенно если основные принципы касаются поведения и таких групп — для того, чтобы обеспечить возможность их применения на практике.

На каком основании и в соответствии с какими процедурами лицо из состава вооруженных сил или групп может быть интернировано во время немеждународного вооруженного конфликта?

В мирное время и во время вооруженного конфликта лица могут содержаться под стражей в ожидании суда или после осуждения за совершение преступления. Для отдельного лица, не являющегося представителем государства, участие в конфликте — это преступление в соответствии с национальным правом государства, где протекает конфликт. Более специфическая характеристика вооруженных конфликтов состоит в том, что противники также могут быть интернированы без предъявления обвинения в уголовном преступлении, в качестве превентивной меры безопасности. Во время международных вооруженных конфликтов в этом состоит суть статуса военнопленного для комбатантов и интернирования для гражданских лиц.

Однако отсутствие ясности, особенно в том, что касается правовых гарантий, которые должны применяться негосударственными акторами во время немеждународных вооруженных конфликтов, вызывает озабоченность. В настоящем разделе внимание сосредоточено на процедурном регулировании конкретно этой формы лишения свободы — интернирования⁸⁴. В ходе анализа двух отраслей права и их

84 В настоящей статье термины «интернирование» и «содержание под стражей по соображениям безопасности» используются как равнозначные.

отношений взаимодополняемости будет сделана попытка выработать основу и процедуры для возможного интернирования лица из состава правительственных вооруженных сил или члена вооруженной группировки (далее — участника военных действий) в связи с международным вооруженным конфликтом.

Традиционный ответ гуманитарного права, применимого во время международных вооруженных конфликтов

Договорное гуманитарное право, применимое во время международных вооруженных конфликтов содержит нормы, регулирующие процедуру интернирования. Женевская конвенция III разрешает удерживающей державе «подвергнуть военнопленных интернированию»⁸⁵, а Женевская конвенция IV допускает интернирование лица, «если это совершенно необходимо для безопасности державы»⁸⁶ или «по настоятельным соображениям безопасности»⁸⁷.

Предусмотрев, когда интернирование может иметь место, гуманитарное право указало и то, когда оно должно завершиться. Некоторые военнопленные должны быть репатриированы во время вооруженного конфликта по причинам медицинского характера⁸⁸, а все должны быть освобождены и репатриированы без промедления после окончания активных военных действий⁸⁹. Гражданское лицо должно быть освобождено, «как только прекратится действие причин, обусловивших его интернирование»⁹⁰. В отношении тех гражданских лиц, которые не были освобождены во время вооруженного конфликта, гуманитарное право устанавливает, что их «[и]нтернирование должно прекратиться как можно скорее после окончания военных действий»⁹¹.

Основанное на договорах гуманитарное право, применимое к международным вооруженным конфликтам, признает, что в случае гражданских лиц, которые, в отличие от военнопленных, не могут

85 ЖК III, статья 21.

86 ЖК IV, статья 42 (для иностранцев на территории стороны в конфликте).

87 Ibid., статья 78 (1) (на оккупированной территории).

88 ЖК III, статьи 109–117.

89 Ibid., статьи 118–119.

90 ЖК IV, статья 132 (1). См. также: ДП I, статья 75 (3).

91 ЖК IV, статья 133 (1).

быть автоматически интернированы на все время вооруженного конфликта, правовые основания для интернирования требуют оценки для определения того, продолжает ли гражданское лицо представлять угрозу для безопасности и может ли оно оставаться интернированным или оно более не представляет собой опасности и должно быть освобождено. В соответствии с этим Женевская конвенция IV устанавливает процедуры для пересмотра решения об интернировании гражданских лиц, независимо от того, являются они иностранцами на территории стороны в конфликте или интернированы на оккупированной территории. В Конвенции указывается тип органа для такого пересмотра — либо суд, либо административная комиссия, — и предусматривается возможность апелляции и периодического пересмотра⁹². Дополнительный протокол I вводит еще одну гарантию в этот процесс: интернированное лицо «должно быть без промедления информировано на понятном ему языке о причинах принятия таких мер»⁹³. И наконец, следует отметить, что незаконное заключение является серьезным нарушением Женевской конвенции IV⁹⁴.

