

Асимметричная война и понятие вооруженного конфликта — попытка разработать концептуальную модель

Андреас Паулюс и Миндиа Вашакмадзе

Доктор Андреас Паулюс — профессор публичного и международного права и содиректор Института международного и европейского права в Университете Гёттингена. Доктор Миндиа Вашакмадзе занимает должность научного сотрудника им. Макса Вебера в Институте Европейского университета в г. Флоренция.

Краткое содержание

Во всем мире государства все чаще вовлекаются в ожесточенные конфликты с группировками, не являющимися государствами, происходящие как в границах одной страны, так и трансграничные. Эта новая ситуация ставит под вопрос классическое различие между международными и немеждународными конфликтами, существующее в международном гуманитарном праве. Однако изменяющийся лик войны не снижает значения МГП. Суть этого свода норм — предоставить защиту гражданским лицам и лицам, выведенным из строя, и уменьшить наносимый вооруженным конфликтом ущерб, который не является необходимым, — остается той же самой. Применимость МГП должна поэтому определяться в соот-

ветствии с объективными критериями и не оставляться на усмотрение воюющих сторон. В настоящей статье делается попытка разработать концептуальную модель понятия вооруженного конфликта и рассмотреть вопрос о том, в какой степени существующее гуманитарное право применяется к новым асимметричным конфликтам. В ней делается вывод о том, что определение, данное Апелляционной камерой МТБЮ в решении по делу Тадича относительно юрисдикции, которое было использовано в статье 8 (2) (f) Римского статута, является отправной точкой для анализа «пускового механизма» международного гуманитарного права в асимметричных конфликтах.

: : : : : :

Одной из основных целей права войны является «усмирение» войны с тем, чтобы можно было обеспечить политический контроль за использованием вооруженной силы. Такая же цель стояла за часто неправильно понимаемыми словами Клаузевица, который говорил, что война «есть продолжение политики иными средствами»¹. Но применима ли эта логика и к немеждународным вооруженным конфликтам или к «асимметричным» конфликтам² между вооруженными силами государства и негосударственными группировками или даже террористами? Соответствуют ли все еще механизмы «классического» права войны и, в частности, международного гуманитарного права (МГП)

- 1 Carl von Clausewitz, *On War*, trans. Michael Howard and Peter Paret, Princeton University Press, Princeton, 1976, p. 87; См. также Hugh Smith, *On Clausewitz. A Study of Military and Political Ideas*, Palgrave, Basingstoke, 2004, pp. 104–10. Мюнклер рассматривает теорию войны, но не контроль со стороны политиков, как индикатор для будущего, — см.: Herfried Münkler, *Clausewitz' Theorie des Krieges*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 25–6.
- 2 Об асимметричных конфликтах см. Герфрид Мюнклер, «Войны XXI века», *Международный журнал Красного Креста* (2003 г.), с. 8–24; Тони Пфаннер, «Асимметричная война с точки зрения гуманитарного права и гуманитарной деятельности», *Международный журнал Красного Креста*, № 857 (2005 г.), с. 195–228; Robin Geiss, 'Asymmetric conflict structures', *International Review of the Red Cross*, No. 864 (2006), pp. 757–77; Kenneth Watkin, '21st century conflicts and international humanitarian law: status quo or change?', in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic. (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultiness*, Koninklijke Brill BV, Leiden, 2007, pp. 265–96; 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 (2) (2007), pp. 295–355; Herfried Münkler, *Der Wandel des Krieges: Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, Weilerwist, Velbrück Wissenschaft, 2006; Michael N. Schmitt, '21st century conflict: Can the law survive?', *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8 (2) (2007), pp. 443–76; Michael N. Schmitt, 'Asymmetrical warfare and international humanitarian law', *Air Force Law Review*, Vol. 62 (2008), pp. 1–42; Knut Ipsen, 'Humanitäres Völkerrecht und asymmetrische Konfliktparteien — ein Ausschlussbefund?', in Andreas Fischer-Lescano et al. (eds.), *Frieden in Freiheit: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 445–63.

современным ситуациям, когда государства часто воюют друг с другом опосредованно, силами негосударственных группировок, или участвуют в сражениях с такими группировками на территории своей страны или за границей.

Когда президент Китая посетил своего коллегу в Белом доме в лучшие дни администрации Буша, он преподнес ему совет в подарочной упаковке³; сообщалось, что в то время, когда Бушу приходилось противостоять все возрастающему яростному сопротивлению в Ираке, Ху Цзиньтао подарил ему книгу Сунь Цзы «Искусство войны»⁴. Это было сделано тонко, но аллюзия вполне очевидна: в то время как Буш направил в Ирак традиционную армию, силы сопротивления вели совсем другую войну. Таким образом, Клаузевиц был смещен с трона Сунь Цзы, а обычная война — тактикой сопротивления, такими военными действиями, с которыми классическая армия, получившая подготовку в духе Клаузевица, справиться не могла. Аналогичным образом, когда западные критики ругали Израиль за его действия во время войны в Ливане в 2006 г., политолог Герффрид Мюнклер говорил, что нельзя было ожидать от Израиля соблюдения норм МГП в конфликте, в котором другая сторона использовала нарушения МГП в качестве средства борьбы с превосходящими силами регулярной армии⁵. Во время военных действий в секторе Газа в январе 2009 г. юридическая служба Израильских сил обороны, очевидно, оправдывала нападения на полицейских Хамаса, поскольку Хамас использовал гражданскую инфраструктуру для нападений на гражданское население Израиля⁶. Что можно ожидать от международного гуманитарного права в таких ситуациях? Применимо ли оно и должно ли оно применяться?

Действительно, один из самых явных пробелов в международном гуманитарном праве затрагивает самые его основы, а именно — определение войны или, скорее, «вооруженного конфликта» в его более объективном значении, которое придается термину статьей 2, общей для четырех Женевских конвенций 1949 г. МГП не дает ясного определения

3 Peter Kammerer, 'The art of negotiation', *South China Morning Post*, 21 April 2006, p. 15; Bronwen Maddox, 'Ancient sage opens the way to peace of modern powers', *The Times*, 20 April 2006, p. 40.

4 Sun Tzu, *The Art of War*, Oxford University Press, Oxford, 1971.

5 По крайней мере, это логично вытекает из аргумента Герффрида Мюнклера, 'Asymmetrie und Kriegsvölkerrecht: Die Lehren des Sommerkrieges 2006', *Friedens-Warte Journal of International Peace and Organization*, Vol. 81, No. 2 (2006), pp. 62–5.

6 Yotam Feldman and Uri Blau, 'Consent and advise', *Haaretz*, 29 January 2009, available at www.haaretz.com/hasen/spages/1059925.html (последнее посещение 10 марта 2009 г.).

вооруженного конфликта⁷, поэтому встает вопрос относительно порога, при достижении которого начинает действовать МГП⁸. Одно определение не может охватить все варианты современных вооруженных конфликтов. С другой стороны, определение необходимо для того, чтобы обеспечить эффективное применение основных гуманитарных гарантий и в новых типах вооруженных конфликтов⁹.

Проведение различия между международными и немеждународными вооруженными конфликтами

Различаются ли условия, которые вводят в действие МГП в отношении международных (межгосударственных) и немеждународных (внутренних) вооруженных конфликтов? Как должен определяться порог применимости МГП для новых типов вооруженных конфликтов, в частности асимметричных войн, в которых участвуют негосударственные образования?

В прошлом существование «войны» в юридическом смысле зависело от официального объявления войны¹⁰. Со времени Второй мировой войны формального объявления войны уже практически не существовало¹¹. Вместо этого Женевские конвенции 1949 г. вводят

- 7 Преобладающее мнение юристов излагается в работе: International Committee of the Red Cross (ICRC), *How is the term «armed conflict» defined in international humanitarian law?*, Opinion Paper, March 2008, available at [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) (последнее посещение 7 мая 2009 г.). См. также: International Law Association Committee on the Use of Force, 'Initial report on the meaning of armed conflict in international law', 2008, available at www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022 (последнее посещение 28 апреля 2009 г.); Mary Ellen O'Connell, 'Defining armed conflict', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 13 (2009), pp. 393–400.
- 8 Hilaire McCoubrey and Nigel D. White, *International Law and Armed Conflict*, Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot, 1992, p. 318: «серая зона категоризации остается вопросом, вызывающим серьезную озабоченность». Оценки, которые ранее давались правовой ситуации, см. в работе: Dietrich Schindler, 'The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols', *Recueil des Cours*, Vol. 163 (1979), p. 119.
- 9 Джеймс Г. Стюарт, «К единому определению вооруженного конфликта в международном гуманитарном праве: анализ интернационализированного вооруженного конфликта», *Международный журнал Красного Креста*, 2003 г., с. 129–175; но см.: Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 32; Jelena Pejic, 'Status of armed conflicts', in Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 85.
- 10 См. статью I Конвенции III об открытии военных действий (Гаагская конвенция III), от 18 октября 1907 г.
- 11 Christopher Greenwood, 'The concept of war in modern international law'. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36 (1987), pp. 283–306; Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, para. 203; Elihu

понятие «вооруженный конфликт», что означает, что гуманитарное право следует применять всегда, когда вооруженные силы сражаются друг с другом, независимо от наличия формальной классификации ситуации¹². Международный суд подтвердил такое понимание в своем Консультативном заключении по вопросу о возведении стены¹³. Очевидно, что в случаях межгосударственных войн идентификация вооруженного конфликта не создавала серьезных проблем, а объективный характер термина «вооруженный конфликт» гарантировал, что отсутствие официального признания не помешает применению международного гуманитарного права, если в нем участвуют по крайней мере два договаривающихся государства. В комментариях Пикте подчеркивает, что даже наличие всего одного раненого солдата обусловит необходимость применять Женевские конвенции во время международных вооруженных конфликтов¹⁴.

Что касается немеждународных вооруженных конфликтов, ситуация была другой даже в 1949 г. В то время как составители общей статьи 3 взяли на себя труд уточнить, что ее применение «не будет затрагивать юридического статуса находящихся в конфликте Сторон», государства не хотели признавать существования внутреннего вооруженного конфликта на своей территории, поскольку это могло рассматриваться как признание неспособности правительства предотвратить гражданскую войну¹⁵. Такая практика предполагает более высокий порог применимости общей статьи 3, в частности, требуется, чтобы негосударственные группировки были готовы и способны соблюдать положения общей статьи 3, о чем могли бы свидетельствовать некоторая степень организации и идентифицируемая внутренняя структура.

Определяя свою сферу применения Дополнительный протокол II 1977 г. к Женевским конвенциям, в отличие от Протокола I, еще более сузил область немеждународных вооруженных конфлик-

Lauterpacht, "The legal irrelevance of the "state of war", *Proceedings of the American Society of International Law*, Vol. 62 (1968), p. 58.

12 См. Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 1952, p. 32; см. также Greenwood, прим. 11 выше, p. 283.

13 International Court of Justice (ICJ), *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136, para. 95.

14 Pictet, прим. 12 выше, с. 32. Однако делаются попытки ограничительно применять критерий интенсивности и не рассматривать военные столкновения между государствами малого масштаба в качестве событий, означающих международный вооруженный конфликт. См. O'Connell, прим. 7 выше, с. 393–400.

15 Ibid., с. 395.

тов, подчеркнув требования, которым должны были удовлетворить участвующие в нем группы, и уточняя, что к таким конфликтам не относятся случаи «нарушения внутреннего порядка и возникновения обстановки внутренней напряженности, таки[е] как беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия и иные акты аналогичного характера». Это заставило некоторых исследователей прийти к выводу, что общей концепции вооруженного конфликта не существует и что международный вооруженный конфликт и немеждународный вооруженный конфликт являются принципиально различными явлениями¹⁶.

В отличие от этого Апелляционная камера Международного уголовного трибунала для бывшей Югославии (МТБЮ) заявила в своем самом первом решении, «то, что является негуманным и, следовательно, запрещенным в международных войнах, не может не быть негуманным и неприемлемым в ходе гражданской борьбы»¹⁷. В самой последней попытке кодифицировать нарушения международного гуманитарного права уголовного характера — в Римском статуте Международного уголовного суда (МУС) — принят тот же подход, во всяком случае, частично, при сохранении различия в принципе¹⁸. Статья 8 (2) (f) Статута МУС распространяет действие положений о военных преступлениях на немеждународные вооруженные конфликты, а именно на вооруженные конфликты, «которые имеют место на территории государства, когда идет длительный вооруженный конфликт между правительственными властями и организованными вооруженными группами или между самими такими группами».

Если явление, которое вводит в действие *jus in bello*, т. е. существование международного или немеждународного вооруженного конфликта, не имеет четкого определения, государства могут с большей легкостью заявлять, что МГП не применимо, особенно в конфликтах, в которых участвуют негосударственные группировки. Такая ситуация может напомнить устаревшее понятие признания состояния войны, которое ставило применение МГП в зависимость

16 Cf. Moir, прим. 9 выше, с. 33–4. Аргументация в пользу применения тех же самых норм изложена в работе: Fleck, прим. 11 выше, ч. 1201, с. 611 и *passim*.

17 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-91-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber) (далее: Interlocutory Appeal on Jurisdiction), 2 October 1995, para. 119. См. также Steven R. Ratner, 'The schizophrenias of international criminal law', *Texas International Law Journal*, Vol. 33 (1998), pp. 237, 239, 240, 249.

18 См. статью 8 (2) (c)–(f) о военных преступлениях в немеждународных вооруженных конфликтах.

