

## Повлиял ли вооруженный конфликт в Афганистане на нормы ведения военных действий?

**Робин Гайс и Михель Зигрист\***

Робин Гайс является профессором факультета права в Университете Потсдама (Германия). Михель Зигрист — ассистент в редакции Международного журнала Красного Креста, он имеет степень магистра права Женевской академии международного гуманитарного права и прав человека.

### Краткое содержание

*Вооруженный конфликт в Афганистане поставил после 2001 г. множество вопросов, касающихся норм гуманитарного права, регулирующих ведение военных действий. В Афганистане, как часто бывает в ситуациях так называемых асимметричных конфликтов, географические и временные границы поля сражений, а также различие между гражданскими лицами и боевиками становятся все более размытыми. Поэтому опасности, грозящие как гражданским лицам, так и солдатам в Афганистане, весьма серьезны. Цель настоящей статьи состоит в том, чтобы определить, повлиял ли, и если да, то в какой степени, вооруженный конфликт в Афганистане на применение и толкование принципов проведения различия, соразмерности и принятия мер предосторожности, которые составляют суть правовых норм, касающихся ведения военных действий.*

⋮ ⋮ ⋮ ⋮ ⋮ ⋮

\* Часть материала, содержащегося в данной статье, была ранее опубликована в работе: Robin Geiß, 'The conduct of hostilities in asymmetric conflicts: reciprocity, distinction, proportionality, precautions', in *Humanitäres Völkerrecht — Informationsschriften (Journal of International Law of Peace and Armed Conflicts)*, Vol. 23, No. 3, 2010, pp. 122—132. Содержание настоящей статьи отражает взгляды авторов и не обязательно взгляды организаций, в которых они работают или работали.

Почти в течение десяти лет вооруженный конфликт в Афганистане ставил много трудных вопросов перед военными, юристами-международниками и гуманитарными организациями. Даже сегодня не проходит и дня без сообщений о потерях среди гражданского населения или персонала Международных сил содействия безопасности (ISAF) и операции «Несокрушимая свобода» (НС), а также сил оппозиции<sup>1</sup>. Хотя это естественно, что во время вооруженного конфликта солдаты и боевики получают ранения и оказываются убиты, этого не должно случаться с гражданскими лицами. Одним из факторов, которые в большой степени повлияли на военные действия в Афганистане, является огромная разница в технологической мощи и военной силе между сторонами в конфликте. Военная мощь Соединенных Штатов и их союзников заставила вооруженную оппозицию перейти к партизанской войне, в которой применяется стратегия выносливости и изнурения<sup>2</sup>. Осуществляя такую стратегию, вооруженная оппозиция старается избежать классического поля сражения, перемещая военные действия из одной местности в другую. Часто это происходит вблизи мест проживания гражданских лиц, что размывает линии различия между теми, кто сражается, и лицами, не принимающими активного участия в военных действиях. В то же самое время важнейшей частью современной стратегии действий против партизан является сосредоточение внимания на гражданском населении и как можно более близкое к нему присутствие<sup>3</sup>. Размываются различия, все увеличиваются трудности при определении сторонами в конфликте военных объектов и применении принципов соразмерности и принятии мер предосторожности. Все это временами побуждает либо расширить некоторые понятия международного гуманитарного права (МГП), такие как определение непосредственного участия в военных

- 1 Вооруженная оппозиция, действующая против правительства Исламской Республики Афганистан и международного военного присутствия, обычно называется «Талибан», однако сама она называет себя «Исламский Эмират Афганистан». Это краткое название раздробленного альянса, состоящего из различных групп, таких как Кетта Шура Талибан на юге Афганистана, Хезб-и-Ислами Гульбеддин (ХИГ) и Хезб-е-Ислами на востоке и сеть Хаккани. О негосударственных вооруженных группировках, действующих на территории Афганистана, см. в документе: the Human Security Report Project (HSRP), Afghanistan Conflict Monitor, доступно по адресу: <http://www.afghanconflictmonitor.org/armedgroups.html> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).
- 2 Patrick Quinn, 'Taliban leader: insurgents waging war of attrition', in *The Seattle Times*, 15 November 2010, доступно по адресу: [http://seattletimes.nwsourc.com/html/nationworld/2013436796\\_apasafghan\\_talibanmessage.html](http://seattletimes.nwsourc.com/html/nationworld/2013436796_apasafghan_talibanmessage.html) (последнее посещение 15 марта 2011 г.). См. также: Ehsan Mehmood Khan, 'A strategic perspective on Taliban warfare', in *Small Wars Journal*, 22 March 2010, доступно по адресу: <http://smallwarsjournal.com/blog/2010/03/a-strategic-perspective-on-tal/> (последнее посещение 15 марта 2011 г.).
- 3 См., например: Canadian Army, 'Troops get close to Afghans', 15 February 2011, доступно по адресу: <http://www.army.forces.gc.ca/land-terre/news-nouvelles/story-reportage-eng.asp?id=5024> (последнее посещение 15 марта 2011 г.); David Axe, 'US-led alliance concentrates on Afghan population centers', in *Voice of America*, 9 May 2011, доступно по адресу: <http://www.voanews.com/english/news/asia/US-led-Alliance-in-Concentrateson-Afghan-Population-Centers-121518749.html> (последнее посещение 27 июня 2011 г.).

действиях<sup>4</sup>, либо, напротив, ограничить его защитную сферу действия<sup>5</sup>. Однако по мере того, как возрастало число жертв среди гражданского населения, оказалось, что тенденция к ограничению защитной сферы действия МГП противоречила достижению долговременных стратегических целей. В результате политика и оперативные соображения привели к принятию правил применения силы, которые в отдельных своих аспектах являются более ограничительными, нежели этого требует МГП<sup>6</sup>.

Статья построена следующим образом. Во-первых, классифицируются различные этапы вооруженного конфликта, происходящего в Афганистане с 2001 г. Этот раздел важен для определения правовой основы, регулирующей военные действия. Во-вторых, делается попытка понять, повлиял ли асимметричный характер вооруженного конфликта в Афганистане на МГП, в частности на толкование и применение норм, касающихся ведения военных действий. Этот анализ сосредоточен на понятиях проведения различия, соразмерности и мер предосторожности, и в нем в качестве практических примеров используются проблемы, с которыми сталкиваются международные вооруженные силы. В-третьих, настоящая статья проливает некоторый свет на подчас трудное различие между парадигмой правоприменительной деятельности и парадигмой военных действий в определенных операциях. Одним примером того, как эти две парадигмы могут пересекаться, служат контрольно-пропускные пункты, которые являются важной мерой по обеспечению безопасности в Афганистане. И наконец, в статье рассматриваются возможные трудности и преимущества, которые новые технологии могут представлять в условиях военных действий. Особенно в последние годы беспилотные летательные аппараты (БЛА) использовались в Афганистане для целей разведки, но все чаще и для собственно самих военных действий, например для так называемых точечных ликвидаций.

4 См.: Kenneth Watkin, 'Opportunity lost: organized armed groups and the ICRC "Direct participation in hostilities" interpretative guidance', in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 641–695; Michael N. Schmitt, 'Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements', in *ibid.*, pp. 697–739; Bill Boothby, "And for such time as": the time dimension to direct participation in hostilities, in *ibid.*, pp. 741–768.

5 В отношении статуса комбатантов боевиков «Талибана» и «Аль-Каиды» см, например: W. Hays Park, 'Combatants', in Michael N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, US Naval War College International Law Studies, Vol. 85, Naval War College Press, Newport, RI, 2009, pp. 269–275. Критику коллективного отказа в статусе военнопленного и анализ правовых оснований задержания см. в работе: Stéphane Ojeda, 'US detention of Taliban fighters: some legal considerations', in *ibid.*, pp. 360–369.

6 Например: «До начала обстрела командир, принимающий решение о нанесении удара, должен определить, что в зоне обстрела нет гражданских лиц. Если нет возможности определить присутствие гражданских лиц, обстрел запрещается, за исключением тех случаев, когда имеется (одно) из следующих условий (конкретные условия не указываются с целью обеспечения оперативной безопасности; однако они связаны с опасностью для персонала ISAF и сил Афганистана)». См.: ISAF, *General Petraeus issues updated tactical directive: emphasizes 'disciplined use of force'*, News Release, 2010-08-CA-004, Kabul, 4 August 2010, доступно по адресу: <http://www.isaf.nato.int/article/isaf-releases/general-petraeus-issues-updated-tacticaldirective-emphasizes-disciplined-use-of-force.html> (последнее посещение 15 марта 2011 г.).

## Юридическая квалификация афганского конфликта 2001—2011 гг.

Ситуация в Афганистане является сложной не только с фактической, но и с юридической точки зрения. После 2001 г. в конфликте участвовало несколько сторон, и сегодня принято считать, что этот конфликт можно разделить на этап международного вооруженного конфликта между возглавляемой США коалицией (НС) и «Талибаном», правящим в Афганистане, который продолжался с 7 октября 2001 г. до 18 июня 2002 г.<sup>7</sup> и за которым последовал «интернационализированный» немеждународный вооруженный конфликт<sup>8</sup>, начавшийся 19 июня 2002 г., в котором новое афганское правительство, поддерживаемое силами ISAF и ОНС, сражается с вооруженной оппозицией<sup>9</sup>. Эта фаза конфликта продолжается и сегодня.

### Международный вооруженный конфликт до 19 июня 2002 г.

Активные военные действия в Афганистане начались с ударов с воздуха, нанесенных по «Талибану» 7 октября 2001 г., что было частью операции «Несокрушимая свобода». Эта военная кампания, возглавляемая США и направленная против «Талибана» и «Аль-Каиды» в Афганистане, началась в ответ на террористические акты, совершенные 11 сентября 2001 г. в Соединенных Штатах<sup>10</sup>. Хотя только несколько государств признавали

7 См.: S. Ojeda, примечание 5 выше, pp. 358—359. В соответствии с судебной практикой Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) международный вооруженный конфликт имеет место всегда, «когда в отношениях между государствами используется вооруженная сила». См.: ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 70. В соответствии с комментарием к Женевским конвенциям 1949 г. международный вооруженный конфликт имеет место всегда, когда «любое разногласие, возникающее между двумя государствами, приводит к использованию вооруженных сил». Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary, Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva, ICRC, 1952, p. 32.

8 Заметьте, что это выражение не описывает «третий» тип вооруженного конфликта, но говорит о немеждународных вооруженных конфликтах с «международным» измерением. Это выражение используется в ситуациях, где государство (или многонациональные силы) становится стороной в уже существующем немеждународном вооруженном конфликте. Такое вмешательство может быть результатом в трех случаях: 1) существующий вооруженный конфликт остается немеждународным вооруженным конфликтом, если государство или многонациональные силы поддерживают другое государство в борьбе против вооруженной оппозиции; 2) вооруженный конфликт трансформируется в международный вооруженный конфликт, если действия вооруженной оппозиции можно присвоить вмешивающемуся государству или многонациональным силам; и 3) он переходит в «конфликт смешанного характера», в котором отношения между сторонами регулируются частично нормами международного вооруженного конфликта, а частично нормами немеждународного вооруженного конфликта.

9 S. Ojeda, примечание 5 выше, pp. 359—360.

10 Операция «Несокрушимая свобода» основывалась на резолюции 1368 Совета Безопасности ООН от 12 сентября 2001 г., в которой признавалось индивидуальное и коллективное право на самооборону в соответствии с Уставом ООН, осуждались «террористические нападения» в Соединенных Штатах, которые определялись как угроза международному миру и безопасности.

в то время «Талибан» в качестве законного правительства Афганистана, общепризнано, что фактически он представлял собой правительство Афганистана<sup>11</sup>, потому что контролировал большую часть территории Афганистана, принимал законы и обеспечивал их соблюдение и некоторую (хотя и сомнительную) степень «безопасности» в контролируемых им зонах<sup>12</sup>. Падение Мазари-Шарифа 9 ноября 2001 г. стало началом падения правления «Талибана», а когда силы Северного альянса вошли в Кабул 13 ноября<sup>13</sup>, после чего последовало падение Кандагара 7 декабря<sup>14</sup>, считалось, что большая часть талибов разбежалась<sup>15</sup>. Это падение «Талибана» расчистило путь для создания нового переходного правительства. Юридическая дискуссия во время этой фазы конфликта была в основном сосредоточена на вопросах, касающихся статуса боевиков противника и статуса задержанных, а также обращения с ними<sup>16</sup>.

### Немеждународный вооруженный конфликт после 19 июня 2002 г.

В соответствии с Боннским соглашением от 5 декабря 2001 г. чрезвычайная Лойа Джирга создала Афганскую администрацию переходного периода 19 июня 2002 г. и избрала Хамида Карзая новым главой правительства, признанного международным сообществом<sup>17</sup>. В этот момент между-

Кроме того, НАТО применило статью 5 Североатлантического договора, в которой нападение на одну или несколько сторон договора рассматривается как нападение на них всех. Article 5 of the North-Atlantic Treaty of 4 April 1949; NATO Update, 'Invocation of Article 5 confirmed', 2 October 2001, доступно по адресу: <http://www.nato.int/docu/update/2001/1001/e1002a.htm> (последнее посещение 14 марта 2011 г.). См. также: '7 October 2001: US launches air strikes against Taleban', in BBC, 'On this day', 7 October 2001, доступно по адресу: [http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/7/newsid\\_2519000/2519353.stm](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/7/newsid_2519000/2519353.stm) (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

- 11 Только Пакистан, Саудовская Аравия и Объединенные Арабские Эмираты признавали «Талибан» как правительство de jure. Об этом признании см.: Rüdiger Wolfrum and Christine E. Phillip, 'The status of the Taliban: their obligations and rights under international law', in J. A. Frowein and R. Wolfrum (eds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, 2002, pp. 571–577 and 584–586.
- 12 *Ibid.*, p. 566; см. также Доклад Генерального секретаря, *Положение в Афганистане и его последствия для международного мира и безопасности*, 17 августа 2001 г., UN Doc. S/2001/789.
- 13 John Simpson, 'Eyewitness: the liberation of Kabul', in BBC News, доступно по адресу: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/south\\_asia/1654353.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/1654353.stm) (последнее посещение 10 марта 2011 г.).
- 14 '7 December 2001: Taleban surrender Kandahar', in BBC 'On this day', доступно по адресу: [http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/december/7/newsid\\_4031000/4031711.stm](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/december/7/newsid_4031000/4031711.stm) (последнее посещение 22 марта 2011 г.).
- 15 См.: Barbie Dutter and Stephen Robinson, 'Reign of the Taliban is over', in *The Telegraph*, 7 December 2001, доступно по адресу: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/afghanistan/1364622/Reign-of-the-Taliban-is-over.html> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).
- 16 Об этой дискуссии см., inter alia: Jelena Pejic, "'Unlawful/enemy combatants": interpretation and consequences', in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines — Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 335–336; Gabor Rona, 'Legal issues in the "war on terrorism": reflecting on the conversation between Silja N.U. Voneyk and John Bellinger', in *German Law Journal*, Vol. 9, No. 5, 2008, pp. 711–736.
- 17 См.: Резолюция Совета Безопасности 1419 (2002), от 26 июня 2002, в которой приветствуется избрание Хамида Карзая. См. также: Доклад Генерального секретаря, *Положение в Афганистане и его последствия для международного мира и безопасности*, 11 июля 2002 г., UN Doc. S/2002/737. Международная конференция по Афганистану, состоявшаяся в декабре 2001 г., закончилась

народный вооруженный конфликт завершился, поскольку далее не было противостояния двух или более государств<sup>18</sup>. Однако военные действия вскоре возобновились, так как вооруженная оппозиция приспособилась к новой ситуации<sup>19</sup>. Они велись в разных местах и с разной степенью напряженности между новым афганским правительством, которому оказывали поддержку силы ISAF<sup>20</sup> и ОНС, и вооруженной оппозицией. Организация вооруженной оппозиции и военные действия такого уровня, что можно с уверенностью говорить о существовании немеждународного вооруженного конфликта, к которому применяется статья 3, общая для четырех Женевских конвенций 1949 г. (общая статья 3), и обычное МГП (соответствующее этому порогу)<sup>21</sup>.