Неопределенный ответ договорного гуманитарного права, применимого к немеждународным вооруженным конфликтам

Во время немеждународных вооруженных конфликтов договорное гуманитарное право предписывает правила обращения с лицами, лишенными свободы по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, и устанавливает судебные гарантии для тех, кто преследуется в судебном порядке за преступления, также связанные с конфликтом. Однако не разъясняется, по каким причинам и в соответствии с какими процедурами лицо должно быть интернировано. И все-таки составители Протокола II признали возможность интернирования во время немеждународных вооруженных конфликтов, как об этом свидетельствует конкретное упоминание интернирования в статьях 5 и 6 этого документа⁹⁵.

92 Ibid., статьи 43 и 78 (2).

93 ДП I, статья 75 (3).

94 ЖК IV, статья 147. См. также: Статут Международного уголовного суда, статья 8 (2) (a) (vii), и Устав Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, статья 2 (g).

95 Дополнительный протокол II, статьи 5 и 6 (5).

Обычное гуманитарное право

Обычное гуманитарное право запрещает произвольное лишение свободы во время как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов⁹⁶. Но как надо понимать этот запрет в связи с интернированием во время немеждународных вооруженных конфликтов — то есть какое для этого существует основание и какие следует выполнять процедуры, чтобы такое интернирование не являлось произвольным лишением свободы? Не обязательный для исполнения комментарий⁹⁷ в Исследовании МККК толкует эту норму обширной ссылкой на права человека. Применяя два критерия принципа законности, он предусматривает два процессуальных требования: i) «обязательство уведомлять арестованного о причинах ареста» и ii) «обязательство предоставить лицу, лишенному свободы, возможность оспорить законность задержания», описываемое как «судебный приказ о доставлении в суд лица, содержащегося под стражей, для выяснения правомерности содержания его под стражей» (предписание habeas corpus)⁹⁸.

Нормы права прав человека, касающиеся процедурного регулирования задержания лиц по соображениям безопасности

Положения прав человека, регулирующие лишение свободы, могут быть обнаружены в самых различных договорах. Зафиксированные в договорах права человека предусматривают, что лицо может быть лишено свободы только «на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом»⁹⁹. Все договоры запрещают произвольный арест или задержание¹⁰⁰, но только Европейская конвенция конкретно перечисляет основания для лишения лица свобо-

96 Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 5 выше, с. 438–449.

97 Henckaerts and Doswald-Beck, примечание 5 выше, Vol. I, 2007 переиздание (с исправлениями), р. li, цит. по: Хенкертс, Жан-Мари. Обычное международное гуманитарное право: ответ на комментарии США // Международный журнал Красного Креста. 2007. № 866. С. 50

98 Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 5 выше, с. 445–448.

99 Международный пакт о гражданских и политических правах (МПГПП), статья 9 (1). См. также: ЕКПЧ, статья 5 (1); Американская конвенция о правах человека (АКПЧ), статья 7; и Африканская хартия прав человека и народов (АХПЧН), статья 6.

100 МПГПП, статья 9 (1); ЕКПЧ, статья 5; АКПЧ, статья 7 (3); и АХПЧН, статья 6.

ды¹⁰¹. Договорное право предусматривает две процедуры, выполнение которых обязательно для соблюдения законности при лишении лица свободы, если ему не предъявляется конкретное обвинение в совершении преступления. Во-первых, арестованное лицо должно быть незамедлительно проинформировано о причинах ареста¹⁰². Во-вторых, любое лицо, лишенное свободы, имеет «право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно»¹⁰³.

Однако в отличие от четырех Женевских конвенций ни один из этих договоров не получил универсальной ратификации, большинство из них являются региональными документами и при некоторых обстоятельствах допускают отступления от обязательств в том, что касается задержания по причинам, связанным с обеспечением безопасности¹⁰⁴. Поэтому было бы полезно получить оценку статуса универсально применимых обычных прав человека, а также того, допускают ли такие нормы отступление и до какой степени. То же применимо по отношению к требованию о судебном рассмотрении, так называемом предписании *habeas corpus* — хотя оно или, по крайней мере, некоторые его аспекты широко провозглашаются, в том числе и Комитетом по правам человека, как не допускающие отступлений, это не предусмотрено в договорном праве прав человека¹⁰⁵.

101 ЕКПЧ, статья 5 (1). Представляется, что только статья 5 (1) (b) и (c) из этих положений разрешает задержания по причинам, касающимся обеспечения безопасности; однако ни одно из положений не истолковывалось таким образом. См.: D. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworth, London, 1995, pp. 113, 117 (цит. по: ECtHR, *Lawless v. Ireland*, Application No. 332/57, Judgment, 1 July 1961, Series A No. 3, section on 'The law', paras. 8–15; and ECtHR, *Guzzardi v. Italy*, Application No. 7367/76, Judgment, 6 November 1980, Series A No. 39, paras. 101–102).

102 МПГПП, статья 9 (2); ЕКПЧ, статья 5 (2); АКПЧ, статья 7 (4).

103 МПГПП, статья 9 (4); ЕКПЧ, статья 5 (4); АКПЧ, статья 7 (6) и АХПЧН, статья 7 (1) (a).

104 Подобное отступление, конечно, возможно «только в такой степени, в какой это требуется острой потребностью», — МПГПП, статья 4 (1). См. также: ЕКПЧ, статья 15 (1), и АКПЧ, статья 27 (1). АХПЧН не содержит положений об отступлении.

105 О практике, указывающей на недопустимость отступлений от *habeas corpus*, см.: Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 5 выше, с. 447–448 и соответствующие примечания (включая Замечание общего порядка № 29 Комитета по правам человека ООН, ч. 16, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001)). См. также: Doug Cassel, 'Pretrial and preventative detection of suspected terrorists: options and constraints under international law', *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98 (3) (2008), pp. 811–52, at p. 829 and nn. 130–132; 'Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence', Annex 1 to 'International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts' (ICRC document prepared for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 30IC/07/8.4, at 11), www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/30-international-conference-working-documents-

Органы по защите прав человека: несколько прецедентов во время вооруженных конфликтов

Учреждения по защите прав человека уточнили содержание прав человека посредством своей судебной практики, объем которой превышает судебную практику в отношении гуманитарного права, поскольку мандатом на его применение обладают меньшее число экспертных органов¹⁰⁶. Таким образом, соблазнительно обратиться к правам человека при толковании гуманитарного права, но следует помнить, что такая судебная практика часто не является обязательной или универсально обязательной. Кроме того, органам по защите прав человека редко приходится рассматривать прецеденты, в которых конкретно речь идет об обоих аспектах — процедурном регулировании задержания по причинам, обусловленным обеспечением безопасности, и по причинам, связанным с вооруженным конфликтом. Европейский суд по правам человека поддержал задержание по соображениям безопасности в ситуациях, описываемых как «террористические кампании»¹⁰⁷; еще предстоит увидеть решение Суда относительно того, выходят ли меры, принятые государством, за рамки «той степени, в какой это обусловлено чрезвычайностью обстоятельств»¹⁰⁸, характеризующихся как вооруженный конфликт. В связи с «войной с терроризмом» и содержанием под стражей лиц на базе Гуантанамо Палата по правам человека для Боснии и Герцеговины определила, что государство нарушило Европейскую конвенцию, «передав [лиц] для незаконного содержания под стражей силами США», поскольку информация относительно основания для задержания не была затребована или получена¹⁰⁹.

Органы по защите прав человека в рамках межамериканской системы рассматривали проблемы вооруженного конфликта,

121007/\$File/30IC_IHLchallenges_Annex1_Detention_FINAL_EN.pdf (последнее посещение 29 мая 2008 г.) (изначально опубликовано в Международном журнале Красного Креста. 2005. № 858 под названием «Соблюдение процессуальных принципов и гарантий в случае интернирования или административного содержания под стражей в период вооруженного конфликта или в других ситуациях насилия», Елена Пеич (далее — Основные принципы МККК).

106 Theodor Meron, 'The humanization of humanitarian law', *American Journal of International Law*, Vol. 94 (2000), p. 247. См. также: Christine Byron, 'A blurring of the boundaries: the application of international humanitarian law by human rights bodies', *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47 (2007), pp. 839–96.

107 ECtHR, *Ireland v. United Kingdom*, Application No. 5310/71, Judgment, 18 January 1978, [1978] ECHR 5310/71, para. 11. См. также: *Lawless v. Ireland*, примечание 101 выше.

108 ЕКПЧ, статья 15 (1).

109 Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, *Boudellaa and others v. Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina* (Case nos. CH/02/8679, CH/02/8689, CH/02/8690, CH/02/8691), 13 BHRC 297 (2002), paras. 233 and 237.

но мало какие из них касаются содержания под стражей по соображениям безопасности. В деле Корда против США Межамериканская комиссия определила, что задержание без судебного рассмотрения во время международного вооруженного конфликта «несовместимо с условиями Декларации, как она понимается с учетом положения статьи 78 Женевской конвенции IV»¹¹⁰. Комиссия заявила, что

«в соответствии с условиями Женевской конвенции IV и Декларации [необходимый пересмотр решения о задержании] мог бы быть осуществлен в ходе ускоренного процесса пересмотра, проводимого судебным или квазисудебным органом (комиссией), состоящим из представителей США, с полномочиями издать приказ о представлении соответствующего лица и его освобождении в случае, если содержание под стражей противоречило применимым нормам или было неоправданным по каким-либо иным причинам»¹¹¹.

