

От конфликта к комплемен- тарности: как обеспечить баланс между нормами международного права в области борьбы с терроризмом и международным гуманитарным правом

Бен Сол*

Профессор кафедры международного права им. Чаллиса
в Сиднейском университете.

Аннотация

В настоящей статье предлагаются пояснения, касающиеся существующего смешения теоретических принципов и практического применения

* Хочу выразить признательность Эмануэле-Кьяре Джиллард за ее исчерпывающие замечания, а также Энджелу Хорне, Дастину Льюису, Наз Модирзаде, Дапо Аканде, Финнуле Ни Илан, Дэвиду Маккиверу, Ульриху Гармсу и Эмили Дефайна за их чрезвычайно полезные комментарии.

норм права в области борьбы с терроризмом и международного гуманитарного права (МГП) в ситуациях вооруженных конфликтов и их фактического и оптимального взаимного воздействия. В статье обсуждаются преимущества и недостатки одновременного применения норм права в области борьбы с терроризмом и МГП, а также рассматривается целый комплекс различных инструментов для взаимного учета интересов в рамках обоих правовых режимов, в частности за счет включения положений о частичном исключении в договоры или законы о борьбе с терроризмом. В заключение в статье предлагается оптимальный подход к обеспечению взаимодействия между нормами в области борьбы с терроризмом и нормами МГП, учитывающий законные интересы обеих областей права и одновременно позволяющий минимизировать их взаимное негативное воздействие.

Ключевые слова: международное гуманитарное право, нормы права в области борьбы с терроризмом, *lex specialis*, вооруженные силы, Совет Безопасности ООН, гуманитарная помощь, медицинская помощь, положения об исключении.



Введение

Международное право в области борьбы с терроризмом часто применяется в ситуациях ведения вооруженных конфликтов, которые регламентируются нормами международного гуманитарного права (МГП). Достоинства и недостатки этого подхода зависят от избранной точки зрения. С одной стороны, право в области борьбы с терроризмом может быть очень полезным инструментом для прекращения нежелательного насилия, который дополняет нормы МГП и одновременно позволяет избежать политических сложностей, связанных с внесением поправок в положения самого МГП. С другой стороны, одновременное применение норм права в области борьбы с терроризмом и МГП может привести к конфликту с давно существующими и порой требующими особого отношения нормами МГП или ослабить интересы МГП в политико-стратегической сфере.

Ни нормы права в области борьбы с терроризмом, ни МГП не претендуют на статус *lex specialis* или на самодостаточность в качестве правового режима, чтобы можно было полностью исключить возможность применения одного из них; нормы права в области борьбы с терроризмом применяются в ситуациях вооруженных конфликтов в той же мере, что и международное право прав человека, международное уголовное право, международное экологическое право и т. д. В нормах права в области борьбы с терроризмом также отсутствуют четкие, однозначные и единые формулировки, определяющие те правоотношения, в рамках которых происходит пересечение конкретных норм этих двух областей права. В ряде

международных конвенций о борьбе с терроризмом¹, принятых в период с 1963 года, указываются конкретные действия, акторы и цели в условиях вооруженных конфликтов, которые не подпадают под действие этих конвенций, регламентирующих все остальные вопросы, кроме перечисленных исключений, одновременно с нормами МГП. Еще часть международных конвенций о борьбе с терроризмом не содержат никаких комментариев относительно взаимодействия двух областей права, но при этом в них отмечаются возможные конфликты с нормами МГП. То же касается и децентрализованного применения юридически обязывающих резолюций Совета Безопасности Организации Объединенных Наций (ООН) на национальном уровне в период с 2001 года, а в некоторых из этих резолюций в общих чертах говорится, что национальные меры по борьбе с терроризмом должны соответствовать МГП, но при этом не приводятся все те конкретные нормы МГП, которые подлежат соблюдению.

Настоящая статья преследует цель помочь в урегулировании споров относительно понятийных, стратегических и толковательных аспектов² взаимодействия между нормами права в области борьбы с терроризмом и МГП. В ней рассматриваются как потенциальные преимущества одновременного применения норм права в области борьбы с терроризмом и МГП, так и основные недостатки ситуаций, когда нормы права в области борьбы с терроризмом распространяются на вопросы, относящиеся к ведению МГП. Возможность надлежащего учета интересов обоих правовых режимов при их одновременном применении во многом зависит от области действия конкретных норм права в области борьбы с терроризмом и МГП, включая наличие и охват любых положений в области борьбы с терроризмом, которые отдавали бы приоритет МГП. В следующей части статьи также анализируется разнообразие подходов к МГП, предлагаемых в международных конвенциях о борьбе с терроризмом (от прямых и косвенных частичных исключений до отсутствия какого-либо учета МГП). Помимо этого, следует отметить хоть и ограниченную, но постепенно нарастающую заинтересованность Совета Безопасности ООН в отношении МГП и потенциально негативное влияние национальных мер по борьбе с терроризмом на МГП.

Вопросы, которые обсуждаются в настоящей статье, носят неотложный характер не только потому, что в проекте конвенции Генеральной Ассамблеи ООН о предотвращении и пресечении международного терро-

1 Для ознакомления с полным перечнем см.: <https://www.un.org/counterterrorism/ru/international-legal-instruments> (все интернет-ссылки приводятся по состоянию на август 2021 г.).

2 См., например: Daniel O'Donnell, "International Treaties against Terrorism and the Use of Terrorism during Armed Conflict and by Armed Forces", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 864, 2006; Alejandro Sanchez Frias, "Bringing Terrorists to Justice in the Context of Armed Conflict: Interaction between International Humanitarian Law and the UN Conventions against Terrorism", *Israel Law Review*, Vol. 53, No. 1, 2020; Ben Saul, "Terrorism, Counter-Terrorism, and International Humanitarian Law", in Ben Saul and Dapo Akande (eds), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2020, p. 403; Andrea Bianchi and Yasmin Naqvi, *International Humanitarian Law and Terrorism*, Hart, Oxford, 2011.

ризма (Проект конвенции ООН), переговоры по которой формально ведутся еще с 1999 года, по-прежнему так и не удается четко обозначить подход к МГП, а еще и потому, что (в соответствии с обязательствами Совета Безопасности ООН в области борьбы с терроризмом) все государства обязаны пресекать террористические акты — невзирая на отсутствие единого определения таких актов или какого бы то ни было единого подхода к учету норм МГП при выполнении этих требований. Даже если государство не принимает участия в вооруженном конфликте (это утверждение справедливо для большинства государств), оно все равно должно оказывать помощь в предотвращении и пресечении терроризма, направленного на другое государство. Таким образом, на государства могут быть возложены обязательства по оказанию помощи другим государствам в пресечении деятельности организованных негосударственных вооруженных групп в условиях вооруженного конфликта немеждународного характера, в том числе путем криминализации участия в повстанческой борьбе в рамках иностранных гражданских войн и отмены оговорки об отказе в выдаче за совершение политических преступлений. Нормы права в области борьбы с терроризмом и МГП могут одновременно применяться в условиях многих современных конфликтов, включая Афганистан, Ирак, Йемен, Колумбию, Мали, Нигерию, Палестину, Сирию и Сомали³, а также в отношении «иностранных боевиков» из других государств. Эти изменения не только повлекли за собой правовую рассогласованность, обусловленную разницей в национальных подходах, но и привели к несоблюдению МГП организованными вооруженными группами, ослаблению шансов на установление мира и примирение, а также, вероятно, к безнаказанности военных преступлений, равно как и отсутствию справедливости для жертв, — так как в настоящее время упор делается на привлечение к ответственности на национальном уровне за преступления террористической направленности, которые относятся к числу менее серьезных.

В заключение в статье предлагается оптимальный подход к одновременному использованию норм права в области борьбы с терроризмом и МГП, предусматривающий максимальное согласование императивных норм МГП и норм по борьбе с терроризмом и минимизацию ситуаций, когда одна область права получает приоритет в ущерб другой. В частности, в заключительном разделе содержатся два конкретных предложения. Во-первых, в Проекте конвенции ООН, резолюциях Совета Безопасности ООН и региональных и национальных законах должны присутствовать положения, исключающие из сферы ведения права в области борьбы с терроризмом все действия вооруженных сил в ходе вооруженного конфликта, которые не относятся к числу незаконных согласно МГП. Примером такой «передовой практики» могут служить нормы законодательства Канады и Новой Зеландии. Во-вторых, Совет Безопасности ООН должен в обяза-

3 Dustin A. Lewis, “‘Criminalization’ of Humanitarian Action under Counterterrorism Frameworks: Key Elements and Concerns”, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, Vol. 112, 2018, p. 269.

тельном порядке предусмотреть, чтобы все его меры по борьбе с терроризмом соответствовали конкретным профильным нормам МПП, в том числе в части гуманитарной деятельности и оказания медицинской помощи.

Преимущества совместного применения норм

Хорошо известно, что большая часть террористических действий, а именно насилие в отношении гражданского населения, направленное на запугивание населения или принуждение правительства⁴ к тем или иным мерам, уже относится к сфере ведения МПП. Здесь речь прежде всего может идти о целом ряде норм МПП (причем некоторые из них предусматривают уголовную ответственность), которые запрещают умышленные, неизбирательные и несоразмерные нападения на мирное население и объекты гражданской инфраструктуры (включая медицинский и гуманитарный персонал, транспорт и объекты, а также культурные ценности и места отправления религиозного культа), захват заложников, вероломство, использование определенных видов оружия и репрессии в отношении гражданских лиц. Помимо этого, МПП содержит нормы, прямо запрещающие терроризм (и соответствующие военные преступления, преследующие цель сеять ужас среди гражданского населения). Главный стратегический вопрос заключается в том, достаточно ли этих норм для пресечения насилия террористического характера в условиях вооруженного конфликта или же нормы в области борьбы с терроризмом представляют собой дополнительные ценные инструменты, имеющие важные отличия. Можно также выделить ряд возможных преимуществ права в области борьбы с терроризмом, связанных именно с антитеррористической деятельностью⁵.

Во-первых, право в области борьбы с терроризмом предусматривает уголовную ответственность за некоторые виды ненадлежащих действий, которые не запрещены МПП. Здесь можно кратко перечислить целый ряд таких примеров, хотя и с оговоркой, что они носят чрезвычайно узкий характер и редко наблюдаются в условиях вооруженных конфликтов. Например, нормы МПП не распространяются на такие материальные преступления, как присвоение или получение обманным путем ядерного материала, требование путем применения силы или с помощью какой-либо другой формы запугивания о выдаче ядерного материала, незаконное использование или контрабанда ядерного материала⁶, преступления

4 См., например: Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма, 9 декабря 1999 г. (вступила в силу 10 апреля 2002 г.) (Конвенция о борьбе с финансированием терроризма), ст. 2(1)(b).

5 См. также: доклад Специального докладчика по вопросу о поощрении и защите прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом Финнулы Ни Илан, док. ООН A/75/337, 3 сентября 2020 г., п. 22 (где подтверждается аргументация автора по ряду следующих пунктов).

6 Конвенция о физической защите ядерного материала, 3 марта 1980 г. (вступила в силу 8 февраля 1987 г.), с учетом Поправки к Конвенции о физической защите ядерного материала, 8 июля 2005 г. (вступила в силу 8 мая 2016 г.) (Поправка к Конвенции о физической защите ядерного материала), ст. 7(1).

в области ядерного терроризма, включая незаконное владение радиоактивными материалами или изготовление радиоактивного устройства в целях нанесения вреда⁷. Помимо этого, в МГП нет сопоставимых норм, которые бы запрещали или признавали военными преступлениями различные незаконные акты, направленные против безопасности воздушного и морского транспорта, такие как, например, передача ложной информации, ставящая под угрозу безопасность воздушного судна⁸, или незаконная перевозка взрывчатых веществ или биологического, химического или ядерного оружия⁹ (в то же время договоры в области вооружения содержат более узкие положения, в которых «передача» некоторых подобных видов вооружения запрещается и признается уголовным преступлением¹⁰).

Если говорить о преступлениях террористической направленности в целом, то в Проекте конвенции ООН предусматривается уголовное наказание за нападения на коммуникационные системы, способные привести к серьезным экономическим потерям, однако, согласно МГП, если «объектом» не являются гражданские данные, которые могут подвергнуться кинетическому нападению¹¹, то подобные нападения не подлежат запрету, не говоря уже об их признании уголовным преступлением. Еще более спорный аспект заключается в том, что в соответствии с национальными нормами законодательства в области борьбы с терроризмом преступлением может быть признано прямое участие гражданского населения в военных действиях (речь может идти как об участии членов организованных вооруженных групп, выполняющих постоянные боевые функции, так и о несистемном участии гражданских лиц), при этом в качестве основания могут быть заявлены такие правонарушения, как членство в террористической организации или наемничество. В ситуации международного вооруженного конфликта такие лица, в отличие от комбатантов, просто не имеют права на освобождение от уголовного преследования на национальном уровне за совершение враждебных действий, не противоречащих нормам МГП. Более того, в условиях как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов такие лица могут подлежать преследованию на протяжении всего времени их участия в конфликте и задержа-

- 7 Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма, 13 апреля 2005 г. (вступила в силу 7 июля 2007 г.) (Конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма), ст. 2(1).
- 8 Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, 23 сентября 1971 г. (вступила в силу 26 января 1973 г.) (Монреальская конвенция), ст. 1(е).
- 9 Конвенция о борьбе с незаконными актами в отношении международной гражданской авиации, 10 сентября 2010 г. (вступила в силу 1 июля 2018 г.) (Пекинская конвенция), ст. 1(1)(i).
- 10 Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении, 10 апреля 1972 г. (вступила в силу 26 марта 1975 г.), ст. 3 (только запрет); Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении, 3 сентября 1992 г. (вступила в силу 29 апреля 1997 г.), ст. 1(a), 7(1)(a), 7(1) (c); Договор о запрещении ядерного оружия, 7 июля 2017 г. (вступил в силу 22 января 2012 г.), ст. 1(b)—(c), 5(2).
- 11 См., например: Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2017, Rules 92, 100.

нию в целях поддержания безопасности, а также могут быть отданы под суд за совершение любых преступлений на национальном уровне (включая терроризм) и причинение любого вытекающего из них ущерба, приравняемого к военным преступлениям (например, вероломство или нанесение физического ущерба).

Во-вторых, согласно нормам права в области борьбы с терроризмом уголовными преступлениями могут быть признаны любые действия, которые запрещены в рамках МГП, но при этом не являются военными преступлениями. Так, например, отсутствие надлежащих мер предосторожности при выборе целей не считается военным преступлением в любом конфликте, тогда как национальные преступления террористической направленности могут быть признаны таковыми в качестве более действенной меры по защите гражданских лиц, поскольку такие преступления подвергают безрассудной угрозе жизнь населения. В ситуации вооруженного конфликта немеждународного характера — по меньшей мере согласно Римскому статуту Международного уголовного суда (МУС) — нападение на объекты гражданской инфраструктуры (в отличие от нападения на гражданских лиц), неизбирательное нападение, нападение, способное повлечь за собой несоразмерно высокое число жертв среди гражданского населения, незаконное задержание или использование «живого щита» также не приравниваются к преступлению, тогда как в рамках права в области борьбы с терроризмом за все эти действия может быть введена уголовная ответственность. Правовые нормы в области борьбы с терроризмом также могут предусматривать привлечение к уголовной ответственности за ущерб окружающей среде¹², тогда как МГП признаёт подобные нападения преступлением только в ситуации международного вооруженного конфликта и только согласно Римскому статуту при условии превышения очень высоких пороговых значений¹³. Даже если подобные действия уже расцениваются как обыкновенные преступления в национальном законодательстве, привлечение к ответственности в рамках права в области борьбы с терроризмом может способствовать дальнейшему расширению международного сотрудничества и использованию дополнительных инструментов расследования.

12 Конвенция Организации африканского единства (ОАЕ) о предупреждении терроризма и борьбе с ним, 1 июля 1999 г. (вступила в силу 6 декабря 2002 г.), ст. 1(3)(а).

13 Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 г. (вступил в силу 1 июля 2002 г.) (Римский статут), ст. 8(2)(b)(iv) («обширный, долгосрочный и серьезный ущерб окружающей природной среде, который будет явно несоизмерим» с ожидаемым военным превосходством, что соответствует положениям Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов, от 8 июня 1977 г. (ДП I) (вступил в силу 7 декабря 1978 г.), ст. 35(3)). Нанесение ущерба окружающей среде не квалифицируется как преступление в соответствии с четырьмя Женевскими конвенциями 1949 г., Дополнительным протоколом к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающимся защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов (ДП II), от 8 июня 1977 г. (вступил в силу 7 декабря 1978 г.) и Конвенцией о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду от 10 декабря 1976 г. (вступила в силу 5 октября 1978 г.).

В-третьих, в тех случаях, когда одни и те же деяния могут квалифицироваться и как военные, и как террористические преступления, элементы некоторых террористических преступлений могли бы быть более конкретными. В качестве примеров можно привести такие преступления, как угон воздушного судна¹⁴ или установка бомбы на борту воздушного судна¹⁵, тогда как нормы МГП носят более общий характер и касаются нападений или попытки нападений на гражданские объекты или захвата заложников. Таким образом, право в области борьбы с терроризмом может расширить арсенал имеющихся средств для привлечения виновных к ответственности и обеспечить более точные формулировки, четко устанавливающие неправомерность тех или иных действий.

В-четвертых, право в области борьбы с терроризмом вводит уголовную ответственность за заблаговременные подготовительные действия, которые не подпадают ни под категорию военных преступлений, ни под запреты в рамках МГП. С одной стороны, у этих положений есть много общего с расширенными режимами уголовной ответственности, которые предусматриваются международными конвенциями о борьбе с терроризмом¹⁶ и МГП¹⁷. Однако при реализации резолюции 1373 Совета Безопасности ООН многие государства из соображений предосторожности ввели уголовную ответственность за подготовительные действия, которые отныне квалифицируются как преступление задолго до того, как преступный умысел был претворен в жизнь в виде фактического нападения, или за действия в одиночку без (группового) сговора, предшествующего попытке нападения. К таким преступлениям относятся простое владение оружием, взрывчатыми веществами, транспортным средством, документами или предметами, которые могли бы быть использованы в целях будущего нападения, еще до совершения любых противоправных действий. К ним также относятся преступления, заключающиеся в осуществлении или прохождении обучения для совершения террористических актов (например, изучение оружия, тактических приемов или целей), а также поощрение, пропаганда, одобрение или воспевание терроризма (в том числе в целях радикализации или вербовки других лиц). Существует также целый ряд преступлений, связанных с различными формами поддержки террористических организа-

14 Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, 16 декабря 1970 г. (вступила в силу 14 октября 1971 г.) (Гаагская конвенция), ст. 1(а).

15 Монреальская конвенция, ст. 1(с).

16 В соответствии с последними международными конвенциями о борьбе с терроризмом государства должны вводить уголовную ответственность за совершение или попытку совершения таких преступлений, соучастие, сговор, организацию или руководство организацией таких преступлений, в некоторых конвенциях также содержатся положения об угрозах и сокрытии информации.

17 *Хенкертс, Жан-Мари и Досвальд-Бек, Луиза*. Обычное международное гуманитарное право. Том I: Нормы. МККК, 2006. Норма 151 (совершение или покушение на совершение преступления, содействие в его совершении, облегчение его совершения, пособничество или подстрекательство к совершению преступления, планирование или поощрение совершения преступления), доступно по адресу: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/rus/docs/v1>.

ций, включая финансирование, вербовку, членство, взаимодействие, оказание помощи и подготовку.

Отличие МГП заключается в том, что оно не запрещает группам прямое или косвенное участие в военных действиях и не предусматривает уголовную ответственность для их членов за такое участие; его нормы распространяются главным образом на незаконные действия, причиняющие ущерб (например, умышленное убийство или вероломство). В МГП также предусматривается ограниченный круг видов ответственности, которые носят преимущественно традиционный характер, то есть для привлечения лица к уголовной ответственности его действия должны иметь как можно более непосредственное отношение к совершенному преступлению. Так, например, если финансирование определенного нападения на гражданское население может быть признано *сопутствующим* деянием в форме пособничества и подстрекательства к военному преступлению, то отдельный, *основной* акт передачи финансовых средств лицу, участвующему в террористической деятельности, или террористической организации (что квалифицируется как преступление согласно нормам права в области борьбы с терроризмом) для иных целей, нежели предполагаемое совершение террористического акта, в МГП не расценивается как соучастие в военном преступлении.

Даже если террористический акт одновременно является военным преступлением, с тактической точки зрения может быть проще и эффективнее делегировать задачу уголовного преследования лиц, виновных в преступлениях террористической направленности, правоохранительным органам, что особенно актуально в случаях, когда речь идет о преступлениях, совершенных группами с низким цензом для членства, о связи с ними или об оказании косвенной или второстепенной поддержки таким группам, подтверждаемой саморазоблачающими публикациями в социальных сетях. Этот подход поможет избежать технических сложностей и проблем с безопасностью и ограниченностью ресурсов (особенно если дело происходит в слабых, нестабильных или развивающихся государствах, затронутых конфликтом), возникающих в связи с необходимостью сбора доказательств военных преступлений на местах боевых действий в отдаленных и опасных зонах конфликта, и при этом добиваться обезвреживания преступника законными способами, поскольку срок лишения свободы за преступления террористической направленности является не менее, если не более длительным, чем за военные преступления. Так, например, большая часть уголовных процессов, инициированных в США и Европе в отношении «боевиков-террористов» или иностранных мигрантов-террористов, возвратившихся из Сирии и Ирака, были связаны с их террористической деятельностью или обыкновенными уголовными преступлениями, а не с преступлениями международного характера¹⁸. Однако, как будет показано ниже,

18 См., например: Beth Van Schaack, *Imagining Justice for Syria*, Oxford University Press, Oxford, 2019, Ch. 7; Emma Broches and Julia Solomon-Strauss, "International Terrorism Prosecutions during Winter 2019", *Lawfare*, 21 March 2019.

некоторые виды преступлений, заключающиеся в оказании поддержки или организационной деятельности, могут противоречить гарантиям, которые, согласно МГП, предоставляются медицинскому и гуманитарному персоналу, а также в некоторых случаях могут идти вразрез с международным правом прав человека, например в связи с нарушением принципа законности¹⁹.

В-пятых, право в области борьбы с терроризмом возлагает на государства четкие обязательства касательно юрисдикции и сотрудничества. С одной стороны, в отношении всех военных преступлений (в ситуации международного вооруженного конфликта или вооруженного конфликта немеждународного характера) согласно обычному МГП действует принцип универсальной юрисдикции, а также, в соответствии с Женевскими конвенциями 1949 года, предполагается обязанность устанавливать такую юрисдикцию в отношении «грубых нарушений» в ходе международного вооруженного конфликта²⁰ (при этом не существует никаких международных договоров или обязательств в рамках обычного права, которые предписывали бы устанавливать универсальную юрисдикцию в отношении военных преступлений в ситуации немеждународного вооруженного конфликта). Что касается преступлений террористической направленности, то вопросы установления юрисдикции одновременно лишены системности и при этом имеют весьма широкий охват. В международных конвенциях о борьбе с терроризмом перечисляются различные основания для установления юрисдикции (например, территориальность и национальная принадлежность), но в них также по остаточному принципу предусматривается обязанность государства устанавливать квазиуниверсальную юрисдикцию в тех случаях, когда лицо (которое не является гражданином этого государства), подозреваемое в совершении преступления за рубежом, находится на территории этого государства²¹. Подобная юрисдикция носит более ограниченный характер по сравнению с юрисдикцией, предоставляемой в рамках Женевских конвенций, которые не требуют присутствия преступника на территории государства²², но при этом является более широкой в том смысле, что она *должна* устанавливаться в отношении преступлений, в том числе и в ситуации вооруженного конфликта немеждународного характера (в отличие от МГП, которое предоставляет обычные права, но не налагает никаких обязанностей).

19 UN Counter-Terrorism Implementation Task Force (Working Group on Protecting Human Rights while Countering Terrorism), *Basic Human Rights Reference Guide: Conformity of National Counter-Terrorism Legislation with International Human Rights Law*, October 2014, Principles and Guidelines 3 and paras 39–44.

20 МККК. Комментарий к Женевской конвенции I: Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях. МККК, 2021 (далее — Комментарий к ЖК I), доступно по адресу: <https://shop.icrc.org/updated-commentary-on-the-geneva-conventions-of-august-12-1949-volume-i-internal-only-english-paperback-pdf-ru.html>, ст. 49, п. 2846.

21 См., например: Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, 15 декабря 1997 г. (вступила в силу 23 мая 2001 г.) (Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом), ст. 6(4).

22 Комментарий к ЖК I (примечание 20 выше), ст. 49, п. 2866.

Тем не менее на некоторые преступления, которые относятся к ведению права в области борьбы с терроризмом согласно резолюциям Совета Безопасности ООН, распространяются только национальная и территориальная юрисдикции (например, некоторые преступления, связанные с финансированием террористической деятельности и принадлежностью к числу иностранных боевиков-террористов²³), и это предполагает возможность для расширения перечня преступлений такого рода, подпадающих под действие пункта 2(е) резолюции 1373 Совета Безопасности ООН²⁴. На практике же в разных национальных нормах законодательства основания для установления юрисдикции отличаются ограниченным охватом и не предусматривают применение принципа универсальной юрисдикции, что сокращает возможности для привлечения виновных к ответственности (хотя на практике национальная юрисдикция в отношении военных преступлений также может носить ограниченный характер).

Еще одно различие между МГП и правом в области борьбы с терроризмом связано с осуществлением юрисдикции и сотрудничеством. Согласно международным договорам, только «грубые нарушения» в ситуации международного вооруженного конфликта являются основанием для расследования преступлений, применения принципа «либо выдай, либо суди» и оказания взаимной правовой помощи, однако сюда не относятся другие нарушения законов и обычаев ведения войны (в условиях как международного, так и немеждународного вооруженного конфликта) или нарушения общей статьи 3 Женевских конвенций в ситуации немеждународного вооруженного конфликта. При этом государства обязаны выдавать или судить преступников и оказывать взаимную помощь в случае совершения любых преступлений, относящихся к сфере действия международных конвенций о борьбе с терроризмом, а также в случае любых террористических актов (включая преступления по подготовке таких актов) в соответствии с резолюцией 1373²⁵. Подобные обязательства в области транснационального сотрудничества являются важнейшим условием привлечения виновных к ответственности в ситуациях, когда им удается бежать и пересечь границу другого государства. В то же время в обычном

23 См., например: резолюция 1373 Совета Безопасности ООН, 28 сентября 2001 г., пп. 1(b), 1(d) (финансирование); резолюция 2178 Совета Безопасности ООН, 24 сентября 2014 г., пп. 6(a)—(с) (иностранцы-боевики-террористы). См. также: David McKeever, “International Humanitarian Law and Counter-terrorism: Fundamental Values, Conflicting Obligations”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, No. 1, 2020, p. 51.

24 Counter-Terrorism Executive Directorate, *Technical Guide to the Implementation of Security Council Resolution 1373 (2001) and Other Relevant Resolutions*, 2019, para. 274 (юрисдикция, основанная на принципах национальной принадлежности и территориальности, а также квазиуниверсальная юрисдикция, основанная на том факте, что лицо находится на территории данного государства, действуют лишь в том случае, если конкретное деяние является преступлением согласно международным конвенциям о борьбе с терроризмом; в самом п. 2(е) ничего не говорится о юрисдикции, однако предписывается, что государства должны привлекать преступников к судебной ответственности, что, в свою очередь, означает их обязанность руководствоваться принципом «либо выдай, либо суди»: резолюция 1456 Совета Безопасности ООН, 20 января 2003 г., п. 3; резолюция 1566 Совета Безопасности ООН, 8 октября 2004 г., п. 2).

25 См. примечание 24 выше по п. 2(е).

МГП предусматривается обязанность расследовать, осуществлять судебное преследование подозреваемых или передавать их для суда другому государству и сотрудничать (включая взаимную помощь в расследованиях, задержаниях и судебном преследовании, а также выдачу подозреваемых для суда другому государству)²⁶.

В-шестых, нормы права в области борьбы с терроризмом предусматривают собственный комплекс обязательств по предотвращению преступлений, которые не фигурируют в нормах МГП, хотя в МГП и имеются собственные меры по предупреждению некоторых из подобных правонарушений. Согласно международным конвенциям о борьбе с терроризмом государства должны принимать все возможные меры для предотвращения подготовки этих преступлений и для противодействия такой подготовке в пределах или за пределами их территорий, включая «меры по запрету на их территориях незаконной деятельности лиц, групп и организаций, которые поощряют, подстрекают, организуют или участвуют» в совершении преступлений²⁷. Помимо этого, государства должны сотрудничать путем обмена данными и координации административных и других мер в целях предупреждения совершения преступлений²⁸, включая преступления, подготовленные за границей и направленные против других государств. Подробные обязательства государств по предупреждению преступлений также подробно изложены в резолюции 1373 Совета Безопасности ООН²⁹ и в других резолюциях по предупреждению схожих угроз, например угрозы, исходящей от иностранных боевиков. Все это позволяет привести в действие национальные и межгосударственные механизмы по предупреждению преступлений террористической направленности.

Меры МГП по предупреждению преступлений носят одновременно более узкий и более всеобъемлющий характер, чем нормы права в области борьбы с терроризмом. Многие из них (в отличие от права в области борьбы с терроризмом) ограничиваются регламентированием собственных действий стороны, к которым относятся, например, меры по выполнению, приказы и распоряжения, пресечение нарушений, ответственное командование, обязанности командиров, распространение и деятельность юридических советников³⁰. В целом введение уголовной ответственности за военные преступления — такие как, например, преступления террористической направленности — на национальном уровне призвано удерживать любых лиц от совершения преступлений и, соответственно, тем самым обеспечить их предотвращение. Согласно общей статье 1 Женевских конвенций,

26 *Хенкертс и Досвальд-Бек* (примечание 17 выше), нормы 158, 161.

27 См., например: Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 15(а); Конвенция о борьбе с финансированием терроризма, ст. 18(1).

28 См., например: Конвенция о борьбе с финансированием терроризма, ст. 18(3).

29 Резолюция 1373 Совета Безопасности ООН, 28 сентября 2001 г., пп. 2(а) (воздержание от поддержки терроризма), 2(б) (предотвращение террористических актов), 2(с) (отказ в убежище), 2(д) (недопущение использования территории в террористических целях), 2(г) (предотвращение передвижения террористов).

30 См., например: ДП I, ст. 80, 82, 83, 86, 87.

обязанность «обеспечивать соблюдение» МГП не ограничивается прекращением происходящих нарушений, но также включает обязательство «не допускать нарушений, если существует предвидимый риск их совершения, и предотвращать дальнейшие нарушения, если они уже произошли»³¹. Оно распространяется не только на собственные вооруженные силы сторон, но и на все население, над которым сторона осуществляет власть³²; в этом смысле оно охватывает те же аспекты, что и нормы права в области борьбы с терроризмом, которые касаются подготовки террористических актов на территории государства. Можно также утверждать, что общая статья 1 также предусматривает обязательство обеспечивать соблюдение МГП другими сторонами в конфликте³³, и в этом случае она частично совпадает с обязательством по обмену информацией и координации мер в рамках права в области борьбы с терроризмом, если, например, одно из государств подозревает подготовку преступления за рубежом против другого государства.

В-седьмых, нормы права в области борьбы с терроризмом наделяют правоохранительные органы более широкими или особыми следственными и иными полномочиями по сравнению с МГП. Предполагаемая чрезвычайная угроза терроризма часто приводится в качестве обоснования исключительных полномочий правоохранительных органов и разведывательных служб в таких вопросах, как надзор, задержание, обыск и изъятие, превентивное замораживание и конфискация активов, снижение судебного контроля (например, в форме судебных приказов), увеличение сроков содержания под стражей до предъявления обвинений, изменение процедур внесения залога, превентивное задержание в целях обеспечения безопасности, рестриктивные приказы о мерах ограничения свободы; снижение стандартов доказанности. Регламент судебного разбирательства может быть пересмотрен с учетом особенностей подозреваемых в целях обеспечения дополнительной безопасности: например, может быть введено требование о закрытом характере судебных заседаний и об ограничениях на раскрытие секретной информации. По итогам вынесения обвинительного приговора террористов могут присуждать к более длительным, чем обычно, срокам заключения по причине действующей практики назначения наказаний. Все это может делать нормы права в области борьбы с терроризмом более привлекательным инструментом для привлечения виновных к ответственности, чем МГП, при условии, что эти законы и процедуры не вступают в противоречие с правом прав человека. Нарушения прав человека, например несправедливые судебные разбирательства или сомнительные доказательства, могут негативно отразиться на привлечении виновных к ответственности за террористическую деятельность.

31 Комментарий к ЖК I (примечание 20 выше), ст. 1, п. 164.

32 Там же, пп. 130–152.

33 Там же, п. 153.

Наконец, признание тех или иных действий террористическими может оказывать более сильное эмоциональное воздействие, чем если речь идет об (обыкновенном) нарушении МГП или даже о военном преступлении. Понятие «терроризм» само по себе является клеймом и очень серьезным обвинением. Оно ассоциируется с особой разновидностью тяжких преступлений, которые не всегда оказываются страшнее военных преступлений, но при этом наносят ущерб огромному множеству различных групп, что оправдывает жесткие меры пресечения. Генеральная Ассамблея ООН и Совет Безопасности ООН традиционно осуждают терроризм как угрозу международной безопасности, правам человека и стабильному управлению³⁴ (это те аспекты, для которых военные преступления также являются угрозой). Они также неоднократно осуждали террористические акты, совершенные организованными вооруженными группами в ходе вооруженных конфликтов (как в немеждународных, так и в международных вооруженных конфликтах, сопровождающихся оккупацией), например в Афганистане, Израиле/Палестине, Ираке, Йемене, Нигерии, Мали и Сирии. Они неоднократно призывали привлекать к суду тех, кто несет ответственность за совершение террористических актов в условиях конфликтов³⁵, хотя и не уточняли, как именно должны квалифицироваться те или иные акты — как терроризм, международные преступления или обыкновенные преступления. Несмотря на то что государства не обязаны (согласно положениям большинства международных конвенций о борьбе с терроризмом и резолюциям Совета Безопасности ООН) четко квалифицировать террористические акты как преступления террористической направленности в своих национальных нормах законодательства³⁶ (тогда как в отношении военных преступлений, согласно МГП³⁷, это требование действует), этот подход является наиболее распространенным.

Отдельным практическим доводом в пользу предъявления обвинений в террористической деятельности может служить тот факт, что в нормах законодательства некоторых государств просто отсутствуют соответствующие положения, которые касались бы военных преступлений. В Сирии, например, нет законов, которые распространялись бы на ситуации негосударственных вооруженных конфликтов³⁸; в Афганистане меж-

34 См.: Ben Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, Ch. 2.

35 По вопросу в первую очередь «иностранных боевиков-террористов» см: резолюция 2178 Совета Безопасности ООН, 24 сентября 2014 г., п. 4; резолюция 2396 Совета Безопасности ООН, 21 декабря 2017 г., пп. 19 («подтверждает, что те, кто несет ответственность за совершение террористических актов, нарушений международного гуманитарного права или же нарушений или ущемлений прав человека в этой связи либо иным образом причастен к ним, должны быть привлечены к суду»), 29–41.

36 D. McKeever (примечание 23 выше), p. 51.

37 Комментарий к ЖК I (примечание 20 выше), ст. 49, пп. 2847–2851 (обсуждение вариантов введения уголовной ответственности за серьезные нарушения — от применения существующего обыкновенного национального уголовного права до конкретных законов о военных преступлениях).

38 Военные преступления не признаются таковыми в Уголовном кодексе Сирии, Законодательный указ № 148, 22 июня 1949 г., и в Военном уголовном кодексе, Законодательный указ № 61, 27 февраля 1950 г.

дународные преступления были отражены в национальном законодательстве лишь в 2018 году³⁹; предложенные проекты законов о международных преступлениях в Ираке (включая Курдистан) и Нигерии до сих пор не приняты (по состоянию на середину 2021 года). В этих государствах по умолчанию предусматривается судебное преследование за террористическую деятельность (включая преследование со стороны некоторых организованных вооруженных групп⁴⁰). При этом в ряде других государств отсутствуют как нормы права в области борьбы с терроризмом, так и законодательные положения о военных преступлениях. Сомали в рамках своей борьбы с организацией «Аш-Шабаб»⁴¹ руководствуется военно-уголовным правом и опирается на деятельность военных судов (в том числе в части таких вопросов, как задержание, разоружение, демобилизация и реинтеграция), а закон о борьбе с терроризмом, утвержденный кабинетом министров еще в 2013 году, так и не был принят, поскольку его инициатор был убит в ходе конфликта, и никаких законов, регламентирующих вопросы международных преступлений, в стране в настоящее время не существует.

Недостатки совместного применения норм

В чем заключаются недостатки совместного применения МПП и норм права в области борьбы с терроризмом? В данном случае следует обратить внимание на некоторые правовые и программные аспекты. Во-первых, в ситуациях, когда одни и те же действия запрещаются как нормами права в области борьбы с терроризмом, так и положениями МПП о военных преступлениях, может показаться, что применение норм права в области борьбы с терроризмом не может вызывать никаких возражений, поскольку они лишь дополняют положения МПП, как, например, и в случае криминализации нападений на гражданское население. Однако даже в этом случае более предпочтительным может оказаться подход, при котором данные деяния признаются военными преступлениями, поскольку такие преступления относятся к ведению обычного международного права. Эти положения отличаются универсальностью и четкостью определений⁴², существуют гораздо дольше и имеют более прочную правовую основу, чем новая концепция преступлений террористической направленности, которая регламентируется национальными нормами законодательства и имеет больше расхождений (в первую очередь это касается преступлений, закрепленных в резолюциях Совета Безопасности ООН, которые не содержат определе-

39 Afghanistan Penal Code 2017, Official Gazette No. 1260, 15 May 2017 (entered into force 14 February 2018).

40 Anti-Terrorism Act, Legislative Council Decree No. 20, 27 September 2014, under the Charter of the Social Contract, 29 January 2019 (внутренняя конституция Демократических автономных регионов Африн, Джазира и Кобани).

41 См., например: Доклад Независимого эксперта по вопросу о положении в области прав человека в Сомали Бахаме Тома Ньяндуги, док. ООН A/HRC/30/57, 29 сентября 2015 г., пп. 28–32.

42 D. McKeever (примечание 23 выше), p. 51.

ний террористических актов и нередко дают основания для обеспокоенности по поводу нарушений прав человека). Признание определенных деяний военными преступлениями само по себе является очень серьезным обвинением, которое носит более универсальный и менее политизированный характер, чем обвинения в терроризме, и в большинстве случаев такие деяния относятся к числу наиболее серьезных международных преступлений. Разумеется, если совершение военного преступления сопровождалось террористическими актами и если имеется достаточный объем доказательств для привлечения виновных к суду, то такие деяния должны рассматриваться как военные преступления, с тем чтобы весь масштаб и все аспекты преступной деятельности были должным образом учтены и чтобы виновные в страданиях жертв международных преступлений не остались безнаказанными⁴³. В случаях когда элементы состава преступления различаются, необходимо обратить внимание на подход, заключающийся в кумулятивном преследовании.

Кроме того, в отношении военных преступлений действует универсальная юрисдикция, тогда как преступления террористической направленности, отраженные в нормах законодательства ряда государств, осуществляющих резолюции Совета Безопасности ООН, подпадают под действие экстерриториальной юрисдикции, которая, вероятно, носит более ограниченный характер (в отличие от преступлений, фигурирующих в международных конвенциях о борьбе с терроризмом, которые требуют квазиуниверсальной юрисдикции). Между многими государствами существуют давно установившиеся условия сотрудничества по вопросам военных преступлений (таким как выдача и взаимная помощь). Помимо этого, на сегодня накоплено немало примеров международной судебной практики в отношении военных преступлений⁴⁴, тогда как ответственность за преступления террористической направленности регламентируется гораздо более узким с юрисдикционной точки зрения прецедентным правом и крайне узкой национальной и региональной судебной практикой. В отличие от террористических актов, военные преступления могут подпадать под международную юрисдикцию (МУС)⁴⁵, а также под действие специальных механизмов МГП (таких как Международная комиссия по установлению фактов) и международных правозащитных механизмов (например, комиссий по расследованию), наделенных мандатами на расследование нарушений МГП или международного уголовного права (но, как правило, не преступлений террористической направленности).

Во-вторых, МГП создавалось как (преимущественно) автономный правовой режим, в основу которого легли наилучшие из достижимых (хотя и не всегда оптимальные) компромиссы между военными задачами и необ-

43 См. также: *Ни Илан, Ф.* (примечание 5 выше), п. 21. По вопросу кумулятивного преследования см.: *Genocide Network, Cumulative Prosecution of Foreign Terrorist Fighters for Core International Crimes and Terrorism-related Offences*, May 2020.

44 См. также: *D. McKeever* (примечание 23 выше), п. 51.

45 *Ibid.*

ходимостью обеспечения гуманитарной защиты. Использование сторонних корпусов права без согласованного приведения их в соответствие с нормами МГП может негативно отразиться на основных интересах сторон в конфликте и, соответственно, на соблюдении положений МГП (включая защиту как гражданского населения, так и бойцов).

Так, например, нормы права в области борьбы с терроризмом, в которых законные нападения государственных вооруженных сил в условиях международного вооруженного конфликта признаются преступлением, вступают в прямое противоречие с МГП, поскольку они отказывают комбатантам в иммунитете. Такого же рода противоречия возникают и в тех случаях, когда беспристрастное предоставление медицинской или гуманитарной помощи приравнивается к преступлениям террористической направленности, таким как, например, финансирование или «поддержка» террористов, или вводятся ограничения для оказания такой помощи⁴⁶. Если к подобному конфликту, на первый взгляд, могут быть применены нормы права в области борьбы с терроризмом, то для урегулирования противоречий потребуются дополнительные инструменты, например: 1) непротиворечивое толкование норм обоих корпусов права; 2) признание одного свода норм в качестве *lex specialis* и их преимущественной силы перед другими нормами; 3) внесение изменений в нормы права в области борьбы с терроризмом; 4) такие неформальные инструменты, как использование стороной обвинения своих дискреционных полномочий (нежелательный подход⁴⁷). Все эти варианты рассматриваются ниже.

Косвенные или подразумеваемые конфликты между разными нормами права носят более сложный характер. Если использовать в качестве примеров прошлые ситуации, то возникает вопрос: может ли считаться, что нормы права в области борьбы с терроризмом идут вразрез с МГП, если из соображений военной необходимости или по каким-то иным причинам нормы МГП преднамеренно не признают преступлением нападения, наносящие ущерб окружающей среде, или непринятие мер предосторожности в условиях международного вооруженного конфликта; или запрещают, но не приравнивают к преступлению неизбирательные или несоразмерные нападения в условиях немеждународного вооруженного конфликта; или не запрещают и не признают преступлением прямое участие в военных действиях в ходе немеждународного вооруженного конфликта? Согласно

46 См., например: US Supreme Court, *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US (2010), Nos 08-1498, 09-89, 21 June 2010 (о широте положений, касающихся материальной поддержки терроризма, согласно п. 2339A раздела 18 свода законов США, в котором предусматривается исключение для лекарственных препаратов и материалов религиозного назначения, но не для медицинской или гуманитарной помощи); Norwegian Refugee Council, *Principles under Pressure: The Impact of Counterterrorism Measures and Preventing/Countering Violent Extremism on Principled Humanitarian Action*, 2018.

47 UK Supreme Court (UKSC), *R v. Gul*, [2013] UKSC 64, 23 October 2013, para. 36 (подрывает основы правопорядка, принцип разделения властей и законность, поскольку наделяет сторону обвинения широкой свободой на свое усмотрение определять, действительно ли военные действия, которые носят законный характер в рамках МГП, являются преступлением согласно национальному законодательству).

нормам права в области борьбы с терроризмом, подобные деяния могут расцениваться как преступления в ходе немеждународного и даже международного вооруженного конфликта в той мере, в которой иммунитет комбатантов распространяется исключительно на деяния, являющиеся законными в рамках МГП, но не на военные преступления или *иные нарушения запретительных положений МГП*⁴⁸ (например, непринятие мер предосторожности или нанесение ущерба окружающей среде).

В-третьих, даже в отсутствие прямой коллизии между нормами права в области борьбы с терроризмом и нормами МГП контртеррористические меры могут негативно отражаться на стратегической составляющей МГП. Этот риск особенно ярко проявляется в следующей сфере. МГП ни разрешает, ни запрещает прямое участие гражданского населения в военных действиях (включая участие членов организованных вооруженных групп, выполняющих постоянные боевые функции), однако при этом регламентирует последствия такого участия. В то же время в международном праве в области борьбы с терроризмом такие действия расцениваются как преступные безотносительно их соответствия прочим нормам МГП по ведению боевых действий, согласно которым организованные вооруженные группы должны осуществлять нападения исключительно на военные цели, не допускать массовых жертв среди гражданского населения и использовать законные средства и методы ведения войны. Технически никакого конфликта между двумя сводами норм здесь нет, поскольку подобные действия не относятся к числу разрешенных МГП. Напротив, МГП разрешает государствам-участникам осуществлять уголовное преследование гражданского населения за прямое участие в военных действиях, например в соответствии с законами об обеспечении безопасности оккупирующей стороны на оккупированных территориях⁴⁹, тогда как национальное законодательство может признавать такое участие преступлением на собственной территории государства в условиях международного или немеждународного вооруженного конфликта.

И что особенно важно, МГП поощряет государства после завершения немеждународного вооруженного конфликта к предоставлению как можно более широкой амнистии (исключительно согласно Дополнительному протоколу II (ДП II), но не в рамках общей статьи 3) за деяния, которые не являлись нарушением норм МГП⁵⁰. В этом смысле у организованных вооруженных групп, как правило, нет никаких стимулов соблюдать нормы МГП, поскольку государства всегда заинтересованы в отстаивании своего суверенного права на восстановление правопорядка на собственных территориях.

Таким образом, вопрос заключается не столько в том, подлежит ли такое поведение криминализации в принципе, сколько в том, следует его

48 См., например: US Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, 2007, para. 5.4.1.1 («не могут быть привлечены к судебной ответственности за законные военные действия»).

49 Женевская конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. (ЖК IV) (вступила в силу 21 октября 1950 г.), ст. 64–67.

50 ДП II, ст. 6(5).

признавать *террористическим* и преступным на международном уровне, то есть устанавливать в его отношении экстерриториальную уголовную юрисдикцию на территории иностранного государства и либо преследовать скрывающихся от правосудия преступников по суду, либо выдавать их государству, на территории которого велся конфликт. Сегодня нет никаких общих международных правовых норм, которые запрещали бы это, при условии соблюдения международного права прав человека в процессе определения характера таких террористических преступлений, например принципа законности (точность и предсказуемость правовых норм) или принципа отсутствия дискриминации. Кроме того, Совет Безопасности ООН и Генеральная Ассамблея ООН (и, соответственно, входящие в них государства) неоднократно четко характеризовали некоторые организованные вооруженные группы, участвующие в вооруженных конфликтах, как террористические (такие организации, как, например, «Аль-Каида», так называемое «Исламское государство» (ИГ), «Ан-Нусра» (*перечисленные организации запрещены в России*. — Прим. пер.) и «Боко харам») в силу характера действий, совершаемых их членами. Такое признание было необходимо не только ради введения санкций, но и для того, чтобы побудить государства передать виновных в руки правосудия. Таким образом, и в резолюциях Совета Безопасности ООН, и в международных конвенциях в области борьбы с терроризмом допускаются как минимум некоторые форматы одновременного применения обоих сводов норм.

В то же время здесь можно привести и ряд стратегических контраргументов. Международный Комитет Красного Креста (МККК) недвусмысленно предостерегает от криминализации «любых актов насилия» со стороны организованных вооруженных групп и признания их терроризмом в тех случаях, когда согласно МГП они не являются противозаконными, поскольку такой подход «по всей вероятности, снизит эффективность любых стимулов соблюдения МГП»⁵¹. Тот же довод приводится и в отношении причисления таких групп к террористическим (что часто влечет за собой уголовную ответственность для их членов), поскольку «это чревато опасностью — негосударственная вооруженная группа может утратить стимул соблюдать этот свод права», включая в первую очередь обязанность проводить различия между гражданскими и военными целями⁵².

51 МККК. Международное гуманитарное право и вызовы современных вооруженных конфликтов: подтверждение обязательства предоставлять защиту во время вооруженного конфликта по случаю 70-летия Женевских конвенций, 2019 г., с. 68. См. также: Ни Илан, Ф. (примечание 5 выше), п. 26; ICRC, *Terrorism and International Law: Challenges and Responses: The Complementary Nature of Human Rights Law, International Humanitarian Law and Refugee Law*, Geneva, 2002; Marco Sassòli, “Terrorism and War”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, No. 5, 2006, p. 970.

52 Комментарий к ЖК I (примечание 20 выше), ст. 3, п. 868. См. также: ICRC, *The Applicability of IHL to Terrorism and Counterterrorism*, Geneva, 2015; Jelena Pejic, “Armed Conflict and Terrorism”, in Ana María Salinas de Frías, Katja Samuel and Nigel D. White (eds), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 177; Tristan Ferraro, “Interaction and Overlap between Counter-Terrorism Legislation and International Humanitarian Law”, in *Terrorism, Counter-Terrorism and International Humanitarian Law*, Proceedings of the Bruges Colloquium, 20–21 October 2016.

Очевидно, что в случае признания того или иного лица террористом — будь то за его действия, за членство в террористической группе или за оказание поддержки такой группе — безотносительно соблюдения им норм МГП предполагаемые преимущества соблюдения МГП могут стать менее очевидными.

И хотя эти заявления МККК являются интуитивно понятными и продиктованными здравым смыслом, они не подкреплены эмпирическими данными, которые подтверждали бы, что применение норм права в области борьбы с терроризмом действительно вынуждает организованные вооруженные группы менее охотно соблюдать МГП, хотя в основе этих заявлений, безусловно, лежит практический опыт МККК, накопленный по итогам конфликтов. Это не означает, что признание отдельных лиц или групп террористами автоматически обнуляет *все* стимулы, которые могли бы побудить их к соблюдению МГП, поскольку существует множество других причин, по которым группы могут быть готовы выполнять эти нормы, например: моральные принципы или религиозные ценности; стремление заручиться поддержкой и пониманием со стороны гражданского населения; завоевание поддержки со стороны диаспор или спонсоров из числа иностранных государств; стремление к политической легитимности; упрощение процесса оказания гуманитарной помощи «своим» людям; демонстрация того, что они, в отличие от государственных сил, не являются военными преступниками; а также подтверждение своей фактической непринадлежности к террористам⁵³. Это также не означает, что все организованные вооруженные группы готовы усваивать нормы МГП или соблюдать их ради тех не слишком убедительных стимулов, которые предлагаются в рамках МГП. Некоторые «террористические» группы (например, ИГ, «Аль-Каида», «Боко харам» и «Абу Сайяф») как раз преследуют цели и ставят перед собой задачи, которые заключаются в нарушении МГП, и их ничуть не останавливают законы о военных преступлениях, не говоря уже о таких нюансах, что МГП удобным образом ни запрещает, ни разрешает боевые действия, оставляя решение вопроса о том, являются ли такие лица преступниками, на усмотрение национального законодательства.

Тем не менее, учитывая, что для организованных вооруженных групп правовые доводы в пользу соблюдения МГП в условиях немеждународного вооруженного конфликта и так являются не слишком убедительными, чрезмерно активная криминализация терроризма на транснациональном уровне ведет лишь к дальнейшему ослаблению этих норм. Это может показаться не таким уж важным, но когда ставки так высоки, и цена вопроса — это дальнейший рост и без того значительного насилия в отношении гражданского населения, то любые попытки минимизировать чрезмерное распространение новых норм могут быть оправданными. Это касается даже многих «террористических» групп, включая, например

53 См. в целом: Ben Saul, “Enhancing Civilian Protection by Engaging Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 22, No. 1, 2017.

«Аш-Шабааб», «ХАМАС», движение «Талибан» (*запрещено в России*. — Прим. пер.), Рабочую партию Курдистана (РПК) или организацию «Тигры освобождения Тамил Илама» (и даже такие группы, как «красные кхмеры», которые нацелены на истребление людей), поскольку, как показывает опыт, на каком-то этапе конфликта некоторые члены групп могут проявить интерес к прямому или опосредованному взаимодействию с внешними переговорщиками и принятию во внимание их ценностей⁵⁴, и в этом случае поведение группы может претерпеть соответствующие изменения.

Вторая, сопутствующая причина, по которой следует с осторожностью квалифицировать военные действия организованных вооруженных групп как терроризм, обусловлена взаимосвязью между суверенитетом государства и нормами МПП в условиях немеждународного вооруженного конфликта. Как уже отмечалось, в ситуации немеждународного вооруженного конфликта затронутое таким конфликтом государство обычно опиралось на национальное законодательство, дававшее ему суверенное право привлекать к уголовной ответственности членов организованных вооруженных групп за преступления в отношении национальной безопасности или других государственных интересов, независимо от того, имели ли эти преступления террористическую направленность. Однако криминализация терроризма на международном уровне приводит к изменению сложившейся ранее практики. Немеждународный вооруженный конфликт в прошлом обычно представлял собой гражданскую войну, которую вели граждане этого государства на его территории, тогда как сегодня эти конфликты приобрели значительно более сложный и транснациональный характер. Таким образом, право на криминализацию тех или иных действий было тесно связано с суверенным правом государства осуществлять территориальную юрисдикцию в отношении собственной территории и населения. Осуществление одним государством экстерриториальной уголовной юрисдикции в отношении деятельности организованной вооруженной группы на территории другого государства происходило очень редко, поскольку в таких случаях возникала необходимость представить приемлемые обоснования для осуществления экстерриториальной предписательной юрисдикции в соответствии с нормами международного права. Одним из таких обоснований была универсальная юрисдикция в отношении военных преступлений в рамках международных соглашений по МПП и обычного МПП. В отсутствие такого обоснования государства, как правило, не квалифицировали гражданские войны в других странах как преступления и отказывались сотрудничать с государством территориальной юрисдикции по вопросам преследования его внутренней политической оппозиции (ссылаясь на оговорки об отказе в выдаче за совершение политических преступлений, включая такие классические «преступления» периода гражданских войн, как организация мятежа, революция или подстрекательство

54 Ben Saul, “Enhancing Civilian Protection by Engaging Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law”, *Journal of Conflict and Security Law*, pp. 25–26, vol. 22, No. 1, 2017.

к бунту). Поскольку зарубежные гражданские войны обычно не затрагивают собственную безопасность государства и его граждане не становятся ни преступниками, ни жертвами, нет никаких причин для поиска других обоснований для осуществления собственной юрисдикции.

В обширной юрисдикции, которая сегодня применяется в отношении преступлений террористической направленности, отсутствует традиционная связь с территориальными суверенными правами, которые должны быть у государства⁵⁵. При этом преступления террористической направленности уже также не рассматриваются как политические в контексте выдачи виновных, и эта тенденция была закреплена в положениях последних международных конвенций о борьбе с терроризмом и стандартах ООН, принятых с конца 1990-х годов. В случае международных конвенций о борьбе с терроризмом эта проблема стоит не слишком остро, поскольку их положения содержат четкие описания конкретных преступлений и отличаются ограниченным охватом (в них, как правило, не предусматривается криминализация как действий, которые не были ранее запрещены МГП, так и прямого участия гражданского населения в военных действиях или оказания «материальной поддержки» террористическим группам), а также потому, что в отношении таких преступлений часто действуют положения об исключении вооруженных конфликтов (об этом более подробно речь пойдет ниже). Предоставление всем государствам возможности участвовать в подготовке международных соглашений является гарантией того, что нормы МГП будут приняты во внимание.

Однако террористические акты в целом, о которых говорится в резолюции 1373 Совета Безопасности ООН, не имеют какого-либо согласованного на международном уровне четкого определения и трактуются государствами в одностороннем порядке; при этом не предусматривается никаких оговорок об исключении, посредством которых учитывались бы нормы МГП; положения резолюции являются обязательными для всех государств, несмотря на то, что они были приняты Советом Безопасности ООН, в состав которого входили всего 15 государств-членов (и из них лишь пять государств — постоянных членов Совета Безопасности действительно обладают должным весом), причем у всех остальных государств не было возможности ни принять участие в подготовке этого документа, ни выразить обеспокоенность по поводу МГП. Вот почему государствам следует с крайней осторожностью квалифицировать участие в военных действиях в ходе зарубежных немеждународных вооруженных конфликтов как терроризм. Даже в случаях, когда в зарубежном конфликте принимают участие собственные вооруженные силы государства, следует помнить, что это государство не обладает территориальным суверенитетом и общими полномочиями для реализации положений применимого здесь уголовного законодательства, а также не обладает полномочиями, которые имеет окку-

55 См. также: *Ни Илан, Ф.* (примечание 5 выше), п. 26 (где подтверждается позиция автора по данному вопросу).

пирующая держава в ситуации международного вооруженного конфликта, в частности оно не может принимать постановления для обеспечения безопасности на территории иностранного государства⁵⁶. В лучшем случае оно может установить расширенную защитную юрисдикцию (однако этот подход также является достаточно спорным).

Ситуация, когда государство вынуждено подавлять насилие со стороны негосударственных групп, создающих угрозу его политической власти на его собственной территории, — это одно, а согласие (по собственному выбору или даже в соответствии со взятыми на себя обязательствами) принять участие в подавлении политического насилия, которое не является нарушением МГП, на территории другого государства — это совсем другое. Во втором случае такое государство вмешивается во внутреннюю политическую борьбу другого государства на стороне иностранного правительства, чего страны исторически как старались избегать, ссылаясь на оговорку об отказе в выдаче за совершение политических преступлений, закрепленную в соответствующих законах и международных соглашениях (в настоящее время ведется активный процесс по упразднению этой оговорки), так и, напротив, расценивали как достижение (как в случае иностранных добровольцев, принимавших участие в гражданской войне в Испании). Ситуации, когда в подавлении насилия со стороны негосударственных групп за рубежом участвуют иностранные государства, лишают организованные вооруженные группы последних стимулов для соблюдения МГП, поскольку при таком подходе они превращаются в «террористов» на международном уровне. Разумеется, это не означает, что государства лишаются права преследовать по закону «иностранцев наемников» или деятельность по вербовке таких наемников (в настоящее время в качестве такого преступления квалифицируется перемещение «иностранцев боевиков»), поскольку это право дает им возможность не допускать отъезда собственных граждан или резидентов для участия в зарубежных конфликтах.

Третья причина, по которой государствам следует с осмотрительностью применять нормы права в области борьбы с терроризмом, носит более широкий характер и связана с тем, что подобные действия могут идти вразрез с другими интересами, которые обеспечиваются нормами МГП в ситуации конфликта. В самых крайних случаях государства могут отрицать, что МГП в принципе применимо к деятельности «террористов», — как из опасений, что, признав наличие вооруженного конфликта, они могут придать террористам какой-то законный статус⁵⁷, так и потому, что, по их утверждению, нормы МГП в признаваемых ими конфликтах не могут применяться в отношении отдельных «террористов», или потому, что при применении этих норм допускается их излишне вольное толкование⁵⁸. Поляризация взаимоотношений с «террористическими» группами на юридическом

56 ЖК IV, ст. 64.

57 Международное гуманитарное право и вызовы современных вооруженных конфликтов (примечание 51 выше), с. 68.

58 Там же, с. 69.

и политическом уровне может также привести к тому, что эти группы будут с подозрением относиться к взаимодействию с гуманитарными организациями, особенно если эти организации будут восприниматься как часть международного аппарата по борьбе с терроризмом — в силу их предполагаемой близости к основным контртеррористическим силам (в том числе в виде участия в мероприятиях по стабилизации обстановки с применением военных средств или в кампаниях по завоеванию «умов и сердец» гражданского населения в интересах развития), по причине наличия у них договорных или иных юридических обязательств информировать правительства о подозрительном поведении, а также из-за того, что учреждения ООН являются частью общей концепции «всей Организации Объединенных Наций» по борьбе с терроризмом в соответствии с Глобальным договором ООН по координации контртеррористической деятельности 2018 года и деятельностью его Координационного комитета, а также согласно всеобъемлющим «компонентам» Глобальной контртеррористической стратегии ООН 2006 года.

Четвертая широкомасштабная причина, по которой государства должны с осторожностью применять нормы права в области борьбы с терроризмом одновременно с положениями МГП, касается условий прекращения конфликтов. «Чрезмерное очернение» организованных вооруженных групп как террористов может значительно ослабить политическую волю или юридические возможности правительств для проведения мирных переговоров в целях прекращения конфликта, как это произошло с организацией «Революционные вооруженные силы Колумбии — Армия народа» в Колумбии⁵⁹. Эти факторы, препятствующие «ведению переговоров с террористами», могут создавать дополнительные ограничения помимо тех, которые обычно возникают в ситуации вооруженного конфликта. Они могут также негативно отражаться на масштабах переговоров и характере постконфликтного урегулирования или примирения⁶⁰, особенно в том, что касается обращения с боевиками-«террористами». Согласно МГП, государствам рекомендуется предоставлять как можно более широкую амнистию за совершение тех или иных (не противоречащих МГП) действий во время конфликта⁶¹. Если организованная вооруженная группа или ее члены подлежат уголовному преследованию как террористы, то это может ослабить готовность правительства предоставлять им амнистию и сделает такую амнистию неприемлемой в глазах населения, которое сталкивается с социальным расколом и привыкло жить в страхе перед «террористами».

Соответственно, применение норм права в области борьбы с терроризмом может осложнить или ограничить возможности по разору-

59 Sophie Haspeslagh, “The ‘Linguistic Ceasefire’: Negotiating in an Age of Proscription”, *Security Dialogue*, Vol. 52, No. 4, 2021.

60 ICRC, *The Applicability of IHL* (примечание 52 выше); J. Rejić (примечание 52 выше); ICRC, *Terrorism and International Law* (примечание 51 выше). См. также: Ни Илан, Ф. (примечание 5 выше), п. 26.

61 ДП II, ст. 6(5); Хенкертс и Досвальд-Бек (примечание 17 выше), норма 159.

жению, демобилизации и реинтеграции (РДР)⁶² таких лиц, тогда как эти процессы могут быть важным условием обеспечения долгосрочного мира. В стандартах ООН по разоружению, демобилизации и реинтеграции подчеркивается, что ни лица, подозреваемые в совершении террористических актов, ни лица или группы, перечисленные Советом Безопасности ООН, ни лица, подозреваемые в совершении международных преступлений, не подлежат разоружению, демобилизации и реинтеграции⁶³. Тем не менее понятие терроризма в стандартах определяется путем отсылки не только к международным конвенциям о борьбе с терроризмом, но и к положениям резолюций Совета Безопасности ООН, которые не содержат определений терроризма и предоставляют государствам право самостоятельно решать этот вопрос, в том числе принимать решения относительно необходимости криминализации простого членства в организованных вооруженных группах или оказания им поддержки и участия в военных действиях, даже если эти действия не запрещены МГП. Таким образом, исключения из РДР могут носить чрезмерно широкий характер: деяния, которые относятся к числу преступлений террористической направленности согласно положениям национальных норм законодательства, не всегда по степени тяжести соразмерны международным преступлениям, которые подлежат исключению из РДР. То же касается исключения любых лиц, внесенных в перечни Совета Безопасности ООН, что само по себе не является свидетельством вредоносных действий этих лиц. Тем не менее в стандартах ООН отмечается, что информация об РДР может быть актуальной при реализации мер «судебного преследования, реабилитации и реинтеграции», которые, как отмечает Совет Безопасности ООН, должны использоваться в отношении иностранных боевиков-террористов⁶⁴.

Ответ на вопрос о том, действительно ли применение норм права в области борьбы с терроризмом негативно отражается на МГП в ситуации вооруженного конфликта, и если да, то насколько именно, зависит от определения и охвата конкретных контртеррористических положений, включая наличие исключений для МГП. В следующем разделе рассматриваются аргументы в пользу и против различных исключений и анализируются подходы, которые могли бы обеспечить оптимальный баланс между нормами права в области борьбы с терроризмом и МГП.

62 ICRC, *The Applicability of IHL* (примечание 52 выше); J. Pejic (примечание 52 выше); ICRC, *Terrorism and International Law* (примечание 51 выше).

63 UN, *Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards*, 2020, Module 2.11, Sec. 4.2.6.

64 Ibid. См., например: резолюция 2178 Совета Безопасности ООН, 24 сентября 2014 г., п. 4; резолюция 2396 Совета Безопасности ООН, 21 декабря 2017 г., пп. 18, 29–30 (меры «судебного преследования, реабилитации и реинтеграции» в отношении «иностранных боевиков-террористов»).

Международные конвенции о борьбе с терроризмом, 1963–2020 годы

Если говорить о 19 международных конвенциях о борьбе с терроризмом, то среди тех из них, что были приняты в период с 1963 по 1997 год, нормы МГП прямо упоминались только в одной (Международная конвенция о борьбе с захватом заложников), тогда как после 1997 года уже все без исключения конвенции затрагивали вопросы, связанные с МГП: в Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма 1999 года содержалось положение об ограниченном исключении, а в шести остальных документах присутствовала общая оговорка об исключении вооруженных сил в ситуации вооруженного конфликта (об этом более подробно будет рассказано ниже). Эта же оговорка стала предметом переговоров по Проекту конвенции ООН, которые продолжаются с 1999 года.

Положения большей части международных конвенций о борьбе с терроризмом применяются только в тех случаях, когда преступление носит транснациональный характер, а значит, под них не подпадают сугубо национальные деяния, совершенные в условиях немеждународного вооруженного конфликта. В то же время, согласно большинству международных конвенций о борьбе с терроризмом, транснациональный характер преступления включает в себя ситуации, когда преступник находится на территории другого государства или, в зависимости от текста конкретной конвенции, когда жертвы или преступники являются гражданами других государств, а не того, на территории которого было совершено преступление; если в результате преступных действий пострадало иностранное воздушное судно или корабль; а также если другое государство подвергается принуждению. В этих случаях действия, предпринятые в условиях немеждународного вооруженного конфликта, который в остальном носит исключительно локальный характер, могут подпасть под действие международных конвенций о борьбе с терроризмом.

Отсутствие упоминаний МГП

Несмотря на то что в первых международных конвенциях о борьбе с терроризмом вооруженные конфликты не упоминаются, их положения часто затрагивают нормы МГП. Положения шести таких конвенций, которые были приняты в период с 1963 по 1988 год и касались безопасности воздушных судов и морского судоходства, не применялись к воздушным и морским судам, используемым на военной, таможенной или полицейской службах⁶⁵,

65 Конвенция о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов, 14 сентября 1963 г. (вступила в силу 4 декабря 1969 г.) (Токийская конвенция), ст. 1(4); Гаагская конвенция, ст. 3(2); Монреальская конвенция, ст. 4; Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, 10 марта 1988 г. (вступила в силу 1 марта 1992 г.), ст. 2.

к военным авиабазам⁶⁶ или (подразумеваемым образом) к военным морским платформам⁶⁷. Положения Конвенции о физической защите ядерного материала 1980 года точно так же распространяются исключительно на использование ядерного материала в мирных целях для гражданских нужд и, следовательно, не включают нападения на военные ядерные материалы. Эти исключения не преследуют цель обеспечить отсутствие коллизий с МГП, а лишь являются отражением гражданских задач, поставленных в рамках площадок, на которых велись соответствующие переговоры (Международная организация гражданской авиации, Международная морская организация и Международное агентство по атомной энергии)⁶⁸.

В результате такого рода исключений нападения на военные воздушные и морские суда, аэропорты, платформы и ядерные материалы в ходе вооруженного конфликта не подпадают под действие международных конвенций о борьбе с терроризмом и регулируются исключительно нормами МГП. Подобные действия подлежат исключению безотносительно статуса нападающих (будь то государственные вооруженные силы, организованные вооруженные группы или гражданские лица, принимающие прямое участие в военных действиях) и средств и методов, к которым они прибегают (эти средства и методы могут как соответствовать, так и не соответствовать нормам МГП). При этом нападения на объекты гражданской инфраструктуры одновременно регулируются как международными конвенциями о борьбе с терроризмом, так и МГП (включая любые виды военных преступлений). В ситуациях, когда нападения носят незаконный характер с точки зрения обоих правовых режимов (например, в случае преднамеренного выбора гражданского воздушного судна в качестве цели нанесения удара), коллизия правовых норм является незначительной и может не приниматься в расчет.

Однако в ситуациях, когда то или иное деяние является правомерным с точки зрения МГП и незаконным согласно положениям какой-либо международной конвенции о борьбе с терроризмом, может возникать потенциальный конфликт обязательств. Например, МГП считает правомерным нанесение удара по гражданскому грузовому судну, которое перевозит в том числе военное снаряжение или военнослужащих одной из сторон в конфликте, тогда как согласно международной конвенции о борьбе с терроризмом уничтожение или повреждение такого судна или его груза

66 Протокол о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, 24 февраля 1988 г. (вступил в силу 6 августа 1989 г.), ст. II.

67 Протокол о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе, 10 марта 1988 г. (вступил в силу 1 марта 1992 г.), ст. 1(3) (стационарные платформы на континентальном шельфе определяются как платформы для разведки или разработки ресурсов или для других экономических целей).

68 См., например: Конвенция о международной гражданской авиации, 7 декабря 1944 г. (вступила в силу 4 апреля 1947 г.) (Чикагская конвенция), ст. 3, которая применяется только в отношении «гражданских» воздушных судов и не применяется в отношении «государственных воздушных судов» (к которым относятся воздушные суда, используемые на военной, таможенной и полицейской службах).

является преступлением в том случае, если оно создает угрозу для безопасности навигации. Точно так же МГП разрешает наносить удары по военному воздушному судну, даже если оно находится на территории гражданского аэропорта, и допускает причинение соразмерного ущерба соседним гражданским воздушным судам, в то время как согласно международной конвенции о борьбе с терроризмом умышленное разрушение воздушного судна или причинение ему повреждений, которые могут угрожать его безопасности в полете⁶⁹, является преступлением. Сопутствующий ущерб, который наносится гражданскому воздушному судну, так или иначе является «умышленным», поскольку при нанесении удара по военному самолету нападающему известно, что гражданское воздушное судно также пострадает, и такой исход является ожидаемым.

Таким образом, в результате применения двух правовых режимов могут возникать несовместимые обязательства. Одним из вариантов решения этой проблемы может быть принятие одного из этих режимов как «жесткого» *lex specialis*, который будет иметь преимущественную силу перед другим. Сложность, однако, заключается в том, что «зачастую трудно различить, что является [относительно] “общим”, а что “частным”»⁷⁰: конкретные нормы МГП, поскольку они предназначены для регулирования вооруженных конфликтов, или конвенции о безопасности воздушного и морского сообщения, так как они призваны обеспечивать защиту для гражданских воздушных и морских судов.

Возможное решение этой проблемы содержится в самих международных конвенциях о борьбе с терроризмом. Согласно конвенциям о безопасности воздушного и морского сообщения, как и многим другим подобным конвенциям, те или иные деяния признаются преступлением в тех случаях, когда они носят не только «преднамеренный», но и «противозаконный» характер. При составлении этих документов предполагалось, что «противозаконность» будет определяться теми положениями национальных норм законодательства, которые могут содержать обоснования для оправдания или признания допустимости тех или иных правонарушений, например, когда речь идет о проведении законных операций правоохранительных органов или о личной самозащите. При этом составители конвенций не предусмотрели возможность использования в качестве стандарта норм международного права, включая нормы МГП, которые, безусловно, могли бы применяться при условии их закрепления в национальном законодательстве различных стран. Можно утверждать, что нормы МГП могли бы успешно применяться при толковании положений международных конвенций о борьбе с терроризмом в целях установления «противозаконности» того или иного деяния в рамках конвенции; если деяние не квалифицируется как противозаконное, значит, о совершении преступления террори-

69 Монреальская конвенция, ст. 1(b).

70 Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», док. ООН A/CN.4/L.682, 13 апреля 2006 г., п. 58; см. также: п. 111.

стической направленности речи не идет. Этот подход предполагает использование «мягкой» версии *lex specialis*, как, например, в Консультативном заключении о законности угрозы ядерным оружием или его применения (где гибкий стандарт в области прав человека — значение понятия «произвольного» лишения жизни — толкуется исходя из нормы МГП). Подобный подход также является наиболее предпочтительным по той причине, что составители конвенций о безопасности воздушного и морского сообщения не ставили перед собой задачи предложить замену МГП; они просто не учли эти нормы (тогда как в последующих редакциях этих документов содержатся четкие частичные отсылки к МГП).

В Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, ничего не говорится о вооруженном конфликте, и это единственная конвенция о борьбе с терроризмом, чьи положения прямо противоречат нормам МГП. В ней говорится, что преднамеренное совершение убийства, похищения или «другого нападения» против личности или свободы лица, пользующегося международной защитой (например, дипломата), а также «насильственного нападения» на официальное помещение, жилое помещение или транспортные средства лица, пользующегося международной защитой, должно рассматриваться государствами как преступление⁷¹. Конвенция была целенаправленно приведена в соответствие с Венской конвенцией о дипломатических сношениях 1961 года, предусматривающей безоговорочную неприкосновенность личности дипломатического агента и помещений представительства⁷².

В большинстве случаев никаких коллизий с положениями Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, не возникает. Дипломаты относятся к гражданскому населению и не являются комбатантами или боевиками, а дипломатические помещения и транспорт являются объектами гражданской инфраструктуры и не могут являться объектом какого бы то ни было нападения согласно МГП. На практике случались ситуации, когда посягательства на дипломатическую неприкосновенность также могли быть расценены как нарушения норм МГП⁷³. Проблемы, однако, возникают в тех случаях, когда

71 Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, 14 декабря 1973 г. (вступила в силу 20 февраля 1977 г.), ст. 2(1).

72 Венская конвенция о дипломатических сношениях, 18 апреля 1961 г. (вступила в силу 24 апреля 1964 г.), ст. 29 и 22 соответственно.

73 По вопросу ударов, которые были по ошибке нанесены США по посольству Китая в Белграде в 1999 г. из-за неприятия надлежащих мер предосторожности, см.: *Совет Безопасности ООН*. Письмо Постоянного представителя Китая при ООН от 7 мая 1999 г. на имя Председателя Совета Безопасности (S/1999/523), док. ООН S/PV.4000, 8 мая 1999 г. (Китай заявил, что удар, ошибочно нанесенный по его посольству в Югославии силами НАТО, является не только военным преступлением, но и нарушением Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, и США выплатили Китаю добровольную компенсацию, а также перечислили пострадавшим добровольные гуманитарные выплаты; однако поскольку эти выплаты производились без признания ответственности, то они не могут считаться доказательством обязанности компенсировать нарушения МГП, как следует из комментария к норме 150 исследования «Обычное

дипломат принимает прямое участие в военных действиях, посольство размещает на своей территории комбатантов или лиц, принимающих прямое участие в военных действиях, становясь таким образом военной целью, или посольство подвергается соразмерному сопутствующему ущербу в результате удара по близлежащей военной цели. Согласно Конвенции, такого рода преднамеренные нападения являются преступлениями, которые подлежат уголовному преследованию со стороны государств-участников, тогда как МГП допускает нанесение таких ударов (и освобождает комбатантов от ответственности в ситуации международного вооруженного конфликта). В отличие от конвенций о безопасности воздушного и морского сообщения, Конвенция 1973 года не содержит упоминаний о «противозаконных» действиях и таким образом не оставляет возможности для непротиворечивого применения норм МГП. Помимо этого, в этом случае вновь возникают трудности, связанные с использованием жесткого варианта *lex specialis*, когда необходимо принять решение о том, какой же из правовых режимов является специальным: МГП как свод норм, соответствующих условиям вооруженного конфликта, или Конвенция 1973 года, поскольку она призвана обеспечивать защиту для дипломатов и посольств?

В соответствии с международным правом любые посягательства на неприкосновенность дипломатов и посольств являются недопустимыми, и никаких исключений не делается даже в случае серьезных нарушений местного законодательства, злоупотреблений дипломатическими полномочиями⁷⁴ (включая шпионаж и вмешательство в политику государства) или чрезвычайных ситуаций⁷⁵. Надлежащим средством правовой защиты в рамках целенаправленно автономного режима дипломатического права в таких случаях являются объявление дипломата персоной *non grata*, высылка

международное гуманитарное право» (примечание 17 выше). См. также: A. Sanchez Frias (примечание 2 выше), р. 74 (выдача США лица, подозреваемого в убийстве дипломата США во время вооруженного конфликта в Мали, в соответствии с Конвенцией о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов); US District Court for the District of Columbia, *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics*, 623 F Supp 246, 15 October 1985, para. 262 (Суд США принял решение о выплате компенсации по иностранному гражданско-правовому иску, поданному в связи с похищением и возможным убийством шведского дипломата Рауля Валленберга советскими вооруженными силами в оккупированной Венгрии в 1945 г. в нарушение внутрисударственного закона о выполнении Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов).

74 Положения Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, распространяются на государственных должностных лиц, которые имеют право на особую защиту от нападений согласно международному праву (то есть, в частности, в рамках Венской конвенции о дипломатических сношениях) в момент совершения преступления; согласно Венской конвенции, даже в случае злоупотребления своим дипломатическим статусом такое лицо сохраняет право на неприкосновенность. Остается открытым вопрос о том, возможно ли нарушать такую неприкосновенность в целях самозащиты (или защиты других людей). Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 123.

75 International Court of Justice, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, 1980, ICJ Reports 3, paras 83–87.

дипломатической миссии или приостановление/прекращение дипломатических отношений в целом⁷⁶. Не существует четких оговорок даже о том, что личная или национальная самозащита могла бы послужить основанием для нарушения дипломатической неприкосновенности. Таким образом, в данной области практически не предусмотрено возможностей для принятия во внимание норм МГП. Согласно МГП, его нормы также носят всеобъемлющий характер. Даже в тех случаях, когда МГП предоставляет особую защиту отдельным категориям лиц или объектов (которые имеют медицинское, гуманитарное, культурное или духовное предназначение; сооружениям, содержащим опасные силы, или объектам, необходимым для выживания гражданского населения), оно никогда не гарантирует *полную* защиту от нападения и не исключает возможности соразмерных жертв. Таким образом, нормы МГП идут вразрез с требованием об абсолютной дипломатической неприкосновенности.

Таким образом, на сегодняшний день разрозненная практика разных государств не может помочь в урегулировании существующих коллизий, хотя, как показывает практический опыт, принцип дипломатической неприкосновенности имеет преимущественную силу перед МГП⁷⁷, что согласуется с его абсолютным характером в других сферах. Так, Израиль отстаивал обоснованность нападений на неприкосновенные помещения Ближневосточного агентства ООН для помощи палестинским беженцам и организации работ в Газе (например, в 2008–2009 и 2014 годах), ссылаясь на нормы МГП (утверждалось, что эти помещения были законной военной целью, поскольку их использовали палестинские боевики, или что речь идет про соразмерный ущерб, нанесенный в результате ударов по близлежащим военным целям). В своем ответе Комиссия ООН по расследованию в Центральных учреждениях заявила о неприкосновенности помещений ООН⁷⁸ и о том, что эту неприкосновенность не могут «отменять требования, диктуемые соображениями военной целесообразности»⁷⁹, особо отметив при этом одновременное применение норм МГП для защиты гражданских лиц внутри помещений ООН⁸⁰. Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии также пришла к выводу об абсолютной неприкосновенности посольства даже в тех случаях, когда его территория используется для

76 E. Denza (примечание 74 выше), p. 123.

77 Ср.: Laurie R. Blank, "The Limits of Inviolability: The Parameters for Protection of United Nations Facilities during Armed Conflict", *International Legal Studies*, Vol. 93, No. 1, 2017, p. 62.

78 Согласно Конвенции о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций, 13 февраля 1946 г. (вступила в силу 17 сентября 1946 г.). См.: *Совет Безопасности ООН*. Резюме доклада Комиссии Центральных учреждений ООН по расследованию некоторых инцидентов в секторе Газа в период 8 июля — 26 августа 2014 г., подготовленное Генеральным секретарем, док. ООН S/2015/286, 27 апреля 2015 г., приложение, п. 13; *Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности ООН*. Резюме доклада Комиссии ООН по расследованию в Центральных учреждениях некоторых инцидентов в секторе Газа в период 27 декабря 2008 г. — 19 января 2009 г., подготовленное Генеральным секретарем, док. ООН A/63/855-S/2009/250, 15 мая 2009 г., п. 16.

79 *Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности ООН* (примечание 78 выше), п. 16.

80 Там же, п. 92.

«незаконного» хранения оружия в целях военных действий⁸¹; и хотя в выводах Комиссии не содержалось конкретных отсылок к МГП, Комиссия, которой было рекомендовано руководствоваться нормами МГП в отношении международного вооруженного конфликта между двумя государствами, очевидно была осведомлена о возможной применимости МГП, однако решительно заявила об «абсолютной» неприкосновенности посольства. Несмотря на то что согласно Конвенции о безопасности персонала ООН и связанного с ней персонала 1994 года ее положения, касающиеся нападения на персонал ООН, не распространяются на ряд «комбатантов» ООН, это не означает исключения по МГП для принципа неприкосновенности, поскольку на неприкосновенность в любом случае имеет право лишь самый высокопоставленный персонал ООН (чей уровень соответствует рангу дипломата или выше), но не миротворцы ООН⁸².

Вопрос о целесообразности такого подхода со стратегической точки зрения является дискуссионным. С одной стороны, столь жесткий подход к этой проблеме снижает риск того, что государства будут злоупотреблять правами, предоставляемыми МГП (или иным правовым режимом), и тем самым поставят под угрозу не только личную безопасность дипломатов и других пользующихся защитой лиц и безопасность дипломатических помещений, но также, опосредованно, и чрезвычайно важные каналы межгосударственной дипломатической коммуникации, значение которых в условиях войны особенно возрастает. С другой стороны, именно в ситуации конфликта у государств может появиться соблазн нарушить принцип неприкосновенности, чтобы добиться достижения собственных военных целей (например, для передачи военной информации или координирования деятельности местных диверсантов), при том что посольство, которое находится на территории противника, является весьма уязвимым для ответных военных действий, а значит, подобные злоупотребления являются не только неразумными, но и маловероятными. Средства защиты, предусматриваемые дипломатическим правом (объявление дипломатов персонами нон грата, высылка дипломатической миссии и приостановление/прекращение дипломатических отношений), могут оказаться несвоевременными в ситуации угроз, которые требуют незамедлительного военного ответа (хотя зачастую бывает достаточно привлечения правоохранительных органов). Этот вопрос можно было бы прояснить путем принятия поправки к Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (в которой уточнялось бы, какие именно положения имеют преимущественную силу — принцип неприкосновенности или МГП), однако такое развитие событий является маловероятным именно потому, что в основе Конвенции

81 См., например: Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award: Diplomatic Claim — Eritrea's Claim* 20, XXVI RIAA 381, 19 December 2005, paras 45–46.

82 Конвенция о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций, ст. 5(19); Конвенция о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений, 21 ноября 1947 г. (вступила в силу 2 декабря 1948 г.), ст. 6(21).

лежит дипломатическое право, и любые попытки внести поправку вновь повлекут за собой споры по поводу исключений из принципа неприкосновенности в целом.

Положения международных конвенций о борьбе с терроризмом, касающиеся применения МГП

Международная конвенция о борьбе с захватом заложников 1979 года стала первой конвенцией, в которой упоминались нормы МГП. Положения Конвенции не распространяются на акты захвата заложников, расцениваемые как серьезное нарушение⁸³ в условиях международного вооруженного конфликта, когда государства в соответствии с Женевскими конвенциями или Дополнительным протоколом I (ДП I) обязаны «преследовать в уголовном порядке или выдать» лицо, подозреваемое в захвате заложников⁸⁴. Положения Конвенции применяются в условиях международного вооруженного конфликта в тех случаях, когда вышеупомянутые документы⁸⁵ не предоставляют защиту заложникам, а также в отношении всех актов захвата заложников в ситуации немеждународного вооруженного конфликта (когда обязательство «преследовать в уголовном порядке или выдать» не действует, несмотря на то, что захват заложников в ситуации немеждународного вооруженного конфликта запрещен международным соглашением и является военным преступлением согласно нормам обычного права⁸⁶).

Соответственно, в ситуации международного вооруженного конфликта Конвенция о борьбе с захватом заложников признает (в значительной степени, но не безоговорочно) преимущественную силу МГП как *lex specialis*, при этом предусматривая применение ее положений одновременно с МГП в условиях немеждународного вооруженного конфликта. Составители Конвенции отклонили предложения о более жестком разделении этих двух правовых режимов, заключающиеся в том, что МГП регулировало бы исключительно ситуации вооруженных конфликтов, а Конвенция о борьбе с захватом заложников — исключительно ситуации захвата заложников в условиях мирного времени⁸⁷. Положения о соблюдении норм МГП

83 ЖК IV, ст. 34, 146–147.

84 Международная конвенция о борьбе с захватом заложников, 17 декабря 1979 г. (вступила в силу 3 июня 1983 г.), ст. 12.

85 В частности, если заложник не относится к числу лиц, которые 1) состоят под защитой согласно ст. 4 ЖК IV, включая граждан стороны, находящейся в конфликте, граждан совоюющего государства и граждан нейтрального государства, или 2) входят в расширенную категорию лиц, подлежащих защите согласно ст. 85(2) ДП I, включая военнопленных, других лиц, принимающих участие в военных действиях и попадающих во власть противной стороны, апатридов и беженцев, а также принадлежащих к противной стороне раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение.

86 Общая статья 3(1)(b); ДП II, ст. 4(2)(c); Римский статут, ст. 8(2)(c)(iii) (вооруженный конфликт немеждународного характера); *Хенкертс и Досвальд-Бек* (примечание 17 выше), норма 96.

87 Wil Verwey, “The International Hostages Convention and National Liberation Movements”, *American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 1, 1981, p. 85.

представляли собой компромиссное решение в ответ на призывы некоторых государств, которые в период подготовки Конвенции настаивали на исключении из сферы ее действия движений за самоопределение⁸⁸; включению этих положений способствовало принятие ДП I в 1977 году, которое помогло относительной деполитизации этого вопроса. Этот вопрос возник еще и потому, что обсуждение Конвенции о борьбе с захватом заложников велось в рамках Генеральной Ассамблеи ООН (а не на уровне более технических и аполитичных специализированных учреждений, как это происходило при составлении многих предыдущих международных конвенций о борьбе с терроризмом), которая незадолго до этого наконец смогла завершить яростные споры (продолжавшиеся с 1973 по 1979 год) на тему определения терроризма и мер борьбы с ним. При этом в Конвенции не подразумевается, что захват заложников освободительными движениями является законным, речь идет лишь о том, что такие ситуации регулируются нормами МГП (и законами о военных преступлениях) в ситуации международного вооруженного конфликта, а не положениями Конвенции. В тех случаях, когда ДП I является неприменимым, акты захвата заложников движениями за самоопределение признаются преступлением согласно Конвенции.

В Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма 1999 года также содержатся положения, затрагивающие применение МГП. Конвенция запрещает финансирование террористических актов, направленных против «гражданского лица или любого другого лица, не принимающего активного участия в военных действиях в ситуации вооруженного конфликта»⁸⁹. Помимо гражданского населения, к таким лицам относятся военнопленные, захваченные в плен боевики в ситуации немеждународного вооруженного конфликта и больные или раненые военнослужащие. Таким образом, финансирование нападений государственных или негосударственных вооруженных сил на некомбатантов является преступлением, в отличие от финансирования нападений (в том числе силами организованных вооруженных групп) на комбатантов, боевиков или гражданских лиц, принимающих прямое участие в военных действиях. