

## Сроки, границы и конфликты

### Историческая эволюция правового раздела между международными и немеждународными вооруженными конфликтами

#### **Рожье Бартельс\***

Рожье Бартельс, доктор философии, работает юридическим советником в Отделе международного гуманитарного права Красного Креста Голландии и занимается исследовательской работой в университете Амстердама в рамках программы «Роль права в вооруженных конфликтах и в миротворческих операциях».

#### **Краткое содержание**

*В последние годы раздавались призывы отказаться от различения международных и немеждународных вооруженных конфликтов с точки зрения права. Кроме того, в последнее время возникла неопределенность в отношении применимых правовых режимов в результате*

\* В настоящей статье автор выражает свое собственное мнение и точку зрения, которая не обязательно отражает позицию вышеупомянутых учреждений. Автор хотел бы выразить благодарность Натали Вагнер и Ясмин Накви за их ценные замечания, высказанные в отношении ранней версии статьи, и подчеркнуть, что только он несет ответственность за любые обнаруженные ошибки.

появления так называемых транснациональных конфликтов, в которых участвуют негосударственные образования. Такие ситуации, естественно, не укладываются в рамки двух традиционных типов вооруженных конфликтов, признаваемых МПП с 1949 г. В настоящей статье рассматривается вопрос о том, как правовой раздел, который все еще существует между международными и немеждународными вооруженными конфликтами, может объясняться с исторической точки зрения. Статья нацелена на продолжение дискуссии о том, имеют ли все еще смысл такое различие, а также о возможной классификации некоторых ситуаций в соответствии с существующей типологией МПП.

: : : : : :

Вперед, вперед! Оружье пригодится —  
И если не для боя с иноземцем,  
То чтоб своих мятежников карать.

Шекспир, *Ричард III* (перевод Анны Радловой)

Летом 2006 г. мир стал свидетелем ситуации, которая, несомненно, достигала порога вооруженного конфликта. Однако конфликт между Израилем и Хезболла (или, как считали некоторые, конфликт между Израилем и Ливаном) не был однозначно определен как один из двух типов конфликтов, существующих в соответствии с международным гуманитарным правом (МПП), т. е. ни как международный вооруженный конфликт (МВК), ни как немеждународный вооруженный конфликт (НМВК)<sup>1</sup>. Не были отнесены ни к одному из двух типов конфликтов и вторжения вооруженных сил Турции на территорию Северного Ирака, предпринятые для осуществления операций против курдов.

Хотя в последние годы слышались призывы отказаться от различения международных и немеждународных вооруженных конфлик-

1 Ни Израиль, ни Ливан не считали, что военные действия могли классифицироваться как немеждународный вооруженный конфликт. См. Geoffrey S. Corn, 'Hamdan, Lebanon, and the regulation of hostilities: The need to recognize a hybrid category of armed conflict', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 40, No. 2, 2007, p. 305. Международный Комитет Красного Креста (МККК) не дал публичной классификации конфликта в качестве международного или немеждународного по своему характеру, в то время как Комиссия ООН по расследованию положения в Ливане назвала ситуацию международным вооруженным конфликтом sui generis — Доклад Комиссии по расследованию положения в Ливане во исполнение резолюции S-2/1 Совета по правам человека, UN Doc. A/HRC/3/2, 23 ноября 2006 г., ч. 8–9 и 57.

тов с точки зрения права<sup>2</sup>, конфликты такого типа, о котором говорилось выше, т.е. в котором участвуют негосударственные образования, действующие вне рамок территории одного государства, создали некоторую неопределенность в отношении применимых правовых режимов. Эти так называемые транснациональные вооруженные конфликты не укладываются, естественно, в рамки двух традиционных типов вооруженных конфликтов, признаваемых МГП. В деле «Хамдан против Рамсфельда» Верховный суд Соединенных Штатов постановил, что борьба против Аль Каиды, которая не ограничивается территорией Афганистана или Ирака, но ведется, по сути, за пределами Соединенных Штатов, регулируется положениями общей статьи 3, применимой к НМВК<sup>3</sup>. Данное дело является ярким примером демонстрации проблем, которые существующая классификация ставит не только перед юристами, но и перед политиками и, возможно, перед военными<sup>4</sup>.

Цель настоящей статьи заключается в том, чтобы объяснить правовой раздел, который (все еще) существует между международными и немеждународными вооруженными конфликтами. Как возникло это разделение и должно ли оно быть единственно возможным? Не принимались ли в его рамках во внимание ситуации, которые сейчас представляются проблематичными с точки зрения применимого правового режима? Такой анализ должен способствовать дискуссии по вопросу о том, нужно ли все еще это разделение и в качестве каких (существующих) типов конфликтов в соответствии с МГП должны классифицироваться различные ситуации.

В начале статьи предлагается краткий обзор определений вооруженного конфликта и, более конкретно, международного и немеждународного вооруженного конфликта, а затем рассматривается вопрос о том,

- 2 Например, Джеймс Г. Стюарт, «К единому определению вооруженного конфликта в международном гуманитарном праве: анализ интернационализированного вооруженного конфликта». *Международный журнал Красного Креста*, т. 85, №. 850, 2003 г.; Deidre Willmott, 'Removing the distinction between international and non-international armed conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court', *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, Issue 1, 2004; Emily Crawford, 'Unequal before the law: The case for the elimination of the distinction between international and non-international armed conflict', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 2, 2007.
- 3 United States Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), pp. 66–69.
- 4 Энтони Роджерс (Anthony Rogers) отмечает, что разделение на международные и немеждународные вооруженные конфликты важно для практиков, например, для «военного юриста, который должен предоставить консультацию командиру или командованию относительно применимого права». См. Anthony P.V. Rogers, 'International humanitarian law and today's armed conflicts', in Cindy Hannard, Stéphanie Marques dos Santos and Oliver Fox (eds), *Proceedings of the Bruges Colloquium: Current Challenges in International Humanitarian Law*, Collegium No. 21, ICRC/College of Europe, Bruges, October 2001, p. 20.

является ли все еще это различие между двумя типами актуальным. Затем внимание сосредоточивается на возможных объяснениях этого различия с исторической точки зрения. В частности, рассматривается вопрос, является ли оно, как отмечает Малькольм Шоу, исторически «основанным на разнице между межгосударственными отношениями, которые служили истинным центром внимания для международного права, и внутригосударственными вопросами, которые традиционно находились в сфере национальной юрисдикции государств и были, таким образом, недоступными для международного правового регулирования»<sup>5</sup>.

Логической отправной точкой в этой связи со всей очевидностью представляется возникновение национальных государств после заключения Вестфальского мирного договора. Сначала, однако, мы рассмотрим период до 1648 г. и влияние религии на определение типов вооруженных конфликтов в то время. Затем обсудим различные стадии НМВК, происходивших до 1949 г., а именно восстания, мятежи и военные действия, потом будут исследованы практические последствия неурегулированности ситуаций немеждународных вооруженных конфликтов в международном праве (за исключением ситуаций, когда признавалось состояние войны) на примерах Американской, Финской и Испанской гражданских войн.

Далее подробно излагается история составления общей статьи 3 и переговоры, которые велись по этому поводу на Дипломатической конференции 1949 г. и которые свидетельствуют о том, как составители понимали в то время, что такое вооруженный конфликт немеждународного характера и, следовательно, в чем заключается разница между международными и немеждународными вооруженными конфликтами. И завершает картину вопрос об актуальности государственного суверенитета при проведении различия между международными и немеждународными вооруженными конфликтами.

## Что такое вооруженный конфликт?

Основные документы МГП, т.е. Женевские конвенции 1949 г. и Дополнительные протоколы к ним 1977 г., проводят различие между международными и немеждународными вооруженными конфликтами, конкретно указывая, какие нормы применяются в каком типе конфликта. В соответствии с общей статьей 2 Женевских конвенций положения, касающиеся

5 Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 1068–1069.

международных вооруженных конфликтов, применяются «в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами», а «также во всех случаях оккупации всей или части территории Высокой Договаривающейся Стороны». Статья 1 Дополнительного протокола I уточняет, что указанные положения применяются также в случае вооруженных конфликтов, «в которых народы ведут борьбу против колониального господства и иностранной оккупации и против расистских режимов»; т.е. к ситуациям, которые могут казаться не имеющими международного характера и которые и считались таковыми до 1977 г. Однако ни Женевские конвенции, ни Протокол I не содержат реального определения выражения «вооруженный конфликт»<sup>6</sup>.

Пикте дает некоторые указания, объясняя в Комментариях к Женевским конвенциям, что «любые разногласия, возникающие между государствами и приводящие к вмешательству личного состава вооруженных сил, являются вооруженным конфликтом»<sup>7</sup>. Однако это выражение применимо только к международным вооруженным конфликтам. Международный уголовный трибунал для бывшей Югославии (МТБЮ) установил затем в решении по делу Тадича, что «применение вооруженной силы в отношениях между государствами или длительное вооруженное насилие, существующее между государственной властью и организованными вооруженными группами или между такими группами в пределах государства», должно считаться вооруженным конфликтом<sup>8</sup>. Эта формулировка относится как к МВК, так и к НМВК, и она использовалась многими в качестве определения, когда ситуация квалифицировалась как вооруженный конфликт. В ней, однако, не проводится четкого различия между этими двумя типами конфликтов.

- 6 Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) содержит статью «Определения» (статья 2), а также статью, называющуюся «Терминология» (статья 8), но термин «вооруженный конфликт» там не определяется.
- 7 Jean Pictet, *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War* (hereinafter Commentary on GC III), ICRC, Geneva, 1958, p. 23.
- 8 International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-A, 2 October 1995, para 70. В деле Харадиная Судебная камера разъяснила определение немеждународного вооруженного конфликта, которое применялось МТБЮ после вынесения решения по делу Тадича (см. ICTY, *Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Labi Brabimaj*, Judgement (Trial Chamber), Case No. IT-04-84-T, 3 April 2008). В деле Бошкоски Судебная камера вновь вернулась к этому вопросу. Она подробно остановилась на том, что же составляет такой конфликт, и разъяснила, как следует понимать соответствующие элементы общей статьи 3, которые были признаны в деле Тадича, а именно «интенсивность» и «организация вооруженной группы» (см. ICTY, *Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski*, Judgement (Trial Chamber), Case No. IT-04-82-T, 10 July 2008, paras 175–206).

Общая статья 3, со своей стороны, устанавливает минимальные гуманитарные стандарты, которые применимы в «случае вооруженного конфликта, не носящего международного характера», не определяя, что следует понимать под этим термином<sup>9</sup>. Минимальные стандарты в этой «конвенции внутри конвенции», или «мини-конвенции»<sup>10</sup>, получили затем более подробное изложение в Протоколе II, поскольку существовала необходимость обеспечить более эффективную защиту жертвам НМВК<sup>11</sup>. И хотя Протокол II регулирует действия конкретно во время НМВК<sup>12</sup>, он тоже не дает определения термина «немеждународный вооруженный конфликт», но ограничивает свою сферу применения конфликтами, которые имеют место

«на территории какой-либо Высокой Договаривающейся Стороны между ее вооруженными силами и антиправительственными вооруженными силами или другим организованными вооруженными группами, которые, находясь под ответственным командованием, осуществляют такой контроль над частью ее территории, который позволяет им осуществлять непрерывные и согласованные военные действия и применять [Дополнительный протокол II]»<sup>13</sup>.

Руководство Сан Ремо для НМВК, документ, составленный для разъяснения норм, применяемых к НМВК, неявным образом призна-

9 Елена Пеич пишет: «Что хорошо известно, так это то, что в статье 3 определение было намеренно опущено и что существует теория «отсутствия определения», в соответствии с которой считается, что это отсутствие есть то худо, без которого не бывает добра (Jelena Pejić, 'Status of conflict', in Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau (eds), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 85; см. также: Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 32. По мнению Эрика Кастрена, который участвовал в работе Дипломатической конференции 1949 г., отсутствие определения в общей статье 3 было намеренным, потому что считалось, что такое определение могло бы привести к ограниченному толкованию (Erik Castrén, *Civil War*, Suomalainen Tiedeakatemia, Helsinki, 1966, p. 85).

10 Pictet, *Commentary on GC III*, см. прим. 7 выше, с. 48.

11 Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II). Преамбула.

12 В договорах МПП используются термины «немеждународный вооруженный конфликт» (Протокол II) и формулировка «не носящий международного характера» (общая статья 3). Термин «внутренний вооруженный конфликт» отсутствует в инструментах МПП. В некоторых случаях, например в Директиве Совета ЕС 2004/83/ЕС от 29 апреля 2004 г., к сожалению, употребляется и он. Кроме того, некоторые авторы и суды используют термин «внутренний вооруженный конфликт», что создает ненужную путаницу.

13 Протокол II, статья 1 (1).

ет двусмысленность, вытекающую из отсутствия общего определения таких конфликтов, прежде всего тем, что в нем впервые предлагается такое определение. Оно представляется сочетанием различных «определений», обсуждавшихся выше:

«Немеждународные вооруженные конфликты являются вооруженными столкновениями, имеющими место в пределах территории одного государства, при этом вооруженные силы ни одного другого государства не участвуют в них на стороне, противостоящей центральному правительству...»<sup>14</sup>

Различные способы, которыми указанный тип конфликтов определяется выше с использованием терминов «в пределах одного государства», «на территории одной из Высоких Договаривающихся Сторон», «на территории Высокой Договаривающейся Стороны», и «в пределах территории одного государства», указывают на ограничение<sup>15</sup>; причем некоторые термины представляются более ограничительными (например, «одно государство»), нежели другие («государство»)<sup>16</sup>. В деле Харадиная Судебная камера МТБЮ разъяснила определение НМВК, используемое Трибуналом после рассмотрения дела Тадича<sup>17</sup>. В деле Бошкоски Судебная камера еще подробнее остановилась на том, что составляет НМВК, и рассмотрела вопрос о том, как следует понимать соответствующие элементы общей статьи 3, признанные в деле Тадича, а именно «напряженность» и «организация вооруженной группы»<sup>18</sup>.

14 International Institute of Humanitarian Law, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2006, p. 2, available at <http://www.michaelschmitt.org/images/Manual%5B1%5D.Final.Brill.pdf> (visited 20 May 2009).

15 Особенно в том, что касается транснациональных ситуаций, упомянутых выше в качестве тех, которые очень трудно определить. Эти ситуации, т.е. транснациональные вооруженные конфликты, несовместимы с различными приведенными выше «определениями» сферы применения международных и немеждународных вооруженных конфликтов и, таким образом, не попадающими в установившиеся категории вооруженных конфликтов. Транснациональные вооруженные конфликты представляются, таким образом, *prima facie* не регулируемые МГП, а лица, затронутые этими конфликтами, как представляется, не пользуются защитой, предоставляемой этим сводом права. Таковой, фактически, была позиция правительства США до того, как Верховный Суд постановил в решении по делу Хамдана, что к этим ситуациям применима, как минимум, общая статья 3 (см. прим. 3 выше).

16 Тот факт, что в соответствии с упомянутым Руководством НМВК не «включают конфликты, имеющие распространение на территории двух или более государств» (с. 2), еще раз свидетельствует об узости данного в нем определения.

17 См. ICTY, *Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Labi Ibrahimaj*, прим. 8 выше.

18 См. ICTY, *Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski*, см. прим. 8 выше, ч. 175–206.

Эти разъяснения, данные Трибуналом, помогают определить, когда ситуация достигает порога НМВК и должна считаться ситуацией вооруженного конфликта, а, например, не беспорядками внутри страны. Несмотря на отсутствие официального определения, данного в договоре, представляется, что сейчас достаточно понятно, что должно считаться МВК или НМВК и, таким образом, что составляет разницу между двумя этими типами конфликта.

### **Имеет ли все еще смысл проведение различия между двумя типами конфликтов?**

Некоторые авторы отмечали, что различие между МВК и НМВК является «поистине искусственным»<sup>19</sup>, «произвольным», «нежелательным» и его «трудно оправдать», что оно «сводит на нет гуманитарную цель права войны в большинстве случаев, когда в настоящее время имеет место война»<sup>20</sup>. На самом деле, можно сказать, что определение вооруженного конфликта в качестве международного или немеждународного сегодня является менее важным. Например, почти все военные преступления как в МВК, так и в НМВК включены в исследование обычного международного гуманитарного права, проведенное МККК<sup>21</sup>, и в Римский статут. Представляется, что судебная практика международных трибуналов и судов также меньше нуждается в проведении различия между двумя типами вооруженных конфликтов. Лизбет Зегвельд разъясняет, что:

«...распространенной практикой в международных органах стало прочитывать общую статью 3 и Протокол II через призму материальных норм Протокола I и Женевских конвенций. Общая статья 3 и Протокол II содержат небольшое число простых положений, которые не всегда соответствуют сложной

19 Rosemary Abi-Saab, 'Humanitarian law and internal conflicts: The evolution of legal concern', in Astrid J. M. Delissen and Gerard J. Tanja, *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead — Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1991, p. 209.

20 Stewart, прим. 2 выше, p. 313, цитирующий соответственно: René Jean Dupuy и Antoine Leonetti, 'La notion de conflict armé à caractère non international' in Antonio Cassese (ed), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Naples, 1971, p. 258; Ingrid Detter, *The Law of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 49; Colin Warbrick and Peter Rowe, 'The International Criminal Tribunal for Yugoslavia: The decision of the Appeals Chamber on the interlocutory appeal on jurisdiction in the Tadić case', *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, Issue 3, 1996, p. 698; W. Michael Reisman and James Silk, 'Which law applies to the Afghan conflict?', *American Journal of International Law*, Vol. 82, 1988, p. 465.

21 Жан-Мари Хенкертс и Луиза Досвальд-Бек, *Обычное международное гуманитарное право*, МККК, 2006.



реальности внутренних конфликтов. Международные органы прибегают поэтому к Протоколу I и Женевским конвенциям, которые служат в качестве стандарта толкования общей статьи 3 и Дополнительного протокола II»<sup>22</sup>.

В завершение она говорит, что международная практика «таким образом, демонстрирует тенденцию к уменьшению значения различия между правом, применимым к международным и внутренним вооруженным конфликтам»<sup>23</sup>.

Некоторые исследователи замечают также доказательства конвергенции двух типов вооруженных конфликтов в международных соглашениях по регулированию вопроса о вооружениях и разоружению<sup>24</sup>. Такая практика и работы, а также то, что часто называют изменяющимся характером вооруженных конфликтов, привели к тому, что целый ряд авторов призывают к полному устранению различия между МВК и НМВК<sup>25</sup>.

Однако в настоящее время оно остается. Некоторые авторы, включая Елену Пеич, отмечают, что «проведение различия между международными и немеждународными вооруженными конфликтами остается значимым»<sup>26</sup>. Договорные нормы, применимые к МВК, гораздо лучше разработаны, чем нормы, которые регулируют НМВК. Более того, отмечает она, различен и статус сражающихся сторон<sup>27</sup>. В исследовании обычного МГП, проведенном МККК, определение вооруженного конфликта не рассматривается. И все же в то время как было установлено, что многие нормы применимы во время как международных, так и немеждународных конфликтов, прогрессивное развитие обычного права, как это сформулировано в исследовании, «не привело к окончательному слиянию»<sup>28</sup> норм, применимых для обоих типов

22 Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 33.

23 Ibid., p. 34.

24 См., например, Christine Byron, 'Armed conflicts: International or non-international?', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 6, No. 1, 2001; Frits Kalshoven, 'From international humanitarian law to international criminal law', *Chinese Journal of International Law*, Vol. 151, Issue 3, 2004.

25 См. прим. 2 выше.

26 Jelena Pejic, 'Status of conflict', см. прим. 9 выше, с. 77. См. также, inter alia, Heike Spieker, 'The International Criminal Court and non-international armed conflicts', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, No. 2, 2000; Dieter Fleck (ed), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

27 Pejic, 'Status of conflict', см. прим. 9 выше, с. 77.

28 Fleck (ed), прим. 26 выше, с. 627; Хенкертс и Досвальд-Бек, прим. 21 выше.

конфликта. Конкретные различия между двумя типами конфликта все еще имеют место<sup>29</sup>.

Аналогичный аргумент может быть выдвинут в отношении конвенций, касающихся оружия и разоружения: заявление о том, что определенный вид оружия является негуманным и во время немеждународного вооруженного конфликта, больше говорит об оружии, чем о статусе конфликта. Оставив в стороне другие аргументы, заметим, что это последнее замечание, кажется, подтверждает, что различие, о котором мы говорили, все еще остается<sup>30</sup>. Более того, в то время как некоторые считали, что должен существовать только один тип вооруженного конфликта, другие предлагали третий, новый тип вооруженного конфликта<sup>31</sup>. Совершенно очевидно, что это различие актуально и сегодня. Различие между разнообразными типами войны и, следовательно, между применимыми правилами и нормами, как мы покажем ниже, проводилось, *inter alia* и религией.

## До 1648 г. — влияние религии

Религия не только являлась причиной ведения войны<sup>32</sup>, она влияла и на то, как война велась. Христианская церковь стремилась наложить ограничения на войны — движение *Pax Dei*, например, можно рассматривать в качестве «попытки обеспечить такое обращение с христианами, которое не напоминало бы обращение с еретиками и язычниками»<sup>33</sup>. Это привело к тому, что церковь стала проявлять интерес к видам используемого оружия; действительно, именно «Второй Латеранский

29 *Ibid.*

30 См., например, поправку к статье 1 Конвенции о конкретных видах обычного оружия, принятой 21 декабря 2001 г. в ходе Второй Конференции государств — участников по рассмотрению действия Конвенции. Эти конкретные виды оружия были признаны негуманными. Тот факт, что регулирование их применения должно иметь место и в ходе немеждународных вооруженных конфликтов, представляется вытекающим из бесчеловечного воздействия оружия, а не из современного состояния МГП, касающегося различия между международными и немеждународными конфликтами. Такие деяния, как пытки и коллективные наказания запрещены в конфликтах обоих типов (см. Протокол I, статья 75; общая статья 3; Протокол II, статья 4).

31 В частности, трудности при квалификации ситуаций, упомянутых ранее, привели к появлению работ, посвященных так называемым транснациональным вооруженным конфликтам, например, Corn, прим. 1 выше; Roy S. Schöndorf, 'Extra-state armed conflicts: Is there a need for a new legal regime?', *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, No. 1, 2004; Robert D. Sloane, 'Prologue to a voluntarist war convention', *Michigan Law Review*, Vol. 106, 2007.

32 Религия была одной из причин для начала войны как до, так и после 1648 г.

33 Martin van Creveld, *The Transformation of War*, Free Press, New York, 1991, p. 137.

Собор, а не какой-то рыцарский суд, запретил в 1139 г. применять арбалет против кого-либо, кроме язычников»<sup>34</sup>.

Власть, которая, как считалось, была вручена правителям самим Богом, наряду с уверенностью в отсутствии равенства между христианами и язычниками, формировала типы войны, которые определялись учеными того времени. Итальянский канонист Энрикус де Сегусио, известный более под именем Хостиенсис, писал между 1239 и 1253 г. о различных типах войн в своем комментарии *Summa aurea*. В разделе «*De treuga et pace*» («О перемирии и мире») говорилось о семи типах войн, которые можно было подразделить на внешние войны, т.е. те, в которых христиане сражались против «неверных», и внутренние войны, т.е. войны, которые христианские правители вели друг против друга. Внешние войны считались Хостиенсисом законными, в то время как внутренние войны могли быть законными, только если они велись для того, чтобы отстоять решение судьбы или, в более общих терминах, власть закона, или в порядке самообороны против незаконных нападений<sup>35</sup>.

В последующие годы христианские традиции продолжали влиять на становление норм, предназначенных для ситуаций, которые могли квалифицироваться как международные вооруженные конфликты; такой вклад, однако, менее заметен в том, что касается немеждународных вооруженных конфликтов<sup>36</sup>. Теория справедливой войны налагала некоторые ограничения на ведение международных войн<sup>37</sup>, но их нелегко было распространить на немеждународные конфликты, поскольку в таких ситуациях было трудно выполнить условия, установленные теорией справедливой войны. Более того, толкование библейских текстов, которые служили для оправдания борьбы без ограничений или ограничений, налагаемых только на мятежников в ситуациях немеждународного насилия, также использовалось в политических целях. Таким образом, необходимо отличать истинную христианскую веру от политического прочтения соответствующих мест из Библии<sup>38</sup>.

34 Ibid., p. 138.

35 'Hostiensis (ca 1200–1271): A typology of internal and external war', in Gregory M. Reichberg, Henrik Syse and Endre Begby (eds), *The Ethics of War: Classic and Contemporary Readings*, Blackwell Publishing, Oxford, 2006, pp. 160–161.

36 Laura Perna, *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, p. 2.

37 Эту теорию развивали такие христианские авторы, как Св. Августин и Фома Аквинский. См. Perna, *ibid.*, с. 3.

38 Ibid., p. 2.

Тогда как протестантизм стал причиной изменения в толковании Писания из-за изменения политического контекста, разница между войной (т.е. применением силы на международном уровне) и тем, что не должно было считаться войной и, таким образом, не подлежать ограничениям (т.е. применением силы внутри страны, например, подавлением восстания), была аналогична той, которая существовала в более ранние христианские времена<sup>39</sup>. Мартин Лютер писал в своем «Открытом письме» о суровой критике крестьян, что «мятежник не достоин разумных аргументов» и что «Божья воля заключается в том, что король должен быть почитаем, а мятежники уничтожены»<sup>40</sup>. Он отказывался рассматривать возможность установления правил и даже предложил такое обращение с мятежниками, которое в настоящее время было бы сочтено внесудебными и суммарными казнями<sup>41</sup>. Аналогичным образом Джон Кальвин думал, что восстание можно оправдать в качестве крайней мере, и один из его последователей, Джон Нокс, развил далее теорию, в соответствии с которой преследуемым разрешалось вести войну против своих преследователей. Однако это не привело к появлению каких-либо норм, предназначенных для этой ситуации немеждународного конфликта; восстание не подлежало «по крайней мере, со стороны «правомерных» повстанцев [...] никаким ограничениям»<sup>42</sup>.

Восточнее преобладала точка зрения, сходная с той, которую высказывал Хостиенсис (в том, что касается различия между верующими и неверующими). Изначально считалось, что ислам должен распространяться до тех пор, пока вся земля не будет под господством мусульман. Поэтому джихад был единственным родом отношений, которые могли существовать между теми, кто верил в ислам, и теми, кто не верил. Однако со временем стало очевидно, что мусульманскому миру придется смириться с тем, что немусульманские государства и империи останутся их соседями, и это привело к появлению других форм войны<sup>43</sup>. С XII века появился значительный объем литературы (частично религиозной, частично юридической), в которой делались попытки «определить, что мусульмане могут делать с немусульманами, и при каких обстоятельствах»<sup>44</sup>.

39 Ibid., p. 7.

40 Martin Luther, 'An open letter on the harsh book against the peasants', reprinted in Albert Marrin (ed), *War and the Christian conscience: From Augustine to Martin Luther King, Jr*, Henry Regnery Company, Chicago, 1971, pp. 101–102.

41 Perna, прим. 36 выше, с. 7.

42 Ibid., p. 8.

43 Van Creveld, прим. 33 выше, с. 139.

44 Ibid.

Когда мусульманский мир раскололся на отдельные государства, в которых часто исповедовались различные версии ислама и которые воевали друг с другом, стало необходимо проводить различие не только между войной, ведущейся против неверующих, и войной против братьев-мусульман, но и войной, ведущейся между самими мусульманами. В X веке ученый из Багдада, аль-Маварди, подразделил войны против мусульман на три категории: во-первых, война против тех, кто отрекся от веры (ahl al ridda); во-вторых, против мятежников (ahl al baghi); и в-третьих, война против тех, кто бросил вызов власти духовного лидера (al muharabin). Для каждой из этих категорий войны предписывались разные методы ее ведения и разные обязательства по отношению к противнику. Что касается третьей категории, например, которая включала людей, принадлежащих к Дому ислама (dar al Islam), то предусматривалось, что пленных нельзя казнить, а их дома нельзя сжигать<sup>45</sup>.

Религия, таким образом, создала различие между войнами, ведущимися против тех, кто принадлежал к той же самой религии (например, христианской или мусульманской), и против тех, кто принадлежал к другой. Войны, ведущиеся в рамках христианского или мусульманского мира, подлежали регулированию определенными правилами, в то время как для ситуаций, которые не считались войнами, правил не существовало. Очень примечательно, что об этом можно также узнать от того, кто не был ни теологом, ни правоведом, но для кого разница была совершенно очевидной. Цитата из Ричарда III Шекспира, приведенная в эпиграфе<sup>46</sup>, является интересной иллюстрацией того факта, что:

«как во время тех событий, которые описал Шекспир, так и в то время, когда он писал, действующими нормативными и правовыми нормами признавалась и подчеркивалась дихотомия между [внутренними и международными] конфликтами»<sup>47</sup>.

Знаменитый драматург часто в своих исторических работах писал о вооруженном насилии и создал

45 Ibid., p. 140.

46. «Вперед, вперед! Оружье пригодится — И если не для боя с иноземцем, То чтоб своих мятежников карать.» Шекспир, *Ричард III* (перевод Анны Радловой)

47 Laurie Rosensweig Blank, 'The laws of war in Shakespeare: International vs. internal armed conflict', *NYU Journal of International Law and Politics*, Vol. 30, No. 1/2, 1998, p. 252.

«детально и хорошо сформулированное определение правового различия между внутренними и международными конфликтами и различными нормативными принципами и рыцарскими обязательствами или их отсутствием»<sup>48</sup>.

В словах Ричарда III кратко изложены эти различия: в международных войнах люди «сражаются» против «противников», которые являются «иностранцами». Во внутренних «войнах», которые протекают «дома», «подавляются» «мятежники»<sup>49</sup>.

Точка зрения, что богословы должны рассматривать моральные вопросы, а не правовые или политические, появилась вместе с концепцией государственного суверенитета в конце XVI века<sup>50</sup>. Это хорошо проиллюстрировано в словах современника Шекспира, итальянского правоведа и писателя Альберико Жентили, который сыграл решающую роль в появлении международного права в качестве самостоятельной правовой дисциплины<sup>51</sup>: *Silente theologi in munere alieno*<sup>52</sup>.

## Вестфальский мир — возникновение государственного суверенитета

Влияние религиозной мысли продолжало уменьшаться после заключения Вестфальского мира в 1648 г., момента, который обычно считается временем возникновения современного суверенного национального государства<sup>53</sup>.

48 Ibid., p. 254.

49 Ibid., p. 259.

50 Perna, прим. 36 выше, с. 8.

51 См. inter alia Diego Panizza, 'Political theory and jurisprudence in Gentili's *De Iure Belli*: The great debate between "theological" and "humanist" perspectives from Vitoria to Grotius', Institute for International Law and Justice, *History and Theory of International Law Series*, Working Paper 15, 2005, available at <http://www.iilj.org/publications/documents/2005.15Panizza.pdf> (visited 20 May 2009).

52 Что можно перевести как: «Богословы не должны высказываться по вопросам, которые их не касаются».

53 См., inter alia, Richard A. Falk, *Law in an Emerging Global Village: A Post-Westphalian Perspective*, Transnational Publishers, New York, 1998, p. 4. Идея, что Вестфальский мир установил что-то новое, если говорить о суверенитете, критикуется многими авторами — см., например, Stéphane Beaulac, 'The Westphalian model in defining international law: Challenging the myth', *Australian Journal of Legal History*, Vol. 8, 2004; Andreas Osiander, 'Sovereignty, international relations, and the Westphalian myth', *International Organization*, Vol. 55, No. 2, 2001.

После того как договоры были подписаны, европейские правители «в основном отказались от использования религии в качестве причины, оправдывающей резню друг друга, и обратились к причинам более просвещенного века»<sup>54</sup>. Самуэль фон Пуфендорф был одним из первых исследователей поствестфальского времени, который в своих работах касался вопросов, связанных с войной. Он быстро стал одним из наиболее влиятельных авторов<sup>55</sup>. В своей работе «О долге человека и гражданина» он привлек внимание читателей к необходимости установления «разумных ограничений в отношении того, что следует делать во время войны»<sup>56</sup>, подчеркивая, что гуманность требует<sup>57</sup>, чтобы «насильственные действия были ограничены теми, которые действительно необходимы»<sup>58</sup>. Фон Пуфендорф заявляет, что войны могут обычно делиться на два вида: «объявленные и необъявленные». И не осуждая вторую категорию как несправедливую, он уточняет, что «[н]еобъявленная война — это либо война, ведущаяся без официального объявления, либо война против частных граждан. Гражданские войны также входят в эту категорию»<sup>59</sup>. Он относил немеждународные ситуации к классу необъявленных войн, но оставил открытым вопрос о том, должны ли ограничения распространяться и на этот тип борьбы.

Тот факт, что Вестфальский мир не вызвал радикального изменения в понимании войн учеными мира, можно хорошо проиллюстрировать сравнением того, что писал Джентили в конце XVI века, с работами Гуго Гроция, написанными незадолго до Вестфальского мира, и работами Эммерика де Ваттеля, датируемыми XVIII веком.

Альберико Джентили, преподававший в Оксфорде, заметил в 1589 г., что применение норм международного права проистекало из наличия суверенной власти с обеих сторон. Законный «противник» должен был удовлетворять требованиям, которые аналогичны сегодняшним требованиям, предъявляемым к статусу государства, или критериям членства в Организации Объединенных Наций<sup>60</sup>. Те же, кто

54 Van Creveld, прим. 33 выше, с. 139, 141. Два Вестфальских договора — Оснабрюкский и Мюнстерский договоры (24 октября 1648 г.) — упоминают в преамбулах, что согласие по текстам статей было достигнуто частично «во славу Божию». Текст договоров доступен по адресу: [http://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/westphal.asp](http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp) (посещение 20 мая 2009 г.).

55 'Samuel von Pufendorf (1632–1694): War in an emerging system of states', in Reichberg, Syse and Begby (eds), прим. 35 выше, p. 454.

56 Ibid., с. 455.

57 Ibid., с. 458 (Section 6 of Book 2, Chapter 16, of On the Duty of Man and Citizen).

58 Ibid., с. 455.

59 Ibid., с. 458 (Section 7 of Book 2, Chapter 16, of On the Duty of Man and Citizen).

60 Rosensweig Blank, прим. 47 выше, p. 258.

не удовлетворял этим требованиям, не были истинными противниками и, таким образом, «такие лица не попадали в сферу действия законов войны»<sup>61</sup>. Он писал в своей работе «De Iure Belli Libri Tres», что

«те, кто не руководствуется [целями государственного масштаба], не являются истинными противниками, даже если они ведут себя как солдаты и командиры и сопротивляются нападению командиров противостоящих легионов. Противник — это тот, у кого есть государство, сенат, казна, объединенные и дружные граждане и некоторое основание для заключения мирного договора. [...] Потому что слово «hostis», «противник», подразумевающая равенство, как и слово «война», [...] иногда употребляется и для обозначения тех, кто не является вам равным, а именно пиратов, объявленных вне закона лиц и мятежников; тем не менее, это не может дать им прав, присущих противникам, которые действительно ими являются, и привилегий регулярных военных действий»<sup>62</sup>.

Аналогичным образом, голландский ученый Гуго Гроций рассматривал старое разделение между государственными и частными войнами в своей фундаментальной работе «De Iure Belli ac Pacis» (О праве войны и мира) в 1625 г.<sup>63</sup> Государственные войны (т.е. войны между суверенными державами) должны были вестись в соответствии с ограничениями, налагаемыми законами войны:

«Законной войной обычно называется то, что здесь мы называем формальной [войной]. [...] Для того чтобы придать войне формальность, требуемую международным правом, необходимы две вещи. Во-первых, она должна вестись с обеих сторон суверенной властью государства, и, кроме того, она должна сопровождаться определенными формальностями. Оба условия так важны, что одного недостаточно без другого»<sup>64</sup>.

61 Alberico Gentili, 'The three books on the laws of war', in J. B. Scott (ed), *The Classics of International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1933, p. 22.

62 Ibid., pp. 24–25.

63 Perna, прим. 36 выше, с. 17. Гроций описал войну, дав ей общее определение как «состояние противоборствующих сторон». В это определение он включал как государственные, так и частные войны. См. Hugo Grotius, *On the Law of War and Peace*, (transl. A. C. Campbell), Batoche Books, Kitchener, 2001, p. 6.

64 Grotius, *ibid.*, p. 40.



Затем он говорил, что война против частных лиц «может вестись без этих формальностей»<sup>65</sup>. Один из авторов отмечает, что Гроций не считал возникающую теорию государственного суверенитета препятствием для существования возможности регулировать ситуации немеждународных вооруженных конфликтов положениями международного права. Таким образом, Гроций не отрицал возможности того, что доктрина естественного права может формировать развитие норм, касающихся немеждународных вооруженных конфликтов<sup>66</sup>.

Швейцарский ученый Эммерик де Ваттель, который жил в XVIII веке, считал, в свою очередь, что бунт внутри страны, который угрожает суверенитету государства, является наихудшим злом для независимого образования. Таким образом, ведя борьбу с мятежниками, суверен не обязан соблюдать законы войны<sup>67</sup>. Он писал в своей работе «*Droit des Gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*», что те, кто «восстают против своего правителя без причины, заслуживают самого сурового наказания»<sup>68</sup>. Влияние доктрины естественного права привело к тому, что он советовал не осуществлять ничем не ограниченное подавление мятежников и воздерживаться от излишне жестокого наказания<sup>69</sup>. Более того, он признавал, что в ситуациях такой интенсивности, которая напоминает международную войну, законы войны должны применяться. В главе, озаглавленной «Гражданская война», Ваттель пишет:

«Если нация разделена на две абсолютно самостоятельные части, которые не признают общего лидера, государство разединено, и война между двумя частями попадает во всех отношениях в категорию межгосударственной войны между двумя различными нациями. [...] Поэтому обязанность обеих сторон соблюдать по отношению друг к другу обычное право войны является абсолютным и необходимым и таким же, какое естественное право возлагает на все государства во время борьбы одного государства против другого. [...] [С]овершенно очевидно,

65 Ibid.

66 См. Perna, прим. 36 выше, с. 18.

67 Ibid., с. 20.

68 Emmerich de Vattel, *The Law of Nations and the Principles of Natural Law*, Book III, Chapter XVIII, цитируется в работе Perna, прим. 36 выше, с. 21.

69 Perna, *ibid.*, с. 20–22.

что общие законы войны, те принципы гуманности, сдержанности, верности и чести [...] должны соблюдаться обеими сторонами в ходе гражданской войны»<sup>70</sup>.

Описанная выше ситуация схожа с теми, которые привели сотней лет позже к признанию стороны в конфликте, не являющейся государством, воюющей стороной. Теория о статусе воюющей стороны может рассматриваться как посягательство на государственный суверенитет, потому что она ставит сторону, не являющуюся государством, на тот же уровень, что и государство, если конфликт является достаточно продолжительным и напоминает международную войну. Однако, в сущности, она, кажется, укрепляет концепцию государственного суверенитета, если принять во внимание критерии, которым должен удовлетворять противник (как это ранее объяснил Джентили). Действительно, после Ваттеля дальнейшее развитие международного права привело к доктрине о статусе воюющей стороны<sup>71</sup>.

Об этом свидетельствуют и работы Ласса Оппенгейма, который в начале XX века все еще проводил четкое различие между международными войнами и ситуациями немеждународных конфликтов. И если первые были войнами, Оппенгейм не считал последние таковыми (если сторона, не являющаяся государством, не была признана в качестве воюющей стороны). Его определение войны часто цитируется и выглядит следующим образом:

«Война — это борьба между двумя или более государствами, ведущаяся с применением их вооруженных сил с целью подавить сопротивление друг друга и навязать такие условия мира, которые устраивают победителя»<sup>72</sup>.

Он заявил, что ни гражданская война<sup>73</sup>, ни партизанская война не являются «настоящими война[ми] в строгом смысле этого термина

70 'Emer de Vattel (1714–1767); War in due form', in Reichberg, Syse and Begby (eds), прим. 35 выше, с. 516–517.

71 Perna, прим. 36 выше, с. 23.

72 Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. II, *War and Neutrality*, Longmans, Green and Co., London, 1906, p. 56.

73 Оппенгейм описывал гражданскую войну как ситуацию, «когда две противостоящие стороны в рамках одного государства прибегают к применению оружия с целью захвата власти в государстве или когда большая часть населения государства восстает с оружием в руках против законного правительства». (Ibid., с. 65.)

в международном праве»<sup>74</sup>, потому что, «для того чтобы считаться войной, борьба должна вестись *между государствами*»<sup>75</sup>. Как таковая,

«гражданская война не должна с самого начала быть или вообще становиться войной в техническом смысле этого термина. Но она может стать войной путем признания каждой из сражающихся сторон или повстанцев, если о них идет речь, в качестве воюющей стороны»<sup>76</sup>.

Такой подход, в центре которого стояло государство, объясняет, что конфликт между государством и образованием, не являющимся государством (который сегодня может быть квалифицирован как немеждународный вооруженный конфликт), не считался войной. Это явление, которого, по мнению Оппенгейма, не существовало в его время, не могло квалифицироваться в качестве войны. Он говорит, что:

«В Средние века были известны войны между частными лицами, так называемые частные войны, и войны между корпорациями, такими, как например Ханса, и между государствами<sup>77</sup>. Но такие войны совершенно исчезли в настоящее время. Конечно, может случиться, что между вооруженными силами государства и группой вооруженных лиц разгорится борьба, но такая борьба не является войной»<sup>78</sup>.

До принятия общей статьи 3 (и затем Дополнительных протоколов) в качестве части международного права борьба, не имевшая международного характера, могла попасть в сферу международного (гуманитарного) права, только если повстанцы были признаны в качестве воюющей стороны<sup>79</sup>. Признание статуса воюющего и предшествующие этому стадии гражданской борьбы будут рассмотрены в следующем разделе.

74 Ibid., с. 67.

75 Ibid., с. 58 (выделено в оригинале).

76 Ibid., с. 65.

77 Четвертое и более поздние издания содержат несколько иную и более четкую формулировку: «[в] Средние века войны между частными лицами, так называемые частные войны, были известны, и войны между корпорациями — ... например, Ханса — и государствами». (4-е издание, с. 117 и 7-е издание, с. 203.)

78 Oppenheim, прим. 72 выше, с. 58.

79 Dietrich Schindler, 'The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols', *Recueil des cours*, Vol. 163, Issue 2, 1979, p. 145.

## Различные стадии немеждународного вооруженного конфликта до 1949 г.<sup>80</sup>

Как уже было сказано выше, немеждународный вооруженный конфликт до принятия Женевских конвенций 1949 г. мог попасть в сферу действия международного права, только если те, кто с оружием в руках выступил против правительства, были признаны воюющей стороной. До стадии приобретения статуса воюющего право и практика различали две другие стадии в гражданской борьбе: бунт и действия повстанческих сил<sup>81</sup>.

### Бунт

В традиционном международном праве бунт (или мятеж) считался ситуацией насилия внутри страны, во время которого можно заметить только спорадические выступления против законного правительства<sup>82</sup>. Такая ситуация была только краткосрочным неповиновением государственной власти,<sup>83</sup> и силы полиции были в состоянии «заставить мятежников уважать общественный правопорядок»<sup>84</sup>. Если правительство могло быстро подавить выступления мятежной группировки, «используя обычные процедуры обеспечения внутренней безопасности»<sup>85</sup>, ситуация не попадала в сферу действия международного права<sup>86</sup>. Мятежники, бросившие вызов правительству *de jure*, не имели законных прав или защиты в соответствии с традиционным международным правом<sup>87</sup>, и в то время как иностранные государства могли оказывать помощь правительству в его попытках подавить мятежников, они должны были воздерживаться от предоставления поддержки

80 Хорошее описание трех стадий см. в работе: Anthony Cullen, 'Key developments affecting the scope of internal armed conflict in international humanitarian law', *Military Law Review*, Vol. 183, 2005, pp. 69–79.

81 Lothar Kotsch, *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, Thesis No. 105, University of Geneva, Geneva, 1956, p. 230.

82 Heather A. Wilson, *International Law and the Use of Force by Liberation Movements*, Oxford University Press, Oxford, 1988, p. 23.

83 Richard A. Falk, 'Janus tormented: The international law of internal war', in James N. Rosenau (ed), *International Aspects of Civil Strife*, Princeton University Press, Princeton, 1964, pp. 197–199.

84 Kotsch, прим. 81 выше, с. 230.

85 Falk, прим. 83 выше, с. 199.

86 См. New York District Court, *United States v. Ambrose Light*, 25 Fed. 408 (1885).

87 Kotsch, см. прим. 80 выше, с. 231, и Cullen, прим. 80 выше, с. 69.

мятежной стороне, поскольку такие действия считались бы незаконным вмешательством<sup>88</sup>.

МТБЮ отмечал в деле Тадича, что государства

«предпочитали рассматривать борьбу внутри страны как бунт, мятеж и предательство, что подпадало под действие внутреннего уголовного права и по этой же причине исключало какое-либо вмешательство со стороны других государств в сферу их национальной юрисдикции. Эта дихотомия была явным образом ориентирована на верховенство суверенитета и отражала традиционную конфигурацию международного сообщества, основанную на сосуществовании суверенных государств, более склонных следить за соблюдением своих собственных интересов, а не за явлениями, вызывающими общую озабоченность или за соблюдением требований гуманности<sup>89</sup>.

Итак, в соответствии с традиционным международным правом «бунт, имеющий место в границах суверенного государства, является исключительно делом этого государства»<sup>90</sup>, и считалось, что он не подлежит регулированию законами войны<sup>91</sup>.

### Действия повстанческих сил

Если бунт — это «спорадические действия, направленные против законного правительства, [...] то когда речь идет о действиях повстанческих сил и статусе воюющей стороны, можно сказать, что такая ситуация носит характер продолжительного конфликта»<sup>92</sup>. Следовательно, если бунт может «пережить» меры подавления и послужить причиной более длительного и существенного насилия внутри страны, его статус должным образом изменяется и он превращается в действия повстанческих сил<sup>93</sup>. Признание повстанческих сил можно рассматривать как указание на то, что правительство, сделавшее его, «считает повстанцев

88 Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1947, p. 230; Falk, прим. 83 выше, p. 197.

89 ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, прим. 8 выше, ч. 96.

90 Wilson, прим. 82 выше, с. 23.

91 Falk, прим. 83 выше, с. 198.

92 Ibid., с. 199.

93 Cullen, прим. 80 выше, с. 71; Falk, прим. 83 выше, с. 199.

законными оппозиционерами, а не просто нарушителями закона»<sup>94</sup>. В традиционном международном праве признание повстанцев не требовало применения гуманитарных норм, если только на это явным образом не соглашалось законное правительство<sup>95</sup>. Соответствующее государство могло по своему усмотрению определить последствия такого признания<sup>96</sup>. Представляется, что признание сил повстанцев как таковое имело больше значения для государств, чем для самих повстанцев.

Во время Гражданской войны в Испании главные европейские державы соблюдали ограничения, которые должны были существовать в результате признания сил повстанцев. В открытом море обеим сторонам не разрешалось осуществлять права воюющих сторон по отношению к иностранным судам, и международная конвенция запретила экспорт военных материалов для обеих сторон<sup>97</sup>. Иностранные государства сыграли и свою роль в гражданской войне в Испании. Это можно объяснить замечанием Ричарда Фолка о том, что

«признание сил повстанцев служит частичной интернационализации конфликта, притом что не имеет места состояние войны. Это дает возможность третьим государствам участвовать во внутренней войне, не оказываясь «в состоянии войны», что случилось бы в случае вмешательства на одной из сторон, если бы внутренняя война была определена как состояние войны»<sup>98</sup>.

Если признание повстанческого движения служило частичной интернационализации конфликта, то признание той же стороны в качестве воюющей стороны привело бы к его полной интернационализации.

94 Rosalyn Higgins, 'Internal war and international law', in Cyril E. Black and Richard A. Falk (eds), *The Future of the International Legal Order*, Princeton University Press, Princeton, 1971, p. 88.

95 Anthony Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflicts in International Humanitarian Law*, неопубликованная диссертация на степень доктора философии, 2007 г., с. 20 (в конце 2009 г. можно получить в издательстве Cambridge University Press), со ссылкой на Кастрена, прим. 10 выше, с. 207–223. Херш Лаутерпахт объясняет, что государства могут вступать в переговоры с повстанцами, чтобы гарантировать гуманность при ведении военных действий. См. Lauterpacht, прим. 88 выше, с. 270–271.

96 Higgins, прим. 94 выше, с. 88.

97 Kotsch, прим. 81 выше, с. 233.

98 Falk, прим. 83 выше, с. 200.

## Состояние войны

Если немеждународный вооруженный конфликт достигал такого уровня непрерывности, когда с обеими сторонами следовало обращаться как с воюющими, правительство соответствующего государства или третьего государства могло, сделав заявление, признать повстанцев в качестве воюющей стороны<sup>99</sup>. Оппенгейм отмечает, что хотя повстанцы могли и не иметь права, с юридической точки зрения, вести войну, их практическая способность ее вести объясняет, почему они могут стать воюющей стороной. Он затем говорит, что любое государство может признать повстанцев в качестве воюющей стороны, если будут удовлетворены три следующих критерия: 1) повстанцы захватили часть территории (законного) правительства; 2) создали свое собственное правительство; 3) ведут борьбу в соответствии с законами войны<sup>100</sup>.

Лаутерпахт считал, что существуют четыре критерия, и четвертый требовал «наличия обстоятельств, обуславливающих необходимость для других государств определить свою позицию посредством признания статуса воюющего», что было дополнительным требованием к перечисленным выше<sup>101</sup>.

В международном праве отношение к войне внутри страны при условии существования состояния войны было, по сути, таким же, как и к войне между суверенными государствами. Следовательно, сторона в немеждународном вооруженном конфликте, не являющаяся государством, если она была признана в качестве воюющего, считалась находящейся в состоянии войны согласно традиционному международному праву<sup>102</sup> и имела те же самые права и обязанности. Обеспечение соблюдения гуманитарных норм было обязательным и для стороны, не являющейся государством (т. е. для повстанцев). Законы войны применялись как к властям правительства *de jure*, так и к повстанцам. Таким

99 Moir, прим. 9 выше, с. 5.

100 Oppenheim, прим. 72 выше, с. 86. См. также: 'Règlement' that was adopted by the Institut de Droit International, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1900, p. 227.

101 Первый критерий Лаутерпахта имеет отношение к масштабу конфликта, его второй объединяет первый и второй критерии Оппенгейма: «во-первых, в государстве должен иметь место вооруженный конфликт общего (в отличие от чисто локального) характера; во-вторых, повстанцы должны занять значительную часть национальной территории и управлять ею; в-третьих, они должны вести военные действия в соответствии с нормами войны, используя организованные вооруженные силы; в-четвертых, должны существовать обстоятельства, обуславливающие необходимость того, чтобы другие государства определили свою позицию посредством признания статуса воюющего (Lauterpacht, прим. 88 выше, с. 176).

102 Falk, прим. 83 выше, с. 203.

образом, признание законным правительством состояния войны вводило в действие весь свод норм права войны в отношениях между правительством и повстанцами<sup>103</sup>, не только норм, регулирующих ведение военных действий, но и тех, которые относятся ко всем другим видам деятельности, связанным с войной, например, забота о больных и раненых и уважение военнопленных<sup>104</sup>.

Доктрина состояния войны, таким образом, распространила гуманитарные нормы международного права на ситуацию немеждународного вооруженного конфликта. Энтони Каллен замечает, что, как представляется, среди ученых нет большого единодушия относительно того, обязаны ли государства признавать состояние войны и, следовательно, применять международные гуманитарные нормы, если соблюдены определенные объективные условия (такие как вышеупомянутые критерии), или это оставляется исключительно на усмотрение соответствующих государственных властей<sup>105</sup>.

Соединенные Штаты и Соединенное Королевство признавали состояние войны в целом ряде случаев, имеющих отношение к (бывшим) испанским колониям в Южной и Центральной Америке. Хорошо известной ситуацией, в которой состояние войны было признано, является, конечно, Гражданская война в Америке. В XX веке, однако, эта доктрина устарела. Непризнание повстанцев в качестве воюющей стороны, например, в ходе Гражданской войны в Испании служит для многих доказательством «кончины» понятия состояния войны<sup>106</sup>. Было несколько ситуаций, когда признание повстанцев в качестве воюющей стороны было очень близко, например, конфликт в Нигерии (Биафра) в 1967 г. или война в Алжире, но заинтересованные государства утверждали, что это не было официальным признанием<sup>107</sup>. Как будет показано далее, доктрина состояния войны и соответствующие критерии оказались, тем не менее, очень важными во время переговоров по принятию Конвенций 1949 г.

103 Moir, прим. 9 выше, с. 5.

104 См. inter alia Daoud L. Khairallah, *Insurrection under International Law: With Emphasis on the Rights and Duties of Insurgents*, Lebanese University, Beirut, 1973.

105 Cullen, прим. 95 выше, с. 31. В деле «Соединенные Штаты против Трех друзей», касающемся оказания помощи кубинским повстанцам, Верховный Суд США постановил, что «определять, когда следует признать состояние войны, должен политический департамент» (United States Supreme Court, *United States v. The Three Friends* et al. (1897) 166 U.S.1, p. 63).

106 Cullen, прим. 95 выше, с. 34.

107 Schindler, прим. 79 выше, с. 145–146.



## Гражданские войны

На примере трех гражданских войн, которые рассматриваются ниже, показано, как описанные этапы немеждународного конфликта реализовывались на практике до 1949 г. Эти и другие гражданские войны, происходившие во второй половине XIX — первой половине XX века, способствовали формированию права, регулирующего подобные конфликты.

### Гражданская война в Америке

Гражданская война в Америке (1861–1865) началась после того, как сначала семь, а потом еще четыре штата заявили о своем выходе из Союза (федерального государства) и об образовании Конфедеративных Штатов Америки. Федеральное правительство было не согласо с этим отделением и мобилизовало огромную армию для подавления восстания<sup>108</sup>. Последовавший за этим конфликт, несомненно, имел черты международной войны<sup>109</sup>. Оппенгейм считал, что, несмотря на то, что в соответствии с конституцией федерального государства война между членами федерации или между одним или более ее членами и федеральным государством является незаконной (т.е. бунтом, с точки зрения конституции), эти конфликты были, тем не менее, войнами для целей международного права<sup>110</sup>. Кроме того, по его мнению, «Война за выход в Соединенных Штатах между Северными и Южными Штатами в 1861–1865 гг. была [настоящей] войной»<sup>111</sup>. Однако Дейвид Тернс объясняет, что употреблением термина «гражданская война», а именно так чаще всего называют этот конфликт, т.е. Гражданская война в Америке, история и английский язык «однозначно подтвердили, что конфликт был принципиально немеждународным по своему характеру»<sup>112</sup>.

108 См. Michael Harris Hoffman, 'The customary law of non-international armed conflict: Evidence from the United States Civil War', *International Review of the Red Cross*, No. 277, 1990, pp. 322–344.

109 David Turns, 'At the "vanishing point" of international humanitarian law: Methods and means of warfare in non-international armed conflicts', *German Yearbook of International Law*, Vol. 45, 2002, p. 118.

110 Oppenheim, прим. 72 выше, с. 59.

111 Ibid. Дейвид Тернс отмечает, что по сей день те штаты США, которые ранее входили в Конфедерацию, редко называют этот конфликт Гражданской войной в Америке. Среди употребляемых вместо этого названий есть следующие: «Война между Штатами», «Война за отделение» и «Война за независимость Юга». (Turns, прим. 109 выше, с. 118).

112 Turns, прим. 109 выше, с. 118.

Вскоре после начала военных действий президент Линкольн установил морскую блокаду всего южного побережья; это рассматривалось как молчаливое признание состояния войны против Юга<sup>113</sup>. Затем последовали заявления о нейтралитете и признании Конфедеративных Штатов со стороны Соединенного Королевства и целого ряда других стран. Во время дискуссии, проходившей несколькими месяцами позже, британское правительство высказало мнение, что «[в]осстание, охватившее более девяти штатов и продолжающееся более десяти месяцев, может считаться только гражданской войной и что лица, захваченные в плен с обеих сторон, должны считаться военнопленными»<sup>114</sup>. В силу признания состояния войны во время Гражданской войны обе стороны обязаны были соблюдать законы войны<sup>115</sup>, и в общем, они фактически соблюдались<sup>116</sup>. Лица из состава обеих армий получали статус военнопленных, а между военными объектами и гражданскими объектами проводилось различие<sup>117</sup>.

Кроме того, что конфликт повлиял на мировую политику и на решение такой проблемы, как рабство, он помог сформировать законы войны. Даже утверждается, что « [э]та война сыграла бесспорно крайне важную роль в развитии всего права гражданского конфликта»<sup>118</sup>. Признание Конфедеративных Штатов в качестве воюющей стороны привело к многочисленным судебным делам, что внесло свой вклад в доктрину состояния войны; оно также широко обсуждалось в правовой доктрине и практике государств, что, в свою очередь, содействовало развитию права немеждународных вооруженных конфликтов<sup>119</sup>.

Более того, именно во время Гражданской войны в Америке профессор Фрэнсис Либер составил знаменитый Кодекс Либера, который

113 Это подтвердил Верховный Суд США в декабре 1962 г. См. Quincy Wright, 'The American Civil War, 1861–65', in Richard A. Falk (ed), *The International Law of Civil War*, John Hopkins Press, Baltimore, 1971, p. 42.

114 *Fontes* No. 2469, цитируется в работе Kotzsch, прим. 81 выше, с. 228.

115 Perna, прим. 36 выше, с. 31.

116 Moir, прим. 9 выше, с. 24. Лесли Грин заметил, что стороны в Гражданской войне в Америке «вели себя *inter se* так, как если бы они участвовали в международном конфликте». (in *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Juris Publishing, New York, 2008, p. 66).

117 Hoffman, прим. 108 выше, с. 322–344.

118 Roscoe Ralph Oglesby, *International War and the Search for Normative Order*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1969, p. iv. Тот же автор затем утверждал, что '[n]редыдущие гражданские войны, такие как Американская революция и испанские колониальные войны за независимость, предоставили необходимую экспериментальную площадку для развития норм, регулирующих такие конфликты, но именно Гражданская война в Америке окончательно их сформировала». (pp. vi–vii).

119 Lauterpacht, прим. 88 выше, с. 187; Kotzsch, прим. 81 выше, с. 226.

считается фундаментом современного международного гуманитарного права<sup>120</sup>. Вместе с советом Союза офицеров он подготовил свод правил, касавшихся ведения военных действий на суше, — Инструкции полевым войскам США — Общие приказы № 100<sup>121</sup>, которые были даны вооруженным силам Союза президентом Линкольном. Кодекс послужил основой для более поздних договоров, касающихся международных конфликтов, таких как Гаагское положение, формулировки которого иногда очень сходны со статьями Кодекса Либера. Часто говорят, что ирония заключается в том, что первый свод норм современного МГП был составлен для немеждународного вооруженного конфликта<sup>122</sup>, но Кодекс был, по сути, написан для международной ситуации или, по крайней мере, ситуации, ставшей «международной» через признание состояния войны. Либер колебался относительно включения девяти статей раздела X, озаглавленного «Неповиновение—Гражданская война—Восстание», не желая создавать впечатление, что Кодекс применим только к таким ситуациям, а не к международным войнам<sup>123</sup>. В этом разделе устанавливается, что применимость норм войны по отношению к повстанцам во время войны, ведущейся в рамках одного государства, обусловлена соображениями гуманности<sup>124</sup> в отличие от обязательств, продиктованных международным правом<sup>125</sup>.

## Гражданская война в Финляндии

6 декабря 1917 г. Финляндия, которая до этого являлась частью России, провозгласила свою независимость. В последующие недели она была признана в качестве независимого государства большевистским правительством России, а также Швецией, Германией, Францией, Норвегией

120 Turns, прим. 109 выше, с. 118.

121 Полный текст Кодекса Либера на английском языке доступен по адресу: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/110?OpenDocument> (посещение 20 мая 2009 г.).

122 Turns, прим. 109 выше, с. 118.

123 Theodor Meron, *War Crimes Law Comes of Age: Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 138. Розмари Аби-Сааб объясняет, однако, что в то время в Европе Кодекс Либера ассоциировался только с Гражданской войной в Америке. В качестве такового «он рассматривался как Кодекс, который мог применяться только в аналогичных случаях гражданской войны». Rosemary Abi-Saab, 'Humanitarian law and internal conflicts: The evolution of legal concern', in Delissen and Tanja, прим. 19 выше, с. 209.

124 Lieber Code, Article 152.

125 Perna, прим. 36 выше, с. 32.

и Данией<sup>126</sup>. Политическая ситуация в Финляндии была напряженной: революционные красные, представлявшие низшие классы, противостояли белым, представлявшим буржуазные политические силы<sup>127</sup>. Красным повстанцам удалось захватить власть в городских районах на юге (включая столицу Хельсинки), белое правительство и армия отступили на север. Финляндия и ее население были разделены, и оба режима пользовались значительной поддержкой<sup>128</sup>.

Финская гражданская война, конечно, достигала порога вооруженного конфликта, принятого в настоящее время. В сущности немеждународный по своему характеру, он мог бы в результате вмешательства Германии на стороне правительства и — что более важно — России на стороне повстанцев стать согласно сегодняшним стандартам интернационализированным конфликтом<sup>129</sup>. Однако белое правительство не признавало красных в качестве повстанцев или воюющей стороны; оно «обращалось с ними, просто как с преступниками и предателями» и рассматривало ситуацию как чисто внутреннюю проблему<sup>130</sup>. Хотя термин «гражданская война» не мог применяться формально, фактически это была именно такая ситуация, которая удовлетворяла установленным критериям<sup>131</sup>.

Большое число людей погибло во время этого конфликта, но только часть из них погибли на фронте: многие были либо казнены, либо умерли в лагерях<sup>132</sup>. Преступления, совершенные во время гражданской войны, называют либо «белым террором», либо «красным террором». Большинство преступлений, совершенных белыми, диктовались желанием отомстить и ненавистью к тем, кто «предал» Финляндию. Военный штаб отдавал двусмысленные приказы, включая

126 Lauri Hannikainen, Raija Hanski and Alan Rosas, *Implementing Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Case of Finland*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1992, p. 8.

127 *Ibid.*, с. 8–9.

128 *Ibid.*, с. 9–10. Общее описание ситуации см. в работе: Anthony F. Upton, *The Finnish Revolution 1917–1918*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1980.

129 Германия предоставила в помощь белому правительству около 12 тыс. солдат. Россия официально не давала разрешения своим солдатам сражаться на стороне красных, но призывала к этому добровольцев. Кроме того, Россия предоставляла помощь красным в виде военного снаряжения. Считается, что красные сражались в основном оружием, предоставленным Россией. См. Hannikainen, Hanski and Rosas, прим. 126 выше, с. 11.

130 *Ibid.*, с. 13, 28. Ханникайнен, Хански и Розас отмечают, что принимая во внимание фактическую ситуацию и критерии для признания состояния войны, было бы законным со стороны третьих государств признать красных в качестве воюющей стороны (с. 13).

131 См. Schindler, прим. 79 выше, с. 145.

132 Finnish National Archives, *War Victims of Finland 1914–1922*, <http://vesta.narc.fi/cgi-bin/db2 www/sotasurmaetusivu/main?lang=en> (посещение 20 мая 2009 г.).

часто приказы не давать пощады<sup>133</sup>. Однако есть информация и о том, что обе стороны иногда ссылались на международное право, осуждая действия противника, например, когда и белые и красные утверждали, что другая сторона нарушила положения Санкт-Петербургской декларации 1868 г., применив запрещенный вид взрывчатых пуль<sup>134</sup>. Кроме того, некоторым пленным (с обеих сторон) предоставлялся статус военнопленных, а кареты скорой помощи, полевые госпитали и сотрудники Красного Креста уважались обеими сторонами<sup>135</sup>. Будучи молодым государством, Финляндия еще не ратифицировала какие-либо соответствующие договоры по праву войны, но ссылки на положения, касающиеся защиты и средств и методов ведения войны, демонстрируют, что стороны ощущали определенную необходимость в регулировании конфликта. Как и в случае с большинством конфликтов, в которых правительство сражалось против оппозиционной группировки, отказ видеть в противнике лицо, имеющее право на защиту в соответствии с законами войны, показывает суть проблемы немеждународных вооруженных конфликтов, происходивших до 1949 г.<sup>136</sup>

## Гражданская война в Испании

В Гражданской войне в Испании борьба шла между Республиканским правительством и националистами под командованием генерала Франко. Как и Гражданская война в Финляндии она может считаться интернационализированным конфликтом в соответствии с сегодняшними стандартами из-за вмешательства со стороны иностранных государств<sup>137</sup>. Это был ожесточенный и беспощадный «немеждународный

133 См. Hannikainen, Hanski and Rosas, прим. 126 выше, pp. 16–24. В отличие от действующего сегодня МПП Кодекс Либера на самом деле также утверждал в статье 60, что запрет на приказ не давать никому пощады не был абсолютным, но зависел от военной необходимости. См. Meron, прим. 123 выше, с. 137.

134 Hannikainen, Hanski and Rosas, прим. 126 выше, с. 16.

135 Ibid., с. 27–31.

136 После 1949 г. многие правительства и дальше отказывались признавать, что такая ситуация должна квалифицироваться как немеждународный вооруженный конфликт, но, по крайней мере в том, что касается правовой квалификации, сейчас применяется только фактический критерий. Он может применяться независимо от того, согласно ли правительство с тем, что на его территории имеет место вооруженный конфликт.