Поскольку Афганистан ратифицировал Протокол II 10 ноября 2009 г., военные действия между Афганской национальной армией и вооруженной оппозицией могли бы регулироваться и этим Протоколом. Для этого вооруженная оппозиция должна была бы, по меньшей мере, таким образом контролировать часть Афганистана, чтобы быть в состоянии «осуществлять непрерывные и согласованные военные действия и применять [Дополнительный протокол II]»<sup>22</sup>. Представляется, что вооруженной оппозиции удалось создать «теневое правительство» в Афганистане, где оно осуществляет контроль над частью афганского населения и руководит судами<sup>23</sup>. Эта фактическая обстановка говорит

принятием Соглашения о временных механизмах в Афганистане до восстановления постоянно действующих правительственных институтов («Боннское соглашение»), S/2001/1154, 5 декабря 2001 г., учреждающего временную администрацию и призывающего к созыву чрезвычайного заседания Лояя Джирги. См. выше: Эдвардс, Л.-М. Построение государства в Афганистане: дело, свидетельствующее о наличии пределов? С. 95—125; Norah Niland, 'Impunity and insurgency: a deadly combination in Afghanistan', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 92 No 880 pp. 931—950.

18 В 2009 г. было высказано мнение о том, что характер конфликта между государствами Коалиции и вооруженной оппозицией не изменился, т. е., что конфликт остается международным вооруженным конфликтом. См., например: Yoram Dinstein, 'Terrorism and Afghanistan', in M. N. Schmitt, примечание 5 выше, pp. 51—53.

19 См.: Доклад Генерального секретаря, *Положение в Афганистане и его последствия для международного мира и безопасности*, 18 марта 2002 г., UN Doc. S/2002/278, ч. 45—54.

20 О мандате ISAF см., в частности, резолюции Совета Безопасности ООН: 1386 от 20 декабря 2001 г.; 1510 от 13 октября 2003 г.; и 1890 от 8 октября 2009 г.

21 Четкого и единого определения того, что является немеждународным вооруженным конфликтом, не существует в международном праве. Однако общепринято, что наличие такого конфликта определяется объективными критериями, а именно: интенсивностью насилия и организацией сторон. Критерии достижения порога излагаются в документе: International Committee of the Red Cross (ICRC), *How is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law?*, ICRC Opinion Paper, March 2008, доступно по адресу: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

22 Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) от 8 июня 1977 г., статья 1, п. 1.

23 См.: David Kilcullen, *The Accidental Guerrilla: Fighting Small Wars in the Midst of a Big One*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 47—48 and 49—50. См. также: Griff Witte, 'Taliban shadow officials offer concrete alternative', in *The Washington Post*, 8 December 2009; Anand Gopal, 'Some Afghans live under Taliban rule — and prefer it', in *The Christian Science Monitor*, 15 October 2008, доступно по

в пользу применимости Дополнительного протокола II в отношениях между вооруженной оппозицией и афганскими правительственными вооруженными силами. Но вопрос о том, связаны ли другие государства положениями Протокола II в связи с конфликтом в Афганистане, является спорным. Конечно, Протокол не может непосредственным образом связывать государства, которые, подобно США, не ратифицировали его<sup>24</sup>. Далее, формулировки статьи 1 (1) Дополнительного протокола II предусматривают, что он применяется только к вооруженным конфликтам между договаривающимся государством и противостоящими ему негосударственными образованиями, которые контролируют часть территории государства<sup>25</sup>. Таким образом, представляется, что государства, иные нежели Афганистан, которые являются стороной в вооруженном конфликте, непосредственным образом также не связаны Дополнительным протоколом II, даже если они его ратифицировали. Тем не менее каждая сторона в конфликте должна соблюдать те нормы, которые достигли статуса обычного права<sup>26</sup>.

Поэтому правовую основу, применимую ко всем сторонам в вооруженном конфликте в Афганистане, составляет общая статья 3, а также обычное МГП, применимое во время немеждународных вооруженных конфликтов. Кроме того, вооруженный конфликт между правительством Афганистана и вооруженной оппозицией регулируется нормами Дополнительного протокола II. Однако противоречие, которое вытекает из применимости Дополнительного протокола II только к отношениям между вооруженной оппозицией и Афганистаном, является относительно несущественным. Большинство положений Дополнительного протокола II приобрели статус обычного права и поэтому применяются и к другим государствам — сторонам в вооруженном конфликте в Афганистане. Что же касается географической сферы применения МГП, важно подчеркнуть, что применимость этих норм не ограничена зоной, где ведутся активные военные действия, они применяются на всей территории Афганистана<sup>27</sup>.

адресу: <http://www.csmonitor.com/World/Asia-South-Central/2008/1015/p01s01-wosc.html> (последнее посещение 22 марта 2011).

24 См.: Венская конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 г., статья 34, где сформулировано общее правило: «Договор не создает обязательств или прав для третьего государства без его на то согласия».

25 См.: Дополнительный протокол II, статья 1(1), постановляющая, что «Настоящий Протокол... применяется ко всем вооруженным конфликтам ... происходящим на территории какой-либо Высокой Договаривающейся Стороны между ее вооруженными силами и ... организованными вооруженными группами, которые ... осуществляют ... контроль над частью ее территории ...» (курсив автора).

26 См.: Венская конвенция о праве международных договоров, статья 38.

27 См., например: ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, примечание 7 выше, paras. 86 and 89; International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Decision of 2 September 1998, paras. 635 and 636.

## Афганистан: асимметричный вооруженный конфликт

Одной из основных проблем вооруженного конфликта в Афганистане является значительная разница в военной силе и технической мощности между международными военными/ISAF силами, с одной стороны, и вооруженной оппозиции — с другой. Афганистан, таким образом, стал ярким примером асимметричного вооруженного конфликта<sup>28</sup>.

Конечно, «асимметричная война» — понятие многостороннее. Не существует какого-то общего понимания, тем более четкого определения того, что же такое «асимметричная война». Кто-то даже утверждал, что понятие асимметрии было «так искажено, что стало непригодным для использования»<sup>29</sup>. Но как бы то ни было в правовой доктрине выражение «асимметричная война» обычно употребляется для краткого описания изменяющейся структуры современных вооруженных конфликтов и для обозначения соответствующих вызовов, которые бросает такое развитие событий применимости МГП. В таком контексте термин «асимметричная война» используется для описания неравенства и отсутствия равновесия между воюющими сторонами, участвующими в современных вооруженных конфликтах, которые могут охватывать весь спектр военных действий<sup>30</sup>. Чаще всего имеется в виду неравное распределение военной мощи и технологических возможностей<sup>31</sup>. Дисбаланс в силах между сторонами может быть столь велик, что с самого начала более слабая сторона лишена сколько-нибудь реальных перспектив одержать победу в конфликте военными методами. Военная победа в классическом смысле может даже и не быть целью соответствующих сторон<sup>32</sup>.

Ситуация в Афганистане является ярким примером того, что существует очевидная причинно-следственная связь между таким отсутствием равновесия в силе и тем, что называется партизанской войной<sup>33</sup>.

28 См.: Claus Kress and Georg Nolte, 'Im ungleichen Krieg', in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, доступно по адресу: <http://www.faz.net/s/RubD5CB2DA481C04D05AA471FA88471AEF0/Doc~E0AAA1FCF923947BEV8C20C7D45EFA2DC~ATr1~Ecommon~Scontent.html> (последнее посещение 22 марта 2011 г.); Паулюс, А., *Вашиакмадзе, М.* Асимметричная война и понятие вооруженного конфликта — попытка разработать концептуальную модель // *Международный журнал Красного Креста*. 2009. № 873. С. 146. См., в общем: Herfried Münkler, 'The wars of the 21st century', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 849, 2003, p. 7.

29 Stephen J. Blank, *Rethinking Asymmetric Threats*, U.S. Army War College, Strategic Studies Institutes, September 2003, доступно по адресу: <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?pubID=103> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

30 См.: Michael N. Schmitt, 'Asymmetrical warfare and international humanitarian law', in Wolff Heintschel von Heinegg and Volker Epping (eds), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Springer Science and Business Media, Berlin and Heidelberg, 2007, pp. 11—48.

31 Robin Geiß, 'Asymmetric conflict structures', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 864, 2006, pp. 757—777; Пфаннер, Т. Асимметричная война с точки зрения гуманитарного права и гуманитарной деятельности // *Международный журнал Красного Креста*. 2005. № 857. С. 195—227.

32 William C. Martel, *Victory in War: Foundations of Modern Military Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

33 См. например: D. Kilcullen, примечание 23 выше, p. 39 и далее. Традиционно, особенно в военной



Военный потенциал многонациональных сил в Афганистане заставляет вооруженную оппозицию применять так называемую партизанскую тактику, чтобы избежать непосредственной военной конфронтации с превосходящими силами противника и компенсировать тем самым свою относительную слабость. Некоторые авторы предполагают также, что вооруженная оппозиция в Афганистане использует стратегию изнурения прежде всего для того, чтобы получить контроль над пуштунскими регионами, а не в попытках добиться прямого свержения афганского правительства<sup>34</sup>. Эта простая логика не нова, у нее давняя история в практике ведения войны<sup>35</sup>. В XX веке войны за национальное освобождение и значительное большинство немеждународных вооруженных конфликтов — все в этом смысле были асимметричными по своей природе. Несмотря на свои ограниченные военные средства, вооруженная оппозиция продемонстрировала, что она способна помешать в достижении стратегических целей превосходящему ее по силе противнику и добиваться осуществления собственных целей<sup>36</sup>. Продолжительность немеждународного конфликта в Афганистане это подтверждает. К сегодняшнему дню конфликт продолжается почти десять лет<sup>37</sup>. Конфликт в Афганистане характеризуется высокой динамичностью. Можно наблюдать тенденцию к размыванию четко определяемых пространственных или временных границ. Уровень насилия постоянно изменяется; военные действия вспыхивают в любое время и могут развернуться в любом месте. Таким образом, пространство боя никак не ограничено, и традиционные понятия четкого «поля сражения» часто кажутся довольно устаревшими в таких обстоятельствах<sup>38</sup>. «Талибан» Афганистана, кажется, состоит из ядра боевиков, которые передвигаются из одной долины в другую (особенно когда есть угроза их безопасности), устраивают засады, закладывают мины или самодельные взрывные устройства (СВУ — взрывающиеся при приближении человека или автомобиля или с дистанционным управлением), используют снайперов и даже совершают нападения силами смертников<sup>39</sup>. Этих переме-

теории, асимметричная война часто приравнивалась к партизанской войне. См.: Stephen Metz and Douglas V. Johnson II, *Asymmetry and U.S. Military Strategy: Definition, Background, and Strategic Concepts*, US Army War College, Strategic Studies Institute, January 2001, доступно по адресу: <http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ssi/asymmetry.pdf> (последнее посещение 3 января 2011).

34 См., например: D. Kilcullen, примечание 23 выше, pp. 50, 52.

35 Andrew J. R. Mack, "Why big nations lose small wars: the politics of asymmetric conflict", in *World Politics*, Vol. 27, No. 2, 1975, pp. 175–200.

36 Ivan Arreguin-Toft, *How the Weak Win Wars: A Theory of Asymmetric Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

37 'Is the Afghan War really the longest in U.S. history?' in *The Week*, 10 June 2010, доступно по адресу: <http://theweek.com/article/index/203842/is-the-afghan-war-really-the-longest-in-us-history> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

38 H. Münkler, примечание 28 выше, pp. 7–22; Herfried Münkler, *Der Wandel des Krieges: Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, 2nd edn, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2006.

39 D. Kilcullen, примечание 23 выше, p. 55. Заметьте, что вооруженная оппозиция использует выражение «нападения мучеников за веру». См. неофициальный перевод МККК в настоящем номере журнала: «Исламский Эмират Афганистан. Лайха [кодекс поведения] для моджахедов», версия

щающихся боевиков часто поддерживают местные партизаны «неполной занятости» и деревенские ячейки (действующие в качестве координирующих и разведывательных механизмов)<sup>40</sup>.

Структуры асимметричного конфликта поднимают множество различных (правовых) проблем<sup>41</sup>. Что же касается самого ведения военных действий, то дискуссии ведутся вокруг последствий все возрастающей размытости линий проведения различия, а также применения и адекватности соответствующих норм гуманитарного права. Постоянное избегание прямых военных столкновений, преднамеренное перемещение военных действий из одного места в другое, опора на поддержку населения — такие стратегии часто приводят к тому, что военные действия ведутся вблизи городов и гражданских объектов. Все это затрудняет проведение различия между теми, кто сражается, и покровительствуемыми гражданскими лицами. На практике все труднее определить, на кого и на какие объекты можно нападать. В результате возрастает опасность для гражданского населения. В то же самое время солдаты, действующие на местах, также подвергаются большей опасности, поскольку не могут всегда увидеть разницу между теми, кто участвует и кто не участвует в военных действиях. Эта достойная сожалений тенденция хорошо известна<sup>42</sup>. Вновь и вновь на международных форумах выражается обеспокоенность в связи с тем, что гражданскому населению приходится выносить основную тяжесть современных вооруженных конфликтов<sup>43</sup>. Однако меньше внимания уделялось различным вопросам о «последующих действиях», которые поднимаются в связи с размытыми

от 29 мая 2010 г., правило 57. Примеры недавних нападений смертников и других нападений см., среди прочего, в работе: Heidi Vogt and Mirwais Khan, 'Afghanistan suicide bomber kills 6 NATO troops', in *The Huffington Post*, 12 December 2010, доступно по адресу: [http://www.huffingtonpost.com/2010/12/12/afghanistan-suicide-bomber\\_n\\_795588.html](http://www.huffingtonpost.com/2010/12/12/afghanistan-suicide-bomber_n_795588.html) (последнее посещение 22 марта 2011 г.); Alissa J. Rubin, '31 killed in suicide attack on Afghan census office' in *The New York Times*, 21 February 2011, доступно по адресу: <http://www.nytimes.com/2011/02/22/world/asia/22afghanistan.html> (последнее посещение 22 марта 2011 г.); и 'Taliban attack Afghanistan Nato bases', in RFI, 28 August 2010, доступно по адресу: <http://www.english.rfi.fr/asia-pacific/20100828-taliban-attack-afghanistan-nato-bases> (последнее посещение 22 марта 2011 г.). Согласно докладу Генерального секретаря ООН в 2010 г. совершались около трех нападений смертников в неделю, в основном направленных на международные силы. См. Доклад Генерального секретаря. *Положение в Афганистане и его последствия для международного мира и безопасности*, 10 декабря 2010 г. UN Doc. S/2010/630, ч. 15.

40 D. Kilcullen, примечание 23 выше, pp. 83—86.

41 Понятию и определению вооруженного конфликта в соответствии с международным гуманитарным правом уделяется поэтому значительное внимание в публикациях последних лет. См.: Паулюс, А., Вашиакмадзе, М., примечание 28 выше, с. 127—170.

42 *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, документ, подготовленный Международным Комитетом Красного Креста к XXX Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца, 30IC/07/8.4, октябрь 2007 г., доступно по адресу: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihl-challenges-30th-international-conference-eng.pdf> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

43 См.: *ibid.*; Совет Безопасности ООН, «Несмотря на успехи, гражданское население продолжает выносить основную тяжесть конфликта, как говорит заместитель Генерального секретаря на брифинге в Совете Безопасности», пресс-релиз от 26 июня 2009 г., SC/9692, доступно по адресу: <http://www.un.org/News/Press/docs/2009/sc9692.doc.htm> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

линиями различия, когда речь идет об идентификации законных военных объектов, применении принципа соразмерности и принятии мер предосторожности, предписываемых в силу статьи 57 Дополнительного протокола I и обычного права. Асимметричные конфликты, как представляется, выводят на первый план целый ряд застаревших вопросов и двусмысленностей, касающихся норм гуманитарного права, регулирующих ведение военных действий. В настоящей статье анализируются эти вопросы на фоне длительного конфликта в Афганистане и в качестве практического примера используются главным образом проблемы, с которыми приходится сталкиваться международным вооруженным силам.

## **Ведение военных действий в асимметричных конфликтах**

Усилия, направленные на то, чтобы избежать прямых столкновений и сохранить собственные силы, становятся приоритетными задачами, особенно для воюющей стороны с более низким военным потенциалом. Такое положение может бросить особенно серьезный вызов основополагающему принципу проведения различия. Непосредственных нападений можно легко избежать, приняв вид гражданского лица. Притвориться лицом, имеющим право на покровительство, смешавшись с гражданским населением и осуществляя нападения с объектов, которые пользуются особой защитой, — вот наиболее прискорбные, но, кажется, неизбежные последствия такой логики. Использование «живых щитов» для защиты военных объектов, которые нельзя с легкостью замаскировать, становится средством манипуляции возможностями противника оценить соразмерность нападения. Кроме того, нарушается принцип, требующий принятия мер предосторожности, изложенный в статье 58 Дополнительного протокола I и в части обычного МГП, применимого во время как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов<sup>44</sup>.

## **Взаимность и другие стимулы для соблюдения права**

Повторяющиеся нарушения норм гуманитарного права одной стороной могут повлиять и на поведение другой стороны. Теоретически самым худшим сценарием будет динамика негативной взаимности, то есть эффект спирали, что в конечном итоге приведет к взаимному пренебрежению нормами МГП. Если одна из воюющих сторон постоянно нарушает гуманитарное право и если такое поведение дает ей ощутимое военное преимущество, другая сторона может, в конце концов, также пренебрегать нормами, чтобы расширить свое пространство для маневра и тем самым, предпо-

44 См.: Хенкертс, Ж.-М., Досвальд-Бек, Л. Обычное международное гуманитарное право, т. I: Нормы. Москва, МККК. 2005. Норма 15. С. 65.

ложительно, повысить эффективность своей стратегии противодействия.

Однако порочный круг явного взаимного пренебрежения гуманитарными нормами остается в основном в теории<sup>45</sup>. Опыт, особенно афганский, показал, что строгое соблюдение основополагающих гуманитарных принципов ведет к достижению долговременных стратегических целей. И наоборот, повторяющиеся нарушения гуманитарного права, даже если они, как кажется, обещают кратковременные военные преимущества, в конечном итоге могут подорвать доверие к стороне в конфликте и ее репутацию. А это может иметь пагубные последствия для ее способности проводить дипломатическую и гуманитарную политику, осуществлять стратегию в области развития и других областях, что крайне важно для достижения долговременных стратегических целей<sup>46</sup>. Даже кратковременные военные преимущества, которые, как ожидается, могут быть получены путем нарушения гуманитарных норм, часто бывают очень незначительными. Излишние повреждения и ненужные страдания всегда только излишние и ненужные. Они вряд ли способствуют выполнению поставленных (военных) задач<sup>47</sup>. К настоящему времени урок, полученный в Афганистане, заключается в том, что победу в конфликте невозможно одержать исключительно военной силой или даже преимущественно используя этот стратегический инструмент. Стратегическим приоритетом стала задача победить в борьбе за «умы и сердца» афганцев. Поэтому после 2009 г. ISAF действует, исходя из того, что необходимо свести к минимуму потери среди гражданского населения и разрушения гражданских объектов<sup>48</sup>. Эта доктрина, кажется, привела к таким правилам применения силы, которые частично выходят за рамки ограничений, налагаемых МПП<sup>49</sup>. Таким образом, многонациональные силы часто действуют в рамках, которые налагают на них более строгие ограничения. Это представляется необходимым в условиях, где потери и разрушения, даже не превосходящие рамок МПП, могут угрожать делу достижения основных стратегических целей<sup>50</sup>. Поэтому кажется оправданным вывод о том, что в

45 МТБЮ должным образом отметил, что «после Первой мировой войны применение законов войны более не опирается на взаимность между воюющими сторонами... в результате нормы по большей части стали все чаще соблюдаться каждой воюющей стороной, несмотря на возможные нарушения со стороны противника. В основе такого изменения лежало понимание государствами того, что нормы международного гуманитарного права предназначены не для защиты интересов государств; они главным образом разработаны в интересах отдельных лиц, т. е. людей». ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic*, Case No. IT-95-16-T, Judgment, 14 January 2000, para. 518.

46 Robert D. Sloane, 'Prologue to a voluntarist war convention', in *Michigan Law Review*, Vol. 106, December 2007, p. 481.

47 *Ibid.*

48 Gregor Peter Schmitz and Gabor Steingart, 'Generäle gegen Obama', in *Der Spiegel*, 26 September 2009, pp. 107–109.

49 Незасекреченные выдержки из новой Тактической директивы от 1 августа 2010 г. (заменяющей версию от 1 июля 2009 г.), см.: ISAF, примечание 6 выше. Именно из этих выдержек можно сделать некоторые выводы относительно действовавших правил применения силы.

50 *Ibid.*

Афганистане частое несоблюдение норм гуманитарного права не привело к стремительному падению на дно, если говорить о соблюдении гуманитарных норм. Преобладает понимание того, что уважение МГП и далее служит жизненно важным (государственным) интересам, даже при отсутствии традиционных концепций взаимности<sup>51</sup>.

## Принцип проведения различия

Другие виды стратегии, часто осуществляемые в ситуациях асимметричной войны, могут стать причиной гораздо более разнообразных и коварных проблем для МГП, чем явное несоблюдение этого права в ответ на ранее допущенные нарушения. Эти асимметричные ситуации могут привести к размыванию различия между гражданскими лицами и боевиками и между гражданскими объектами и военными объектами. В условиях Афганистана это видно на следующих двух примерах: во-первых, Кодекс поведения моджахедов 2010 г. рекомендует, среди прочего: «Моджахеды должны следить за тем, чтобы их внешний вид — прическа, одежда и обувь — соответствовали шариату и внешнему виду простых людей в данной местности. С одной стороны, моджахеды и местное население получают от этого пользу с точки зрения безопасности, а с другой — это даст возможность моджахедам легко перемещаться в различных направлениях»<sup>52</sup>. Во-вторых, при осуществлении стратегии «завоевания умов и сердец» и контртеррористических действий (COIN — ППД), в ходе которых учитываются нужды населения<sup>53</sup>, предпринимаются усилия по обеспечению присутствия рядом с этим населением, используется работа бригад по восстановлению провинций, при этом размещаются вместе гражданские и военные компоненты — для оказания гуманитарной помощи<sup>54</sup> — и солдаты одеваются в гражданскую одежду<sup>55</sup>. Хотя ни одна норма МГП, касающаяся немеждународных вооруженных конфликтов, явным образом не запрещает такую практику *per se*, это вызывает большую обеспокоенность в том, что касается уважения принципа проведения различия. Противник, зачастую непостижимый и невидимый, приводил в замеша-

51 См. также: R. D. Sloane, примечание 46 выше, p. 481.

52 См.: «Исламский Эмират Афганистан. Лайха [кодекс поведения] для моджахедов», примечание 39 выше, правило 81.

53 См.: US Department of the Army, FM 3-24.2: *tactics in counterinsurgency*, Washington, DC, 21 April 2009, in particular on clear-hold-build operations, para. 3-106 et seq.

54 См., например, Save the Children, *Provincial Reconstruction Teams and Humanitarian: Military Relations in Afghanistan*, London, 2004. Кроме того, по меньшей мере в течение периода с 11 сентября 2001 г. по 1 мая 2003 г. служащие США и коалиции иногда использовали «одежду коренного населения, чтобы слиться с силами, которым они оказывали поддержку», или «гражданскую одежду при осуществлении гуманитарной деятельности». Center for Law and Military Operations, *The Judge Advocate General's Legal Center and School, Legal Lessons Learned from Afghanistan and Iraq, Volume I: Major Combat Operations (11 September 2001–1 May 2003)*, United States Army, 2004, pp. 64–69.

55 См., например: ISAFMEDIA, 'Meet a Marine Sergeant who blends in with the Afghan people to do his job', 02 May 2011, доступно по адресу: [http://www.youtube.com/watch?v=VoTH5tFTHIQ&feature=youtuube\\_gdata](http://www.youtube.com/watch?v=VoTH5tFTHIQ&feature=youtuube_gdata) (последнее посещение 5 мая 2011 г.).

тельство, что вызывало дебаты относительно того, где же проводить линию между покровительствуемыми и непокровительствуемыми лицами и гражданскими и военными объектами, и является ли эта двоичная категоризация, присущая принципу проведения различия, все еще актуальной на современном поле боя и в крайне динамичной боевой обстановке.

### *Отличие лиц, пользующихся защитой от прямых нападений, от лиц, которые могут становиться объектами нападений*

Размытые линии различия иногда побуждали некоторых авторов выступить в пользу довольно свободного толкования тех правовых критериев, которые определяют утрату защиты от прямых нападений. Говоря проще, в ответ на все большие трудности в определении различия между боевиками и покровительствуемыми лицами на практике сторонники этого взгляда предлагают расширить правовую категорию лиц, на которых можно совершать нападения, не нарушая права. Вообще эта аргументация часто основывается на предпосылке, что современное поле боя стало еще более опасным для солдат и поэтому следует предоставить им больше свободы при принятии решения относительно применения силы на поражение. В настоящее время ведутся дебаты вокруг интерпретации понятия «непосредственное участие в военных действиях» — это деятельность, которая временно лишает гражданских лиц полагающейся им защиты от прямых нападений. Такие дебаты, и особенно одобрение довольно широкого толкования этого понятия и его временной сферы распространения, отражают указанную тенденцию<sup>56</sup>. Есть и другие аналогичные симптомы, например, утверждение, что так называемые добровольные «живые щиты» являются *per se* непосредственным участием в военных действиях и поэтому утрачивают право на защиту от прямых нападений; или же предположение, что в случае сомнения «сомнительная» деятельность может быть приравнена к «непосредственному участию в военных действиях»<sup>57</sup>.

В том же духе сделаны предложения довольно широко определить членство в организованной вооруженной группировке<sup>58</sup>. Члены организованной вооруженной группировки прекращают быть гражданскими лицами и поэтому утрачивают право на защиту от непосредственных нападений в течение того времени, пока они остаются членами такой группы<sup>59</sup>.

56 Подробно об этой дискуссии см. различные статьи в журнале *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, доступно по адресу: <http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/jilpvolume42/index.htm> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

57 М. N. Schmitt, примечание 4 выше, р. 737; р. 123, где цитируется Michael N. Schmitt, “Direct participation in hostilities” and 21st century armed conflict, in Horst Fischer et al. (eds), *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, p. 509. Автор считает, что «[с]ерые зоны должны толковаться либерально, т. е. в пользу того, что это непосредственное участие».

58 К. Watkin, примечание 4 выше, р. 691.

59 В международных вооруженных конфликтах такой подход на основании членства не являет-

Они больше не пользуются так называемой защитой по типу «вращающейся двери», которая полагается гражданским лицам, — имеется в виду, что в отличие от гражданских лиц они не получают вновь защиту от прямых нападений в тот момент, когда прекращают непосредственным образом участвовать в военных действиях. Они как боевики могут становиться объектами прямого нападения в любое время в соответствии с теми же принципами, что и лица из состава вооруженных сил, то есть независимо от того участвуют ли они в момент нападения непосредственно в военных действиях. Однако идентификация членов организованной вооруженной группировки может оказаться очень трудным делом. Положение в Афганистане наглядно демонстрирует трудности с проведением различия между мирными гражданскими лицами и боевиками вооруженной оппозиции или гражданскими лицами, непосредственно участвующими в военных действиях<sup>60</sup>. Наличие оружия у человека само по себе не может, конечно, считаться признаком непосредственного участия в военных действиях и еще менее признаком членства в организованной вооруженной группировке, потому что афганские гражданские лица традиционно имеют оружие в своих домах для защиты себя и своих семей<sup>61</sup>. Более того, судя по некоторым сведениям сбор информации становится более сложным, поскольку афганские информанты иногда одурачивают международные силы, заставляя их убивать своих личных врагов, а не высокопоставленных членов вооруженной оппозиции<sup>62</sup>. Совершенно очевидно, что если членство в организованной вооруженной

ся бесспорным: см., например, работу: Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-state Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 148—155. В своем исследовании вопроса о непосредственном участии МККК принял подход, основанный на членстве, при условии наличия у лица боевых функций. См.: ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, May 2009, pp. 31—36.

- 60 Следует отметить, что в число гражданских лиц входят и члены «Талибана», которые не имеют постоянной боевой функции и которые не участвуют непосредственным образом в боевых действиях. По крайней мере в период с 11 сентября 2001 г. и по 1 мая 2003 г. в правилах операции «Несокрушимая свобода» какие-либо силы не назывались враждебными. Вместо этого предлагалась концепция «возможной и идентифицируемой угрозы (ВИУ)» и позитивной идентификации (ПИД), что приводило войска в замешательство. Личный состав получал подготовку, в которой учитывались три фактора: объявление сил враждебными (на которые можно нападать в любое время), непосредственное участие в военных действиях и ситуации, не связанные с военными действиями, в которых применялось понятие необходимой самообороны. См.: Center for Law and Military Operations, примечание 54 выше, p. 96—103; Michael N. Schmitt, 'Targeting and international humanitarian law in Afghanistan', in M. N. Schmitt, примечание 5 выше, p. 314.
- 61 По некоторым оценкам у афганских гражданских лиц есть в наличии около миллиона единиц оружия, что равняется приблизительно 4,4 единицы стрелкового оружия на 100 человек. См. данные, собранные организацией GunPolicy.org, доступно по адресу: <http://www.gunpolicy.org/firearms/region/afghanistan> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).
- 62 См., например: Allan Hall, 'US troops "tricked into killing Afghan drug clan's rival"', in *The Telegraph*, 30 March 2009, доступно по адресу: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/afghanistan/5079429/UStroops-tricked-into-killing-Afghan-drug-clans-rival.html> (последнее посещение 22 марта 2011 г.); Kim Sengupta, 'Taliban factions may be using British forces to assassinate rival commanders', in *The Independent*, 25 July 2008, доступно по адресу: <http://www.independent.co.uk/news/world/asia/taliban-factions-may-be-using-british-forces-to-assassinate-rival-commanders-876801.htm> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

группе будет определяться только на основании поддержки, оказываемой соответствующим лицом такой группе, или его симпатии к ней— например, логистической поддержки, не связанной с военными действиями и оказываемой в силу племенной солидарности, то категория лиц, не подлежащих защите (боевиков), будет значительно расширена. Более того, любое такое определение не будет свободно от произвола в отсутствии объективных достоверяемых критериев для установления связи лица с вооруженной группировкой<sup>63</sup>.

Однако диаметрально противоположная тенденция отвергает все попытки расширить категории тех лиц, которые могут на законных основаниях становиться объектом нападения<sup>64</sup>. Сторонники этой тенденции склонны, в виду расплывчатости структур асимметричных (немеждународных) конфликтов, воспринимать эту двоичную структуру МПП, то есть категоричное различие между боевиками, с одной стороны, и покровительствуемыми лицами — с другой, как излишне жесткую и негибкую<sup>65</sup>. Некоторые даже заявляют, что категории статусов по МПП уже пережили полностью свою практичность. Например, высказывалось мнение, что в качестве применимого права и во время немеждународных вооруженных конфликтов следует применять право прав человека, в котором нет принципа проведения различия<sup>66</sup>. В частности, решения 2005 г. Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) по делу Исаевой послужили причиной дебатов относительно того, можно ли все-таки достичь, особенно во время немеждународных вооруженных конфликтов, реалистичной степени защиты посредством (исключительно или предпочтительно) применения права прав человека<sup>67</sup>.

Оставим в стороне вопрос о том, связывает ли международное право прав человека вооруженные группы, а также проблему экстеррито-

63 Более подробно эта дискуссия освещена в: Nils Melzer, 'Keeping the balance between military necessity and humanity: a response to four critiques of the ICRC's *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*', in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, p. 831.

64 См.: Доклад Специального докладчика по вопросу о внесудебных казнях, казнях без надлежащего судебного разбирательства или произвольных казнях, Филиппа Алстона, *Addendum: study on targeted killings*, UN Doc. A/HRC/14/24/Add. 6, 28 May 2010, para. 65. См. также: Derek Jinks, 'Protective parity and the laws of war', in *Notre Dame Law Review*, Vol. 79, 2004, pp. 1524—1528.

65 Rosa Ehrenreich Brooks, 'War everywhere: rights, national security law, and the law of armed conflict in the age of terror', in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2004, pp. 675 and 757: «Было бы гораздо лучше сделать статус комбатанта чисто функциональным вопросом, таким, который опирается не на технические вопросы, но на степень, в которой лицо непосредственным образом, активно и по большей части участвует в сознательном и преднамеренном планировании или осуществлении актов насилия»; Larry May, 'Killing naked soldiers: distinguishing between combatants and noncombatants', in *Ethics and International Affairs*, Vol. 19, No. 3, 2005, p. 39.

66 См.: William Abresch, 'A human rights law of internal armed conflict: the European Court of Human Rights in Chechnya', in *The European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, 2005, pp. 758—760 and 767.

67 European Court of Human Rights (ECtHR), *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, ECtHR, App. Nos. 57947-49/00 (24 Feb. 2005); *Isayeva v. Russia*, ECtHR, App. No. 57950/00 (24 Feb. 2005).



риального применения права прав человека, которые возникают всегда, когда третьи государства вмешиваются в немеждународный вооруженный конфликт, подобный тому, что протекает в Афганистане. (Следует отметить, что не подвергается сомнению вопрос о том, что МГП связывает вооруженные группы и что оно применяется экстерриториально в случае международного или интернационализованного немеждународного вооруженного конфликта.) И тогда можно сказать, более широко применение в период боевых действий права прав человека, а не МГП означало бы сдвиг парадигмы, который, по крайней мере на какое-то время, не находит значительной поддержки в практике государств. В отличие от МГП право прав человека допустило бы применение потенциально смертельной силы только в ответ на неизбежную и достаточно серьезную угрозу. В частности, право прав человека требует принятия во внимание конкретных обстоятельств соответствующей ситуации, независимо от любого двоичного различия между комбатантами, на которых можно нападать, или боевиками и покровительствуемыми лицами<sup>68</sup>. Применяемая сила должна быть соразмерна по отношению к явной существующей угрозе<sup>69</sup>. Этот стандарт предоставляет большой объем защиты. Очень важно, что он соразмерен угрозе и зависит от конкретной ситуации. Однако на практике все еще считается общепризнанным, что этот стандарт не адекватен для поля боя, труден для соблюдения и поэтому нереалистичен. Вот почему можно утверждать, что в Афганистане принцип проведения различия, несмотря на присущие ему изъяны в ситуациях асимметричных конфликтов, не ставился под вопрос как основополагающее правовое положение гуманитарного правового порядка, хотя некоторые авторы предлагали довольно свободные его толкования. Таким образом, предусматриваемые МГП категории тех лиц, которые могут на законных основаниях становиться объектом нападения, продолжают иметь основное значение для государств, действующих в современных асимметричных вооруженных конфликтах, таких как конфликт, протекающий в Афганистане. Обе линии аргументации отражают два диаметрально противоположных стимула, на которых базируется МГП: военная необходимость и гуманность. Представляется, что первая линия аргументации, где отстаивается не только сохранение категорий МГП,

68 В своем докладе по Колумбии (1999 г.), Межамериканская комиссия по правам человека (IACHR) подчеркнула, что в соответствии со статьей 4 АКПЧ применение силы на поражение в операциях по правоприменению не может законным образом обосновываться просто подозрением или коллективным критерием, таким как членство в группе. Согласно докладу «полиция никогда не может оправдывать свои действия по лишению человека жизни на основании того факта, что он принадлежит к «маргинальной группе» или подозревается в участии в преступной деятельности. Полиция также не может автоматически применять силу на поражение для того, чтобы помешать совершению преступления, или действуя в порядке самообороны. Применение силы на поражение в таких случаях будет допустимо только если это было соразмерно и необходимо». IACHR, Report Colombia 1999, Chapter IV, para. 213.

69 Более того, оправдание так называемого сопутствующего ущерба, хотя он *per se* не является незаконным, в соответствии с международным правом прав человека было бы гораздо труднее, нежели в соответствии с МГП.

основанных на двоичном различии, но и хотя бы частичное их расширение, сосредоточена на минимизации опасностей для солдат — временами, как кажется, без должного внимания к защите гражданских лиц. Напротив, второе мнение, хотя и справедливо направленное на усиление защиты гражданского населения — ведь как говорилось ранее, мирные жители по-прежнему выносят основную тяжесть современных вооруженных конфликтов — временами, кажется, игнорирует реальную обстановку, в которой действуют солдаты. Конечно, какой-то средний вариант мог бы позволить нам поддерживать более правильное равновесие между требованиями военной необходимости и гуманности, не отдавая предпочтения ни тому, ни другому. Теоретически такой средний путь можно было бы поискать, увеличив гибкость гуманитарных правовых стандартов в сторону большей защиты или увеличив гибкость стандартов прав человека в сторону большей позвольтельности — это как раз то, что ЕСПЧ, кажется, сделал в деле Исаевой — или сочетая элементы обоих правовых режимов<sup>70</sup>.

«Руководство к толкованию понятия непосредственного участия в военных действиях», подготовленное Международным Комитетом Красного Креста (МККК), также придерживается среднего пути, основанного на толковании права, как оно существует на сегодняшний день. С одной стороны, Руководство подтверждает применимость принципа проведения различия в современных вооруженных конфликтах и разъясняет его применение. В том, что касается немеждународных вооруженных конфликтов, группа лиц (боевиков), которые не являются гражданскими лицами и на которых можно нападать на законных основаниях, определяется на функциональной основе со ссылкой на их «постоянную боевую функцию»<sup>71</sup>. С другой стороны, Руководство подтверждает важное ограничение в отношении применения силы против лиц, которые не пользуются защитой от прямого нападения. Вид и уровень силы, применить которую разрешается против таких лиц, не должны превышать то, что действительно необходимо для достижения законной военной цели в сложившихся обстоятельствах<sup>72</sup>. Выражалась обеспокоенность в связи с тем, что этот стандарт навязывает излишне ограничительную «парадигму правоприменения», которая направлена на то, чтобы подчинить операции военного времени «нереалистичному континууму применения силы. Он начинается с наименее травматичного действия, затем применяется сила, которая может причинить «тяжкие повреждения» при нападении на комбатанта противника или гражданское лицо, принимающее непосредственное участие в военных действиях»<sup>73</sup>. Однако обязательство применять приносящие

70 См. также: Francisco Forrest Martin, 'Using international human rights law for establishing a unified use of force rule in the law of armed conflict', in *Saskatchewan Law Review*, Vol. 64, 2001, pp. 347—396.

71 ICRC, примечание 59 выше, pp. 27—36.

72 *Ibid.*, pp. 77—82.

73 W. Hays Parks, 'Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" study: no mandate, no expertise, and legally incorrect', in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, p. 815.

наименьший вред из всех равных по эффективности средств и методов не является расширением «парадигмы правоприменения», или, другими словами, применением принципа соразмерности, содержащегося в праве прав человека, по отношению к боевикам во время вооруженного конфликта. Принцип проведения различия уже влечет за собой следующее предписание: во время вооруженного конфликта относительная «ценность» выведения из строя комбатантов/боевиков противника или гражданских лиц, участвующих непосредственным образом в военных действиях, получает перевес над правом этих лиц на жизнь, физическую неприкосновенность и свободу. Это освобождает отдельных солдат от принятия в пылу сражения сложных решений, когда надо уравнивать эти понятия. И напротив, ограничение, налагаемое принципом военной необходимости, — не мешая этому ценностному суждению — просто означает, что не существует безусловного освобождения от чисто фактической и, в любом случае, ситуационной оценки того, имеются ли менее вредоносные меры равной эффективности в данной конкретной ситуации<sup>74</sup>. Если противника можно вывести из строя, захватив его в плен, его нельзя убивать. Конечно, на переднем крае боя захват почти всегда невозможен без серьезного риска для собственных сил, в то время как в других ситуациях — например, в ходе обысков в домах<sup>75</sup> или на контрольно-пропускных постах — эта опасность часто снижена до того уровня, когда захват вместо убийства становится обязательным. Предписание Руководства, подготовленного МККК, о том, что сила «не должна превышать того, что действительно является необходимым для достижения законной военной цели в сложившихся обстоятельствах» является достаточно гибким для того, чтобы включить все эти сценарии<sup>76</sup>.

### *Проведение различия между военными и гражданскими объектами: проблема «двойного использования»*

Проблемы, касающиеся применения принципа проведения различия существует по отношению не только к лицам, но и к объектам. Конечно, дебаты об определении и идентификации военных объектов не являются чем-то новым. Они велись задолго до того, как возник и получил известность термин «асимметричная война». И все же перемещение военных действий ближе к городским населенным центрам и возрастающие возможности по использованию гражданских объектов для эффективного

74 См.: US Department of the Air Force, Air Force Pamphlet (AFP 110-31), *International Law: The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, Judge Advocate General Activities, 19 November 1976, para. 1—3(1), pp. 1—5, где напоминает: «Вооруженный конфликт должен вестись... в рамках запретов международного права, включая ограничения, присущие принципу необходимости».

75 Статистику потерь среди гражданского населения см.: United Nations Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA), *Annual Report 2010: Protection of Civilians in Armed Conflict*, Kabul, March 2011, p. 29.

76 ICRC, примечание 59 выше, p. 77.

содействия военным действиям все больше выводят эту конкретную проблематику на передний план. Продолжаются дискуссии относительно того, какие объекты являются законными военными целями, особенно в связи с так называемым их «двойным использованием» и объектами, оказывающими поддержку военным усилиям<sup>77</sup>. Вообще говоря, не оспаривается, что электросети, промышленные предприятия и коммуникационные сооружения, компьютерные и телефонные сети, транспортные системы и другая инфраструктура, включая аэропорты и железные дороги — а все это в первую очередь имеет гражданские функции — могут стать законными военными целями, если они отвечают критериям, указанным в статье 52, п. 2, Дополнительного протокола I, а также отражающим обычное МГП, применимое в немеждународных вооруженных конфликтах<sup>78</sup>. На самом деле каждый гражданский объект теоретически может стать военным объектом, если он в совокупности отвечает соответствующим критериям. Например, даже религиозные сооружения, школы или медицинские формирования могут временно стать военными объектами, если: 1) они делают эффективный вклад в военные усилия, будучи использованы в качестве огневых позиций, для приведения в действие самодельных взрывных устройств или служа укрытием; и 2) их полное или частичное уничтожение дает явное военное преимущество. «Двойное использование» — это разговорное, а не юридическое наименование тех гражданских объектов, которые служат как военным, так и гражданским целям. Таким образом, в отношении этих так называемых объектов «двойного использования» проблема состоит не в том, могут ли такие объекты теоретически становиться военными объектами, но при каких обстоятельствах (и на какое время) нападающий может прийти к выводу, что они являются законными военными целями.

В широком смысле дискуссия ведется по вопросу о том, только ли существующее или также потенциальное военное преимущество может стать причиной квалификации объекта в качестве законной военной цели<sup>79</sup>. Совершенно очевидно, что если так называемый «объект двойного использования» используется для эффективной поддержки военных усилий, тогда правовая классификация не будет представлять никаких особых проблем. Однако если он так не используется, определение статуса объекта

77 W. Hays Parks, 'Asymmetries and the identification of legitimate military objectives', in W. Heintschel von Heinegg and V. Epping, примечание 30 выше, pp. 65—116.

78 Хотя ведется дискуссия относительно толкования статьи 52 Дополнительного протокола I, сама формулировка не вызывает споров и никто не сомневается в том, что определение имеет статус обычного права. См.: Хенкертс, Ж.-М., Досвальд-Бек, Л., примечание 44 выше, норма 8.

79 Françoise J. Hampson, 'Proportionality and necessity in the Gulf conflict', in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 86, 1992, pp. 45 and 49; Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 93; Michael Bothe, 'The protection of the civilian population and NATO bombing on Yugoslavia: comments on a report to the prosecutor of the ICTY', in *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 3, 2001, p. 534.

будет зависеть от его характера, назначения и местоположения. Это проблематично, потому что различие между двумя критериями, в частности характера и назначения, остается несколько неясным. Критерий назначения проблематичен, поскольку трудно определить, в какой момент становится достаточно ясно или достаточно разумно предположить, что цель объекта заключается в том, чтобы внести эффективный вклад в военные действия. Он неоднозначен, потому что не совсем ясно, направлен ли критерий на определение свойственного объекту назначения — что, как представляется, означает его конструкцию и присущие ему характеристики и поэтому делает излишним различие между «характером» и «назначением» в статье 52, п. 2, Дополнительного протокола I — или определение назначения, которое лицо (индивидуально) придало этому объекту. В Комментарие МККК говорится о «предполагаемом будущем использовании» объекта, что, очевидно, предполагает последнее толкование<sup>80</sup>. Критерий характера является проблематичным, потому что, если его применить к объектам «двойного использования», это решительно и автоматически сделает такие объекты законными военными целями, независимо от их истинного назначения или использования. Очевидно, что тогда становится излишней сама идея «двойного использования», поскольку эти объекты совершенно точно будут приравнены к военным объектам<sup>81</sup>. Действительно, некоторые авторы утверждают, что, например, мосты и железнодорожные пути должны считаться военными объектами по своему характеру<sup>82</sup>. В том же духе комментариев к недавно изданному «Руководству по воздушной и ракетной войне» в рамках Программы исследований гуманитарной политики и конфликтов ссылается на мнение, выраженное во время обсуждений Руководства. В соответствии с ним военные объекты по своему характеру должны подразделяться на две категории — «военные объекты по своему характеру во всякое время», и объекты, которые становятся «военными объектами по своему характеру только в свете обстоятельств, сложившихся в конкретный момент»<sup>83</sup>. МККК был решительно не согласен с таким прочтением. Он утверждал, что критерий характера по определению относится к присущим объекту характеристикам, которые являются постоянными. Поэтому для МККК не может быть никаких временных «военных объектов по своему характеру»<sup>84</sup>.

Предложенное столь широкое толкование определения военных объектов снова отражает попытки облегчить практические трудности при выявлении законных военных целей путем расширения соответствующих

80 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*, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987, para. 2022.

81 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (HPCR), Harvard University, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Commentary, 2009, p. 109 доступно по адресу: <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

82 Y. Dinstein, примечание 79 выше, p. 93.

83 HPCR, примечание 81 выше, p. 109.

84 *Ibid.*, p. 109, note 261.

юридических понятий. Очевидно, «критерий характера» гораздо категоричнее и абстрактнее, в то время как критерий истинного использования объекта — более гибок и может применяться в каждом конкретном случае; то есть он принимает во внимание, каким образом данный объект фактически используется во время нападения. И наоборот, критерий характера объекта обозначает внутренне присущие объекту характеристики. Объект по своей конструкции должен иметь присущее ему свойство, которое тем самым и независимо от его фактического использования вносит эффективный вклад в военные усилия<sup>85</sup>. Таким образом, концепция категории «временного военного объекта по характеру», или, другими словами, «военных объектов по своему характеру... в свете обстоятельств, сложившихся в конкретный момент», представляется несоместимой с этим общим пониманием «критерия характера». И все же до настоящего времени некоторая двусмысленность остается в отношении того, какие присущие объекту характеристики должны приниматься во внимание в этой связи. Традиционно категория объектов, которые считаются военными объектами по своему характеру, толковалась довольно узко, и считалось, что она включает, например, танки, постоянные военные фортификационные сооружения, системы оружия, военные летательные аппараты и склады для хранения оружия и военного снаряжения. Если считать, что характеристики, присущие мостам и железнодорожным путям — то есть объектам, которые обычно и чаще всего служат гражданским целям, — превращают их в постоянные военные объекты по их характеру, независимо от их фактического использования, то оставшиеся критерии статьи 52, п. 2, Дополнительного протокола I — а именно: расположение, назначение и использование — оказываются в основном излишними. Проще говоря, если считается, что мост имеет присущие ему военные характеристики, то, в сущности, любой объект можно определить как военный объект по его характеру. Такое толкование не входило в намерения составителей статьи 52, п. 2, Дополнительного протокола I и не соответствует традиционному толкованию критерия «характера», и в целом такое толкование подрывало бы принцип проведения различия. Поэтому так называемые объекты «двойного использования», в частности потому, что они по своему характеру не являются военными, могут становиться объектом нападения только в том случае, если они фактически вносят эффективный вклад в военные действия стороны в конфликте<sup>86</sup>.

Поэтому представляется, что правило, определяющее, когда объекты представляют собой законные военные объекты, не было непосред-

85 Y. Dinstein, примечание 79 выше, p. 88.

86 В отношении объектов двойного использования в докладе Обвинителя МТБЮ подчеркивается, что критерии, изложенные в статье 52 Дополнительного протокола I, должны быть удовлетворены в каждом отдельном случае и что «общий ярлык не является достаточным». 'Final report to the prosecutor by the committee established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia', 8 June 2000, pp. 47 and 55, доступно по адресу: [http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp\\_report\\_nato\\_bombing\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf) (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

ственным образом оспорено или изменено<sup>87</sup>, возможно, потому, что соответствующая норма признает, что каждый гражданский объект может временно стать военным объектом в описанных выше обстоятельствах.

### Гуманитарный принцип соразмерности<sup>88</sup>

Из-за размытых линий различия в асимметричных вооруженных конфликтах точная оценка соразмерности нападения еще более важна, но часто еще более трудна. На практике применение гуманитарного принципа соразмерности требует следующего теста. Во-первых, фактическая оценка должна производиться для того, чтобы определить, «можно ли предполагать, что [планируемое нападение на военный объект] послужит причиной случайных потерь среди гражданского населения, ранений гражданских лиц и ущерба гражданским объектам». Во-вторых, необходимо определить, какое «конкретное и непосредственное военное преимущество» предполагается получить при нападении. Если можно ожидать потерь среди гражданского населения и/или ущерб гражданским объектам, командир, принимающий решение о нападении, в качестве третьего шага должен определить ценность ожидаемого военного преимущества, с одной стороны, и цену возможного ущерба гражданским лицам и гражданским объектам — с другой. В качестве последнего шага требуется принять сбалансированное решение, в котором находит отражение суждение о том, какая же цена выше другой<sup>89</sup>. Несмотря на то, что МГП преследует общую цель — уменьшить по возможности страдания гражданских лиц, оно не предписывает какого-то абсолютного предела в отношении «сопутствующего ущерба». Таким образом, весьма значительное военное преимущество может, потенциально, оправдать значительный ущерб гражданским объектам и даже потери — то есть серьезный, но не чрезмерный сопутствующий ущерб<sup>90</sup>.

87 При использовании комплексного огневого поражения в Афганистане, например, несколько факторов должны быть приняты во внимание до того, как будет разрешено нападение. Сюда входят, среди прочего, оценка того, вносит ли цель эффективный вклад в военные действия противника и дает ли ее уничтожение определенное военное преимущество (т. е. является ли она военным объектом). Guidance for the Application of Joint Fires, Annex B to HQ ISAF SOP, Dated 06, выдержка, представленная на семинаре по правилам применения силы в Международном институте гуманитарного права в Сан-Ремо, 13–17 сентября 2010 г. Согласно Доктрине Joint Pub 3-09, касающейся *Комплексного огневого поражения*, 12 мая 1998 г., п. I-1, оно означает «огонь, ведущийся при использовании сил двух или более компонентов при осуществлении согласованных действий для достижения общей цели».

88 О применении принципа соразмерности во время немеждународных вооруженных конфликтов см.: Хенкертс, Ж.-М., Досвальд-Бек, Л., примечание 44 выше, норма 14, с. 59.

89 Asbjorn Eide, 'The laws of war and human rights: differences and convergences', in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honor of Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, p. 681.

90 Следует отметить, что комментарий МККК отвергает этот аргумент, потому что очень большие потери среди гражданского населения и ущерб противоречат основополагающим нормам Протокола. См.: Y. Sandoz et al., примечание 80 выше, para.1980.

## *Факторы, которые необходимо принять во внимание в ходе оценки соразмерности*

Недостатки гуманитарного принципа соразмерности хорошо известны. Основная трудность заключается в том, что необходимо уравновесить такие несоизмеримые факторы, как жизнь и ранения гражданских лиц и ожидаемое военное преимущество. Несмотря на это, существует единодушное мнение, что во время вооруженного конфликта просто не существует лучшей и столь же реалистичной альтернативы<sup>91</sup>. Может быть это и справедливо, но следует также понимать, что детали принципа соразмерности и его применения на практике все же могут быть разработаны более конкретно, чем это сделано на сегодняшний день. В связи с этим Заключительный доклад прокурору комитета, учрежденного для оценки кампании НАТО по бомбардировке Федеративной Республики Югославия, поставил множество поучительных вопросов, касающихся применения гуманитарного принципа соразмерности. В Докладе, например, ставились вопросы: «а) Какова относительная ценность достигаемого военного преимущества и ранений некомбатантов или ущерба гражданским объектам? б) Что включается в эту задачу или исключается из нее? [и] с) Каковы критерии измерения во времени и пространстве?»<sup>92</sup>. Доклад был опубликован 13 июня 2000 г., но даже через десять лет вопросы, поднятые в нем в отношении принципа соразмерности, остаются столь же актуальными.

Ответы, предлагаемые МГП на эти вопросы, довольно абстрактны. Как уже отмечалось, военный командир, принимая решение о нападении, должен определить относительную ценность военного преимущества по сравнению с ценой ожидаемого вреда для гражданских лиц и объектов. Нормативные указания относительно его свободы в принятии решения при определении военного преимущества и его относительной ценности довольно слабы. Прилагательные «конкретное» и «непосредственное» в статье 51, п. 5 (b), Дополнительного протокола I ограничивают преимущества, которые следует принять во внимание, определенными преимуществами, для того чтобы не допустить абстрактных соображений, таких как общая цель достижения победы в войне, которая, будучи конечной военной целью, сама по себе перевесит почти все интересы гражданских лиц. Но, как представляется, все согласны с тем, что военное преимущество не должно обязательно или исключительно становиться результатом уничтожения конкретного объекта нападения и что оценка военного преимущества может осуществляться путем принятия во внимание более широкой оперативной картины<sup>93</sup>. На основа-

91 Y. Dinstein, примечание 79 выше, p. 122.

92 'Final report to the prosecutor', примечание 86 выше, para. 49.

93 Почти все государства — члены НАТО сделали при ратификации Дополнительного протокола I (как и другие страны при подписании или ратификации Протокола) идентичные заявления, согласно которым «военное преимущество» следует понимать как преимущество, ожидаемое от нападения в целом, а не только от отдельных или особых его частей.



нии статьи 8, п. 2 (b)(iv), Римского статута Международного уголовного суда некоторые авторы высказываются в пользу рассмотрения общего военного преимущества, ожидаемого от нападения, в качестве вопроса общего права<sup>94</sup>. Общее военное преимущество будет включать военные преимущества, получаемые от событий, удаленных во времени и пространстве. В этом контексте представляется разумным отметить, что во время Конференции в Риме МККК заявлял, что включение слова «общее» в определение преступления может быть истолковано как изменение существующего права<sup>95</sup>.

Естественным результатом дебатов относительно масштабов военного преимущества является вопрос о том, насколько должен приниматься во внимание косвенный ущерб гражданским лицам и объектам, наносимый в результате нападения. Спектр мнений широк. Сторонники умеренной позиции не исключают принятия во внимание косвенного ущерба гражданским лицам и объектам, но пытаются дать указания относительно того, где же провести границу между косвенным ущербом, который можно допускать, и тем, который уже рассматривать не следует<sup>96</sup>. Формулировки статьи 51, п. 5(b), и статьи 57, п. 2(b), Дополнительного протокола I, кажется, предполагают, что понятие ожидаемых потерь среди гражданского населения и ущерба гражданским объектам должно толковаться так же широко, как понятие военного преимущества. Иначе оценка соразмерности будет искажена с самого начала в пользу военных соображений. Более того, эти две статьи четким образом требуют, чтобы ожидаемое военное преимущество было «конкретным» и «непосредственным», в то время как не существует таких ограничительных критериев для ожидаемого побочного вреда для гражданских лиц и гражданских объектов; слово «случайные», конечно, шире, чем прилагательные «конкретное» или «непосредственное». Аналогичным образом представляется, что понятие того, чего «можно ожидать» от нападения (случайные потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и случайный ущерб гражданским объектам или то и другое вместе), шире, чем то, что фактически «предполагается» (военное преимущество). Таким образом, в духе основополагающего принципа, в силу которого гражданское население пользуется общей защитой не только от нападений, но от военных действий в целом, в ходе оценки соразмерности во внимание должны прини-

94 Y. Dinstein, примечание 79 выше, p. 123; William J. Fenrick, 'The rule of proportionality and Protocol I in conventional warfare', in *Military Law Review*, Vol. 98, 1982, pp. 111–112; Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 200 («оценка может включать военное преимущество, которое не будет очевидным до некоторого момента в будущем»).

95 Документ A/CONF.183/INF/10 — Международный Комитет Красного Креста: Заявление от 8 июля, касающееся документа бюро для обсуждения A/CONF.183/C.1/L.53', *Дипломатическая конференция полномочных представителей под эгидой Организации Объединенных Наций по учреждению Международного уголовного суда*, Рим, Италия 15 июня—17 июля 1998 г., <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/721/63/PDF/G9872163.pdf?OpenElement> п.2.

96 I. Henderson, примечание 94 выше, pp. 208.

маться долгосрочные последствия для гражданского населения, которые можно предвидеть.

В условиях вооруженного конфликта в Афганистане США, в частности, очевидно, разработали сложный набор правил для заранее спланированных (преднамеренных) нападений, принимая во внимание цели противоповстанческой деятельности<sup>97</sup>. До начала боя цель должна быть определена (позитивное определение, или PID)<sup>98</sup> и получено разрешение на вступление в бой или обстрел в соответствии с действующими правилами применения силы<sup>99</sup>. Так называемый инструмент CARVER (сокращение от англ. *criticality, accessibility, recuperability, vulnerability, effects, and recognizability* — критичность, доступность, восстанавливаемость, уязвимость, эффект и узнаваемость) определяет факторы, которые должны помочь при оценке и выборе целей. Факторам присваивается цифровая величина, указывающая на желательность нападения на цель, которая затем помещается в матрицу решения<sup>100</sup>. До того как может быть разрешено преднамеренное нападение на цель, должна быть проведена оценка побочного ущерба (ОПУ)<sup>101</sup>. Она представляет собой сложную методику, включающую «компьютерное моделирование, анализ разведывательных данных, расчет боевых средств, исследование человеческого фактора для оценки возможного побочного ущерба и определения его уровня, при котором преднамеренный удар должен быть одобрен»<sup>102</sup>. Другие детали методики ОПУ, применяемой в Афганистане, остаются засекреченными.

97 Подробно об определении объектов и целей для удара в ходе противоповстанческих действий в целом и в Афганистане в частности, см.: M. N. Schmitt, примечание 60 выше, pp. 309—326. См. также: Joint Targeting Cycle and Collateral Damage Estimation Methodology (CDM) attached to United States District Court for the District of Columbia, *Nasser Al-Aulaqi v. Barack H. Obama, et al.*, Declaration of Jonathan Manes, No. 10-cv-1469 (JDB), 8 October 2010.

98 Позитивное определение это «разумная уверенность в том, что предполагаемая цель является законной военной целью». Center for Law and Military Operations, примечание 54 выше, p. 96.

99 *Ibid.*, p. 103. Следует отметить, что хотя правила применения силы должны оставаться в рамках МПП, т. е. могут разрешать нападения только на военные объекты, они могут налагать больше ограничений на определение целей по политическим или оперативным соображениям.

100 Инструмент CARVER был первоначально разработан как методология анализа целей для специальных сил США. Он используется для оценки обоснованности и требований боевой задачи на протяжении всего цикла определения целей и планирования боевой задачи и помогает сделать наилучший выбор целей. Определение факторов см.: Joint Pub 3-05.5, *Joint Special Operations Targeting and Mission Planning Procedures*, 1993, p. II-8 and glossary. См. также: US Field Manual FM 34-36, *Special Operations Forces Intelligence and Electronic Warfare Operations*, Department of the Army, 1991, Appendix D, superseded by FM 3-05.102, *Army Special Operations Forces Intelligence*, Department of the Army, 2001, para. 2—68. Пример модифицированного инструмента CARVER был представлен на Семинаре по правилам применения силы в Международном институте гуманитарного права, Сан-Ремо, 13—17 сентября 2010 г.

101 Выдержка из документа «Joint Forces Command Brunssum OPLAN 30302», представленная на Семинаре по правилам применения силы в Международном институте гуманитарного права, Сан-Ремо, 13—17 сентября 2010 г. Формальный метод ОПУ не должен применяться в ситуациях самообороны. Однако принципы соразмерности и военной необходимости все же должны соблюдаться в таких ситуациях. См.: Center for Law and Military Operations, примечание 54 выше, с. 104.

102 M. N. Schmitt, примечание 60 выше, p. 311.

Однако представляется, что современные технологии позволяют рассчитывать возможное воздействие воздушного удара на здания и другие объекты, расположенные вблизи объекта нападения. Последствия затем могут быть продемонстрированы на эллипсе на снимке, сделанном при разведке наблюдением, а цветовой код укажет на степень ожидаемых разрушений<sup>103</sup>.

### *Стандарт «разумного военного командира»*

Ценностное суждение, которое является неотъемлемой частью анализа соразмерности, трудно подвергнуть тщательной проверке. Остаются разные мнения и в отношении того, как это суждение должно оцениваться — на основании субъективных или объективных критериев. «Заключительный доклад Обвинителю», подготовленный МТБЮ, подчеркивал, что оценка относительной ценности в соответствии с уравнением соразмерности «может быть различной в зависимости от ситуации и ценностей того, кто принимает решение». Следовательно, «юрист, специализирующийся в области прав человека, и опытный боевой командир» или «военные командиры, воспитанные в духе разных доктрин и с разной степенью боевого опыта», вряд ли будут «приписывать одинаковую относительную ценность военному преимуществу» и ожидаемому ущербу<sup>104</sup>. Результат зависит именно от такого ценностного суждения, а не из-за того, как может показаться, факта, что на театрах военных действий во время вооруженных конфликтов могут сложиться такие обстоятельства, которые не позволят сделать точную фактическую оценку. Доклад, а также Судебная камера в деле Купрешича пришли к выводу, что существуют серые зоны между «безусловной законностью и беззаконием, в рамках которых еще трудно решить, что имело место нарушение принципа соразмерности»<sup>105</sup>.

В области международного уголовного права примечание 36 к элементам преступления статьи 8, п.2 (b)(iv), Римского статута объясняет, что «военное преимущество» означает преимущество, которое может предвидеть правонарушитель, а примечание 37 требует, чтобы правонарушитель лично принимал требуемое ценностное суждение<sup>106</sup>. «Заключительный

103 См., например: Public Prosecutor General of the Federal Court of Justice, Einstellungsvermerk, 3BJs 6/10-4, Karlsruhe, 16 April 2010, p. 22, доступно по адресу: <http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

104 'Final report to the prosecutor', примечание 86 выше, para. 50.

105 *Ibid.*, para. 52; ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, IT-95-16-T, Judgment of 14 January 2000, para. 526.

106 Примечание 37 к элементам преступления статьи 8, п. 2 (b)(iv), Римского статута содержит исключение из субъективных требований, изложенных в ч. 4 Общего введения, согласно которому в отношении субъективной стороны, связанной с элементами, касающимися ценностного суждения, такого, где используются термины «бесчеловечный» или «жестокый», нет необходимости в том, если не указано иначе, чтобы правонарушитель лично выносил конкретное ценностное суж-

доклад Обвинителю» МТБЮ, однако, справедливо одобряет более объективный стандарт. В соответствии с Докладом решающим критерием для такого далеко идущего решения, как определение относительной ценности военного преимущества и относительной ценности ожидаемых потерь среди гражданского населения, является стандарт «разумного военного командира»<sup>107</sup>. Действительно оперативные требования во время вооруженного конфликта не требуют и не оправдывают чисто субъективного критерия при принятии решений. Конечно, МГП должно предусматривать изменяющиеся обстоятельства и множество неточностей и сомнений, которые всегда имеются во время вооруженных конфликтов, и должно — чтобы быть реалистичным — оставлять некоторую свободу действий солдатам, действующим на местах. Однако следует различать фактическую степень свободы действий и соответствующий стандарт оценки принятого лицом решения. Объективный стандарт для принятия решения — стандарт «разумного военного командира» не ограничивает свободу действий солдата при оценке реальной ситуации, но просто предотвращает произвольность при использовании этой свободы.