Однако в указанном деле не обсуждались нормы, применимые во время немеждународного вооруженного конфликта. В 2002 г. Комиссия — в ситуации, когда Соединенные Штаты считали «себя находящимися в состоянии войны с международной сетью террористов», — приняла меры предосторожности, обратившись к Соединенным Штатам с требованием незамедлительно «сделать шаги, необходимые для определения правового статуса лиц, содержащихся на базе Гуантанамо, компетентным судом, а не политическими властями. Это было гарантией того, что задержанным «предоставляется правовая защита, соответствующая определенному для них статусу, уровень которой не будет ниже минимальных стандартов прав, не допускающих отступления»¹¹².

Применение прав человека в качестве *lex specialis*

Если сравнить договорные положения, регулирующие интернирование в обеих отраслях права, то можно обнаружить, что права человека лучше разработаны, чем немногочисленные договорные нормы

110 Inter-Am. C.H.R., *Coard et al. v. US*, Case No. 10.951, Report No. 109/99, 9 BHRC 150 (29 Sept. 1999), para. 57.

111 Ibid., para. 58.

112 Inter-American Commission on Human Rights, *Detainees in Guantanamo Bay, Cuba, Request for Precautionary Measures* (13 March 2002).

гуманитарного права, применимого к немеждународным вооруженным конфликтам. Однако дело обстоит не так, если сравнивать право прав человека с гуманитарным правом, применимым по отношению к гражданским лицам во время международного вооруженного конфликта¹¹³. Гуманитарное право, например, четко гарантирует гражданским интернированным лицам право на апелляцию и устанавливает временные рамки для периодического пересмотра решения об интернировании, если они не освобождены; Договорные права человека не уточняют этого по отношению к задержанию по соображениям безопасности. Более того, соответствующие положения прав человека допускают отступления, по крайней мере, по формальным условиям договоров; а положения гуманитарного права, во всяком случае в отношении оккупированных территорий, не допускают отступлений¹¹⁴. Но право прав человека не предусматривает, что орган, рассматривающий вопрос о лишении свободы, должен быть судебным, в то время как гуманитарное право предусматривает либо суд, либо административную комиссию в случае с гражданскими лицами, но совсем не предоставляет возможности для пересмотра решения для военнопленных, за исключением случаев определения статуса военнопленного¹¹⁵.

Поскольку в гуманитарном праве, применимом к немеждународным вооруженным конфликтам, ничего не говорится о процедурном регулировании интернирования, очевидно, что в соответствии с принципом *lex specialis* логично предположить, что этот пробел должен быть заполнен правами человека. Исследование МККК, кажется, принимает этот подход, когда толкует норму гуманитарного права, запрещающую произвольное лишение свободы, при помощи прав человека¹¹⁶. Подход с точки зрения прав человека тем более оправдан, поскольку интернированные, в отличие от лиц, которые могут становиться объектом нападений, всегда находятся под контролем тех, кто их удерживает. При таком формальном применении принципа *lex specialis* единственная ситуация, когда гуманитарное право имеет преимущество, складывается, если стороны в немеждународном кон-

113 Droege, примечание 68 выше, с. 350.

114 Статья 5 (2) ЖК IV допускает на оккупированных территориях отступления в отношении прав на связь лица, «подозреваемого на законном основании в деятельности, угрожающей безопасности оккупирующей Державы», в то время как ч. 1 этой статьи разрешает отступить от обязательств в отношении «прав и преимуществ» гражданских лиц противника, которые «подозрева[ю]тся на законном основании в деятельности, враждебной для безопасности этого Государства», на его территории.

115 ЖК III, статья 5.

116 См. Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 5 выше, с. 438–449.

фликте договорятся об этом¹¹⁷ или если правительство в одностороннем порядке предоставит захваченным боевикам статус военнопленных. Несмотря на привлекательность этого формального подхода *lex specialis*, трудности остаются.

Трудности при применении права прав человека

Требование прав человека о том, что интернирование должно подлежать судебному рассмотрению — если не имеет места отступление от обязательств или если оно не может быть сделано, поскольку норма считается не допускающей отступлений в соответствии с обычаем, — высвечивает некоторые из этих трудностей. Одна заключается в вопросе о том, реалистично ли ожидать от государств и негосударственных акторов, которые, возможно, интернируют тысячи людей, что они без промедления во время вооруженного конфликта представят всех интернированных в суд. Если не реалистично, такое обязательство может серьезно помешать ведению эффективных военных действий и привести в конце концов к менее строгому соблюдению норм, например к суммарным казням, представленным как убийство на поле боя.

Также обеспокоенность возникает из-за разницы между государством и негосударственными акторами: и у тех, и у других одинаковые обязательства в соответствии с гуманитарным правом, но не в соответствии с правом прав человека. Даже если бы вопрос о том, связаны ли негосударственные акторы правами человека, был решен, как может негосударственный актор выполнить обязательство, касающееся судебного рассмотрения? Вопрос о том, может ли негосударственный актор учредить суд, остается спорным¹¹⁸. Такую же обеспокоенность вызывают требования создать в соответствии с правом правовые основы и процедуры для интернирования. В то время как сами права человека устанавливают, по крайней мере, два процедурных требования, ни они, ни гуманитарное право, применимое к немеждународным вооруженным конфликтам, не предоставляют конкретной правовой основы для интернирования. Государство может сделать это в своем национальном законодательстве, но как должен негосударственный актор создать эту правовую основу?

117 К чему призывает статья 3 (3), общая для четырех Женевских конвенций 1949 г.

118 Jonathan Somer, 'Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89 (867) (2007), pp. 655–90.

Даже если будет сочтено, что права человека связывают отдельных негосударственных акторов — а именно тех, которые «в состоянии выполнять условия для осуществления этих прав»¹¹⁹ — проблемы могут не найти решения и возникнут дополнительные трудности. Может ли, например, негосударственный актор отступить от обязательств по правам человека? Каков стандарт для определения того, какой негосударственный актор может сделать это, а какой — нет? И этот подход не разрешит, конечно, трудностей, остающихся в отношении тех негосударственных акторов, которые не отвечают предъявляемым требованиям.

Представляется, что применение прав человека делает невозможным для одной стороны в вооруженном конфликте — негосударственного актора — интернирование на законных основаниях. Стороны в вооруженных конфликтах интернируют лиц, для того чтобы помешать им и далее использовать оружие для получения военного преимущества. Если сторона, не являющаяся государством, не может осуществлять интернирование на законном основании, ей не остается другого выбора, поскольку не давать пощады означает совершить серьезное нарушение гуманитарного права¹²⁰, — кроме освобождения захваченных бойцов противника. Однако если нормы, применимые к вооруженным конфликтам, делают невозможным ведение эффективных боевых действий, соблюдаться они не будут, уничтожая всякую защиту, предоставляемую правом¹²¹.

Применять гуманитарное право международных вооруженных конфликтов по аналогии?

Ввиду сложностей, возникающих в связи с применением прав человека, возможно, правильным решением будет применение гуманитарного права международных вооруженных конфликтов к немеждународным вооруженным конфликтам по аналогии¹²². Гуманитарное право, при-

119 Ibid., p. 687.

120 Статут Международного уголовного суда, статья 8 (2) (е) (х). См. также: Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 5 выше, с. 207.

121 Daniel O'Donnell, 'International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces', *International Review of the Red Cross*, Vol. 88 (864) (2006), p. 876 (explaining similar reasoning for proposals to exclude acts legal under IHL from the acts prohibited in the draft comprehensive convention against terrorism).

122 См.: Основные принципы МККК, примечание 105 выше.

менимое к немеждународным вооруженным конфликтам, указывает, что интернирование имеет место в таких конфликтах, но не содержит никаких указаний относительно того, как оно должно регулироваться. Такое регулирование необходимо, для того чтобы интернирование могло осуществляться на практике. В то время как положения, регулирующие интернирование во время международных вооруженных конфликтов, излагаются в соответствии с категориями покровительствуемых лиц, «нет большой разницы между режимами, применимыми к двум ситуациям, которая делала бы невозможной применение тех же самых» положений, если нормы применяются в соответствии с функцией лица, а не его статусом¹²³. Такая правовая аналогия соответствует и отмеченному постепенному размыванию различия между правом, применимым к международным и немеждународным вооруженным конфликтам.

Применяемое по аналогии гуманитарное право международных вооруженных конфликтов допускает интернирование и предусматривает процедуры пересмотра. Оно оставляет открытой возможность для пересмотра решения об интернировании административной комиссией или судом. Учитывая организационные критерии, которым должен удовлетворять негосударственный актор для того, чтобы считаться стороной в вооруженном конфликте¹²⁴, любой негосударственный актор должен быть в состоянии выполнить эти обязательства, особенно если он может выбрать процедуру административного, а не судебного пересмотра.

Гуманитарное право международных вооруженных конфликтов применяется, если «правительство государства, затронутого немеждународным вооруженным конфликтом, претендует на права воюющего»¹²⁵. Хотя «признание состояния войны перестало употребляться в качестве правового понятия»¹²⁶, представляется, что применение по аналогии продолжает иметь смысл; более того, общая статья 3 призывает стороны в немеждународных вооруженных конфликтах согласиться на такое применение. Исследование МККК фактически ука-

123 Сассоли и Бувье, примечание 47 выше, с. 306: «[П]раво немеждународных вооруженных конфликтов предоставляет защиту не в соответствии со статусом лица, но в соответствии с его фактической деятельностью».

124 См., например: ICTY decision in *Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj*, Judgment, April 3, 2008, Case No. IT-04-84-T, paras. 60 and 89.

125 Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 5 выше, с. 450.

126 Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 41.

зывает на применение по аналогии в таких конфликтах стандартов Женевской конвенции IV по отношению к гражданским лицам и стандартов Женевской конвенции III по отношению к лицам, считающимся комбатантами¹²⁷. Проведение такого различия между комбатантами и гражданскими лицами в немеждународных вооруженных конфликтах соответствовало бы также дискуссии, ведущейся в настоящее время экспертами, об использовании «подхода, основанного на членстве», для толкования термина «непосредственное участие в военных действиях» во время таких конфликтов¹²⁸. Поскольку применение по аналогии не предоставляет никакого статуса, не возникнут, например, какие бы то ни было привилегии комбатанта. Женевские конвенции, допуская интернирование, не помешают, таким образом, пресечению действий, запрещенных национальным правом. Не предоставит права на процедуру пересмотра и применение по аналогии Конвенции III по отношению к лицам из состава вооруженных сил и групп, как это предполагается Исследованием МККК; такое процедурное регулирование можно обнаружить только в Конвенции IV.

Однако при применении права международных вооруженных конфликтов по аналогии достаточно ли принимается во внимание основополагающее различие между этим правом и правом немеждународных вооруженных конфликтов? Ведь нормы, применимые к международным вооруженным конфликтам, обычно применяются¹²⁹ только по отношению к категориям покровительствуемых лиц, таких как военнопленные или гражданские лица противника, а этих категорий не существует в немеждународных вооруженных конфликтах. Даже если различие во время немеждународного вооруженного конфликта можно провести в соответствии с функцией, а не статусом, на каких критериях должна основываться оценка гражданского лица или «комбатанта»? Должны ли комбатанты удовлетворять критериям в статье 4 Конвенции III или статье 44 Протокола I, а возможно, определяться в соответствии с «подходом, основанным на членстве»¹³⁰? Станет ли необходимым для такого определения учреждать во время немеждународных вооруженных конфликтов трибуналы по типу, предусмотренному в статье 5¹³¹?

127 Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 5 выше, с. 450.

128 См. примечания 36–39 выше, особенно DPH 2005 Report, примечание 31 выше, с. 43.

129 За исключением, например, статьи 75 ДП I.

130 DPH 2005 Report, примечание 31 выше, с. 41–58.

131 ЖК III, статья 5.

Следует ли применять Конвенцию IV, а не Конвенцию III?

Если применять Женевскую конвенцию III по аналогии, участник военных действий может быть задержан без определения его статуса на весь период конфликта¹³². Однако, как следует из вышесказанного, выяснить, кто фактически является боевиком, гораздо труднее во время немеждународных, чем во время международных вооруженных конфликтов. Поэтому такое определение надо делать на индивидуальной основе. Кроме того, гораздо труднее определить фактическое окончание военных действий, чем в международном вооруженном конфликте между государствами, которые могут заключить соглашение о прекращении огня или сдаться. Все это говорит в пользу применения, если такое вообще возможно, права международных вооруженных конфликтов к немеждународным вооруженным конфликтам по аналогии только с Конвенцией IV, поскольку в немеждународных вооруженных конфликтах нет комбатантов и, следовательно, нет присущего им статуса военнопленных. Аналогия с Конвенцией IV могла бы основываться на определении *lex specialis* в соответствии с общими системными целями международного правового порядка. Во время немеждународных вооруженных конфликтов это могло бы помешать интернированию лиц без пересмотра решения об интернировании в течение всего периода конфликта.