137 Германия и Италия, например, предоставляли войска и материальную поддержку националистам, в то время как Португалия разрешала им использовать свою территорию и порты и снабжала их оружием и войсками. В то же время Россия и Мексика, а в течение некоторого времени и Франция, предоставляли материальную поддержку республиканцам (см. например Ann van Wynen Thomas and A.J. Thomas Jr, 'The civil war in Spain', in Richard A. Falk (ed), прим. 113 выше, с. 113–120).

конфликт», в котором за мятежными националистами не признавался статус воюющей стороны. Однако, не будучи юридически обязанными делать это, обе стороны заявили, что будут соблюдать законы войны<sup>138</sup>. Республиканское правительство заявило, например, что оно будет обращаться с захваченными в плен противниками в соответствии с военным кодексом, касающимся военнопленных<sup>139</sup>, а националисты декларировали, что они будут уважать законы и обычаи войны «с максимальной точностью»<sup>140</sup>.

Следует заметить, что несколькими годами раньше Испания подписала и ратифицировала Женевскую конвенцию 1929 г. об обращении с военнопленными<sup>141</sup>. Во время войны американский ученый Пейдельфорд заметил, что заявление, сделанное правительством относительно пленных, а также выделение определенных территорий в качестве военных зон, подлежащих блокаде, являлось, по сути, признанием статуса воюющих за националистами<sup>142</sup>. Если это было так, то Женевская конвенция 1929 г. должна была применяться по отношению к пленным.

Объявление зон безопасности и демилитаризованных зон, что позже было кодифицировано в международном гуманитарном праве в статьях 23 и 14 Первой и Четвертой Женевских конвенций 1949 г. соответственно, впервые имело место во время Гражданской войны в Испании<sup>143</sup>. И все же в том, что касается соблюдения гуманитарного права, было «всего лишь несколько светлых пятен»<sup>144</sup>. В 1938 г. Лига наций приняла резолюцию, осуждающую бомбардировку открытых городов и назвала такое поведение противоречащим международному праву<sup>145</sup>, а воздушные налеты националистов на гражданское население были осуждены Лигой как несовместимые с «совестью человечества и принципами международного права». Несмотря на «нецивилизован-

138 Perna, прим. 36 выше, с. 39.

139 Van Wynen Thomas and Thomas, прим. 137 выше, с. 122.

140 Ibid., с. 124.

141 Испания подписала Конвенцию в день ее принятия, 27 июля 1929 г., и была первым государством, которое ее ратифицировало (6 августа 1930 г.). См.: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=300&ps=P> (посещение 20 мая 2009 г.).

142 Van Wynen Thomas and Thomas, прим. 137 выше, с. 140.

143 Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 143.

144 Van Wynen Thomas and Thomas, прим. 137 выше, с. 135.

145 League of Nations, *Official Journal*, 19th Assembly — Plenary Meetings, Special Supplement No. 183, 1938, pp. 135–136.

ную и бесчеловечную практику», которая была обычным явлением, эти упоминания сторонами в конфликте и Лигой Наций свидетельствуют о возникавшем применении к немеждународным конфликтам концепции международных норм, несмотря на отсутствие признания состояния войны<sup>146</sup>.

Эти три гражданские войны иллюстрируют проблемы, связанные с признанием статуса воюющей стороны и отсутствием формального применения международных норм, регулирующих такие войны. Фактическая ситуация продемонстрировала необходимость применения законов войны, и в то же самое время заявления, сделанные по соглашению между сторонами (и с международными и гуманитарными организациями), показали понимание того, что распространение норм на ситуации, о которых речь шла выше, было действительно необходимым.

### От формального к фактическому применению

Применимость законов войны зависела от формальных заявлений, например, объявления войны и состояния войны. Ситуации, в которых применение этих норм было крайне необходимым, не регулировались договорным правом, если не были формально признаны такими заявлениями в качестве попадающих в сферу действия законов войны, т.е. в качестве (международной) войны. На смену этой системе пришло включение понятия «вооруженный конфликт» в Женевские конвенции 1949 г., понятия, которое отражало фактическую ситуацию на месте. Гуманитарное право, таким образом, стало применяться на основании материальных аспектов конфликта, а не формальных.

До принятия Женевских конвенций 1949 г. в МГП не существовало никаких материальных положений, касавшихся ситуаций немеждународного вооруженного конфликта<sup>147</sup>. Ситуация изменилась в 1949 г. с «воплощением [идеи, на которой основан Красный Крест,] в международные обязательства»<sup>148</sup>. «Почти невозможно было надеяться» на включение в Конвенции — в основном как реакции на жестокие гражданские войны, которые имели место в годы между двумя мировы-

146 Дополнительную информацию см. в работе: Antonio Cassese, 'The Spanish Civil War and the development of customary law concerning internal armed conflict', in Antonio Cassese (ed), *Current Problems of International Law: Essays on UN Law and on the Law of Armed Conflict*, 1975.

147 Cullen, прим. 95 выше, с. 36.

148 Pictet, *Commentary on GC III*, прим. 7 выше, с. 28.

ми войнами, такие как война в Испании<sup>149</sup>, — общей статьи 3, «в которой сконцентрированы все нормы, применимые к немеждународным вооруженным конфликтам»<sup>150</sup>. Этому важному событию, имевшему огромное значение не только для обеспечения защиты лицам, затронутым вооруженным конфликтом, но и для проведения юридического различия между двумя типами конфликтов, будет посвящен следующий раздел.

### История написания общей статьи 3

Как указывает Пикте в своем Комментарии, до 1949 г. конвенции были предназначены для того, чтобы «оказывать помощь жертвам войн между государствами». В 1864 г., например, по инициативе Женевского комитета, будущего Международного Комитета Красного Креста, появилась самая первая Женевская конвенция о защите раненых и больных солдат. «[П]оследовательно применяя свои основополагающие принципы», Красный Крест затем выступил за то, чтобы это право распространялось на другие категории жертв войны, т.е. на военнопленных и гражданских лиц<sup>151</sup>, потому что «[т]от же самый логический процесс не мог не привести к идее применения принципа ко всем случаям вооруженных конфликтов, включая конфликты внутреннего характера»<sup>152</sup>.

Красный Крест уже давно пытался помочь «жертвам внутренних конфликтов, ужасы которых иногда превосходили ужасы международных войн из-за братоубийственной ненависти, которую они порождают»<sup>153</sup>. Однако его работе часто мешали национальные политики: в немеждународных конфликтах законное правительство рассматривало помощь, которую он предоставлял жертвам на стороне повстанцев, как помощь преступникам. Действительно, действия иностранного общества Красного Креста или МККК неоднократно рассматривались как вмешательство во внутренние дела соответствующе-

149 Corn, прим. 1 выше, с. 305.

150 Pictet, *Commentary on GC III*, прим. 7 выше, р. 28.

151 Jean Pictet, *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (hereinafter *Commentary on GC I*), ICRC, Geneva, 1952, p. 38.

152 Ibid.

153 Ibid., с. 39. В Комментарий к ЖК III использована несколько другая формулировка, а именно: «оказать помощь жертвам *гражданских войн* и внутренних вооруженных конфликтов» (Pictet, прим. 7 выше, с. 28, выделение автора).



го государства<sup>154</sup>. На Девятой Международной конференции Красного Креста, которая состоялась в 1912 г., был представлен проект конвенции, касающийся роли Красного Креста во время гражданской войны или повстанческих действий, но никакой дискуссии так и не удалось организовать<sup>155</sup>.

После Первой мировой войны усилия МККК оказались более успешными. В 1921 г. он смог включить этот вопрос в повестку дня Десятой Международной конференции Красного Креста, и на этот раз была принята резолюция, «подтверждающая право всех жертв гражданских войн или общественных и революционных волнений на получение гуманитарной помощи в соответствии с общими принципами Красного Креста»<sup>156</sup>. В ходе восстания, которое последовало за плебисцитом в Верхней Силезии в том же самом году, и во время Гражданской войны в Испании эта резолюция дала возможность МККК «склонить обе стороны к принятию обязательства более или менее соблюдать принципы Женевской конвенции»<sup>157</sup>.

На Четырнадцатой Международной конференции Красного Креста в 1938 г. была принята резолюция, которая дополнила и усилила резолюцию 1921 г. В этой резолюции 1938 г. Международная конференция «предусматривала [...] четким образом и впервые применение к гражданской войне если и не всех положений Женевских конвенций, то, по крайней мере, их основных принципов»<sup>158</sup>. Эти события вместе с результатами, достигнутыми во время немеждународных вооруженных конфликтов, происходивших в Верхней Силезии и Испании, способствовали тому, что МККК решил вновь рассмотреть возможность включить в Конвенции положения, касающиеся гражданских войн<sup>159</sup>.

На различных конференциях, проходивших в преддверии Конференции 1949 г., Движение Красного Креста предпринимало попытки добиться того, чтобы положения новых конвенций при-

154 Pictet, *Commentary on GCI*, прим. 151 выше, с. 39.

155 Ibid.

156 Ibid., с. 40. Один из авторов замечает в связи с упомянутыми категориями конфликтов (т. е. гражданских войн, общественных и революционных волнений), что, «учитывая период времени, МККК, конечно, имел в виду, среди прочего, насильственные события в Германии после Первой мировой войны и большевистскую революцию (и последовавшую гражданскую войну) в России, когда он составлял резолюцию 1921 г., поэтому и использовался этот термин». Robert Weston Ash, 'Square pegs and round holes: Al-Qaeda detainees and Common Article 3', *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 17, Issue 2, 2007, p. 279.

157 Pictet, *Commentary on GCI*, прим. 151 выше, с. 40.

158 Ibid., с. 41.

159 Ibid.

менялись к вооруженным конфликтам, происходящим «в границах одного государства»<sup>160</sup>, но оказалось, что интересы Движения, которое выступало за соблюдение личных прав и мер защиты, и интересы государств, которые хотели защитить свои суверенные права, не совпадали<sup>161</sup>. Как МККК и опасался, государства возражали против того, чтобы на них были возложены международные обязательства, касающиеся их внутренних дел<sup>162</sup>. После предложения, сделанного на Конференции правительственных экспертов<sup>163</sup>, МККК представил 17-й Международной Конференции Красного Креста, состоявшейся в 1948 г. в Стокгольме, пересмотренную версию соответствующей статьи проекта Конвенций о защите жертв войны. Интересно, что в Комментарий Пикте утверждается, что представленный МККК текст был следующим:

«Во всех случаях вооруженных конфликтов, которые не носят международного характера, особенно в случаях гражданской войны, колониальных конфликтов или религиозных войн, которые могут иметь место на территории одной или нескольких из Высоких Договаривающихся Сторон, соблюдение *принципов* настоящей Конвенции является обязательным для каждой из противостоящих сторон. Применение Конвенции в этих обстоятельствах не будет ни в коем случае зависеть от юридического статуса Сторон в конфликте и не будет влиять на этот статус»<sup>164</sup>.

Пересмотренный текст был одобрен на Стокгольмской конференции, но слова «особенно в случаях гражданской войны, колониальных конфликтов и религиозных войн» были опущены.

Однако это опущение вместо того, чтобы ослабить текст, на самом деле расширило сферу его действия<sup>165</sup>. В то время как Пикте отмечает, что «именно в этом виде предложение было представлено

160 Ibid., с. 41–42.

161 Ash, прим. 156 выше, с. 280.

162 Pictet, *Commentary on GC I*, прим. 151 выше, с. 42.

163 В 1947 г. Конференция правительственных экспертов по изучению Конвенций о защите жертв войны составила статью, в которой предлагалось, чтобы «принципы Конвенции применялись в гражданских войнах Договаривающимися сторонами, при условии, что противная сторона поступала таким же образом». (Ibid.)

164 Ibid., с. 42–43 (выделение автора).

165 Ibid., с. 43.

Дипломатической конференции 1949 г.»<sup>166</sup>, текст Протоколов говорит о том, что на самом деле предложение было сформулировано следующим образом:

«Во всех случаях вооруженных конфликтов, которые не носят международного характера и которые могут иметь место на территории одной или нескольких из Высоких Договаривающихся Сторон, каждая из противостоящих сторон должна соблюдать *положения* настоящей Конвенции. Конвенция должна применяться в этих обстоятельствах независимо от правового статуса сторон в конфликте и без ущерба для него»<sup>167</sup>.

В Комментарии не упоминается то «важное изменение»<sup>168</sup>, которое повлекло бы за собой более тщательно разработанную защиту в конфликтах немеждународного характера. Это последнее предложение, соответствовавшее мнению Движения, которое высказывалось ранее, предполагает, таким образом, применение Конвенций к подобным конфликтам в полном объеме<sup>169</sup>. Для настоящего анализа важно заметить, что вплоть до созыва Дипломатической конференции цель ее участников (т.е. Движения Красного Креста и, что важно, государств) заключалась в том, чтобы новые конвенции в целом распространялись на немеждународные вооруженные конфликты. По сути, это должно было бы означать, что различие, которое существовало между двумя типами конфликтов до 1949 г., будет (фактически) устранено. Поскольку ранее различие лежало не столько в правовой сфере (так как право формально не применялось к немеждународным вооруженным конфликтам), это фактически означало, что четкое различие все-таки существовало: между теми конфликтами, которые регулировались МГП, т.е. настоящими войнами — международными вооруженными конфликтами, и теми, которые не регулировались, немеждун-

166 Ibid.

167 *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949* (далее *Final Record*), Vol. I, p. 47 (выделение автора). Это была часть 4 проекта общей статьи 2. Отдельная общая статья 3 появилась только позже, т.е. во время Дипломатической конференции. Все тома Официального отчета можно найти по адресу: [http://www.loc.gov/frd/frd/Military\\_Law/RC-Fin-Rec\\_Dipl-Conf-1949.html](http://www.loc.gov/frd/frd/Military_Law/RC-Fin-Rec_Dipl-Conf-1949.html) (посещение 22 мая 2009 г.).

168 Moir, прим. 9 выше, с. 23. Муар отмечает, что в Комментарий «не упоминается это изменение — важное изменение, возвращающееся к изначальному предложению Подготовительной конференции». Дейвид А. Элдер указывал на это опущение в 1979 г. — см. David A. Elder, 'The historical background of Common Article 3 of the Geneva Convention of 1949', *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 11, 1979, p. 43.

169 Cullen, прим. 95 выше, с. 40.

родными вооруженными конфликтами. Распространение применения МГП на последние привело бы к созданию одной единой категории: ситуации, к которым применяется МГП, т.е. вооруженные конфликты как международного, так и немеждународного характера.

В свете современных вызовов, стоящих перед МГП, становится значимой и еще одна фраза<sup>170</sup>. Как формулировка Комментария, так и формулировка Протоколов содержат фразу: «на территории одной или более из Высоких Договаривающихся Сторон»<sup>171</sup>. В общей статье 3, в том виде, в каком она в конце концов появилась в Женевских конвенциях 1949 г., используется хорошо известная формулировка: «[в] случае вооруженного конфликта, не носящего международного характера и возникающего на территории одной из Высоких Договаривающихся Сторон». Значение слова «одной» в этом предложении общей статьи 3 довольно двусмысленно, оно стало причиной дебатов, касающихся «войны», ведущейся Соединенными Штатами против Аль Каиды.

В деле «Хамдан против Рамсфельда» Верховный суд США рассмотрел вопрос о том, следует ли понимать слово «одной» буквально (как в то время считала администрация Буша), и постановил, что не следует. Соглашаясь с решением суда, Марко Сассоли объясняет, что «[е]сли бы такая формулировка означала, что конфликты между государствами и организованными вооруженными группами, которые имели место на территории нескольких государств, не были «немеждународными вооруженными конфликтами», в защите образовалась бы брешь»<sup>172</sup>. Представляется, что в настоящее время преобладает такое мнение, что слово «одной» следует понимать, как просто «Высокой Договаривающейся Стороны»<sup>173</sup>. Вопрос о том, намеренно ли было

170 См. Pictet, *Commentary on GC I*, прим. 151 выше, с. 42 и *Final Record*, Vol. I, p. 47.

171 Выделение автора.

172 Marco Sassöli, *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Occasional Paper Series, Winter 2006, No. 6, p. 9. В документе 2008 г., выражавшем мнение МККК, было предложено — в качестве части определения, отражающего «юридическое мнение большинства специалистов», — сформулировать, что немеждународные вооруженные конфликты возникают «на территории какого-либо государства». См. ICRC, 'How is the term "armed conflict" defined in international humanitarian law?', Opinion Paper, March 2008, p. 5, [http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/\\$file/Opinion-paper-armed-conflict.pdf](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/$file/Opinion-paper-armed-conflict.pdf) (посещение 22 мая 2009 г.).

173 В статье 1 Протокола II используется формулировка: «на территории какой-либо Высокой Договаривающейся Стороны». Договоры могут подписываться только государствами и применяться только по отношению к государствам, которые являются его участниками. Представляется, что формулировка общей статьи 3 и Протокола II выражает только то, что место, где происходит конфликт, должно формально находиться в сфере применения МГП.

допущено расхождение между проектом, который был представлен, и окончательным вариантом статьи, рассматривается ниже.

### Дипломатическая конференция 1949 г.

Дипломатическая конференция, созванная в 1949 г. для пересмотра существовавших Женевских конвенций, создала четыре основных комитета, каждый из которых сосредоточил внимание на отдельном вопросе. Одним из этих вопросов были «Положения, общие для всех четырех Конвенций». Как вытекает из названия, соответствующий (так называемый Объединенный) комитет рассматривал и положения, которым предстояло стать общей статьей 3<sup>174</sup>. Текст этой статьи был одной из тех частей проекта, подготовленного МККК, которые вызывали наибольшие разногласия<sup>175</sup>. Содержание дебатов в Женеве показывает, какой тип конфликта имели в виду составители под «вооруженным конфликтом немеждународного характера».

Объединенный комитет состоял из представителей всех государств, участвовавших в работе Дипломатической конференции. Расхождение во мнениях стало сразу же очевидным<sup>176</sup>. Делегация Соединенного Королевства резко возражала против принятия проекта статьи 2 в представленном виде, потому что она «нанесет удар по самой основе национального суверенитета» и будет угрожать национальной безопасности. Великобритания также считала, что статья 2 (4) распространит применение Конвенций на ситуации, которые «не являются войной»<sup>177</sup>. Аналогичным образом, французская делегация опасалась, что станет возможным для участников «некоторых видов беспорядков, анархии и бандитизма требовать защиты в соответствии

«Поскольку четыре Женевские конвенции сейчас ратифицированы практически всеми государствами, требование того, чтобы вооруженный конфликт проходил «на территории одной из Высоких Договаривающихся Сторон», утратило на практике свое значение. Действительно, любой вооруженный конфликт между правительственными вооруженными силами и вооруженными группами может протекать только на территории одной из сторон Конвенции» (ICRC, *ibid.*, с. 3).

174 Pictet, *Commentary on GC III*, прим. 7 выше, с. 7. См. также *Final Record*, Vol II-A, Minutes of Plenary Meetings, 4 th meeting (25 April 1949), pp. 71–74.

175 См. среди прочего, Ash, прим. 156 выше, с. 281.

176 Pictet, *Commentary on GCI*, прим. 151 выше, с. 43.

177 *Final Record*, Vol. II-B, Summary Records of the Joint Committee, 1 st Meeting (26 April 1949), p. 10.

с Конвенцией»<sup>178</sup>, и поэтому предложила поправку для защиты прав государства. В частности, она выступила со следующим альтернативным предложением к четвертой части статьи 2:

«Во всех случаях вооруженного конфликта немеждународного характера, который может иметь место на территории одной или нескольких из Высоких Договаривающихся Сторон, каждая сторона в конфликте обязана соблюдать положения настоящей Конвенции, если противная сторона имеет организованные вооруженные силы, власть, несущую ответственность за их действия на определенной территории и имеющую средства для соблюдения и обеспечения соблюдения Конвенции»<sup>179</sup>.

Это французское предложение все еще использовало формулировку «на территории одной или нескольких из Высоких Договаривающихся Сторон» и было поддержано Испанией, Италией и Монако<sup>180</sup>.

Однако МККК придерживался мнения, что определен слишком высокий порог. Ранее бывали случаи, когда Конвенции применялись в полном объеме или частично, но в тех случаях порог, устанавливаемый поправкой, не был бы достигнут<sup>181</sup>. Он считал, что наиболее практическим и простым подходом было бы то, чтобы Конвенции применялись одинаково ко всем типам вооруженного конфликта, а не устанавливался дополнительный порог их применимости<sup>182</sup>.

В то время как французское предложение косвенно устанавливало условие для признания состояния войны, американская, австралийская и греческая делегации считали, что его было недостаточно, и предлагали (в различных формах), чтобы материальные условия, гарантирующие признание состояния войны и, таким образом, применимость МГП, были установлены конкретно<sup>183</sup>. В греческом

178 Ibid.

179 *Final Record*, Vol. III, Amendment proposed by France (26 April 1949), Annex 12, p. 27.

180 *Final Record*, Vol. II-B, прим. 177 выше, pp. 11–14.

181 Ibid., Vol. II-B, Summary Records of Special Committee of the Joint Committee, 3rd Meeting (9 May 1949), p. 43.

182 Cullen, прим. 95 выше, с. 44.

183 Ibid., с. 46, со ссылкой на работу: James E. Bond, *The Rules of Riot: Internal Conflict and the Law of War*, Princeton University Press, Princeton, 1974, pp. 52–53. Различные предложения см. в *Final Record*, Vol. II-B, Summary Records of the Joint Committee, 2nd Meeting (27 April 1949), pp. 12–16.

предложении даже говорилось о том, что состояние войны должно признаваться большинством членов Совета Безопасности ООН<sup>184</sup>.

Канада соглашалась с тем, что состояние войны (статус воюющих) должно было быть критерием, а вторая группа государств, считая, что хотя проект статьи, возможно, и не совершенен, поддерживала его включение по соображениям гуманности<sup>185</sup>. Норвегия (которую поддержали Советский Союз, Румыния, Мексика, Дания и Венгрия) выразила свою поддержку проекту статьи 2, потому что она представляла собой шаг вперед в международном праве. Ее делегация также заметила, что термин «вооруженный конфликт в ситуации гражданской войны» нельзя понимать как «отдельный конфликт» или «восстание», а следует понимать как «форму конфликта, напоминающего международную войну, но имеющего место в рамках территории одного государства»<sup>186</sup>. Кроме того, она надеялась, что на Конференции будет достигнуто согласие относительно того, «что исключительно гуманитарные нормы должны применяться в вооруженных конфликтах независимо от признания состояния войны»<sup>187</sup>.

В Объединенном комитете стало понятно, что прийти к соглашению будет нелегко. Поэтому по предложению делегации Швейцарии был создан подкомитет («Специальный комитет») для рассмотрения вопроса об определении вооруженного конфликта и положений о немеждународных вооруженных конфликтах. Его заседания продолжались в течение одиннадцати недель, но истинного согласия так и не было достигнуто<sup>188</sup>.

Принимая во внимание явное расхождение во мнениях по поводу проекта статьи 2, Специальный комитет провел два голосования до начала дискуссии. Они показали, что делегации выступали за: 1) распространение применения Конвенций на вооруженные конфликты немеждународного характера» и 2) за то, чтобы отклонить стокгольмский проект статьи 2 и определить более четко немеждународные ситуации, в которых будут применяться Конвенции<sup>189</sup>. Комитет понимал, что есть две возможности: либо ограничить ситуации немеждун-

184 *Final Record*, Vol. II-B, прим. 177 выше, с. 16.

185 *Moir*, прим. 9 выше, с. 24.

186 *Final Record*, Vol. II-B, прим. 177 выше, с. 11.

187 *Ibid.*

188 Cullen, прим. 95 выше, с. 50. Специальный комитет состоял из представителей Австралии, Бирмы, Франции, Греции, Италии, Монако, Норвегии, Советского Союза, Швейцарии, Соединенного Королевства, Соединенных Штатов Америки и Уругвая.

189 *Final Record*, Vol. II-B, Summary Records of the Special Committee of the Joint Committee, 3rd and 4th Meetings (11 May 1949), p. 45.

родного насилия, в которых должны будут применяться Конвенции, либо ограничить объем положений, которые будут применимы к конфликтам немеждународного характера<sup>190</sup>.

В последующие недели были сформированы более мелкие рабочие группы из делегаций, принимавших участие в работе Специального комитета.

Всего было выдвинуто три предложения относительно того, что тогда называлось статьей 2А, но ни одно из них не получило достаточной поддержки, поэтому все три были представлены Объединенному комитету.

Если французское предложение Объединенному комитету в конце апреля все еще содержало формулировку: «одной или нескольких из Высоких Договаривающихся Сторон», к маю и июню все три вышеупомянутых предложения, составленные в ходе заседаний Специального комитета, использовали формулировку: «одной из Высоких Договаривающихся Сторон» (или, в случае предложения Советского Союза «одной из сторон-участников»)<sup>191</sup>. Протоколы не регистрируют каких-либо обсуждений этого вопроса и не упоминают причин опущения слов «или нескольких». Возможно, что так называемая кулуарная дипломатия, не нашедшая отражения в протоколах, привела к этому изменению. Однако более вероятно, судя по запроколированной дискуссии в Специальном комитете, что в какой-то момент слова «или нескольких» были сочтены лишними, потому что, кажется, все были согласны с тем, что обсуждавшийся тип вооруженного конфликта был чисто внутренним по своему характеру.

Проект статьи 2А, завершенный второй рабочей группой и содержащий точную формулировку настоящей общей статьи 3, получил наибольшую поддержку в Объединенном комитете и был представлен на Пленарное заседание. В этом последнем тексте проекта не было упоминаний о критериях для признания состояния войны; делегации, которые ранее настаивали на этих критериях, либо радикально изменили свое мнение, либо признание состояния войны было сочтено подразумеваемым условием для применения положения к немеждународным вооруженным конфликтам<sup>192</sup>.

Доклад о работе Объединенного комитета, представленный вместе с проектом статей на Пленарное заседание, дает хорошее пред-

190 *Final Record*, Vol. II-B, Seventh Report drawn up by the Special Committee of the Joint Committee (16 July 1949), p. 122.

191 *Ibid.*, pp. 123–127.

192 Cullen, прим. 95 выше, с. 57.



ставление о том, что делегации считали тем типом конфликта, который упоминается в этом проекте статьи 2А. Что же касается того, что следует понимать под «вооруженным конфликтом немеждународного характера», в докладе говорится:

«Стало очевидным, что это обозначает гражданскую войну, а не просто бунт или беспорядки, устраиваемые бандитами. Государства не могут считаться обязанными, если бунт возникает в рамках их границ, рассматривать бунтовщиков в качестве нормальной воюющей стороны, по отношению к которой должны применяться Конвенции»<sup>193</sup>.

Энтони Каллен отмечает, что составители считали, что термины «гражданская война» и «вооруженный конфликт немеждународного характера» имеют одинаковый порог. Первый подразумевает наличие военных действий, которые аналогичны международному конфликту, и для целей применимости Конвенций требует, таким образом, такого же масштаба и интенсивности<sup>194</sup>. Если доклад, представленный Пленарному заседанию, точно описывает точки зрения делегатов, то должно было существовать широкое согласие относительно того, что порог, требовавшийся для применения МГП (как изложено в Конвенциях), был равен уровню, который традиционно устанавливался для признания состояния войны<sup>195</sup>.

Обсуждение статьи 2А продолжалось на Пленарном заседании, но, в конце концов, она была принята без изменений как общая статья 3 тридцатью четырьмя голосами против двенадцати (при одном воздержавшемся). По мнению швейцарской делегации, текст представлял собой единственный возможный баланс между требованиями идеалистов и правами реалистов<sup>196</sup> и был компромиссом между азиатским блоком (представленным Бирмой), который все еще возражал против включения положения о немеждународных ситуациях, и Советским Союзом, который считал, что гуманитарная защита, предоставляемая этой статьей, была слишком ограничена<sup>197</sup>.

193 *Final Record*, Vol. II-B, Report drawn up by the Joint Committee and presented to the Plenary Assembly, p. 129.

194 Cullen, прим. 95 выше, с. 57–58.

195 *Ibid.*, с. 58.

196 *Final Record*, Vol. II-B, Minutes of 19 th Plenary Meeting (29 July 1949), p. 336.

197 Moir, прим. 9 выше, с. 24.

МККК предпочел бы более полную защиту стокгольмского проекта, но согласился с тем, что компромисс был неизбежен. Он полностью поддержал текст статьи, который содержал простые и четкие формулировки и «имел то преимущество, что обеспечивал в случае гражданской войны, по крайней мере, применение гуманитарных норм, которые признаются всеми цивилизованными народами», предоставлял хотя бы минимальную защиту и в то же время давал гуманитарным организациям, таким как МККК, возможность для осуществления своей деятельности<sup>198</sup>.

Таким образом, после нескольких лет подготовительной работы и многих недель переговоров удалось распространить действие договорного права на немеждународные вооруженные конфликты. Распространение целого ряда положений на такие конфликты и — как отметил МККК — появление возможности для гуманитарных организаций предлагать свои услуги были огромными достижениями, но, кроме того, было создано правовое различие между этими конфликтами и ситуациями, о которых говорится в общей статье 2, т.е. международными конфликтами, к которым Конвенции применяются в полном объеме<sup>199</sup>.

## Заключительные замечания

Различия между ситуациями вооруженного конфликта существовали даже до возникновения национального государства как концепции международного права. Религия позволяла по-другому обращаться с противниками, исповедовавшими иную веру, а при обращении с теми, кто осмеливался бросить вызов власти суверена, и вовсе не соблюдать каких-либо норм права. Войны против других суверенов той же самой религиозной принадлежности, т.е. войны между равными, были единственными «настоящими войнами» и поэтому единственными ситуациями, подлежавшими регулированию<sup>200</sup>.

С появлением национального государства война стала характеризоваться как неотъемлемое право суверена. Действительно, право

198 *Final Record*, Vol. II-B, Minutes of 19 th Plenary Meeting, прим. 196 выше, pp. 336–337.

199 Можно также сказать, что различие было скорее подтверждено, а не создано. См. рассмотрение этого вопроса ниже.

200 Интересно отметить, что сегодняшняя философия тех, кто ведет джихад и называет противников чем-то вроде «современных язычников», лишает тех, кто принадлежит к этой стороне, основных прав (в соответствии с МГП). Можно сказать, что до какой-то степени стратегия антитерроризма принимает такой же подход, отрицая необходимость применять МГП по отношению к тем, кто считается «террористами».

вести войну даже считалось основной характерной чертой суверенитета. Йорам Динстайн замечает в связи с этим:

«При взгляде через призму правовой теории свобода вести войну, не нарушая тем самым международного права, казалось, создавала вопиющую аномалию. С точки зрения международной правовой системы, основанной на уважении к суверенитету государств, представлялось бессмыслицей наличие суверенного права каждого государства уничтожить суверенитет других»<sup>201</sup>.

Он также объясняет, что государства (соответствующие государственные деятели) не считали свободу вести войну проблемой с точки зрения международного права; не считали они и непонятным и невероятным тот факт, что каждое государство могло — во имя суверенитета — на законных основаниях ставить под вопрос суверенитет других государств<sup>202</sup>. Двусмысленность суверенитета иллюстрируется и доктриной состояния войны. Поскольку только суверенные государства могли вести войну, считалось, что немеждународный вооруженный конфликт попадал в сферу действия международного права (и, таким образом, законов войны) только в тех случаях, когда он действительно напоминал международную войну. Признание состояния войны было, таким образом, единственным способом обеспечить применение права войны к немеждународным ситуациям, но если это был именно такой случай, враждующие стороны приравнивались друг к другу — суверенное государство и повстанцы, которых признали в качестве воюющей стороны.

Аналогично предполагалось, что Женевские конвенции должны применяться к немеждународным ситуациям, которые близко напоминали международные вооруженные конфликты. Женевские конвенции 1949 г. расширили границы МПП: первые три Конвенции обновили существующие договоры, а четвертая стала первооткрывателем, предложив подробные положения, касающиеся обращения с гражданскими лицами, но «главным нововведением стала статья 3, общая для всех четырех Конвенций, которая впервые позволила применить принципы Женевских конвенций в области немеждународных конфликтов»<sup>203</sup>. Хотя также говорится, что Женевские конвенции маргинализируют

201 Dinstein, Yoram, 'The legal status of war', in David Kinsella and Craig L. Carr (eds), *The Morality of War: A Reader*, Lynne Rienner Publishers, London, 2007, p. 101.

202 Ibid.

203 ICRC, 'The ICRC since 1945: The Geneva Conventions of 1949', 2005: <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/icrc-genevaconventions-revision-1949> (посещение 22 мая 2009 г.).

немеждународные вооруженные конфликты<sup>204</sup>, они действительно смогли прорваться «через препятствия, поставленные соображениями национального суверенитета, и установили правовые рамки для внутренних конфликтов»<sup>205</sup>.

Однако этот отход от изначальной сферы применения не создал совершенно нового различия между международными и немеждународными вооруженными конфликтами. Как уже отмечалось, эта разница существовала задолго до 1949 г. Неурегулированность ситуаций немеждународного характера сама по себе создает различие: между ситуациями, которые попадают в сферу защиты гуманитарного права, и ситуациями, находящимися за пределами сферы действия этого права. У международного сообщества была в 1949 г. возможность уничтожить это различие, но вместо того чтобы предусмотреть применимость МГП ко всем типам вооруженных конфликтов (международным и немеждународным), государства, которые принимали Конвенции, не только решили сохранить существовавшее ранее различие, создав два отдельных режима, но и по неосмотрительности создали такую ситуацию, в которой будет предусмотрен меньший объем защиты и будет меньше законов, чем ранее, принимая во внимание тот факт, что ситуации, которые должна регулировать общая статья 3, оказались аналогичными ситуациям, которые ранее могли быть признанными как состояния войны.

Кроме того, огромная трудность, которая возникла после создания этого различия, заключалась теперь в классификации конфликта и отнесении его к одной из двух категорий, поскольку новое измерение было добавлено к простой дифференциации, существовавшей до 1949 г. между «военным временем» и «мирным временем»<sup>206</sup>.

С одной стороны, ситуации, которые ранее не достигали уровня состояния войны (для чего требовалось, чтобы сторона могла осуществлять непрерывное насилие) и, возможно, могли называться бунтом, сегодня попадают в категорию беспорядков внутри страны, ситуаций напряженности и спорадических актов насилия и все еще считаются находящимися за пределами сферы действия МГП<sup>207</sup>. Статья 1 (2)

204 Heather Alexander, 'Justice for Rwanda: Toward a universal law of armed conflict', *Golden State University Law Review*, Vol. 34, 2004, p. 435.

205 ICRC, прим. 203 выше.

206 Christophe Swinarski, 'On the classification of conflicts as a factor of their dynamics', in Hannard, Marques dos Santos and Fox (eds), прим. 4 выше, p. 30.

207 Это не означает, что эти ситуации находятся вообще вне сферы действия права. К ним применяется национальное право и, в отличие от прошлого, право прав человека.

Дополнительного протокола II и статья 8 (2) (d) Римского статута Международного уголовного суда приняли формулировку, которая весьма сходна с той, которая могла бы определять бунты, не достигающие уровня повстанческих действий или состояния войны.

Ситуации, которые очевидно не попадают ни в одну из двух категорий, например, транснациональные, совсем не обсуждались, когда появилось разделение на международные и немеждународные вооруженные конфликты. Поскольку группировки, не являющиеся государством, не были суверенной державой и никогда не сумели бы удовлетворить критериям признания их воюющей стороной<sup>208</sup>, эти ситуации находились за пределами сферы действия традиционного международного права. В ходе написания общей статьи 3 ни разу не упоминалась возможность существования транснациональной ситуации. Единственная ссылка, которая могла бы указать на то, что составители рассматривали возможность существования такой ситуации, а именно слова «или нескольких», была опущена без каких-либо объяснений. В ходе составления текста и переговоров рассматривался вопрос исключительно о применении вооруженной силы в рамках государства<sup>209</sup>.

Сфера применения общей статьи 3, напротив, в настоящее время расширилась. Как отмечает один из авторов, эта статья искажается и применяется в прямом противоречии с тем, что предусматривалось и о чем согласились в 1949 г. ее составители<sup>210</sup>. Сейчас она применяется в качестве минимального стандарта ко всем ситуациям вооруженных конфликтов, которые не носят международного характера<sup>211</sup>, тогда как она должна была применяться к ситуациям, которые были аналогичны другому типу конфликтов, упомянутых в Конвенциях, т. е. международным вооруженным конфликтам,

Болезненное отношение государств к вмешательству третьих сторон в дела, касающиеся их внутренней безопасности и суверенитета, называется причиной того, почему праву немеждународных вооруженных конфликтов не уделялось должного внимания в течение столь

208 Например, осуществление контроля над частью территории государства, против правительства которого эта группировка борется. Если объединение, не являющееся государством, в транснациональном конфликте осуществляет контроль над какой-либо территорией, это бывает (обычно) не в государстве, против которого она сражается.

209 См. Ash, прим. 156 выше, с. 275.

210 Ibid.

211 См. International Court of Justice, *Nicaragua v. United States of America*, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 14; United States Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, прим. 4 выше. В комментарии Пикте говорится, что общая статья 3 должна применяться как можно шире — Pictet, *Commentary to GCI*, прим. 151 выше, с. 50.

долгого времени<sup>212</sup>. Суверенитет государств остается важной международной ценностью, но в то же самое время прерогативы, которые он предполагает, были ограничены. Поэтому настаивать на традиционной концепции государственного суверенитета было бы несовременно. Он получил новое определение, учитывающее новые признанные ценности международного права прав человека<sup>213</sup> и целый ряд нововведений международного права, включая появление международных трибуналов и судов<sup>214</sup>. В первом деле, рассмотренном одним из этих Трибуналов, МТБЮ продемонстрировал свое желание распространить равную гуманитарную защиту на жертв немеждународных вооруженных конфликтов<sup>215</sup>, но в своей последующей практике он снова и снова подтверждал существование правового различия между немеждународными и международными вооруженными конфликтами. Для проведения такого различия он разработал критерии оценки каждой конкретной ситуации при отнесении ее к тому или иному типу конфликта.

В настоящее время различие между двумя типами конфликтов все еще составляет часть позитивного права, поскольку государства, принимавшие Женевские конвенции в 1949 г. (а затем Дополнительные протоколы к ним в 1977 г.), не хотели приравнивать ситуации, которые касались их внутренних дел и, следовательно, их суверенитета, к ситуациям международных вооруженных конфликтов. Готовность судебных органов распространить сферу применения права немеждународных вооруженных конфликтов может поэтому рассматриваться как позитивное развитие событий. Однако для того чтобы международное гуманитарное право достигло своей цели предоставлять наиболее эффективную защиту тем, кого затронул вооруженный конфликт, желательно прийти к такому решению вопроса о применении этой отрасли права, благодаря которому будет введен в действие самый объемный свод норм, — касающихся международных вооруженных конфликтов, — которые предоставляют защиту *всем* жертвам войны.

212 См., в том числе, Kolb and Hyde, прим. 143 выше, с. 257.

213 Bartram S. Brown, 'Nationality and internationality in international humanitarian law', *Stanford Journal of International Law*, Vol. 34, 1998, p. 395.

214 Natalie Wagner, 'The development of the grave breaches regime and of individual criminal responsibility by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 850, 2003, pp. 374–375.

215 Судебная камера отметила: «то, что является негуманным и, следовательно, запрещенным в международных войнах, не может не быть негуманным и недопустимым в гражданской борьбе». ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Judgment (Trial Chamber), Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, para 119.