### Минимизация опасности для своих войск

В сценариях таких конфликтов, как в Афганистане, вопрос о минимизации опасности для своих войск особенно важен для всех сторон в конфликте. Незаметность противника делает наземные операции особенно опасными. Естественно, что сторона в вооруженном конфликте постарается как можно больше снизить риск для своих сил. Однако минимизация опасности для солдат может увеличить риск нанести потери и ранения гражданским лицам. Это особенно очевидно, когда приходится делать выбор между, например, применением воздушных либо наземных сил или между воздушными операциями, осуществляемыми на большой либо на малой высоте.

дение. См.: Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 161. Выразались различные мнения касательно толкования примечания 37. Однако в целом в этом отношении, как представляется, принят довольно субъективный стандарт. Кажется, все государства согласны с тем, что это примечание не должно привести к тому, что будет освобожден от ответственности небрежный правонарушитель, который знает об ожидаемом военном преимуществе и предполагается побочном ущербе или ранениях, но не подумал о том, что надо оценить возможную чрезмерность побочных ранений или ущерба; *ibid.*, p. 165.

<sup>107</sup> В «Заключительном докладе Обвинителю», примечание 86 выше, para. 50, говорится: «Хотя в сходных случаях возможны споры, будет и много случаев, когда разумные военные командиры согласятся с тем, что повреждения, причиненные некомпантам, или ущерб гражданским объектам были явным образом несоизмеримы полученному военному преимуществу». В деле Купрешкича МТБЮ опирался на оговорку Мартенса в качестве минимальной ссылки и заявил на этом основании, что предписания — в этом случае предписания статей 57 и 58 Дополнительного протокола I — должны толковаться таким образом, что свобода усмотрения при нападении на воюющих должна быть как можно более ограниченной, и по той же причине как можно более широкой защита, предоставляемая гражданским лицам; ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, примечание 105 выше, para. 525.

Опять же, десять лет назад Комитет, учрежденный для рассмотрения фактов бомбардировки Федеративной Республики Югославия, осуществленной НАТО, поднял вопрос о том, можно ли принимать во внимание фактор снижения риска в качестве имеющего значение при проведении оценки соразмерности. Говоря в общем, защита и сохранение собственных сил — это законное соображение в соответствии с МГП. Все остальное противоречило бы реальности вооруженного конфликта. Именно по этой причине различные современные военные наставления определяют военную необходимость как требующую принятия мер для нанесения поражения противнику с «наименьшей затратой времени и средств и наименьшими потерями личного состава» или «наименьшими потерями живой силы и ресурсов»<sup>108</sup>. Но это не дает ответа на вопрос о том, предоставляет ли современное гуманитарное право возможность учитывать фактор защиты своих сил в контексте проведения оценки соразмерности до конкретного нападения, и если предоставляет, то до какой степени.

МГП пресекает любые попытки принять во внимание общие соображения, которые могут снизить уровень защиты гражданского населения или отдельных гражданских лиц *per se*. Статья 51, п. 5(b), Дополнительного протокола I показывает, что сбалансированное решение требуется в каждом конкретном случае перед каждым нападением. Не допускаются огульные предположения, что какое-либо соображение — такое как безопасность своих сил, — может *per se* возобладать над обязанностью принять во внимание интересы гражданских лиц. Согласно общему принципу МГП предоставлять защиту и в любом случае минимизировать потери среди гражданского населения и ущерб гражданским объектам, обеспечение защиты для собственных сил не может считаться более важным фактором, чем защита гражданского населения или жизни отдельных гражданских лиц. Однако это не исключает необходимости учитывать опасности, когда речь идет о планировании конкретного нападения и определении конкретного военного преимущества. В этом отношении следует провести различие между двумя вопросами: безопасность собственных сил в целом и безопасность сил, осуществляющих нападение, в частности. Если «А» осуществляет нападение на наземные силы «В» и если «В» поэтому требует поддержки с воздуха для отражения нападения и защиты своих сил, сохранение наземных сил «В» является военным преимуществом, которое может быть принято во внимание помимо того военного преимущества, которое возникает в результате уничтожения войск «А». Причина заклю-

108 United Kingdom Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, section 2.2; United States Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M/MCWP 5-12-1/COMDTPUB P5800.7A, July 2007, para. 5.3.1. Указывалось, что критерий минимальных затрат времени, потерь личного состава и ресурсов должен пониматься как применяющийся не только к нападающей стороне, но и стороне, на которую совершается нападение; см.: Y. Sandoz, C. Swinarski, and B. Zimmermann (eds), примечание 80 выше, para. 1397.

чается в том, что оба преимущества (уничтожение войск «А» и сохранение войск «В») станут прямым следствием нападения; ни одно из них не реализуется прежде, чем будет осуществлено нападение.

Однако усиленная безопасность «нападающих сил», строго говоря, не станет результатом нападения. Она реализуется не благодаря самому нападению, но благодаря стратегическому решению (принятому до нападения) осуществить нападение определенным способом (например, с большой высоты, а не с использованием наземных сил). Если в таком сценарии безопасность нападающих сил могла быть принята во внимание в рамках уравнения соразмерности, — *quid non* — тот факт, что командир выбрал очень безопасный и поэтому явно «выгодный с военной точки зрения метод» (то есть воздушную бомбардировку), означал бы, что в свете более высокого военного преимущества этой конкретной формы нападения, более значительные потери среди гражданского населения можно считать оправданными. Совершенно очевидно, что это пример скользкого склона. В таком сценарии беспокойство о безопасности нападающих сил искажило бы оценку соразмерности в пользу военных соображений и в ущерб гражданскому населению, которое находится под защитой этого принципа. Это не означает, что военным командирам нельзя принимать во внимание безопасность своих войск, осуществляющих нападение, при планировании нападения. Они, совершенно определенно, могут это делать. Но каков бы ни был результат их планирования, каждое нападение, которое они собираются осуществить, должно соответствовать гуманитарному праву. Если воздушная бомбардировка вызовет чрезмерные потери среди гражданского населения, ее не следует производить. В этом случае военный командир может принять решение либо не осуществлять нападение, либо прибегнуть к применению альтернативных средств и методов нападения (в отношении которых ему снова придется произвести оценку соразмерности), либо подождать, когда изменятся обстоятельства. Однако ни при каких обстоятельствах не может бомбардировка, осуществляемая с большой высоты — несмотря на первоначальную негативную оценку соразмерности, — быть оправдана на основании того аргумента, что это «более безопасно» и, следовательно, дает большее военное преимущество, чем гипотетические альтернативные виды нападения, такие как боевой вылет на малой высоте или нападение с использованием наземных сил. Повсеместно принято считать, что гипотетическое военное преимущество не должно учитываться при определении соразмерности<sup>109</sup>.

## Меры предосторожности при нападении

Современные армии располагают беспрецедентными возможностями для разведки. Беспилотные разведывательные летательные аппараты, например, могут осуществлять наблюдение над любой территорией непрерывно в

109 Y. Dinstein, примечание 79 выше, р. 93.

течение длительных периодов времени, они могут предоставлять изображение в режиме реального времени тем, кто планирует нападение и принимает решение<sup>110</sup>. Но, несмотря на эти технические возможности, нечеткие линии различия в ситуациях асимметричных конфликтов часто мешают провести точный анализ района нанесения удара, а также надежно предсказать ущерб, который может быть нанесен гражданским объектам. Выявление и идентификация законных целей, а также непрерывная разведка цели в условиях реального поля сражения описывались как одна из труднейших проблем, с которыми сталкиваются современные армии, участвующие в боях<sup>111</sup>. Этот раздел ограничивается двумя конкретными мерами предосторожности при нападении, а именно: опознавание цели и эффективное предупреждение. Анализ сосредоточен в основном на возможностях международных военных контингентов.

### *Опознавание цели*

Какой объем информации и какого качества информацию о военной цели должен нападающий получить до нападения? Достаточно ли полагаться исключительно на воздушную разведку или требуется агентурно-оперативная разведка, осуществляемая на месте? МГП не дает и не может дать четкого обобщенного ответа на эти вопросы. Согласно статье 57, п. 2(а)(i), Дополнительного протокола I те, кто планирует нападение или принимает о нем решение, должны сделать все практически возможное для того, чтобы удостовериться, что объекты, на которые должно быть совершено нападение, являются военными объектами<sup>112</sup>. Из этого следует, что ответы на поднятые выше вопросы зависят от того, что является «практически возможным» в конкретных обстоятельствах конкретного нападения. Например, пока личному составу не грозит неминуемая опасность, представляется, что Тактическая директива ISAF от июля 2009 г. требует провести «до отдания приказа об ударе с воздуха 48-часовой анализ «образа жизни» путем наземного или воздушного наблюдения для того, чтобы удостовериться, что гражданские лица не находятся на территории жилых домов»<sup>113</sup>. Во время составления Дополнительного протокола I фраза «все

110 Jack M. Beard, 'Law and war in the virtual era', in *American Journal of International Law*, Vol. 103, No. 3, 2009, p. 433.

111 I. Henderson, примечание 94 выше, p. 164.

112 О применении этой нормы к немеждународным вооруженным конфликтам см.: *Хенкертс, Ж.-М., Досвальд-Бек, Л.*, примечание 44 выше, Норма 16.

113 Rajiv Chandrasekaran, 'Petraeus review directive meant to limit Afghan civilian deaths', in *The Washington Post*, 9 July 2010. См. также: ISAF, Tactical Directive, 6 July 2009, доступно по адресу: [http://www.nato.int/isaf/docu/official\\_texts/Tactical\\_Directive\\_090706.pdf](http://www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical_Directive_090706.pdf) (последнее посещение 22 марта 2011 г.). Анализ «образа жизни», включающий данные, собранные при помощи Предатора, был осуществлен при определении местонахождения высокопоставленного командира HiG в ноябре 2006 г. Практический пример, представленный на Семинаре по правилам применения силы в Международном институте гуманитарного права в Сан-Ремо, 13–17 сентября 2010 г.

практически возможное» долго обсуждалась<sup>114</sup>. В первоначальном проекте, выдвинутом в 1971 г. на Совещании правительственных экспертов по вопросу о подтверждении и развитии международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, было использовано слово «обеспечить», но в конечном итоге этого сделать не удалось<sup>115</sup>. Из двух терминов «практически возможное» и «разумное» предпочтение было отдано первому, который, как понималось, означал «то, что было осуществимо и практически возможно»<sup>116</sup>. К этому некоторые делегации добавили, что при оценке того, что является осуществимым и практически реальным, «все обстоятельства, сложившиеся на момент нападения, включая те, которые относятся к *успеху* военных операций», должны быть приняты во внимание<sup>117</sup>. Понятое таким образом требование практически возможного, как представляется, означает не только то, что объективно осуществимо или практически возможно, но и то, что разумно в военном отношении с точки зрения военного командира. Такое расширенное прочтение требования практически возможного добавляет еще один довольно субъективный элемент к оценке. Однако сравнение со статьей 57, п. 2 (с), Дополнительного протокола I показывает, что там, где предполагалась такая далеко идущая оговорка, положения сформулированы очень точно. Эта часть статьи требует эффективного заблаговременного предупреждения, «за исключением тех случаев, когда обстоятельства этого не позволяют». Никакой подобной оговорки не содержится в формулировке обязательства проверить статус предполагаемой цели, которая дается в статье 57, п. 2 (а)(i), Протокола. Комментарий МККК поэтому отвергает толкование критерия практической возможности, которое включало бы «все обстоятельства, касающиеся *успеха* военных действий», как слишком широкое и как возможность избежать выполнения обяза-

114 Y. Sandoz, C. Swinarski, and B. Zimmermann (eds), примечание 80 выше, para. 2198.

115 ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Volume III: Protection of the Civilian Population Against Dangers of Hostilities*, 1971, p. 136.

116 МККК, *Акты Дипломатической конференции по вопросу о подтверждении и развитии международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов (1974—1977)*, т. 15, с. 297. Оценка того, что является практически возможным, неизбежно контекстуальна, и то, что практически возможно, определяется имеющимися возможностями разведки нападающей стороны. Поэтому общепринято, что на практике технологически более оснащенная сторона может быть связана более высокими стандартами, чем те стороны, которые не располагают столь же продвинутыми средствами разведки. См. также: Протокол о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств (Протокол II), Женева, 10 октября 1980 г., статья 3 (4). Соответственно «[п]рактические меры предосторожности являются теми мерами предосторожности, которые осуществимы или практически возможны с учетом всех обстоятельств, сложившихся в соответствующий момент, включая соображения гуманитарного и военного характера».

117 См., например, заявления, сделанные Великобританией, Турцией, Германией, Канадой и США: ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (1974—1977)*, Vol. 6, pp. 211, 214, 224, 226, and 241 respectively.



тельства по принятию мер предосторожности, предписываемых статьей 57, п. 2 (а)(i), Протокола<sup>118</sup>. Это, должно быть, правильно. В конце концов, опознавание цели является основополагающим предварительным условием для применения принципа проведения различия. Независимо от этого конкретного спора формулировка «делают все практически возможное», как представляется, означает, что если все практически возможное было сделано, но сомнения остаются относительно статуса предполагаемой цели, военный командир, несмотря на некоторую неопределенность, имеет право осуществить нападение. В Комментарий МККК отвергается такое вольное прочтение обязательства удостовериться в статусе объекта до нападения. Согласно Комментарию командир, планирующий нападение, должен «в случае сомнения, даже если существует очень небольшое сомнение, ... запросить дополнительную информацию и, в случае необходимости, отдать приказ о проведении дальнейшей разведки»<sup>119</sup>. Этот стандарт, который требует устранения сомнений относительно статуса объекта, был подвергнут критике как слишком высокий<sup>120</sup>. Однако разрешение осуществлять нападения, несмотря на остающиеся сомнения относительно статуса объекта, серьезно подорвало бы принцип проведения различия. Поскольку до тех пор, пока сомнения остаются, МГП предусматривает определенные предположения в пользу покровительствуемого статуса (статья 50, п. 1, и статья 52, п. 3, Дополнительного протокола I)<sup>121</sup>. Эти предположения стали бы бессмысленными, если бы нападения разрешались в случае сомнений.

Это тем более важно, поскольку критерий «отсутствия сомнений» сам по себе не может гарантировать, что только военные объекты станут объектами нападений, как это было продемонстрировано, например, воздушными ударами в Кундузе 4 сентября 2009 г., нанесенными по двум бензовозам, захваченным вооруженной оппозицией. Генеральный прокурор Германии пришел к выводу, что обвиняемый полковник был убежден (в соответствии со стандартом «разумного военного командира»), что поблизости от бензовозов не находились гражданские лица. Он много раз просматривал в течение нескольких часов имеющиеся видео с летательных аппаратов ISAF и изучал информацию, предоставленную информантами, доверие к которым не ставилось под сомнение. Кроме того, он сделал запрос о предоставлении

118 Y. Sandoz, C. Swinarski, and B. Zimmermann (eds), примечание 80 выше, para. 2918.

119 *Ibid.*, para. 2195. Более того, Комментарий МККК требует, чтобы оценка полученной информации включала серьезную проверку ее точности.

120 I. Henderson, примечание 94 выше, p. 163.

121 Однако, предположения, допускаемые в статье 50, п. 1, и статье 52, п. 3, Дополнительного протокола I, остаются предметом споров. Особенно в случае немеждународных вооруженных конфликтов ни одна четкая норма не регулирует ситуации, в которых под сомнением остается характер лица. Тем не менее представляется правильным потребовать такого же внимательного и сбалансированного подхода при решении вопроса о статусе лиц, как это требуется в международных вооруженных конфликтах. См. Хенкерс, Ж.- М., Досвальд-Бек, Л., примечание 44 выше, Нормы 6, с. 25–31.

экипажем самолета ПИД относительно наличия оружия. Поскольку он не предполагал, что гражданские лица будут присутствовать во время удара с воздуха (1.49 ночи), он не стал осуществлять маневр «демонстрации силы» для рассеивания лиц, находящихся в том месте, которые по имеющимся предположениям были все боевиками вооруженной оппозиции<sup>122</sup>. Но оказалось, что большая часть жертв были гражданскими лицами<sup>123</sup>.

Справедливо, конечно, — и, возможно, даже особенно в асимметричных конфликтах, — что решения о выборе цели часто приходится принимать в «дыму сражения» и не всегда возможно добиться «клинической точности»<sup>124</sup>. Но «дым сражения» опасен не только для солдат, но и для гражданских лиц, которые оказываются там в ловушке. Ничто в гуманитарном праве не указывает на то, что фактическая неопределенность может потребовать снижения уровня защиты гражданского населения на законных основаниях. Таким образом, хотя «дым сражения» не всегда дает возможность быть «клинически точным» при принятии решения, можно с уверенностью утверждать, что именно из-за дыма сражения, именно потому, что конфликты протекают очень динамично и обстоятельства изменяются быстро, МГП требует опознавания цели и не допускает нападений в случае сомнений.

### *Эффективное предупреждение*

В соответствии со статьей 57, п. 2 (с), Дополнительного протокола I и с положениями обычного права, эффективное заблаговременное предупреждение должно быть сделано «о нападениях, которые могут затронуть гражданское население, за исключением тех случаев, когда обстоятельства этого не позволяют»<sup>125</sup>. Обязательство сделать предупреждение, ввиду все более расплывчатых линий проведения различия, становится все более важным с гуманитарной точки зрения. Оставив в стороне вопросы о том, какое же предупреждение можно назвать «эффективным» заблаговременным предупреждением, и о том, как нужно толковать выражение «если это

122 Public Prosecutor General of the Federal Court of Justice, примечание 103 выше. Следует отметить, что воздушные удары, как представляется, были ограничены ситуациями «войск, находящихся в соприкосновении с противником». Немецкий командир в конечном итоге классифицировал ситуацию как неминуемую угрозу, поскольку он опасался, что бензовозы могли быть использованы против Команды восстановления провинции в Кундузе или быть подготовлены для последующих нападений. *Ibid.*, p. 23.

123 См., например: *ibid.*, p. 36 et seq.; Christoph Reuter, 'Entschädigung für die Kundus-Opfer steht', in Stern, 5 August 2010, доступно по адресу: <http://www.stern.de/politik/ausland/tanklaster-angriff-in-fghanistanentschaedigung-fuer-die-kundus-opfer-steht-1590279.html> (последнее посещение 22 марта 2011 г.); James Sturcke and David Batty, 'Nato air strike in Afghanistan kills scores', in *The Guardian*, 4 September 2009.

124 Michael Bothe, Karl Josef Partsch, and Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Convention of 1949*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 279.

125 См. Хенкерс, Ж.-М., Досвальд-Бек, Л., примечание 44 выше, Норма 20, с. 79 (курсив авторов).

позволяют обстоятельства», можно сказать, что выполнение обязательства, изложенного в статье 57, п. 2 (с), Дополнительного протокола I, зависит от определения того, может ли «нападение затронуть гражданское население». В случае инцидента в Кундузе 4 сентября 2009 г., Федеральная прокуратура Германии не сочла, что существовало обязательство сделать предупреждение, исходя из того, что не предполагалось, что нападение может затронуть каких-либо гражданских лиц<sup>126</sup>. Поэтому Федеральному прокурору не пришлось рассматривать какой-либо из вопросов, упомянутых выше, а именно разрешили ли обстоятельства сделать предупреждение или нет. В Наставлениях для ВВС США в том же духе устанавливается, что не требуется никаких предупреждений, если маловероятно, что нападение затронет гражданских лиц<sup>127</sup>. Военное наставление Великобритании, возможно, приняв более узкий подход, считает, что предупреждения не требуется, если в зоне предполагаемого нападения не осталось больше гражданских лиц<sup>128</sup>. Но в виду динамики современных асимметричных вооруженных конфликтов и в свете все более размытых линий проведения различия, можно ли с уверенностью когда-либо исключить возможность того, что нападение (с воздуха) «может затронуть гражданское население»? Представляется, что какой-либо степени уверенности здесь быть не может, особенно в случае нападений с воздуха и бомбардировок. Инцидент в Кундузе, если рассматривать его уже после события, свидетельствует именно об этом. Конечно, слово «могут» в статье 57, п. 2 (с), Протокола I не требует какой-либо степени определенности относительно того, затронет ли на самом деле нападение гражданское население; сама возможность уже является достаточным условием. Таким образом, критерий нападений, «которые могут затронуть гражданское население» должен толковаться широко. Если нельзя исключить, что нападение затронет гражданское население, обязательство вступает в силу. Этот стандарт вряд ли можно считать излишне обременительным. В конце концов, статья 57, п. 2 (с), Протокола явным образом допускает необходимость принятия во внимание обстоятельств ситуации, включая военные соображения<sup>129</sup>. Таким образом, даже на основании расширенного понимания того, когда нападение может «затронуть гражданское население», эта статья не требует категорично предупреждения до любого нападения. Военным командирам все еще предоставляется значительная свобода действий при решении о том, позволяют ли фактические обстоятельства принять меры по предупреждению.

126 См.: Statement of the Office of the Federal Prosecutor of 19 April 2010, para. 2, доступно по адресу: <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?searchstring=Klein&newsid=360> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

127 United States, *Air Force Pamphlet* (1976), para. 5—3(c)(2)(d).

128 United Kingdom, *Military Manual* (1958), para. 291.

129 В Комментариях МККК говорится, что предупреждение может вызывать затруднения, если условием успешности нападения является элемент внезапности, см.: Y. Sandoz, C. Swinarski, and B. Zimmermann (eds), примечание 80 выше, para. 2223.

## Различные парадигмы правоприменения и ведения военных действий: контрольно-пропускные пункты для проверки транспортных средств в Афганистане

В современных вооруженных конфликтах (и сейчас речь идет об Афганистане) часто кажется трудным решить, какой парадигмой регулируются некоторые операции: правоприменительной или парадигмой ведения военных действий<sup>130</sup>. Это различие имеет особое значение, потому что ограничения на применение силы могут быть очень разными. В то время как парадигма военных действий в основном регулируется конкретными нормами, касающимися ведения военных действий, парадигма правоприменительной деятельности регулируется главным образом стандартами прав человека, при условии, что применение норм права прав человека устанавливается в соответствии с конкретными обстоятельствами<sup>131</sup>. В условиях вооруженного конфликта МПП может иметь преимущественную силу по отношению к этим стандартам или влиять на их толкование<sup>132</sup>.

Одним ярким примером в контексте Афганистана, где две парадигмы могут пересекаться, являются контрольно-пропускные пункты для

130 Эту терминологию и определение этих парадигм см. в работе: Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, особенно pp. 85—90 и 269—298 соответственно.

131 Ведутся серьезные споры относительно экстерриториального применения прав человека. См., *inter alia*: Jann K. Kleffner, 'Human rights and international humanitarian law: general issues', in Terry D. Gill and Dieter Fleck (eds), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 69 onwards; и N. Lubell, примечание 59 выше, pp. 193—235. Например, в соответствии со статьей 1 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), права и свободы, предусматриваемые Конвенцией, должны быть обеспечены «каждому человеку, находящемуся под юрисдикцией [Высоких Договаривающихся Сторон]». В своей судебной практике Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) особенно полагается на критерий «эффективного контроля» для того, чтобы подтвердить экстерриториальную применимость прав человека. См.: ECtHR, *Loizidou v. Turkey*, Preliminary Objections (Grand Chamber), 23 February 1995, paras. 61—64; ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment (Grand Chamber), 12 May 2005, para. 91; ECtHR, *Al-Saadoon and Mufdhi v. UK*, Admissibility Decision, 30 June 2009, paras. 87—88. В отличие от ЕКПЧ Международный пакт о гражданских и политических правах (МПГПП) в своих формулировках менее определен, так как его статья 2 (1) требует от государств-участников «уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в настоящем Пакте». Однако Комитет по правам человека (КПЧ) подтвердил возможность экстерриториального применения в нескольких случаях. См.: КПЧ, *Замечание общего порядка № 31: Характер общего юридического обязательства, налагаемого на государство — участника Пакта*, 26 мая 2004 г., UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, ч. 10; HRC, *Concluding Observations: United States of America, 2006*, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3, para. 10; HRC, *Lopez Burgos v. Uruguay* (Communication No. 52/1979), 29 July 1981, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, para. 12. И наконец, права и свободы в Американской конвенции о правах человека должны соблюдаться и обеспечиваться всем лицам под юрисдикцией государств-участников (статья 1). См., например: Inter-American Commission on Human Rights, *Armando Alejandro, Jr., et al. v. Republic of Cuba*, Case Report No. 86/99, 29 September 1999, para. 23.

132 Международный суд (МС), *Законность угрозы ядерным оружием или его применения, Консультативное заключение*, 1996 г., Документ ООН A/51/218, ч. 25; МС, *Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории, Консультативное заключение*, 2004 г., ч. 106. См. также: Orna Ben-Naftali and Yuval Shany, 'Living in denial: the application of human rights in the Occupied Territories', in *Israel Law Review*, Vol. 37, No. 1, 2003—2004, pp. 103—105.

транспортных средств. Они являются важными мерами безопасности в Афганистане: ISAF, ОНС и Афганские силы используют их для проверки людей, обнаружения оружия и наркотиков и ареста лиц, подозреваемых в принадлежности к вооруженной оппозиции<sup>133</sup>. В то же самое время КПП могут также рассматриваться как средство, способное помешать передвижению противника, и могут становиться фактическими целями нападения со стороны противника<sup>134</sup>. В связи с этим возникает вопрос, регулируется ли применение силы на КПП для транспортных средств парадигмой ведения военных действий или, с учетом того, что они, по крайней мере, частично, если и не главным образом, являются мерами безопасности, парадигмой правоприменительной деятельности, или обеими сразу. Аналогичная двусмысленность может возникать в случае патрулирования и обысков домов.

В Афганистане, как уже говорилось ранее, МГП применяется на всей территории, независимо от того, где проходят бои<sup>135</sup>. Таким образом, оно потенциально применяется и к КПП и регулирует их деятельность. Хотя в МГП явным образом не упоминаются контрольно-пропускные пункты, нет никакого сомнения в том, что стороны в вооруженном конфликте могут создавать КПП и принимать аналогичные меры безопасности, такие как обыски домов, в соответствии с этим правом. Некоторые нормы МГП имплицитно включают создание контрольно-пропускных пунктов в качестве меры безопасности. Во время международных вооруженных конфликтов, например, МГП разрешает меры безопасности и контроля по отношению к покровительствуемым лицам<sup>136</sup> и, в случае оккупации, требует, чтобы оккупирующая держава принимала меры по восстановлению и обеспечению общественного порядка и безопасности<sup>137</sup>. Во время немеждународных вооруженных конфликтов возможная правовая основа для контрольно-пропускных пунктов содержится в национальном праве. Надо заметить, что в особом контексте Афганистана резолюции Совета Безопасности ООН допускают применение «всех необходимых мер» для решения, среди прочего, вопросов, связанных с обеспечением безопасности<sup>138</sup>.

Более того, в соответствии с принципом проведения различия, военные операции, связанные с ведением боевых действий, могут быть

133 Brian Hutchinson, 'Assignment Kandahar: checkpoint 5-1', in *National Post*, 10 August 2010; Mandy Clark, 'Afghan checkpoints key in battle for Kandahar', in *CBS News*, 3 August 2010.

134 См., например: 'Rebuilding an Afghan military checkpoint', in *OUT On The Porch*, 29 November 2010, доступно по адресу: <http://outontheporch.org/2010/11/29/rebuilding-an-afghan-military-checkpoint/> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

135 См.: ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, примечание 7 выше, paras. 68 и 69; ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, примечание 27, para. 635.

136 См.: статья 27(4) Женевской конвенции IV.

137 См.: статья 43 Гаагского положения 1907 г.

138 См., в частности, резолюции Совета Безопасности ООН: 1943, от 13 октября 2010 г., Совета 1890 от 8 октября 2009 г. О мандате ISAF см. резолюции Совета Безопасности ООН: 1386 от 20 декабря 2001 г. и 1510 от 13 октября 2003 г.

направлены только против законных военных объектов и, следовательно, нападения не должны быть направлены против гражданских лиц или гражданских объектов<sup>139</sup>. В то же самое время считается признанным, что военные действия и связанные с ними военные операции могут затрагивать гражданское население — вот почему гражданские лица «пользуются общей защитой от опасностей, возникающих в связи с военными операциями»<sup>140</sup>. Из этого следует, а *maior ad minus*, что поскольку МГП допускает принятие мер безопасности в определенных ситуациях и даже военные операции, связанные с военными действиями, которые могут затронуть гражданских лиц, то в соответствии с МГП должна существовать возможность создавать КПП, осуществляющие контроль над гражданскими лицами, если эти КПП не создают собой угрозы прямым нападениям против них и не нарушают других норм гуманитарного права.

Решение относительно того, регулируется ли применение силы на (транспортных) КПП стандартами парадигмы правоприменения или стандартами парадигмы военных действий, должно приниматься на основании принципа *lex specialis*, согласно которому преимущество будут иметь нормы, обеспечивающие более подробное и конкретное регулирование<sup>141</sup>. Следовательно, если очевидно, что боевики, имеющие постоянную боевую функцию, или гражданские лица, которые непосредственным образом участвуют в боевых действиях, приближаются к КПП или колонне автомашин, они являются законным военным объектом и поэтому могут стать объектом нападения в соответствии со специальными нормами, касающимися ведения военных действий<sup>142</sup>. Однако если речь не идет о ведении военных действий — например, когда Афганские вооруженные силы или силы ISAF и ОНС осуществляют на КПП или во время обыска домов контроль над лицами, пользующимися защитой от прямых нападений, или действуют в порядке индивидуальной самообороны, или когда существуют сомнения относительно статуса соответствующего лица — применение силы регулируется парадигмой правоприменения, то есть правом прав человека, а также МГП<sup>143</sup>. МГП, регулирующее немежду-

139 См.: статьи 48, 51(2), и 52(2) Дополнительного протокола I; и статья 13(2) Дополнительного протокола II. См. также: Хенкерс, Ж.-М., Досвальд-Бек, Л., примечание 44 выше, Нормы 1 и 7. Комментарий относительно нападений см. в работе: Y. Sandoz, C. Swinarski, and B. Zimmermann (eds), примечание 80 выше, para. 1882, где нападения определяются просто как «применение вооруженной силы для ведения военных действий», и: Пикте, Ж., Гассер, Х.-П., Жюно, С.-С., Пийу, К., де Пре, Ж., Сандо, И., Свинарски, К., Венгер, К. Ф., Циммерман, Б. (ред.). Комментарий к Дополнительному протоколу II. Москва, МККК. 1998. Ч. 4783.

140 См.: статья 51(1) Дополнительного протокола I и статья 13(1) Дополнительного протокола II. См. также: Y. Sandoz, C. Swinarski, and B. Zimmermann (eds), примечание 80 выше, paras. 1935—1936 и: Комментарий к Дополнительному протоколу II, указ. соч., ч. 4761—4771.

141 Nils Melzer, 'Law enforcement and the conduct of hostilities', in T. D. Gill and D. Fleck, примечание 131 выше, p. 42.

142 *Ibid.*, pp. 43, 44.

143 N. Melzer, примечание 130 выше, pp. 174—175, 277. Аргументацию в пользу того, что КПП на оккупированной территории регулируются национальным правом и правом прав человека, см. в

народные вооруженные конфликты, запрещает убивать лиц, не принимающих прямого участия в военных действиях, и тех, кто вышел из строя<sup>144</sup>. Если же речь не идет о военных действиях, МГП и его общие принципы не дают достаточных указаний относительно законного применения силы в операциях по обеспечению безопасности, связанных с немеждународным вооруженным конфликтом. Ссылка на право прав человека для того, чтобы описать условия применения силы, может, таким образом, быть оправдана<sup>145</sup>.

Хотя различие в соответствии с принципом *lex specialis* кажется простым с правовой точки зрения, на практике могут возникать ситуации, когда, надо признать, гораздо труднее понять, которая из парадигм имеет преимущество. В случае приближающегося автомобиля, который не замедляет своего движения или даже увеличивает скорость по мере приближения к (транспортному) КПП, будет трудно, если вообще возможно, определить, является ли водитель боевиком, гражданским лицом, непосредственно участвующим в военных действиях, или гражданским лицом, пользующимся защитой от прямых нападений, и, следовательно, решить, какие нормы применяются — нормы ведения боевых действий или более ограничительные стандарты правоприменительной деятельности. Решение о применении силы на поражение должно быть принято в считанные секунды. Если, например, первый признак (остановки) появляется за 200 м от КПП, и автомобиль движется со скоростью приблизительно 90 км/ч, у солдата есть лишь мгновение на то, чтобы вспомнить процедуры эскалации применения силы и решить, применять ли силу, которая может быть смертельной. Однако спорным представляется вопрос о том, сильно ли различаются стандарты права прав человека и МГП в таких сценариях.

Как уже сказано, МГП требует сделать все практически возможное для того, чтобы удостовериться, что предполагаемая цель — боевики или гражданские лица, непосредственно участвующие в боевых действиях (то есть военные объекты). Только если внимательно проведенная оценка не оставляет никаких сомнений о статусе лица как о законном военном объ-

работе: Marco Sassòli, 'Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers', in *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, 2005, pp. 665—666. Афганистан ратифицировал МППП 23 марта 1976 г. и, таким образом, 24 апреля 1983 г. он является обязательным для исполнения для всех афганских подразделений, действующих на КПП. Для сил коалиции обязательства по праву прав человека будут зависеть от тех договоров, которые ратифицировали страны — члены коалиции, что ставит вопрос о том, применяются ли и в какой степени, если применяются, эти инструменты экстерриториально. Кроме того, статус и права ISAF подробно излагаются в документе «Military technical agreement: between the International Security Force (ISAF) and the interim administration of Afghanistan ("Interim Administration")» of 4 January 2002 (Военном техническом соглашении: между Международными силами безопасности (ИСАФ) и временной администрацией Афганистана (Временная администрация) от 4 января 2002 г.) in *International Legal Materials*, Vol. 41, No. 5, 2002, p. 1032.

144 См.: общая статья 3; статья 4(2)(а) Дополнительного протокола II; Хенкертс, Ж.-М., Досвальд-Бек, Л., примечание 44 выше, Норма 89.

145 См.: O. Ben-Naftali and Y. Shany, примечание 132 выше, pp. 104—105.

екте, на него можно нападать в соответствии с нормами, касающимися ведения военных действий. Если сомнения остаются или если делается вывод, что приближающийся автомобиль и (или) находящиеся в нем люди не являются военным объектом, применение потенциально смертельной силы регулируется стандартами правоприменения. В соответствии с правом прав человека — если оно применяется<sup>146</sup>, — потенциально смертельная сила, направленная против приближающегося автомобиля, может быть применена, только если он представляет собой неминуемую угрозу в обстоятельствах данной ситуации. В этом случае применяемая сила должна быть строго необходимой для защиты солдат (в колонне автомашин или действующих на КПП) или любых других лиц от серьезного ранения или смерти или для ареста или предотвращения побега лица, подозреваемого в совершении тяжкого преступления<sup>147</sup>. Кроме того, что должен быть удовлетворен критерий, согласно которому применение силы должно быть соразмерным фактической угрозе, лишение жизни будет также считаться «произвольным», если разумные меры предосторожности могли бы предотвратить или минимизировать применение силы<sup>148</sup>. Эти меры включают, среди прочего, предупреждения и предоставление возможности для сдачи в плен<sup>149</sup>, адекватное снаряжение<sup>150</sup> и подготовку<sup>151</sup>.

Процедуры эскалации силы, которые, как представляется, уже содержат значительный набор мер предосторожности несмертельного действия<sup>152</sup>, являются поэтому очень важными и практически возмож-

146 См. примечание 131 выше.

147 Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev 1 corr., 22 October 2002, paras. 86—92; Доклад Специального докладчика по вопросу о внесудебных казнях, казнях без надлежащего судебного разбирательства или произвольных казнях, примечание 64, ч. 32; HRC, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, No. 45/1979, 31 March 1982, CCPR/C/15/D/45/1997, para. 13.2.

148 См., например: HRC, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, примечание 147 выше, paras. 13.2-3. устанавливает хотя и сходную, но все же несколько иную систему. Статья 2(2) ЕКПЧ нарушается, если лишение человека жизни не является «абсолютно необходимым» для достижения одной из перечисленных целей. Подобно другим системам по правам человека, ЕКПЧ также требует, чтобы применение силы было соразмерным и чтобы принимались меры предосторожности для того, чтобы «избежать или минимизировать, насколько это возможно» любую опасность для жизни или применение силы на поражение. См., например: ECtHR, *Case of Ergi v. Turkey*, No. 66/1997/850/1057, 28 July 1998, paras. 79—81, там говорится, что правительственные силы, устраивающие засаду вблизи деревни и таким образом подвергающие жителей деревни опасности попасть под перекрестный огонь, должны были принять адекватные меры предосторожности. О требованиях, касающихся организации антитеррористических операций и контроля за их проведением, см.: ECtHR, *McCann and others v. The United Kingdom*, No. 17/1994/464/545, 27 September 1995, paras. 194 and 202—213.

149 HRC, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, примечание 147 выше, para. 13.2.

150 ECtHR, *Case of Güleç v. Turkey*, No. 54/1997/838/1044, 27 July 1998, para. 71.

151 ECtHR, *McCann and others v. The United Kingdom*, примечание 148 выше, paras. 211—212.

152 Процедуры эскалации силы (ПЭС) (ЕоF), как представляется, включают, среди прочего, стандартизированные предупредительные сигналы, искусственные неровности для ограничения скорости движения транспорта, полосы с шипами для прокола шин, сигнальные ракеты, конусы дорожного ограждения и электромегафоны. См., например: John Stevens, 'A vignette: Coalition casualties, vehicle control points/cordons & CIVCAS', in *COIN Common Sense*, Vol. 1, No. 1, February 2010, ISAF-



ными мерами предосторожности, которые помогают определить, представляет ли собой приближающийся автомобиль угрозу, на которую можно ответить потенциально смертельной силой.

## Новые технологии на поле боя: применение беспилотных летательных аппаратов в Афганистане

Применение беспилотных летательных аппаратов в Афганистане — особенно боевых, которые могут осуществлять нападения в отдаленных районах — получило широкое освещение в СМИ<sup>153</sup>. Беспилотные летательные аппараты являются средством снижения опасности для своих сил и досягаемости даже наиболее удаленных мест в горных районах Афганистана. Все более распространенное их использование, часто ассоциирующееся со случайными потерями среди гражданского населения, вызвало дебаты, в основном связанные с законностью методов их использования<sup>154</sup>.

Беспилотники, управление которыми осуществляется за сотни и тысячи миль от того места, где они фактически действуют<sup>155</sup>, могут оставаться в воздухе приблизительно 20 часов и передавать видеозображение в режиме реального времени (в том числе при помощи инфракрасной камеры и радиолокатора синтетической апертуры)<sup>156</sup>. Беспилотные летательные аппараты были изначально разработаны для ведения разведки наблюдением, сейчас используются их боевые модели (MQ-1 Predator и MQ-9 Reaper), которые могут нести 100-фунтовые ракеты Хелфайар, а в случае

Afghanistan, p. 6. См. также: Center for Army Lessons Learned (CALL), *Escalation of Force Handbook: Tactics, Techniques, and Procedures*, 07–21, July 2007. Необходимость в большем количестве оружия несмертельного действия в условиях Афганистана была недавно признана одним из старших командиров морской пехоты США, см.: Dan Lamothe, '2-star supports more use of nonlethal weapons', in *Marine Corps Times*, 2 February 2011, доступно по адресу: <http://www.marinecorpstimes.com/news/2011/02/marine-corpsafghanistan-tasers-nonlethal-weapons-020110/> (последнее посещение 22 марта 2011 г.). О существующих и будущих системах оружия несмертельного действия см.: DoD Non-Lethal Weapons Program, *Non-Lethal Weapons for Today's Operations*, 2011, доступно по адресу: <https://www.jnlwp.usmc.mil/misc/publications/AR2011.PDF> (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

153 См., например, Jane Mayer, 'The predator war: what are the risks of the C.I.A.'s covert drone program?', in *The New Yorker*, 26 October 2009, доступно по адресу: [http://www.newyorker.com/reporting/2009/10/26/091026fa\\_fact\\_mayer](http://www.newyorker.com/reporting/2009/10/26/091026fa_fact_mayer) (последнее посещение 22 марта 2011 г.).

154 Следует отметить, что беспилотники не ставятся вне закона как носители оружия. Предметом споров является, в основном, их использование для точечной ликвидации. См., например: Доклад Специального докладчика по вопросу о внесудебных казнях, казнях без надлежащего судебного разбирательства или произвольных казнях, примечание 64 выше, para. 24. О дискуссии по поводу их законности см., например: Chatham House, *International Law and the Use of Drones: Summary of the International Law Discussion Group Meeting Held at Chatham House on Thursday, 21 October 2010*, Mary Ellen O'Connell and Michael N. Schmitt (speakers), and Elizabeth Wilmshurst (chair).

155 Christopher Drew, 'Drones are weapons of choice in fighting Qaeda', in *The New York Times*, 16 March 2009.

156 Шмит, М.-Н. Применение высокоточного оружия и международное гуманитарное право // Международный журнал Красного Креста. 2005. № 859. С. 51.

с MQ-9 Reaper даже 500-фунтовые бомбы<sup>157</sup>. В настоящее время решение о нападении остается за «пилотом», который, как сообщается, должен получить до 17 одобрений для того, чтобы ему разрешили осуществить запуск ракеты<sup>158</sup>. Однако, вероятно, могут возникнуть новые проблемы, если будут введены еще более автоматизированные программы, которые уже могут и не требовать принятия решения со стороны человека.

Принимая во внимание оружие, которым оснащены MQ-1 Predator и MQ-9 Reaper, трудно представить себе возможность их использования в качестве инструмента правоприменения не в условиях вооруженного конфликта<sup>159</sup>. Если беспилотники используются на «поле боя», нападения должны осуществляться согласно соответствующим нормам МГП, как они изложены в настоящей статье (т. е. проведение различия, соразмерность и меры предосторожности), так же, как и в случае с любой другой боевой системой доставки, которая явным образом не запрещена МГП.

Хотя технология беспилотных летательных аппаратов дает возможность проводить более надежную воздушную разведку, осуществлять более точные нападения и способствует большему соблюдению принципов, требующих принятия мер предосторожности при нападении и соразмерности, остаются вопросы: каким образом можно провести различие между гражданскими и военными объектами в условиях, когда может быть очень трудно получить надежную разведывательную информацию. Это вызывает особенно сильную озабоченность, когда БЛА используются для выявления лиц из списка тех, кто подлежит уничтожению<sup>160</sup>, или для выявления лиц, которые непосредственно участвуют в боевых действиях. Например, может ли человек, копающий землю недалеко от дороги, быть с надежностью определен как лицо, устанавлива-

157 См.: US Air Force, *MQ-1B Predator*, Factsheet, 20 July 2010, доступно по адресу: <http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.aspx?fsID=122> ; and US Air Force, *MQ-9 Reaper*, Factsheet, 18 August 2010, доступно по адресу: <http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.aspx?fsID=6405> (последнее посещение 22 марта 2011 г.); Mary Ellen O'Connell, 'The international law of drones', in *The American Society of International Law Insights*, Vol. 14, No. 36, 12 November 2010; Matthias Gebauer et al., 'Accident-prone wonder weapons: Afghanistan war logs reveal shortcomings of US drones', in *Der Spiegel*, 27 July 2010.

158 С. Drew, примечание 155 выше.

159 Операции и нападения через границу в Пакистане ставят очень трудные и многоплановые вопросы не только с точки зрения прав человека или МГП, но также и с точки зрения *jus ad bellum*, что выходит за рамки настоящей статьи. См., например: *Доклад Специального докладчика по вопросу о несудебных казнях, казнях без надлежащего судебного разбирательства или произвольных казнях*, примечание 64 выше, paras. 10—15 и 25.

160 См.: Chatham House, примечание 154 выше, р. 5, где О'Коннелл отмечает, что на каждое нападение приходится шесть-семь жертв, из которых обычно только один человек находится в списке тех, кого предполагается уничтожить. Это также вызывает беспокойство относительно того, как в ходе такого планирования и принятия решения о нападении осуществляется оценка соразмерности. Аргументацию о том, что благодаря современным технологическим возможностям БЛА, позволяющим вести действительно «постоянное наблюдение» (и, таким образом, обеспечивающим получение больше нужной информации), более строгие требования предъявляются к решению о выборе целей, соразмерности и мерах предосторожности, см. в работе: J. M. Beard, примечание 110 выше, особенно pp. 420, 428—442, 444.

ющее самодельное взрывное устройство, исключительно на основании анализа видеосигнала?

Тот факт, что лицо, контролирующее БЛА, находится далеко от поля боя, часто вызывает критику, но это в конечном счете не является проблемой для МГП<sup>161</sup>. Однако некоторые авторы предупреждают, что использование БЛА может привести к потере ощущения реальности (Playstation mentality), если те, кто ими управляют, не получают подготовки по МГП и не знают об «опасностях и суровости боя», и что более высокий уровень безопасности сил, осуществляющих нападения, может привести к более «легкомысленному» применению силы на поражение<sup>162</sup>.

## Заключение

Длительный конфликт в Афганистане не привел к видимым изменениям в МГП. Раздававшиеся ранее призывы к новой или реформированной правовой базе смолкли, но остались серьезные проблемы. Что касается гуманитарных норм ведения военных действий, то самый серьезный вызов связан с размытостью линий различия, что так характерно для сценариев асимметричных конфликтов. Тем не менее до сих пор основополагающие принципы гуманитарного правового порядка не ставились под вопрос. Несмотря на все дискуссии о возможной необходимости пересмотра МГП, почти через десять лет после начала операции «Несокрушимая свобода» в Афганистане в октябре 2001 г. не было выдвинуто ни одного настоящего предложения о реформировании норм, касающихся ведения боевых действий. Напротив, особенно во время второй фазы конфликта стратегия международных вооруженных сил в Афганистане была сосредоточена на строгом соблюдении существующих норм для того, чтобы достичь общей стратегической цели по завоеванию «сердец и умов» населения Афганистана.

Однако все чаще возникали противоречия относительно толкования существующих норм. По мере того, как структуры конфликтов становятся все более расплывчатыми, правовая определенность и ясность предписаний гуманитарного права становятся все важнее. Не случайно, что в последние годы был организован целый ряд так называемых процессов экспертного разъяснения в отношении понятий непосредственного уча-

161 В случаях, когда управление БЛА в условиях вооруженного конфликта осуществляется гражданским лицом или разведывательной службой (например, ЦРУ), пилот будет считаться участвующим непосредственным образом в военных действиях и может потенциально становиться объектом нападения. Кроме того, это может поставить вопрос о его уголовной ответственности и статусе в случае задержания.

162 См. главным образом: *Доклад Специального докладчика по вопросу о несудебных казнях, казнях без надлежащего судебного разбирательства или произвольных казнях*, примечание 64 выше, paras. 24–25.

ствия в военных действиях и воздушной и ракетной войны. Все эти процессы затрагивали важные вопросы ведения военных действий. В то же самое время целый ряд уже давно поставленных вопросов и неопределенности, присущие, например, принципу соразмерности или определению военных объектов, остаются нерешенными, и ведущихся обсуждений недостаточно. Конечно, некоторые из этих вопросов трудны и, как представляется, постоянно обсуждаются. Неудивительно, что эти противоречия являются неотъемлемой частью современной гуманитарной правовой системы почти со времени ее зарождения. Многие из них можно проследить до переговоров, которые привели к принятию Дополнительного протокола I в 1977 г. Структуры все более асимметричных конфликтов не облегчили поиски решений в 2011 г., но совершенно очевидно, что все настоятельней становится необходимость правовой ясности в отношении ведения военных действий.