Применять обе отрасли права одновременно?

Можно ли на законных основаниях проводить аналогию с гуманитарным правом, применимым к международным вооруженным конфликтам, если при этом вытесняются конкретные нормы прав человека и, таким образом, непосредственно лишается юридического действия формальная юридическая максима *lex specialis*? Поскольку все-таки существуют права человека, касающиеся задержания по соображениям безопасности, такая аналогия по этому вопросу может отличать-

132 Точку зрения, отвергающую такую аналогию, см. в документе Комиссии ООН по правам человека «Положение лиц, содержащихся под стражей в Гуантанамо-Бей», Доклад Председателя-докладчика Рабочей группы по произвольным задержаниям Лейлы Зерруги; Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов Леандро Деспуи; Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака; Специального докладчика по вопросу о свободе религии и убеждений Асмы Джахангир; и Специального докладчика по вопросу о праве каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья Пола Ханта, UN Doc E/CN.4/2006/120 (27 2006), ч. 24.

ся от аналогий, проводимых, например, с определением «военных объектов» — термина, используемого исключительно в гуманитарном праве. Более того, при аналогии с гуманитарным правом международных вооруженных конфликтов не избежать трудностей, возникающих в связи с правами человека, поскольку они все еще могут применяться. Например, если процедуры гуманитарного права, применимые к международным вооруженным конфликтам и регулирующие интернирование гражданских лиц, являются неадекватными, возможно, потребуются, чтобы этот пробел заполнили права человека¹³³.

Изучив, как права человека дополняют гуманитарное право, можно найти решение некоторых трудностей, возникающих при применении прав человека к немеждународным вооруженным конфликтам, особенно по отношению к негосударственным акторам.

[Е]сли МППЧ не используется для *толкования* нормы МГП, но... [применяется]... [одновременно] с МГП... МГП будет применяться по отношению к сторонам в конфликте, государственным и негосударственным акторам, а МППЧ будет и далее применяться к государству, как это традиционно и предполагалось. Это поможет избежать проблематичного применения по отношению к негосударственным акторам, но все же предписывает государствам продолжать выполнять свои международные правовые обязательства. Кто-то может заявить, что это несправедливо, поскольку государствам придется выполнять дополнительные обязательства по сравнению с негосударственными акторами во время немеждународных вооруженных конфликтов. Это так на уровне международного права, где правовыми акторами традиционно являются государства, но это будет так только в отношении норм, обязательство выполнять которые приняли на себя государства. Кроме того, нельзя забывать о том, что негосударственные акторы связаны нормами национального законодательства¹³⁴.

Этот подход продолжает соответствовать пониманию того, что оба свода норм права являются взаимодополняющими и выполняются посредством юридической максимы *lex specialis*, соблюдая максиму *lex posterior*, поскольку большинство прав человека появились после основных положений гуманитарного права, о которых идет речь.

133 Основные принципы МККК, примечание 105 выше, с. 186–9.

134 Olson, примечание 6 выше (примечания не приводятся).

Кроме того, обеспокоенность относительно возникающих невыполнимых обязательств, таких как незамедлительное судебное рассмотрение решения об интернировании во всех случаях, невелика, поскольку договоры по правам человека содержат положения об отступлении от обязательств, что предоставляет государствам законный «выход» из таких ситуаций.

Однако применение только прав человека, для того чтобы компенсировать отсутствие процессуального регулирования интернирования во время немеждународных вооруженных конфликтов, может предложить лишь минимально возможное решение, поскольку если в действие не вступает обычное право¹³⁵, МППЧ разъясняет обязательства государств только в случаях, когда государство является участником договора по правам человека и любые сделанные отступления ограничивают эти права. Кроме того (но этот вопрос не освещается в настоящей статье), спорным является вопрос о степени применимости прав человека экстерриториально, что делает более слабым решение полагаться на применение права прав человека во время немеждународных вооруженных конфликтов за границей. Таким образом, в праве прав человека может не предусматриваться регулирование интернирования лиц государством. Что же касается негосударственных акторов, *если* они вообще обязаны соблюдать права человека, то при соблюдении они столкнутся с трудностями концептуального характера.

Поэтому, возможно, решение заключается не в том, чтобы *либо* применять права человека, *либо* проводить аналогию с гуманитарным правом международных вооруженных конфликтов, а в том, чтобы должным образом сочетать оба подхода. Признанные взаимоотношения между двумя отраслями права, их цели, а также различия между государствами и негосударственными акторами могут фактически требовать такого взаимодополнительного подхода.

Применение к немеждународным вооруженным конфликтам норм гуманитарного права международных вооруженных конфликтов, касающихся гражданских лиц, обеспечивает процедуры для интернирования, которые являются обязательными для исполнения обеими сторонами — государством и негосударственным актором, а также налагает ограничения на основания для интернирования. Эти обязательства применяются равным образом ко всем сторонам в конфликте. Такое применение не мешает соответствующему параллель-

135 Поскольку запрет на произвольное лишение свободы является обычной нормой МПП, применимой во время вооруженных конфликтов (Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 5 выше, с. 450), представляется логичным, что он будет обычной нормой и в более спокойных ситуациях мирного времени; однако возможны разные мнения относительно содержания нормы.

ному применению прав человека. Таким образом, если применение последних требуется для предоставления дополнительных деталей, касающихся регулирования, например интернирования гражданских лиц¹³⁶, согласующегося с максимальной *lex specialis*, права человека могут вступить в действие и прояснить обязательства государства, особенно в отношении судебного рассмотрения. И хотя отступления от обязательств по правам человека все еще могут иметь место, применение по аналогии гуманитарного права международных вооруженных конфликтов — от которого не допускаются отступления¹³⁷ — установит крайний предел для отступления от обязательств по правам человека, поскольку положения гуманитарного права уже применяются в ситуациях, наиболее опасных для государства. Этот взаимодополнительный подход обеспечил бы процедурную защиту для интернированных негосударственных акторов и внес бы столь необходимую ясность в обязательства негосударственных акторов, предоставляя тем самым и процедурную защиту лицам из состава вооруженных сил государства, захваченным во время немеждународного вооруженного конфликта. Целесообразность такого подхода, однако, не делает его юридически обязательным, и беспокойство, о котором говорилось выше, остается, особенно в том, что касается целесообразности проведения аналогии с гуманитарным правом международного вооруженного конфликта и — в рамках права — с Конвенцией IV, а не Конвенцией III.

Подводя итог, можно сказать, что не существует, к сожалению, идеального и ясного решения. В то время как применение прав человека более убедительно в соответствии с формальным принципом *lex specialis*, оно нереалистично, особенно для негосударственных вооруженных групп. Более того, содержание применимых прав человека является спорным. Поэтому применение по аналогии регулирования, предусмотренного для гражданских лиц гуманитарным правом международных вооруженных конфликтов, может более соответствовать общей системной цели обеих отраслей права. На практике единственное различие между двумя подходами состоит в том, что подход гуманитарного права осуществляется путем административного рассмотрения, а подход прав человека предусматривает судебное рассмотрение. Большинство лиц, содержащихся под стражей в связи с немеждународным вооруженным конфликтом, были бы очень благодарны за возможность независимого и беспристрастного рассмотрения вопроса об их интернировании. Установление основных принципов для оценки вза-

136 Основные принципы МККК, примечание 105 выше, р. 186.

137 Исключения установлены статьей 5 ЖК IV (примечание 114 выше).

и соотношений между гуманитарным правом и правом прав человека в конкретной ситуации могло бы помочь, особенно практикам. Такие принципы помогли бы обеспечить согласованные решения, которые не ставят под угрозу конкретные цели и задачи двух отраслей права¹³⁸.

Заключение

Результат формального применения принципа *lex specialis* не является удовлетворительным, если говорить о двух проблемах, затронутых в настоящей статье. Скользящая шкала для соответствующего применения прав человека и международного гуманитарного права в отношении нападений на бойцов во время немеждународных вооруженных конфликтов приводит к значительной неопределенности в пограничных ситуациях и устанавливает разные обязательства для правительства и повстанцев. Требование предоставить бойцам преимуществ *habeas corpus*, как это определено правами человека, может быть невыполнимо и даже непродуктивно во многих конфликтах и создает серьезные концептуальные проблемы, если этого требовать от вооруженных групп. В то время как эти ограничения приходится принимать по отношению к применению силы и они должны быть смягчены инструкциями и руководящими принципами, их можно преодолеть в процедурном регулировании интернирования путем применения по аналогии режима, предусматриваемого в гуманитарном праве международных вооруженных конфликтов для гражданских лиц. В обоих случаях гуманитарное право применяется, как минимум, всегда, когда права человека по какой-либо причине не применимы.

138 Olson, примечание 6 выше.