от признания повстанцев правительством¹⁹. Необходимость такого признания противоречила гуманитарной цели современного МГП, которому поэтому нужна ясная и понятная концепция вооруженного конфликта.

Транснациональный вооруженный конфликт

В решении по делу Хамдана Верховный суд США постановил, что минимальные нормы общей статьи 3 Женевских конвенций применяются по отношению к конфликту с транснациональным противником, не представляющим собой государство²⁰. В своем решении в отношении юрисдикции в деле Тадича Апелляционная камера МТБЮ предложила общее определение вооруженного конфликта, как международного, так и немеждународного, придя к выводу, что «вооруженный конфликт имеет место всегда, когда в отношениях между государствами используются вооруженные силы или когда имеет место длительное вооруженное насилие между правительством и организованными вооруженными группами или между такими группами в рамках одного государства»²¹. Такой критерий был впоследствии принят Международным Комитетом Красного Креста²² и Римским статутом Международного уголовного суда²³. При оценке правового статуса насилия в каждом конкретном случае должны приниматься во внимание масштаб и интенсивность конфликта, а также уровень организации сторон. Эти критерии должны позволить «провести различие между вооруженным конфликтом и актами бандитизма, неорганизованными и кратковременными вспышками неповиновения или террористическими действиями, которые не подлежат

19 Об истории концепции признания состояния войны см. Moir, прим. 9 выше, с. 4–21.

20 US Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 633, 126 S.Ct. 2749, 2797 (2006). См. неясную критику в работе: Michael N. Schmitt, Charles H.B. Garraway and Yoram Dinstein, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict: With Commentary*, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2006, p. 2, с одобрением Флека: Fleck, прим. 11 выше, с. 607, ч. 1201 (3) (b); Marco Sassòli, *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Occasional Paper Series, Winter 2006, No. 6, p. 8.

21 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, прим. 17 выше, ч. 70.

22 ICRC, прим. 7 выше, с. 5.

23 См. статью 8 (2) (f) Римского статута Международного уголовного суда от 17 июля 1998 г. (вступил в силу 1 июля 2002 г.).

регулированию международным гуманитарным правом»²⁴. Хотя определение четко указывает на то, что вооруженные группы могут быть сторонами в конфликте, оно не уточняет характеристик таких вооруженных групп. Оно устанавливает ситуации, которые должны характеризоваться как вооруженный конфликт, а не просто внутренний бунт, не обладающий никакими военными чертами.

В настоящей статье мы пытаемся разработать концептуальную модель понятия «вооруженный конфликт», сконцентрировав внимание на вопросе о том, в какой степени существующий корпус гуманитарного права применяется к новым асимметричным войнам, и посмотреть, может ли и, если может, то каким образом, эта концептуализация послужить для того, чтобы найти место таким конфликтам в данном корпусе права. В первом разделе описывается, как в настоящее время «вооруженный конфликт» регулируется в международном гуманитарном праве — от общей статьи 2 и Дополнительного протокола I, касающихся международных вооруженных конфликтов, до общей статьи 3 и Дополнительного протокола II, касающихся немеждународных вооруженных конфликтов. Во втором разделе мы рассматриваем современные «асимметричные» конфликты и применимость к ним международного гуманитарного права. Мы показываем, что традиционная дихотомия — международного и немеждународного (внутреннего) конфликтов — не совсем соответствует сложности современных ситуаций, включающих, в частности, и такие, в которых негосударственные группы действуют в нескольких государствах или пересекают границы занимаемых ими территорий. Тем не менее мы показываем, что МГП может убедительно соответствовать этим случаям. Цель настоящей статьи заключается в том, чтобы разъяснить сферу действия МГП и отстоять его применимость к асимметричным конфликтам, таким, какие происходят в секторе Газа и в Афганистане, где мы наблюдаем не только неравенство военных потенциалов²⁵, но и наличие как государства, так и сторон, не являющихся государством. Мы приходим к выводу, что при таком подходе сфера применения МГП не будет чрезмерно расширена. Таким образом, отвергается заявление о капитуляции МГП перед лицом асимметричной войны.

24 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgment (Trial Chamber II), 7 May 1997, para. 562.

25 Анализ таких асимметричных конфликтов см. в работах: Geiss, прим. 2 выше, с. 757–77; Мюнклер, Войны XXI века, прим. 2 выше, с. 8; Pfanner, прим. 2 выше, с. 149–174.

Понятие вооруженного конфликта в международном гуманитарном праве

Понятие международного вооруженного конфликта

Общая статья 2 Женевских конвенций определяет понятие межгосударственного вооруженного конфликта, которое включает все случаи «объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны». В соответствии с Комментарием МККК к Женевским конвенциям

«любое разногласие, возникающее между двумя государствами и приводящее к действиям лиц из состава вооруженных сил, является вооруженным конфликтом по смыслу статьи 2. ...Не имеет значения, как долго продолжается конфликт, или каков масштаб кровопролития, или какова численность участвующих сил; достаточно, чтобы вооруженные силы одной державы захватили противников, попадающих в сферу действия статьи 4. Даже если не было никаких сражений, тот факт, что лица, о которых говорится в Конвенции, оказались задержанными, является достаточным для ее применения»²⁶.

Существуют разные мнения относительно того, следует ли сохранить это определение. Некоторые авторы считают, что «на практике представляется, что отсутствие точного определения «международного вооруженного конфликта» не принесло вреда, но способствовало очень гибкому и либеральному толкованию этого понятия и тем самым обеспечило широкое применение гуманитарного права»²⁷. В большинстве случаев существование международного вооруженного конфликта по смыслу МГП вряд ли можно отрицать. Более того, порог, необходимый для того, чтобы насилие квалифицировалось как вооруженный конфликт, относительно низок, даже краткие трансграничные вооруженные столкновения могут означать существование международного вооруженного конфликта. Однако недавняя практика государств говорит о том, что простые инциденты, в частности изолированные случаи противостояния слабой интенсивности между

26 Pictet, прим. 12 выше, с. 23.

27 Nils Melzer, *Targeted Killings in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 252.

лицами из состава различных вооруженных сил, не квалифицируются как международный вооруженный конфликт²⁸.

Другие относящиеся к делу вопросы, которые можно поставить в данном контексте: может ли иностранное вмешательство интернационализировать внутренний вооруженный конфликт и каков должен быть уровень такого вмешательства?²⁹ В большинстве случаев вооруженный конфликт может быть интернационализированным, если военная поддержка оказывается вооруженным группам в их борьбе против действующего правительства³⁰. Военная поддержка, предлагаемая соответствующему государству, не означает начала международного вооруженного конфликта, если правительство сохраняет контроль над ситуацией. В определенных обстоятельствах война, введущаяся между государствами опосредованно, может также рассматриваться как международный вооруженный конфликт.

В соответствии с общей статьей 2 международный вооруженный конфликт имеет межгосударственный характер, поэтому конфликт между государством и негосударственной группировкой является интернационализированным, только если военные действия таких групп можно четко приписать соответствующему государству (тому, на территории которого находится группировка, или иному государству). Верховный суд Израиля, однако, посчитал, что

28 O'Connell, прим. 7 выше, с. 397.

29 Стюарт, прим. 9 выше; Dietrich Schindler, 'International humanitarian law and internationalized internal armed conflicts', *International Review of the Red Cross*, No. 230 (1982), p. 255; Hans-Peter Gasser, 'Internationalized non-international armed conflicts: case studies of Afghanistan, Kampuchea, and Lebanon', *American University Law Review*, Vol. 33 (1983), p. 157; Christine Byron, 'Armed conflicts: international or non-international?', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 6, No. 1 (2001), pp. 63–90.

30 Schmitt, Garraway and Dinstein, прим. 20 выше, с. 2. Об уровне военной поддержки, необходимой для того, чтобы приписать действия вооруженной группы государству (интернационализируя таким образом конфликт) см. в документе: ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 1986, para. 115 (где требуется, чтобы государство осуществляло «эффективный контроль» над группой — финансирование, участие в организации, осуществление подготовки, снабжения и снаряжения группы, выбор целей и планирование операций были недостаточным условием для того, чтобы это имело место). См. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, paras. 120, 145, где было установлено, что стандартом являлся «общий контроль» со стороны государства, что не требует выдачи конкретных инструкций или приказов. См. однако ICJ, *Application of the Genocide Convention (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, Judgment, ICJ Reports 2007, где МС разделяет вопросы атрибуции международно-противоправных деяний государству и классификации конфликта. Он постановил, что в отношении первого вооруженная группа должна «полностью зависеть» от государства (ч. 392) или что государство должно было осуществлять «эффективный контроль» над группой и осуществлять его реально, издавая инструкции в отношении конкретных операций (ч. 404). Однако Суд пришел к выводу, что в отношении отдельного вопроса классификации конфликта стандарт «общий контроль», принятый в деле Тадича, может быть вполне подходящим (ч. 404).

«в сегодняшней реальности террористическая организация вполне может обладать значительным военным потенциалом. Иногда этот потенциал может превышать возможности государств. Противодействие подобным угрозам нельзя ограничить государством и его уголовным правом. Противодействие терроризму составляет часть международного права, имеющего отношение к вооруженным конфликтам международного характера»³¹.

Однако «привилегии», предоставляемые государствам во время международных конфликтов, существуют не благодаря трансграничному характеру этих конфликтов, а, в принципе, благодаря соблюдению вооруженными силами государства национального законодательства. Деятельность террористов, с другой стороны, по сути своей незаконна как в соответствии с международным, так и в соответствии с национальным правом. Конечно, выводы подобных рассуждений зависят и от общепризнанного определения терроризма, а оно пока еще остается неясным.

Понятие немеждународного вооруженного конфликта

Общая статья 3 Женевских конвенций не разъясняет понятия «вооруженный конфликт, не носящий международного характера». Некоторые авторы утверждают, что «никакое определение не сможет охватить все фактические ситуации, которые нам предлагает реальность, и что определение, таким образом, может подорвать защитное действие гуманитарного права»³². Прежде всего неясно, какого уровня должно достичь насилие и насколько длительными должны быть военные действия. С одной стороны, внутренние ситуации, где наблюдается очень высокий уровень насилия, часто рассматриваются главным образом в силу политических причин, как бандитизм, не достигающий порога вооруженного конфликта³³. С другой стороны, есть ситуации, в которых гораздо более низкий уровень

31 Supreme Court of Israel, *Public Committee Against Torture v. Israel*, Judgment, HCJ 769/02, 13 Dec. 2006, para. 21.

32 Рејс., прим. 9 выше, с. 85.

33 См. William Abresch, 'A human rights law of internal armed conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya', *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, p. 754, with further references.

насилия, не являющегося длительным, рассматривается как вооруженный конфликт для целей гуманитарного права³⁴. Более того, довольно сложно оценить способность вооруженных групп соблюдать международное гуманитарное право и довольно проблематичен вопрос о том, следует ли это рассматривать в качестве критерия для установления того, являются ли эти группы вообще сторонами в конфликте.

В то время как распространение сферы действия общей статьи 3 на контртеррористические меры может в некоторых ситуациях послужить гуманитарным целям, ее применение к обычным (даже широкораспространенным) нарушениям прав человека не было бы желательным результатом, поскольку право прав человека — которое остается применимым — обычно предоставляет больше защиты и лучше приспособлено к ситуациям, которые не достигают уровня вооруженного конфликта.

Как правило, государства не очень склонны признавать существование вооруженного конфликта в рамках своих границ. Случай с Чечней демонстрирует, что государства будут отрицать наличие вооруженного конфликта даже в тех случаях, когда он очевиден³⁵. Следовательно, для определения применимости МПП необходим объективный критерий, который предоставит четкое основание для оценки норм, применимых к соответствующему конфликту, как для участников, так и для международного сообщества в целом.

Понятие вооруженного конфликта, Дополнительные протоколы 1977 г. и Римский статут 1998 г.

В двух Дополнительных протоколах 1977 г. содержатся некоторые нововведения из области материального права и впервые говорится о всестороннем регулировании ведения военных действий во время международного вооруженного конфликта. Если Протокол I расши-

34 Inter-American Commission on Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, IACHR Report No. 55/97, 30 October 1997; см. также Лизбет Зегвельд. Межамериканская комиссия по правам человека и международное гуманитарное право. Комментарий к «табладскому делу», *Международный журнал Красного Креста*, № 22, сентябрь 1998 г., pp. 609–617.

35 См. Бахтияр Тузмухамедов, Имплементация международного гуманитарного права в Российской Федерации, *Международный журнал Красного Креста*, № 849–852 (2003 г.), с. 188–189.

рил список международных вооруженных конфликтов, к которым он применяется, и включил в него «вооруженные конфликты, в которых народы ведут борьбу против колониального господства и иностранной оккупации и против расистских режимов в осуществление своего права на самоопределение»³⁶, то Протокол II, касающийся немеждународных вооруженных конфликтов, ввел строгие требования относительно применимости его норм и минимальный порог, ниже которого он применяться не должен. Кроме того, он включил в статью 1 формулировку, разъясняющую неизменную применимость статьи 3, общей для Женевских конвенций³⁷.

Недавние события, однако, несколько снизили значимость положений Дополнительных протоколов, которые вводят в действие МПП. Так как большинство государств, участвовавших в недавних конфликтах (такие как Индия, Ирак, Израиль и Соединенные Штаты), не являются участниками Протокола I именно потому, что они возражали против включения негосударственных образований и ослабления требований, предъявляемых к вооруженным силам³⁸, Протокол II редко применялся к последним внутренним конфликтам, потому что повстанческие группировки редко, если вообще когда-либо, удовлетворяли требованиям его статьи 1³⁹. Для того чтобы конфликт превысил минимальный порог, предусматриваемый в статье 1 (2) Протокола II, такие вооруженные группы должны находиться под ответственным командованием, осуществлять необходимый контроль над территорией, который позволил бы им вести непрерывные и согласованные военные действия, и быть в состоянии соблюдать Протокол. Некоторые из этих требований являются также частью определения немеждународного вооруженного конфликта, которое содержится в общей статье 3, но не всем определением —

36 Протокол I, статья 1 (4).

37 Подробности истории составления см. в работе: Ив Сандо, Кристоф Свинарский, Бруно Циммерман (ред.), *Комментарий к Дополнительному протоколу к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающемуся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II)*, МККК, Москва, 1998, ч. 4457.

38 О позиции США в то время см. 'Letter of Transmittal from President Ronald Reagan, Protocol II Additional to the 1949 Geneva Conventions and Relating to the Protection of Victims of Noninternational Armed Conflicts', S. Treaty Doc. No. 2, 100 th Cong., 1 st Sess., at III (1987), reprinted in *American Journal of International Law*, Vol. 81 (1987), p. 910. Сенат с тех пор так и не предпринял действий в соответствии с этим представлением. См. также George Aldrich, 'Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions', *American Journal of International Law*, Vol. 85 (1991), p. 1; Abraham D. Sofaer, 'The Rationale for the United States Decision', *American Journal of International Law*, Vol. 82 (1988), p. 784.

39 Аналогичным образом: Fleck, прим. 11 выше, с. 610, ч. 1201.

в частности, требование контроля над территорией⁴⁰ не принимало бы во внимание гуманитарные потребности во время конфликтов, в которых повстанцы исчезают, как рыба в воде, растворяясь среди местного населения, или в которых такой контроль постоянно переходит из рук в руки. В этих случаях, как во время внутренних беспорядков и ситуаций напряженности, защита, установленная в общей статье 3, остается необходимой. Более того, государства не склонны признавать, что любое использование вооруженных сил на их территории может означать нечто большее, чем просто «нарушения внутреннего порядка и возникновени[е] обстановки внутренней напряженности, так[ой] как беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия и иные акты аналогичного характера», которые Протокол II исключил из своей сферы действия⁴¹. В то время как положения Протокола I о ведении военных действий вошли, тем не менее, в обычное право и сфера их применения значительно расширилась по сравнению со сферой применения договора⁴², общая

- 40 International Criminal Court (ICC), *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges (Pre-Trial Chamber I), 29 January 2007, para. 233 (нет указаний на контроль над территорией в статье 8 (2) (f) Римского статута); ICC, *Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Case No. ICC-01/05-01/08, Decision on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo (Pre-Trial Chamber II), 15 June 2009, para. 236; cf. ICC, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest (Pre-Trial Chamber I), 4 March 2009, para. 60 (контроль над территорией как «ключевой фактор» для возможности осуществлять военные действия); ICTY, *Prosecutor v. Milan Milutinovic*, Case No. IT-05-87-T, Judgment (Trial Chamber), 26 February 2009, para. 791; ICTY, *Prosecutor v. Ramush Haradinaj*, Case No. IT-04-84-T, Judgment (Trial Chamber I), 3 Apr. 2008, paras. 37–60, с тщательным обзором прецедентного права МТБЮ, применяющего критерий интенсивности независимо от территориального контроля; аналогичным образом, см.: International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment (Trial Chamber I), 2 September 1998, paras. 619–620 (требуется интенсивность и организованность). См., в частности, ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, прим. 17 выше, ч. 70.
- 41 Fleck, прим. 11 выше, с. 613, ч. 1202, где добавляется, что проведение различия между комбатантами и гражданскими лицами особенно трудно осуществить во время внутренних конфликтов; но см. статью 13 (3) Протокола II (применяющего ту же норму, что и статья 51 Протокола I по отношению к гражданским лицам, принимающим участие в военных действиях).
- 42 Жан-Мари Хенкертс и Луиза Досвальд-Бек. *Обычное международное гуманитарное право*. МККК, 2006. Нормы Протокола I и Протокола II перечислены под заголовками Международные и Немиждународные конфликты соответственно, в отношении же их содержания большой разницы нет. См. также с. xxxix, где утверждается, что многие нормы МГП применяются в обоих типах конфликтов. Практический пример см. в документе: Supreme Court of Israel, *Public Committee Against Torture v. Israel*, прим. 31 выше, ч. 11, где применяется статья 51 Протокола I по отношению к целенаправленному убийству предполагаемых террористов независимо от классификации конфликта. См. также: Fleck, прим. 11 выше, с. 608, ч. 1201 (3) (с), 1204 (где разница между МГП международных и немеждународных вооруженных конфликтов сводится к статусу сражающихся).

статья 3 Женевских конвенций осталась центром права немеждународных вооруженных конфликтов⁴³. Используя формулировки самого Протокола II, он развивает и дополняет «статью 3, общую для Женевских конвенций от 12 августа 1949 г., не изменяя существующих условий ее применения»⁴⁴.

С самого начала поправка к положению о «вооруженных конфликтах» в статье 1 Протокола I была отступлением от принципа, лежащего в основе определения «вооруженного конфликта» в Женевских конвенциях, — принципа проведения различия между *jus ad bellum* и *jus in bello*. Логическое обоснование включения «объективного» определения существования вооруженного конфликта исходит исключительно из такого характера анализа, когда во внимание принимается только факт наличия конфликта, а не идеологические или политически щекотливые вопросы, и цель которого заключается в том, чтобы гарантировать равное применение МПП ко всем сторонам в конфликте. Увы, представляется, что статья 1 (4) Протокола I вернула проблемы *jus ad bellum* в сферу применения МПП. На практике это положение дало аргументы против ратификации Протокола I, что помешало его универсализации. Ни одна сторона ни в одном конфликте не согласится с тем, что другая сторона ведет «борьбу против колониального господства и иностранной оккупации и против расистских режимов в осуществление своего права на самоопределение», как и не согласится ни одна сторона с тем, что она ведет агрессивную войну или нарушает запрет на применение силы⁴⁵. Самое большее, что можно сказать, так это то, что положение осталось немым, потому что — возможно, за исключением заявления, сделанного Организацией Освобождения Палестины (ООП) от имени Палестины⁴⁶, — заявления в соответствии со статьей 96 (3)

43 Ив Сандо, Кристоф Свинарский, Бруно Циммерман (ред.), прим. 37 выше, ч. 4461.

44 Протокол II, статья 1 (1).

45 Один из авторов данной статьи пришел к выводу, что этот аргумент направлен против попыток ввести преступление агрессии в сферу юрисдикции МУС. См. Andreas L. Paulus, 'Peace through justice? The future of the crime of aggression in a time of crisis', *Wayne Law Review*, Vol. 50, No. 1 (2004), p. 1.

46 Письмо от 21 июня 1989 г. от постоянного наблюдателя Палестины в отделении Организации Объединенных Наций в Женеве, в котором говорилось, что «Исполнительный комитет Организации освобождения Палестины, которому получено выполнять функции правительства государства Палестина решением Палестинского национального совета, принял 4 мая 1989 г. решение присоединиться к четырем Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. и к двум Дополнительным протоколам», доступно по адресу: www.icrc.org/ihl.nsf/Pays?ReadForm&c=PS (последнее посещение 10 марта 2009 г.). Однако это заявление было, возможно, попыткой обычной ратификации, а не заявлением в соответствии со статьей 96 (3).

Протокола I не поступали и до сих пор не были приняты какой-либо стороной в конфликте⁴⁷.

Однако наибольшее разочарование вызывает следующий аспект двух Протоколов — отсутствие разъяснений относительно минимального порога для установления существования международного вооруженного конфликта и немеждународного вооруженного конфликта, осложнение, вызванное различной применимостью положений Протокола II и общей статьи 3. Выводом, который следует сделать из этого недостатка Дополнительных протоколов, является то, что определение вооруженного конфликта, данное в Женевских конвенциях, остается в силе⁴⁸, но для того, чтобы начал применяться Дополнительный протокол II, внутренние вооруженные конфликты должны удовлетворять дополнительным требованиям его статьи 1.

Римский статут МУС обостряет проблему, вводя дополнительные категории и сохраняя различие между положениями общей статьей 3 и другими положениями о серьезных нарушениях МПГ во время вооруженных конфликтов, не носящих международного характера. В своем определении военных преступлений статья 8 (2) (с) Римского статута криминализует нарушения общей статьи 3. Однако в статье 8 (2) (d) к требованиям Статута для установления факта вооруженного конфликта добавляется минимальный порог Протокола II⁴⁹. Таким образом, представляется, что он подтверждает такое положение дел, в соответствии с которым минимальный порог Протокола II является общеприменимым⁵⁰, в то время как дополнительные элементы из его статьи 1 не могут быть привнесены в толкование общей

47 См. аналогичным образом: Christopher Greenwood, 'Customary law status of the 1977 Geneva Protocols', in Astrid J. M. Delissen and Gerard J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead — Essays in Honour of Frits Kalsboven*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1991, p. 112; Christopher Greenwood, 'Scope of Application of Humanitarian Law', in Fleck (ed.), прим. 11 выше, ч. 202, п. 4; но см. Georges Abi-Saab, 'The 1977 Additional Protocols and general international law: some preliminary reflections', *ibid.*, p. 120; Georges Abi-Saab, 'Wars of national liberation in the Geneva Conventions and Protocols', *Recueil des Cours*, Vol. 165 (IV) (1979), pp. 371–2, со ссылкой на принцип самоопределения. О примере попытки применить статью 96 (3), см. National Democratic Front of the Philippines, Declaration of Undertaking to Apply the Geneva Conventions of 1949 and Protocol I of 1977, доступно по адресу: www.hartford-hwp.com/archives/54a/036.html (последнее посещение 10 марта 2009 г.).

48 См. Протокол II, статья 1 (1), и Ив Сандо, Кристоф Свинарский, Бруно Циммерман (ред.), прим. 37 выше, ч. 4359, 4453 и *passim*.

49 В статье 8 (2) (d) употребление слова «или» вместо «и» представляется непреднамеренным; см. Andreas Zimmermann 'Article 8: War Crimes' in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck, Munich, 2008, para. 299.

50 Совпадает с мнением Флека: Fleck, прим. 11 выше, с. 616, ч. 1205.

статьи 3⁵¹. Что касается других серьезных нарушений МГП, то статья 8 (2) (f) принимает требования определения, данные в деле Тадича, а именно: вооруженный конфликт имеет место на территории государства, если «наблюдается длительный вооруженный конфликт между правительством и организованными вооруженными группами или между такими группами»⁵². Таким образом, несколько снижается порог для определения наличия вооруженного конфликта по сравнению со статьей 1 (1) Протокола II.

В адрес этого определения высказывались некоторые критические замечания, частично из-за очевидного сужения границ немеждународного вооруженного конфликта в нем⁵³, а частично из-за ссылки на длительность конфликта, что исключает изолированные военные действия. Такое определение, как заявлялось, сделает невозможным раннее выявление вооруженного конфликта и, таким образом, возникнет опасность, что жертвам не будет предоставлена защита⁵⁴. Однако попытки решить первую проблему привели бы к включению дополнительных военных преступлений в право немеждународного вооруженного конфликта — предложение, которое, как показывает Римский статут, пока еще не пользуется необходимой поддержкой государств для того, чтобы стать обычным правом. Второй вопрос может быть решен контекстуальной интерпретацией «длительного» характера вооруженного конфликта, которая также принимает во внимание и интенсивность конфликта. Само по себе слово «длительный» относится только к продолжительности, не к интенсивности⁵⁵, но в соответствующей части решения по юрисдикции в деле Тадича МТБЮ говорит также о «требованиях интенсивности, применимым как к международным, так и внутренним вооруженным конфликтам»⁵⁶ — критерий «длительного вооруженного насилия», принятый в деле Тадича толковался

51 Zimmermann, прим. 49 выше, ч. 300. См. также Fleck, прим. 11 выше, с. 610, ч. 1201.

52 См. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, прим. 17 выше, ч. 70.

53 См., в частности Fleck, прим. 11 выше, с. 611, ч. 1201 (5) (c); см. также Claus Kress, 'War crimes committed in non-international armed conflict and the emerging system of international criminal justice', *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 30 (2000), pp. 117–20.

54 Jean-François Quéguiner, 'Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire', *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 850, June 2003, pp. 278–81; Sassöli, прим. 20 выше, с. 6–7.

55 Catherine Soanes and Angus Stevenson (eds.), *Oxford Dictionary of English*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 1416, according to whom 'protracted' means 'lasting for a long time or longer than expected or usual'.

56 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, прим. 17 выше, ч. 70.

в последующих решениях МТБЮ как относящийся и к интенсивности конфликта, а не только к его продолжительности⁵⁷. Международный уголовный трибунал для Руанды (МУТР) в значительной степени согласен с определением вооруженного конфликта, данным в деле Тадича: в деле Акайесу его Апелляционная камера подчеркивала, что должен существовать критерий оценки уровня насилия и организации участвующих в нем сторон. Более того, она считала, что критерий интенсивности не зависит от оценки конфликтующих сторон и должен быть объективным по своему характеру⁵⁸. В то время как критерий интенсивности может предоставить более широкую сферу применения МПП, чем просто «длительность» во времени, остаются, тем не менее, сомнения относительно того, соответствует ли он решению в деле Тадича.

И хотя включение дополнительного элемента, такого как «длительный», может вызвать некоторую критику, положение следует скорее приветствовать за то, что оно внесло свой вклад в определение (немеждународного) вооруженного конфликта⁵⁹. Используя это определение только для применения обычных норм и, таким образом, сохранив характер общей статьи 3 как минимальной нормы для всех конфликтов⁶⁰, Римский статут вносит свой вклад в дело расширения сферы действия обычного международного права немеждународного вооруженного конфликта за пределы ненужных ограничений статьи 1 Протокола II⁶¹. Понимание термина «длительный» в этой статье как нечто меньшее, нежели «непрерывный», поскольку он допускает

57 ICTY, *Prosecutor v. Ramuṣb Haradinaj*, прим. 40 выше, ч. 49.

58 ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, прим. 40 выше, ч. 603: «Следует подчеркнуть, что определение интенсивности немеждународного конфликта не зависит от субъективного суждения сторон в конфликте. Следует вспомнить, что четыре Женевские конвенции, как и два Протокола, были приняты с основной целью — предоставить защиту жертвам, а также потенциальным жертвам вооруженных конфликтов. Если бы применимость международного гуманитарного права зависела исключительно от усмотрения сторон в конфликте, то в большинстве случаев наблюдалась бы тенденция к заниженной оценке масштабов конфликта участвующими в нем сторонами. Таким образом, на основании объективных критериев как общая статья 3, так и Дополнительный протокол II становятся применимы, как только будет установлено существование внутреннего вооруженного конфликта, который удовлетворяет соответствующим заранее определенным критериям».

59 См. Zimmermann, прим. 49 выше, ч. 347–348.

60 Как и в прецедентах МТБЮ; см. Kress, прим. 53 выше, с. 118. Однако мы не согласны с тем, что это определение должно привноситься и в статью 8 (2) (с). Аргументы, которые можно почерпнуть из истории составления статьи представляются неубедительными в силу различных формулировок; см. статью 32, озаглавленную «Дополнительные средства толкования» Венской конвенции о праве договоров (принятой 22 мая 1969 г., вступила в силу 27 января 1980 г.)

61 Аналогичным образом см.: Kress, прим. 53 выше, с. 121.

и спокойные периоды⁶², и далее подтверждает, что определение МТБЮ, которое принял Римский статут, не является ненужным образом ограничительным.

МККК предпринял несколько попыток вывести из Дополнительных протоколов перечень обычных норм, которые бы применялись во время немеждународных вооруженных конфликтов⁶³. Вообще вопрос о сфере применения МГП представляется настолько противоречивым, что исследование МККК, посвященное обычному праву⁶⁴, предполагает применимость МГП в международных и немеждународных вооруженных конфликтах, но не определяет условий его применимости. Однако, кажется, не ставится под вопрос, во всяком случае, в принципе, существование минимальных норм, таких как те, что предусматриваются общей статьей 3 и статьей 75 Протокола I, которая содержит основные гарантии и перечисляет некоторые действия, которые «[з]апрещаются и будут оставаться запрещенными в любое время и в любом месте [...], независимо от того, совершают ли их представители гражданских или военных органов»⁶⁵. Сохраняя одинаковое применение наиболее важных норм в обоих типах конфликтов, исследование МККК обычного права, как и Римский статут МУС, кажется, приходит к выводу, что основная разница между международными и немеждународными вооруженными конфликтами заключается в статусе воюющих, но не в сути применимых норм МГП⁶⁶. В любом случае,

62 Zimmermann, прим. 49 выше, ч. 348.

63 См., в частности Хенкертс и Досвальд-Бек, прим. 42 выше. См. также: Рене Козирник. Протоколы 1977 г. — важный этап развития международного гуманитарного права, *Международный журнал Красного Креста*, № 18 (1997), pp. 483–505; Greenwood, прим. 47 выше, с. 93–144.

64 Хенкертс и Досвальд-Бек, прим. 42 выше.

65 US Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 633, 126 S.Ct. 2749, 2797 (2006) (Stevens, J., plurality opinion); ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, Separate Opinion of Judge Simma, ICJ Reports 2005, paras. 26–28; Council of Europe, Venice Commission of the European Commission for Democracy through Law, Opinion No. 245/2003, at its 57th Plenary Session, Venice, 12–13 December 2003, Doc. No. CDL-AD (2003) 18, para. 38; UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, para. 9.2 with further references; но см. также скептицизм относительно статьи 75 Протокола I: US Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, прим. 20 выше, с. 2809 (Дж. Кеннеди придерживался такого же мнения, считая, что решать должна была исполнительная власть). См. также Декларацию Турку 1990 г. о минимальных гуманитарных стандартах в Докладе Генерального секретаря, подготовленном в соответствии с резолюцией 1995/29 Комиссии, E/CN.4/1996/80 от 28 ноября 1995 г., Приложение, против принятия которого выступала только Мексика; см. Asbjorn Eide, Allan Rosas and Theodor Meron, 'Combating lawlessness in gray zone conflicts through minimum humanitarian standards', *American Journal of International Law*, Vol. 89 (1995), pp. 215–18.

66 См. Fleck, прим. 11 выше, ч. 1204, в котором вывод представляется в качестве «тенденции».

если есть неопределенность относительно того, является ли конфликт внутренними или международным по своему характеру, как это было в случае с конфликтами в бывшей Югославии⁶⁷, «ядро» положений гуманитарного права будет применимым⁶⁸.

Асимметричные конфликты и понятие вооруженного конфликта

Так называемая глобальная война с терроризмом⁶⁹, как и конфликты между Израилем и негосударственными группами на оккупированных территориях и в Ливане (Хамас и Хезболла), а также конфликты между возглавляемой США коалицией и группами повстанцев в Ираке и Афганистане (Аль Каида и Талибан) по-новому высветили проблему применимости международного гуманитарного права.

Понятие асимметричного конфликта не может быть ограничено вооруженными конфликтами между государствами и негосударственными образованиями, поскольку в такой конфликт может вовлечь государства в международный вооруженный конфликт, по смыслу МГП. Однако большинство нерешенных юридических вопросов действительно возникают в вооруженных конфликтах между государствами и различными негосударственными образованиями. Асимметрия становится проблемой для МГП, если она не просто касается фактической разницы в военном потенциале, — которая может существовать в любом вооруженном конфликте⁷⁰, — но если стороны в вооруженном конфликте не являются равными и по-разному структурированы в правовом смысле; другими словами, если государство сражается с образованием, не являющимся государством, которое не удовлетво-

67 Theodor Meron, 'The humanization of humanitarian law', *American Journal of International Law*, Vol. 94 (2000), p. 261.

68 См. Fleck, прим. 11 выше, с. 611, ч. 1201, н. 6.

69 «Глобальная война с терроризмом» — так администрация Буша назвала борьбу с Аль Каидой и другими террористическими группировками. См. John B. Bellinger, 'Prisoners in war: contemporary challenges to the Geneva Conventions', lecture at the University of Oxford, 10 December 2007, www.state.gov/s/l/rls/96687.htm (последнее посещение 10 марта 2009 г.). Недавно министр иностранных дел Великобритании постарался дистанцироваться от этого термина — см. David Miliband, "'War on terror' was wrong", *Guardian*, 15 January 2009, www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/jan/15/david-miliband-war-terror (последнее посещение 25 мая 2009 г.). Кажется, что в администрации Обамы редко используется этот термин, если вообще используется — см. Howard LaFranchi and Gordon Lubold, 'Obama redefines war on terror', *Christian Science Monitor*, 29 January 2009, см. features.csmonitor.com/politics/2009/01/29/obama-redefines-war-on-terror/ (последнее посещение 25 мая 2009 г.).

70 См. Pfanner, прим. 2 выше, с. 149–74.

ряет критериям статьи 1 Протокола II и состоит из вооруженных банд, не имеющих какой-либо командной иерархии, и совершенно игнорирует как национальное право, так и МГП. В таком случае одна сторона ведет традиционную войну, имеет в своем распоряжении регулярную армию и устанавливает правовые нормы, в то время как другая сторона, в соответствии с национальным законодательством, связана нормами, установленными государством, но не признает ни этих норм, ни, в большинстве случаев, МГП. Если члены этих групп являются преступниками в соответствии с национальным правом, то основной вопрос заключается в том, применимы ли, тем не менее минимальные стандарты МГП и к ним. Некоторые обозреватели даже ставили под вопрос само существование международных правовых норм в этих случаях, указывая на отсутствие взаимности между регулярными вооруженными силами и повстанческими группировками, которые не осуществляют свои действия в соответствии с международным гуманитарным правом и не заявляют о таком намерении⁷¹.

Мы совершенно определенно придерживаемся другой точки зрения. Взаимность, особенно если говорить о соответствующих обязательствах⁷², всегда была важной частью МГП⁷³. Однако применимость МГП не зависит от взаимности. Напротив, нормы минимального обращения, как они изложены в общей статье 3 и в статье 75 Протокола I, применимы независимо от взаимности. В то время как положения Третьей Женевской конвенции, определяющие сферу применения Конвенции в отношении лиц, требуют членства в личном составе вооруженных сил или, по крайней мере, ополчения, удовлетворяющего аналогичным критериям⁷⁴, общая статья 3 является безусловной, она применима ко всем сторонам в равной степени⁷⁵. Как говорится в Комментарие Пикте: «Посмеют ли правительства заявить перед всем миром в случае гражданских волнений ...что статья 3 не применяется и что они вправе оставить раненых без помощи,

71 См. описание, данное в работе: Мюнклер, Войны XXI века, прим. 2 выше, с. 8; Schmitt, прим. 2 выше.

72 О важности таких ожиданий взаимности в международном праве см. Fleck, прим. 11 выше, с. 607, ч. 1201 (3) (b); Bruno Simma, 'Reciprocity', in Rüdiger Wolfrum (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, para. 8.

73 Jean de Preux, 'The Geneva Conventions and reciprocity', *International Review of the Red Cross*, No. 244 (1985), pp. 25–29.

74 Женевская конвенция III, статья 4 (A) (2).

75 В ходе переговоров по составлению текста статьи положение, требующее взаимности, было намеренно выпущено — см. Pictet, прим. 12 выше, с. 37.

пытать и увечить пленных и брать заложников?»⁷⁶ Увы, этот призыв к цивилизованности правительств, кажется, был забыт после рокового дня 11 сентября 2001 г.⁷⁷ В соответствии с пресловутым заявлением Буша от 7 февраля 2002 г. о неприменимости МГП по отношению к боевикам Талибана и террористам Аль Каиды, содержащимся на базе Гуантанамо и в других местах, «Вооруженные силы Соединенных Штатов, согласно нашей политике, будут и впредь гуманно обращаться с задержанными и в соответствующих пределах, не противоречащих требованиям военной необходимости, [относиться к ним] согласно принципам Женевы»⁷⁸. Здесь все: неприменимость «гуманного обращения» в соответствии с правом, но только «согласно нашей политике», согласно не праву Женевы, но только его «принципам», и, наконец, только «в соответствующих пределах, не противоречащих требованиям военной необходимости».

В соответствии с приказами нового президента Барака Обамы о закрытии тюрьмы в Гуантанамо и прекращении практики США применения пыток, которые он подписал через два дня после инаугурации, Соединенные Штаты отказываются от этого наследия Буша⁷⁹. Однако недавнее заявление в Окружной суд США по округу Колумбия говорит о том, что администрация Обамы продолжает считать, что конфликт с террористической организацией

76 Ibid., p. 36.

77 См. Michael A. Fletcher, 'Bush defends CIA's clandestine prisons', *Washington Post*, 8 November 2005, p. A15, заявление, которое было недавно опровергнуто Сюзан Кроуфорд, главой военных трибуналов в заливе Гуантанамо; см.: Bob Woodward, 'Detainee tortured, says US official', *Washington Post*, 14 January 2009, p. A1. О пресловутом «меморандуме о пытках», оправдывающем применение «методов принуждения» по отношению к предполагаемым террористам, см. Karen J. Greenberg and Joshua L. Dratel (eds.), *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Некоторые неопубликованные меморандумы см. в документе: Office of Legal Counsel Memoranda at www.usdoj.gov/opa/documents/olc-memos.htm (последнее посещение 10 марта 2009 г.). Об опровержении этих и других меморандумов в последние дни администрации Буша см. Office of Legal Counsel, 'Memorandum for the Files', 15 January 2009, p. 3, www.usdoj.gov/opa/documents/memostatutolcopinions01152009.pdf (последнее посещение 10 марта 2009 г.). Приказ президента США, изданный президентом Бараком Обамой и запрещающий применение пыток в целом, см. Executive Order No. 13491 — Ensuring Lawful Interrogations, 22 January 2009, 74 FR 4893. Обзор доклада МККК об обращении с четырнадцатью «особо ценными узниками», удерживаемыми ЦРУ, которое, несомненно, соответствует определению «пытка», см. Mark Danner 'US torture: voices from the black site', *New York Review of Books*, Vol. 56 (6) (2009), www.nybooks.com/articles/22530 (последнее посещение 11 мая 2009 г.).

78 George W. Bush, 'Humane treatment of Taliban and al Qaeda detainees', 7 February 2002, available at www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf (последнее посещение 10 марта 2009 г.).

79 Executive Order 13492 (2009) — Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities, 74 FR 4897; см. также Executive Order No. 13491 — Ensuring Lawful Interrogations, прим. 77 выше.

Аль Каида носит международный характер, и обосновывает свое право удерживать подозреваемых террористов по международным «законам войны»⁸⁰.

Тем не менее вряд ли можно усомниться в том, что применимость МГП по отношению к группам, не являющимся государством, создает значительное число проблем и что классическое МГП иногда плохо приспособлено к сегодняшним вооруженным конфликтам. В то время как МГП предоставляет два свода норм, существуют три возможные комбинации сражающихся сторон и территории: конфликт может быть классическим международным вооруженным конфликтом между государствами, немеждународным конфликтом между государством и одной или несколькими группировками, не представляющими государств, и, наконец, «транснациональным» конфликтом между государством и группировкой, не являющейся государством (или между негосударственными группировками), происходящим на территории нескольких государств.

Общая статья 3, однако, не предусматривает этой последней возможности, поскольку ее территориальная сфера применения ограничена конфликтами, имеющими место на территории государства-участника, т.е. только на территории одного государства. В 1949 г. это упущение, возможно, было вызвано относительной непонятностью таких конфликтов. Но самое позднее после 11 сентября 2001 г. они выходят на первый план в дебатах на международном уровне. Представляется, что в цитируемом выше заявлении президента администрации Буша хотела сказать, что транснациональные конфликты могут представлять собой вооруженные конфликты, но что МГП к ним не применимо⁸¹. Другие авторы отрицают, что транснациональные конфликты вообще являются вооруженными конфликтами, и приходят, таким образом, к выводу, что в отношении применения силы смертельного действия против подозреваемых террористов действует только международное право прав человека, что означает, что применение силы допустимо, только если это «абсолютно необходимо» для

80 См. In re: Guantánamo Detainee Litigation, Respondent's Memorandum Regarding the Government's Detention Authority Relative to Detainees Held at Guantánamo Bay, Misc. No. 08-442 (TFH), 13 March 2009, available at www.usdoj.gov/opa/documents/memo-re-det-auth.pdf (последнее посещение 16 марта 2009 г.), с. 1, 3, 6. См. также: D.C. District Court, *Gherebi v. Obama*, Civil Action No. 04-1164, 2009 WL 1068955, 22 April 2009, p. 21, available at www.unhcr.org/refworld/docid/4a0bcd162.htm (последнее посещение 25 мая 2009 г.), что подтверждает позицию администрации, но правильно основывает право на задержание на национальном законодательстве, а не на МГП — «Женевские конвенции налагают ограничения на действия президента во время вооруженных конфликтов; они не предоставляют ему прав» (с. 38).

81 Bush, прим. 78 выше.

целей осуществления права на жизнь, как это установлено в международных и региональных документах по правам человека⁸².

Перейдем к анализу того, как МПП применяется к некоторым «смешанным» конфликтам первого десятилетия XXI века, т.е. к конфликтам, которые не укладываются в традиционную модель либо межгосударственных, либо внутренних конфликтов. В отношении многих из таких ситуаций существуют самые различные мнения касательно применимости норм МПП международных и немеждународных конфликтов; но это означает, что в каждом случае, когда используются военные средства, МПП должно применяться. Представляется, что этим обуславливается необходимость существования некоторого минимального свода норм, применимых к каждому вооруженному конфликту.

Международный вооруженный конфликт и негосударственные группы (Хезболла)

Необходимость применения МПП к конфликтам, происходящим между государствами и негосударственными образованиями, которые имеют место за пределами их границ, была продемонстрирована в ходе войны в Ливане в 2006 г., во время которой Израиль подверг разрушению значительные территории на юге и в центре Ливана, используя военные средства, с тем чтобы предотвратить ракетные удары со стороны шиитской политической и полувоенной организации Хезболла, базировавшейся на территории Ливана. Она продемонстрирована и в ходе конфликта, имевшего место в секторе Газа в 2009 г., в котором Израиль осуществил нападение силами ВВС и сухопутных войск на Хамас, палестинскую военизированную исламистскую организацию. Менее очевидна характеристика грузинского конфликта (конфликтов) с отколовшимися провинциями Южной Осетии и Абхазии до нападения Грузии на Цхинвали 7 августа 2008 г. и вмешательства российских сил или конфликта в Косово до вмешательства НАТО 24 марта 1999 г. Но во всех этих случаях было бы невозможно — и неприемлемо — с какого-то определенного момента отрицать существование вооруженного конфликта, будь то внутреннего или международного по своему характеру.

82 Пример того, как применяется международное право прав человека см.: European Court of Human Rights (ECHR), *McCann and Others v. United Kingdom*, Judgment, 27 September 1995, Series A, No. 324, para. 148.

Военная операция Израиля против Хезболлы летом 2006 г. являлась асимметричным вооруженным конфликтом не только *de facto*, но и *de jure*, поскольку в ней принимали участие государство и негосударственное образование. Однако общая статья 2 распространяет понятие международного вооруженного конфликта только на «Высокие Договаривающиеся Стороны», т. е. государства. Соответствующее договорное право не применяется непосредственно по отношению к негосударственным образованиям.

Если военные операции, осуществляемые вооруженными группами, можно с легкостью приписать государству, это влечет за собой применимость права международных вооруженных конфликтов, и любая структурная асимметрия будет не столь важной в точки зрения МПГ. Правовая ситуация в других случаях гораздо сложнее: если нет никакого указания на то, что действия негосударственной вооруженной группы можно приписать государству, встает вопрос, может ли понятие международного вооруженного конфликта иметь какое-то отношение, в соответствии с обычным международным правом, к негосударственным образованиям. Однако не существует последовательной практики государств или *opinio juris*, свидетельствующих в пользу такого утверждения. Что касается войны Израиля против Хезболлы в Ливане, очень сомнительно, что военные операции Хезболлы можно приписать Ливану или какому-либо другому государству⁸³. Если бы правительство Ливана дало согласие на действия Израиля на своей территории, конфликт являлся бы немеждународным вооруженным конфликтом между государством Израиль и Хезболлой. Однако израильская военная интервенция была осуществлена без согласия Ливана и привела к крупномасштабным разрушениям инфраструктуры Ливана. Возможно, вооруженные конфликты между вооруженными силами государства и транснациональными вооруженными группировками, действующими на территории другого государства без его согласия, можно было бы считать международными вооруженными конфликтами благодаря трансграничному компоненту. В этом случае право международных вооруженных конфликтов с его подробными гуманитарными гарантиями было бы применимо.

83 Кирхнер даже считает, что нападения Хезболлы на Израиль можно приписывать не только Ливану, но еще Ирану и Сирии — см. Stefan Kirchner, 'Third-party liability for Hezbollah attacks against Israel', *German Law Journal*, Vol. 7 (9) (2006), pp. 777–84. Однако представляется, что Кирхнер перепутал атрибуцию и соучастие. Об условиях атрибуции (приписывания) см. ICJ, *Application of the Genocide Convention (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, прим. 30 выше, ч. 396–412. О применении этих критериев к ливанскому конфликту и выводе (правильном, по нашему мнению) о том, что атрибуция не возможна, см. Andreas Zimmermann, 'The second Lebanon war: jus ad bellum, jus in bello and the issue of proportionality', *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 11 (2007), pp. 112–15.

Тем не менее более правильно квалифицировать транснациональный вооруженный конфликт, в котором участвуют негосударственные стороны, не имеющие связи с другим государством, как вооруженный конфликт немеждународного характера. В конфликте между государствами вооруженные силы с обеих сторон пользуются привилегиями комбатантов, т. е. имеют право убивать комбатантов противника (что, естественно, предполагает такое же право противника убивать их, если они не являются *hors de combat*). Такие права не предоставляются негосударственным вооруженным группам. И все же географический элемент не должен быть определяющим при решении вопроса о том, является ли конфликт международным: «Внутренние конфликты отличаются от международных вооруженных конфликтов участвующими в них сторонами, а не территорией, на которой происходит конфликт»⁸⁴. Нет никаких причин для того, чтобы трансграничный конфликт государства с негосударственным образованием не приводил в действие гуманитарное право. Право немеждународных вооруженных конфликтов — по крайней мере, общая статья 3 — и применимое обычное право должны поэтому регулировать ведение военных действий в этих конфликтах⁸⁵.

Таким образом, в отличие от «интернационализованного» вооруженного конфликта, в котором действия всех участников могут оцениваться в соответствии с нормами традиционного гуманитарного права, применимого в международных вооруженных конфликтах, гораздо труднее принять решение в отношении немеждународного вооруженного конфликта из-за неразвитого правового регулирования таких конфликтов общей статьей 3 и Дополнительным протоколом II. Мы вернемся к этому вопросу позднее.

Оккупация и вооруженный конфликт с неправительственными группами (Газа, целенаправленные убийства)

Однако сначала мы рассмотрим другой случай, в котором применяется право международных вооруженных конфликтов, а именно ситуации оккупации, особо упоминая палестинские территории, оккупированные Израилем с 1967 г., и непрекращающееся палестинское сопротивление, особенно в Газе.

84 Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 136.

85 См. об этом же: United States Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, прим. 20 выше.

Споры вызывает вопрос о том, продолжается ли оккупация Газы после вывода израильских войск в 2005 г. Если да, то установлен международный характер конфликта, поскольку общая статья 2 Женевских конвенций относится и к оккупации после международного вооруженного конфликта. Но если оккупация прекратилась, ситуация будет аналогичной войне в Ливане между Израилем и Хезболлой. Проблемы применимости могут возникнуть, если оккупирующее государство предпринимает военные действия против негосударственных противников в рамках существующего вооруженного конфликта (оккупации) — в таком случае имеет место «вооруженный конфликт в рамках вооруженного конфликта»⁸⁶. Должны ли применяться положения права международного вооруженного конфликта? Или нормы, регулирующие немеждународные вооруженные конфликты, т.е. конфликты между государством и негосударственным образованием? Или и то, и другое?

Оккупация Западного берега и Газы была следствием классического межгосударственного вооруженного конфликта между Израилем и соседними государствами. Но оккупированные территории сами по себе никогда не входили соответственно в Иорданию и Египет. Однако, как заметил Международный суд, это не отменяет применимость по отношению к оккупированным территориям права международных вооруженных конфликтов и, следовательно, Четвертой Женевской конвенции⁸⁷. Израиль заключил мирные договоры с Египтом и Иорданией⁸⁸, осуществлявшим ранее управление территорий на Западном берегу и в секторе Газа. Тем не менее, как указывали и МС⁸⁹, и Верховный суд Израиля⁹⁰, оккупация продолжается, по крайней мере, в том, что касается Западного берега. В отношении же сектора Газа Верховный суд определил, что оккупация закончилась

86 См. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, paras. 84, 86 ff. (отдельный анализ различных частей конфликта).

87 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, прим. 13 выше, ч. 90–101.

88 Treaty of Peace between the Arab Republic of Egypt and the Government of the State of Israel, 26 March 1979, entry into force 25 April 1979, 1136 UNTS 115; Treaty of Peace between the State of Israel and the Hashemite Kingdom of Jordan, 26 October 1994, 2042 UNTS 351, entry into force 10 Nov. 1994.

89 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, прим. 13, ч. 90, 93, 101.

90 Supreme Court of Israel, *Mara'abe v. Prime Minister*, HCJ 7957/04, Judgment, 15 September. 2005, para. 14 (остался открытым вопрос о de jure или de facto применимости Четвертой Женевской конвенции).

с выводом израильских войск 12 сентября 2005 г.⁹¹, в то время как его критики⁹² придерживаются той точки зрения, что Израиль сохраняет достаточный контроль над воздушным пространством и границами и над поставками гуманитарной помощи, и поэтому надо считать, что оккупация продолжается.

Но это не обязательно указывает на то, какое право применимо по отношению к продолжающейся повстанческой деятельности на оккупированных территориях. Одно предложение могло бы заключаться в том, что следует применять только право оккупации, в частности статью 5 Четвертой Женевской конвенции, которая допускает на оккупированной территории некоторое ограничение прав лиц, которые подозреваются «на законном основании в деятельности, враждебной для безопасности этого государства». Но это положение относится к отдельным лицам, т.е. ограниченному числу лиц⁹³. Как говорится в Комментарий Пикте, «подозрение не должно распространяться на целый класс людей; коллективные меры не могут приниматься в соответствии с этой статьей; должны быть основания, оправдывающие действия в каждом конкретном случае»⁹⁴. Поэтому статью 5 нельзя применять в случае активных военных действий, происходящих между оккупирующей державой и организованными вооруженными группами на оккупированной территории. Для таких конфликтов нам нужны иные правила.

Давайте сначала рассмотрим террористическую деятельность, ведущуюся против населения Израиля, и ответные «целенаправленные убийства», осуществляемые Израилем. Здесь перед нами не стоит цель найти окончательный ответ на вопрос о том, допустимы ли такие убийства в соответствии с МГП и правом прав человека⁹⁵. Мы ограничим наш анализ вопросом о применимости международного гуманитарного права. С одной стороны, большая часть этих убийств касалась лиц,

91 Supreme Court of Israel, *Jaber Al-Bassiouni v. Prime Minister*, HCJ 9132/07, Judgment, 30 January 2008, para. 12; Yuval Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. Prime Minister of Israel*, Hebrew University International Law Research Paper, No. 13–09, 2009, pp. 6–8, available at <http://ssrn.com/abstract=1350307> (последнее посещение 25 мая 2009 г.).

92 Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 276–79, paras. 664–670.

93 О подробностях истории составления статьи см. Pictet, прим. 12 выше, с. 54.

94 Ibid., с. 55.

95 Подробный анализ см., в частности, в работах: Antonio Cassese, 'On some merits of the Israeli judgment on targeted killings', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, No. 2 (2007), p. 339; Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 420–3; David Kretzmer, 'Targeted killing of suspected terrorists: extra-judicial executions or legitimate means of defence?', *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2000), p. 171; Melzer, прим. 28 выше.

подозреваемых «на законных основаниях в деятельности, враждебной для безопасности этого государства», что делает статью 5 Четвертой Женевской конвенции применимой по отношению к ним; следовательно, такие лица «не буд[у]т иметь права претендовать на такие права и преимущества, предоставляемые настоящей Конвенцией, которые наносили бы ущерб безопасности этого государства, если бы они предоставлялись» данным лицам. С другой стороны, Израиль заявляет, что он участвует на оккупированных территориях в «горячем» вооруженном конфликте с вооруженными группами, такими как Фатх или Хамас. Израильский Верховный суд основывал свое решение от 11 декабря 2005 г. на том, что ситуация продолжающегося вооруженного конфликта имела место между Израилем и «различными террористическими организациями, действующими в Иудее, Самарии и в секторе Газа»⁹⁶. Хотя есть различные возможности квалифицировать вооруженный конфликт с террористическими группировками, Суд решил, что это международный конфликт, но добавил, что «даже те, кто придерживается мнения, что вооруженный конфликт между Израилем и террористическими организациями не носит международного характера, думают, что международное гуманитарное право или международное право прав человека применимо в данном случае». Суд также сослался на судебную практику МТБЮ⁹⁷ и Верховного суда США, которая говорит о том, что минимальные нормы применимы в конфликтах обоого типа равным образом⁹⁸.

Классификация конфликта с повстанческими группами на оккупированных территориях в качестве международного допускает два толкования: в случае первого будет подчеркиваться трансграничный по своей сути характер транснациональных конфликтов, что делает их схожими с международными вооруженными конфликтами. В случае оккупированных территорий каждый вооруженный конфликт между оккупантом и местными силами мог бы рассматриваться как международный в результате применения права оккупации⁹⁹. В соответствии

96 Supreme Court of Israel, *Public Committee Against Torture v. Israel*, прим. 31 выше, ч. 16, ссылки делаются на предыдущие прецеденты Верховного суда.

97 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, прим. 17 выше, ч. 127 (развитие обычных норм для внутреннего конфликта).

98 US Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, прим. 20 выше, ч. 2795 (минимальные нормы, содержащиеся в общей статье 3 для международных и немеждународных конфликтов, включая транснациональные вооруженные конфликты).

99 Cassese, *International Law*, прим. 95 выше, с. 420: 'Вооруженный конфликт, который имеет место между оккупирующей державой и группами повстанцев... на оккупированной территории, приравнивается к международному вооруженному конфликту'.

со вторым толкованием применение права немеждународного вооруженного конфликта к ситуации вооруженного конфликта, происходящего на оккупированных территориях, может считаться правильным, если ни одна из вооруженных групп не является оккупантом. Например, право немеждународных вооруженных конфликтов могло применяться во время вооруженного конфликта между Хамас и Палестинской администрацией или Фатх; или во время конфликта между боснийскими мусульманами и хорватами, происходившего во время конфликта в Боснии между мусульманами и сербами. Но если оккупант сам участвует в конфликте, как, предположительно, в Газе, должно применяться право международных вооруженных конфликтов. Таким образом, у нас есть ситуация, в которой нормы международных вооруженных конфликтов и положения общей статьи 3 применяются одновременно к одной ситуации, но каждые по отношению к разным акторам. Это справедливо и для ситуации, имевшей место в Ливане в 2006 г. (общая статья 3 применима к Израилю и Хезболле, если военные действия Хезболлы не приписывать Ливану, а нормы права международного вооруженного конфликта применимы к Израилю и Ливану).

Однако оккупация Израилем Палестинских территорий является особым случаем. Кроме того, важно определить, что происходит в чисто транснациональных конфликтах, если только одна сторона является государством, а другая — негосударственной группой, которая действует на территории другого государства. Мы теперь проанализируем применимость международного гуманитарного права к транснациональным конфликтам с негосударственными группами, если не имеет места оккупация или атрибуция их действий государству.

Международный вооруженный конфликт с негосударственной группой («война с терроризмом»)?

Терроризм как таковой не может быть стороной в конфликте, но четко опознаваемые террористические группы могут. Однако многие государства, начиная военные операции против таких групп и организаций, не готовы согласиться с существованием вооруженного конфликта в своих границах. Если они признают, что вооруженный конфликт имеет место, они склонны заявлять, что так называемая война с терроризмом составляет новый тип вооруженного конфликта, к которому международное гуманитарное право не применяется.

Однако 29 июня 2006 г. Верховный суд США решил, что общая статья 3 применяется к «конфликту немеждународного характера между Соединенными Штатами и Аль Каидой»: он пришел к выводу, что термин «конфликт, не носящий международного характера» в статье 3 использован для того, чтобы отличить таковой от конфликта между государствами. Таким образом, Суд отверг доводы правительства США о том, что конфликт с Аль Каидой, будучи «международным по сфере распространения», не квалифицируется как «конфликт, не носящий международного характера». В соответствии с этим решением понятие вооруженного конфликта является достаточно широким для того, чтобы включать непрерывное вооруженное насилие, происходящее между государством и транснациональным негосударственным образованием.

Для того чтобы определить применимое право, необходимы объективные критерии. Несмотря на довольно небрежное использование термина «война с терроризмом» администрацией Буша, согласие относительно понятия вооруженного конфликта с террористической организацией остается неясным. Государства даже не могут прийти к соглашению относительно определения самого терроризма¹⁰⁰, не говоря уже о правовом режиме, который следует применять по отношению к нему. Напротив, нормы права международных вооруженных конфликтов специально составлены для конфликтов, в которых участвуют вооруженные силы, пользующиеся «привилегией» комбатантов, которым разрешается убивать комбатантов другой стороны, но которые и сами могут быть убитыми ими на тех же самых основаниях. Остается спорным вопрос о том, следует ли предоставлять статус комбатанта лицам из негосударственных групп, за исключением тех, которые могут попасть в сферу действия статьи 1 (4) Протокола I. Поэтому только нормы права немеждународных вооруженных конфликтов и применимые положения права прав человека представляются соответствующими кандидатами для регулирования контртеррористической деятельности государств.

В любом случае, определенные объективные критерии нужны для того, чтобы ограничить дискреционные полномочия прави-

100 О наиболее всесторонней попытке, предпринятой недавно, см.: Проект всеобъемлющей конвенции о международном терроризме. UN Doc. A/59/894, 12 августа 2005, Приложение I. Самым проблематичным вопросом, решение которого предстоит найти, является применимость Конвенции. См. также Mahmoud Hmoud, 'Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, No. 5 (2006), p. 1031; P. Klein, 'Le droit international à l'épreuve du terrorisme', *Recueil des Cours* 321 (2006), pp. 203, at pp. 231 ff. and pp. 305 ff.; Gilbert Guillaume, 'Terrorism and international law', *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53 (2004), pp. 537, 541.

тельства. Каковы должны быть минимальные условия для того, чтобы ситуацию можно было квалифицировать в качестве вооруженного конфликта? Применение вооруженных сил государствами для борьбы с терроризмом можно рассматривать как одно важное указание на существование вооруженного конфликта. Интенсивность и степень организации участвующих в военных действиях сторон также следует принимать во внимание. Однако тот факт, что некоторые террористические сети не действуют организованно и не обладают возможностями для обеспечения выполнения обязательств по гуманитарному праву в ходе военных действий, не должен освобождать соответствующие государства (и их вооруженные силы) от их международного обязательства соблюдать минимальные гуманитарные гарантии. Иначе начнется цикл «отрицательной взаимности»¹⁰¹, который лишит МГП всех его сдерживающих возможностей. Поэтому принцип взаимности не составляет основания для применения МГП¹⁰².

Противостояние между государством и транснациональными негосударственными образованиями квалифицируется в качестве вооруженного конфликта, только если оно достигает определенного порога; другими словами, должен существовать вооруженный конфликт, по крайней мере, между двумя организованными группами. Мы бы предложили поэтому применять критерии, использованные в деле Тадича, и к транснациональным вооруженным конфликтам. Независимо от того, перешел ли конфликт через международные границы, должны применяться те же самые минимальные нормы. Все возрастающая (структурная) асимметрия на поле сражений означает, что межгосударственные вооруженные конфликты, к которым применим хорошо разработанный свод МГП, скорее всего, будут исключением, а не правилом, в то время как минимальные нормы общей статьи 3, статья 75 Протокола I и обычное право должны применяться при всех обстоятельствах, включая транснациональные вооруженные конфликты. Более того, ввиду признания Международным судом того, что положения статьи 3 проистекают из общих принципов права, а именно «элементарных соображений гуманности», территориальное требование статьи 3 можно рассматривать как устаревшее¹⁰³.

101 Geiss, прим. 2 выше, с. 757–77.

102 См., однако, Schmitt, прим. 2 выше, с. 1–42.

103 Временная и географическая область распространения как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов выходит за рамки точно установленных периодов времени и места военных действий: в международных вооруженных конфликтах это вся территория соответствующего государства, в немеждународных вооруженных конфликтах — по крайней мере, территория, на которой имеет место конфликт. См. ICTY, *Prosecu-*

Однако, если не говорить об этих минимальных нормах, основной критерий применимости всего корпуса МПП, касающегося немеждународных вооруженных конфликтов, и, в частности, ведения военных действий, все еще нуждается в определении, а именно: должны быть установлены характеристики групп, участвующих в таких конфликтах. Статья 1 Протокола II устанавливает строгие требования: негосударственные образования должны быть объективно идентифицируемы и достаточно организованы для того, чтобы вести военные действия, достигающие порога интенсивности, требуемого для вооруженного конфликта. Таким образом, контроль над территорией играет особую роль при определении возможности негосударственных образований выполнять их обязательства для целей Протокола II. Некоторые террористические вооруженные группировки могут, однако, иметь очень свободную организацию и быть рассеяны по разным странам мира. Что еще важнее, основная цель заключается не в том, чтобы прояснить проблемы, касающиеся негосударственных групп, но стоящие перед государствами, сражающимися с ними — негосударственные группы, использующие террористические методы, вряд ли озаботятся тем, применимо ли к ним, в принципе, МПП, даже если это может сыграть свою роль при возможной квалификации их действий в качестве военных преступлений. Согласно судебной практике МТБЮ стороны в вооруженном конфликте должны обладать «минимальной степенью организации» для того, чтобы обеспечить выполнение основных положений о гуманитарной защите, гарантированной общей статьей 3¹⁰⁴. В отсутствие сколько-нибудь заметного согласия о противоположном, к транснациональным конфликтам между государствами и негосударственными образованиями должен применяться критерий, почерпнутый из дела Тадича, а не более высокий стандарт Протокола II. Следовательно, для того чтобы обеспечить применимость МПП в каждом случае использования вооруженной силы, уровень организации, требуемой для участия в «длительном насилии», должен быть ниже, чем уровень организации, требуемый для осуществления «непрерывных и согласованных военных действий». Как было показано выше, недавнее развитие прецедентного права и текст Римского статута идут именно в этом направлении.

tor v. Tadić, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, прим. 17 выше, ч. 67 и 70; см. также ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, Separate Opinion of Judge Simma, прим. 65 выше, ч. 23.

104 ICTY, *Prosecutor v. Ljube Bošković and Jovan Tarculovski*, Case No. IT-04-82-T, Judgment (Trial Chamber), 10 July 2008, para. 197.

Таким образом, будет считаться, что вооруженный конфликт имеет место, если удовлетворены требования определенной интенсивности вооруженного насилия¹⁰⁵ и некоторого уровня организации¹⁰⁶ негосударственных участников. Критерий организации толковался как наличие штаба, установленных зон проведения операций, возможность обеспечить снабжение, транспорт и распределение оружия¹⁰⁷, существование командных структур, дисциплинарных правил и механизмов, осуществление контроля над территорией, возможность осуществлять набор новобранцев, обеспечивать военную подготовку, наличие военной стратегии и тактики и способность вооруженной группы выступать единым фронтом¹⁰⁸.

Практика США после террористических нападений на Соединенные Штаты 11 сентября 2001 г. заключалась в том, чтобы приравнять военную интенсивность нападений к вооруженному конфликту¹⁰⁹ — чем интенсивней конфликт, тем ниже должен быть уровень требований к его длительности. Тем не менее единичный акт, даже такое ужасное нападение, как атаки 11 сентября, не должны обуславливать переход от режима права прав человека к режиму гуманитарного права и приводить в действие весь корпус законов вооруженного конфликта. Подход США в том, что касается военной комиссии на Гуантанамо, должен заставить нас поразмышлять, поскольку он служит в основном для введения юрисдикции военных, а не гражданских судов в отношении террористических актов. Следует помнить, что минимальный стандарт применим независимо от существования вооруженного конфликта и что право прав человека применяется как в ситуациях вооруженного конфликта, так и в ситуациях мирного

105 Для оценки интенсивности конфликта принимались во внимание следующие факторы: «серьезность нападений и рост числа вооруженных столкновений, распространение столкновений по территории и во времени, любое увеличение числа правительственных сил и мобилизация, а также распределение оружия среди обеих сторон конфликта; кроме того, учитывалось, привлек ли конфликт внимание Совета Безопасности Организации Объединенных Наций и были ли приняты резолюции по этому вопросу». См. ICTY, *Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, Case No. IT-03-66-T, Judgment (Trial Chamber), 30 November 2005, para. 90.

106 См. ICTY, *Prosecutor v. Ljube Bošković, Jovan Tarculovski*, прим. 104 выше, ч. 197.

107 ICTY, *Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, прим. 105 выше, ч. 90.

108 ICTY, *Prosecutor v. Ramush Haradinaj*, прим. 40 выше, ч. 63–88.

109 Section 5 (c) of Military Commission Instruction No. 2, Crimes and Elements for Trials by Military Commission, April 30, 2003, доступно по адресу: www.defenselink.mil/news/May2003/d20030430milcominstno2.pdf (последнее посещение 10 марта 2009 г.), документ цитируется Сассоли с одобрением, см.: Sassòli, прим. 20 выше, с. 8. См.: преамбулы к Резолюциям Совета Безопасности 1368 и 1373 (2001), оправдывающие самооборону в отношении преступников, независимо от их происхождения. Такое же смешение *jus ad bellum* и *jus in bello*, см. в документе: Memorandum by the Obama administration regarding detention authority, прим. 79 выше, с. 4–5.

времени. В отличие от «вооруженного нападения», определенного в статье 51 Устава Организации Объединенных Наций¹¹⁰, термин вооруженный конфликт в определении в деле Тадича относится к длительной ситуации и, таким образом, имеет временной элемент. Однако, снижая уровень требования «непрерывности» военных действий (из Протокола II, статья 1) до «длительности» военных операций (из Римского статута, статья 8 (2) (f)), определение из дела Тадича допускает некоторые перерывы в конфликте и, таким образом, приводит к более раннему применению МГП.

Кроме того, немеждународный вооруженный конфликт должен иметь место «на территории государства». Для того чтобы избежать пробелов в гуманитарном праве, Марко Сассоли утверждает, что «в соответствии с целью и задачами МГП это положение должно пониматься как просто напоминающее, что договоры применяются только в отношении их государств-участников»¹¹¹. В виду признания Международным судом того, что положения общей статьи 3 вытекают из общих принципов права, т.е. «элементарных соображений гуманности», территориальное требование статьи 3 действительно можно рассматривать сегодня как менее значимое для применимости минимальных норм МГП¹¹². Здесь гуманитарное право и право прав человека объединяются. Однако представляется, что в других случаях недостаточно определить одно действующее на глобальном уровне негосударственное движение в качестве транснациональной группы для того, чтобы ввести в действие МГП немеждународных вооруженных конфликтов. Для этого потребуются наличие географически определенной группы с квазиевоенной организацией, а не неопределенное «полномочие на террор». Таким образом, Аль Каида в Пакистане или Талибан в Афганистане могут получить такую квалификацию, но широкая сеть Аль Каиды — нет. В случае длительного применения военной силы конкретной группой и против конкретной группы гуманитарное право, регулирующее немеждународные вооруженные конфликты, применимо. Однако этот порог не следует применять с излишней легкостью.

110 См. *Определение агрессии*, резолюция 3314 (XXIX), 14 декабря 1974 г., UN GAOR, 29-я сессия, Дополнение № 31, с 142, UN Doc. A/9631 (1974), Приложение, статья 3; Albrecht Randelzhofer, 'Article 51', in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2002, Art. 51 MN 17–20. Что касается второй ливанской войны, см. Zimmermann, прим. 83 выше, с. 107–9; о минировании военно-морского судна см. *Oil Platforms (Iran v. United States of America)*, Judgement, ICJ Reports 2003, p.161, para. 72 (одного нападения может быть достаточно, для того чтобы оно стало военным нападением и ввело в действие право на самооборону, но не в отсутствии необходимого свидетельства).

111 Sassòli, прим. 20 выше, с. 8.

112 Общая статья 3; Протокол I, статья 75; и обычное право — см. Хенкергс и Досвальд-Бек, прим. 42 выше, а также Декларацию Турку, прим. 65 выше.

В результате, так называемая война с терроризмом не является вооруженным конфликтом как таковым, независимо от времени и пространства¹¹³. Напротив, конкретный транснациональный конфликт, который ведется между государством и террористической организацией и отвечает критериям, принятым в деле Тадича, может найти свое место в существующем своде норм МГП.

Внутренние вооруженные конфликты и права человека

Во внутренних вооруженных конфликтах право немеждународных вооруженных конфликтов является не единственным сводом норм, которое применяется в этих ситуациях. Кроме МГП применяются национальное право и стандарты прав человека. Однако международное гуманитарное право не предлагает подробного правового регулирования таких конфликтов. Положения общей статьи 3 содержат минимальные нормы. Кроме того, существует развивающееся обычное право. Протокол II ввел очень высокий порог применимости и не может с легкостью применяться в каждом мыслимом сценарии внутреннего вооруженного конфликта. Более того, многие негосударственные образования не смогли бы удовлетворять этим критериям. Поэтому существующие положения Протокола II не могут очень уж помочь в большинстве случаев внутренних асимметричных конфликтов. Все сомнения относительно вопросов, связанных с порогом применимости, должны быть решены для того, чтобы обеспечить более эффективную гуманитарную защиту — в соответствии с лежащей в основе МГП целью и философией. Общая статья 3 должна поэтому иметь как можно более широкое применение¹¹⁴.

В то время как в международных вооруженных конфликтах многие нормы права прав человека будут подчинены МГП, международное право прав человека будет применяться в немеждународных вооруженных конфликтах, только с допустимыми отступлениями и исключениями. Другими словами, если МГП немеждународных вооруженных конфликтов не предоставляет каких-либо привилегий бойцам негосударствен-

113 Аналогичным образом, Noëlle Quénivet, 'The applicability of international humanitarian law to situations of a (counter-)terrorist nature', in Roberta Arnold and Pierre-Antoine Hildbrand (eds.), *International Humanitarian Law and the 21 st Century's Conflicts: Changes and Challenges*, Edis, Lausanne/Berne/Lugano, 2005, p. 27: «Поскольку международное гуманитарное право не знает правовой категории «терроризм», необходимо оценивать в каждом конкретном случае, можно ли считать такие ситуации террористического характера вооруженным конфликтом»; Roberta Arnold, 'Terrorism and IHL: A common denominator?', *ibid.*, p. 22.

114 ICTY, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-T, Judgement (Trial Chamber), 25 June 1999, para. 49.

ных образований, они, тем не менее, остаются под защитой норм прав человека. Если порог, необходимый для применимости МПП, не достигается, право прав человека является их единственной защитой, но применяется оно в полном объеме. Как свидетельствует решение Европейского суда по правам человека в деле МакКанна¹¹⁵, такая защита шире защиты, предоставляемой МПП. В частности, если большинство защитных норм МПП не применяются по отношению к лицам, участвующим в военных действиях (например, Протокол I, статья 51 (3); Протокол II, статья 13 (3)), террористы в мирное время пользуются защитой права на жизнь и, таким образом, принципом соразмерности.

Все слышнее хор голосов специалистов в области прав человека, которые хотят совсем избавиться от МПП, по крайней мере в ходе немеждународных конфликтов, и объединить МПП с правом прав человека¹¹⁶. В своем решении относительно внутреннего конфликта в Чечне Европейский суд по правам человека сумел отразить особенно вопиющее применение вооруженной силы против гражданских лиц, даже не упомянув МПП в резолютивных частях своего решения, применив вместо этого общий стандарт соразмерности¹¹⁷. Действительно, если бы стандарты прав человека были строже, чем МПП, такое слияние было бы полезным для жертв немеждународных вооруженных конфликтов.

Увы, такое решение было бы слишком легким. Главный недостаток применения норм права прав человека заключается в отсутствии у них четкости в отношении ведения военных действий, а также их зависимость от неопределенного стандарта соразмерности.

Соразмерность в МПП и в международном праве прав человека относится к двум разным понятиям с различными сферами применения. Сомнительно, что принцип соразмерности, как он применяется в праве прав человека¹¹⁸, будет иметь тот же сдерживающий эффект

115 ECHR, *McCann v. United Kingdom*, прим. 82 выше.

116 См. Francisco Forrest Martin, 'Using international human rights law for establishing a unified use of force rule in the law of armed conflict', *Saskatchewan Law Review*, 2001, Vol. 64, No. 2, p. 347; Roberta Arnold and Noëlle Quéniwet (eds.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008.

117 См. ECHR, *Isayeva v. Russia*, Application No. 57950/00, Judgment (Chamber), 24 February 2005 (final 6 July 2005); ECHR, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, Applications Nos. 57947/00, 57948/00, 57949/00, Judgment (Chamber), 24 Feb. 2005 (final 6 July 2005). Критику см. в работе: Andreas Paulus, 'The protection of human rights in internal armed conflict in Europe: Remarks on the Isayeva decisions of the European Court of Human Rights', *Uppsala Yearbook of East European Law*, 2006, p. 61; William Abresch, 'A human rights law of internal armed conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya', *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), p. 741.

118 Human Rights Committee, *Guerrero v. Colombia*, Communication No. R.11/45, 31 March 1982, paras. 13.2–13.3.

для вооруженных сил во время ведения ими военных действий. Хотя существуют некоторые критерии для определения соразмерности в праве прав человека¹¹⁹, которые применимы к вооруженным силам, выполняющим правоприменительные функции, большинство норм права прав человека не так конкретны, как соответствующие положения МГП, созданные для регулирования вооруженных конфликтов. Неразбериха с различными стандартами, которая может скорее навредить, нежели помочь жертвам вооруженных конфликтов, должна быть устранена. Поэтому МГП во внутренних конфликтах нельзя просто заменить правами человека; наличие длительного вооруженного конфликта между группами военного характера требует применения МГП. Дополнительно к МГП применяются стандарты международного права прав человека¹²⁰.

Взаимность

Наконец, представляется, что некоторые политические круги рассматривали основные требования МГП как роскошь, неприменимую, когда жизни угрожает опасность, исходящая от террористов, которые могут завладеть оружием массового уничтожения скорее, нежели мы этого хотим¹²¹. Они заявляют, что МГП технически неприменимо к ситуациям «асимметричной войны», в которых только одна сторона в конфликте готова соблюдать законы войны — при условии взаимности — условии, которое отсутствует в контртеррористической войне¹²².

119 Согласно принципу 9 «Основных принципов применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка» сила может применяться только в случаях «самообороны или защиты других лиц от неминуемой угрозы смерти или серьезного ранения или с целью предотвращения совершения особо серьезного преступления, влекущего за собой большую угрозу для жизни, с целью ареста лица, представляющего такую опасность, сопротивляющегося их власти, или с целью предотвращения его побега и лишь в тех случаях, когда менее решительные меры недостаточны для достижения этих целей». Приняты Генеральной Ассамблеей ООН в Резолюции 45/166, 18 декабря 1999 г.

120 См. Louise Doswald-Beck, 'The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?', *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 864 (2006), pp. 881–904.

121 Один из самых вопиющих примеров см.: Alberto Gonzales (White House Legal Counsel and later US Attorney-General), Memorandum for the President, Draft, 25 Jan. 2002, in Karen J. Greenberg and Joshua L. Dratel (eds.), *The Torture Papers: The Road to Abu Gbraib*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 118–19: «[Э]та новая парадигма [война с терроризмом] делает устаревшими строгие ограничения Женевы, касающиеся пленных противника, и некоторые положения этого права начинают выглядеть странно».

122 См., в частности, заявление администрации Буша о том, что «война с терроризмом» является транснациональным вооруженным конфликтом, к которому применяются законы войны, в том

Однако никогда не предполагалось, что взаимность в МГП означает прекращение действия конкретных норм, содержащихся в нем, из-за несоблюдения их другой стороной¹²³, этот принцип МГП предназначен для того, чтобы гарантировать равное применение МГП ко всем сторонам в конфликте. Взаимность «общего характера» осталась в соответствии с общей статьей 2 (3) Женевских конвенций после того, как в той же самой статье было отвергнуто положение о всеобщем участии, содержавшееся в Гаагской конвенции 1899/1907 гг., которое привело к технической неприменимости Гаагских конвенций в обеих мировых войнах¹²⁴. Что касается народов, осуществляющих свое право на самоопределение в соответствии со статьей 1 (4) Протокола I, то сам документ настаивает на том же принципе взаимности, требуя от этих народов в статье 96 (3) четкого признания и применения МГП.

В отношении немеждународных вооруженных конфликтов, напротив, общая статья 3 не содержит такого требования взаимности. Однако Протокол II, как свидетельствует его статья 1, кажется, рассматривает некоторую взаимность между участвующими в конфликте вооруженными силами в качестве предварительного условия применимости Протокола. Конечно, и Протокол II, и общая статья 3 в равной степени применимы ко всем сторонам в таком конфликте¹²⁵. Но если статья 1 (1) Протокола II требует, чтобы силы сторон, не являющихся государствами, имели командную структуру и осуществляли контроль над определенной частью территории, то общая статья 3 не содержит каких-либо требований такого рода. Содержащиеся в ней гарантии гораздо больше похожи на гарантии из статьи 75 Протокола I тем, что эти статьи содержат минимальные гарантии, не зависящие от принципа взаимности, предоставляемые каждому лицу, находящемуся во власти стороны в конфликте¹²⁶.

смысле, что действие обычного права приостанавливается, но право войны не предоставляет защиты «незаконным комбатантам противника», т.е. террористам, от каких-либо злоупотреблений, типа пытки водой — см., в частности: Bellinger, прим. 69 выше. Общий анализ асимметрии в современных вооруженных конфликтах см.: Schmitt, прим. 2 выше, с. 13–15, 41–2.

123 См., в частности: Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC/Martinus Nijhoff, Geneva/The Hague, 1987, ч. 49–51, где даже говорится об «абсолютном» запрете на применение принципа взаимности для того, чтобы избежать выполнения обязательств по гуманитарному праву. См. также статью 60 (5) Венской конвенции о праве договоров, исключающей договоры гуманитарного характера из числа тех, которые могут не выполняться на основании принципа взаимности в случае нарушения этих договоров.

124 О подробностях см. Pictet, прим. 12 выше, Vol. 1, с. 34–7, и Vol. 4, с. 22–5.

125 Сильви Жюно «Сфера применения настоящего протокола» в работе: Сандо, Свинарский, Циммерман (ред.), прим. 37 выше, ч. 4442–4444.

126 Об их обычном характере см. прим. 65 выше.

Международный суд подтвердил такое толкование в решении по делу Никарагуа, рассматривая эти нормы в качестве вытекающих из «элементарных соображений гуманности», независимо от какого-либо элемента взаимности¹²⁷. Таким образом, большинство норм МГП — особенно те, которые имеют отношение к немеждународным вооруженным конфликтам — применимы независимо от взаимности. Асимметричные конфликты, следовательно, не являются причиной неприменимости минимальных требований МГП.

Заключение

Хотя рост числа транснациональных конфликтов, происходящих между государствами и негосударственными группами, создал многочисленные проблемы для установления наличия вооруженного конфликта, есть свидетельства, что ситуации, к которым применимо МГП, стало легче выявлять благодаря развитию, которое получил этот корпус права в последнее время. Представляется, что после решений, принятых Верховным судом США по делам Хамдана и Бумедьена, будет общепризнано, что вооруженные конфликты с негосударственными образованиями не составляют «зоны, свободной от права» или «юридической черной дыры», но регулируются МГП или правом прав человека, предусматриваемыми международным или (и) национальным законодательством¹²⁸.

Как заявляют некоторые авторы, применимость норм права немеждународного вооруженного конфликта на практике зависела от его идентификации в качестве такового государством¹²⁹. Однако именно этот «самозаявленный» характер применимости законов войны привел составителей Женевских конвенций к объективному критерию существования международного вооруженного конфликта. Почтительное отношение

127 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, прим. 30 выше, ч. 218, Об «элементарных соображениях гуманности» как источнике международного права см. ICJ, *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment (Merits), ICJ Reports 1949, p. 22.

128 О попытке создать такую зону в заливе Гуантанамо см. известную работу: Johan Steyn, 'Guantánamo Bay: the legal black hole', *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53 (2004), p. 1. Недавнее решение Верховного суда США по делу Бумедьена, кажется, окончательно похоронило эту попытку — см. *Boumediene v. Bush*, 128 SCt 2229 (2008), reprinted in 47 ILM 650 (2008). На второй день своего президентства президент Обама торжественно пообещал закрыть тюрьму на базе Гуантанамо — см. LaFranchi and Lubold, прим. 69 выше.

129 См. Lindsay Moir, 'Towards the unification of international humanitarian law', in Richard Burchill, Nigel D. White and Justin Morris (eds.), *International Conflict and Security Law: Essays in Memory of Hilaire McCouberty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 108, 126; Pejic, прим. 9 выше.

к государствам, позволяющее им самим определять наличие вооруженного конфликта должно иметь границы. В отличие от задач некоторых частей права войны, как, например, права нейтралитета, задачей международного гуманитарного права является защитить тех, кто не принимает или более не принимает участия в военных действиях, и избежать ненужных потерь. Такая защита не может ставиться в зависимость от интерпретации тех, действия которых МПП стремится ограничить.

В настоящей статье мы указываем, по крайней мере, на три причины сохранять оптимизм в отношении развития логичной системы МПП как для международных, так и для немеждународных конфликтов. Во-первых, признание значительного объема обычного международного права, применимого как к международным, так и немеждународным вооруженным конфликтам¹³⁰, несколько уменьшило значение проведения между ними различия, хотя некоторые сторонники этой тенденции признают, что разница остается важной в том, что касается статуса сторон в конфликте и деталей применимых норм. Во-вторых, явное признание определения вооруженного конфликта, данного в деле Тадича, статьей 8 (2) (f) Римского статута, хотя формально оно применяется только в международном уголовном праве, несколько снизило уровень требований, установленных для немеждународного вооруженного конфликта статьей 1 (1) Протокола II. Мы бы предложили такое же распространение сферы применения обычных норм, нашедших отражение в Протоколе II. Наконец, признание в решении Верховного суда США по делу Хамдана того, что общая статья 3 предусматривает минимальные нормы для всех вооруженных конфликтов, и мнение большинства, заключающееся в том, что статья 75 Протокола I также применима¹³¹, лишь подтвердили существовавшие ранее мнения по этому вопросу¹³². Мы полагаем, что не имеет большого значения, считается ли это решение новаторским прочтением Женевских конвенций как «живого документа» или развитием обычного права в направлении создания минимальных гуманитарных норм, применимых в любой ситуации, как это было предложено в Декларации Турку 1990 г.¹³³

130 См., в частности: ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, прим. 17 выше, ч. 96, 97, 119; о деталях см. Хенкертс и Досвальд-Бек, прим. 42 выше.

131 US Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, прим. 20 выше, ч. 2795 (мнение большинства) и 2797 (Justice Stevens, заключение, получившее поддержку наибольшего числа судей).

132 ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, Особое мнение судьи Симма, прим. 65 выше, ч. 26–28; Opinion of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), adopted at its 57 th Plenary Session, Venice, 12–13 December 2003, Opinion No. 245/2003, Council of Europe Doc. No. CDL-AD (2003) 18, para. 38.

133 Декларация Турку, прим. 65 выше.

Однако остаются важные расхождения во мнениях, в частности, касающиеся определения «вооруженного конфликта», что имеет первостепенное значение, поскольку именно оно четко и однозначно обусловит начало применения МГП. В то время как определение, данное в деле Тадича, помогло найти общий порог для немеждународных вооруженных конфликтов, остается неясно, не должно ли определение международного конфликта включать любое противостояние вооруженных сил¹³⁴. Между тем, общая статья 3 стала минимальным критерием для любого вооруженного конфликта. Об этом говорит особое отношение к общей статье 3, отраженное в статье 8 (2) (с) и (d) Римского статута.

Помня об этом, мы попытались в настоящей работе показать, что конфликты начала XXI века могут действительно классифицироваться более или менее убедительно. Мы столкнулись не с одним случаем конфронтации с «терроризмом» как таковым, но с целым рядом конфликтов, похожих на войну между государствами и негосударственными образованиями, причем некоторые из них являются международными (Афганистан 2001–2002 гг., Ирак 2003–2004 гг. и Ливан 2006 г. после нападений на правительство и общественные здания), другие — немеждународными (США — Талибан и Аль Каида в Афганистане/Пакистане после 2002 г.¹³⁵, сектор Газа 2008–2009 гг.), в то время как другие, возможно, вообще не были вооруженными конфликтами (Йемен 2002 г.¹³⁶). Особенно важно сохранить одинаковое применение МГП, несмотря на категоризацию сторон в таком конфликте в соответствии с *jus ad bellum* или национальным правом. Вот почему статья 1 (4) Протокола I оказалась столь проблемной. Негосударственные группы и далее не могут претендовать на привилегии, полагающиеся комбатантам как законным воюющим, и, следовательно, на законное «право» применять вооруженную силу в отношении любых лиц. Применимость МГП, таким образом, не зависит от «взаимности», но только от обязательного характера МГП для всех сторон в конфликте.

134 Pictet, прим. 12 выше, с. 20–1. См. Также Quéguiner, прим. 54 выше, с. 275: ‘ [L]es critères de durée ou d’intensité des combats sont indifférents à la qualification d’un conflit armé international.’

135 Mohammad-Mahmoud Ould Mohamedou, *Non-linearity of Engagement: Transnational Armed Groups, International Law, and the Conflict between Al Qaeda and the United States*, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, July 2005, available at www.hpcr.org/pdfs/Non-Linearity_of_Engagement.pdf (последнее посещение 8 марта 2009 г.).

136 См. Mary Ellen O’Connell, ‘Ad hoc war’, in Horst Fischer, Ulrike Froissart and Wolff Heintschel von Heinegg (eds.), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz — Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, BWV, Berlin, 2004, pp. 415–16; Quénuvet, прим. 112 выше, с. 49.

Нет юридического понятия общей или глобальной «войны с терроризмом»¹³⁷. Борьба с террористическими группировками не является новым типом войны. Террористические акты любого масштаба могут иметь место не в ситуациях вооруженного конфликта. В отсутствие действий, составляющих вооруженный конфликт, к террористической деятельности применяются право прав человека и национальное право. Право вооруженных конфликтов является правовой основой, только если террористические акты совершаются в рамках вооруженного конфликта¹³⁸ или если террористические группы приобрели способность вести длительный вооруженный конфликт. Действия в ответ на угрозу терроризма, исходящую от ограниченного числа лиц, которые не составляют четко определяемую вооруженную группу, способную вести «длительный вооруженный конфликт», должны, если эта угроза имеет место в контексте вооруженного конфликта или оккупации, предприниматься в соответствии со статьей 5 Четвертой Женевской конвенции.

Само собой разумеется, что МПП запрещает, как во время международных, так и во время немеждународных вооруженных конфликтов, любое деяние, которое может классифицироваться как террористическое, особенно нападения на гражданских лиц, неизбирательные нападения и терроризирование гражданского населения. Как указал независимый эксперт Комиссии по правам человека ООН Роберт Голдман, «[х]отя гуманитарное право запрещает терроризм, тот факт, что такие акты совершаются во время вооруженного конфликта, не влияет на правовой статус ни военных действий, ни участвующих сторон или их обязанность соблюдать гуманитарное право»¹³⁹. Но было сделано и однозначное заявление о том, что «[н]ет таких обстоятельств, в которых любое лицо, как бы оно ни квалифицировалось, может на законных основаниях оказаться вне защиты международного гуманитарного права во время любого вооруженного конфликта. Было ...справедливо подчеркнуто, что нужны не новые юридические нормы, а более эффективное соблюдение и выполнение существующего права»¹⁴⁰.

137 Ханс-Петер Гассер, Террористические акты, «терроризм» и международное гуманитарное право, *Международный журнал Красного Креста*, № 845–847 (2002 г.), с. 242; Jelena Pejic., 'Terrorist acts and groups: a role for international law?', *British Yearbook of International Law*, Vol. 75 (2004), с. 85–8, автор считает, что кроме конфликта в Афганистане 2001–2002 гг. современная «война с терроризмом» вообще не является вооруженным конфликтом.

138 Гассер, прим.137 выше, с. 235–268.

139 Доклад независимого эксперта Роберта К. Голдмана по вопросу о защите прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом, E/CN.4/2005/103, ч. 18.

140 International Commission of Jurists, *Assessing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, International Commission of Jurists, Geneva, 2009, p. 65.

Итак, возможно, мы еще очень далеки от «унификации международного гуманитарного права»¹⁴¹, но и слишком модное опасение «фрагментации»¹⁴² МГП тоже не оправдано. Конечно, разделение между международными и немеждународными вооруженными конфликтами может не всегда быть удовлетворительным — почему, например, международный характер вооруженного конфликта в секторе Газа должен зависеть от того, закончилась или нет израильская оккупация? Действительно, само разделение между международными и немеждународными конфликтами неудовлетворительно с гуманитарной точки зрения, как убедительно показал МТБЮ в деле Тадича¹⁴³. Это различие является, скорее, уступкой государствам, чтобы негосударственные группы не могли воспользоваться применимостью МГП для оправдания своего участия в вооруженном конфликте.

Но гуманитарная миссия МГП — защита гражданского населения и всех лиц *hors de combat* и предотвращение излишних страданий — остается столь же важной для смягчения последствий вооруженного конфликта в XXI веке, как это было в сражениях, которым оно обязано своим появлением в XIX. Для выполнения этой миссии МГП и сейчас требуется «пусковой механизм», который должен срабатывать на нейтральной основе, независимо от более глубоких причин и правомерности вооруженного конфликта. Такой механизм создается сочетанием критерия существования «длительного вооруженного конфликта» с утверждением, что определенные гуманитарные принципы применимы во время любого конфликта. Возможно, международному гуманитарному праву однажды придется выполнять задачу умирения последней войны. Но что бы ни ожидало нас впереди, соблюдение этого права остается предварительным условием конечного успеха, другими словами, установления мира. По словам Сунь Цзы: «те, кто умело ведут войну, практикуют Дао и сохраняют законы и поэтому могут формировать политику победителей»¹⁴⁴.

141 Moir, прим. 129 выше, с. 108–28.

142 О «фрагментации» международного права см. в работе: Martti Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006 (с обширной библиографией).

143 См. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, прим. 17 выше, ч. 119.

144 Sun Tzu, прим. 4 выше, с. 88, ч. 15. Комментарий Ду Му объясняет: «Дао — это путь гуманности и справедливости; «законы» — это правила и установления».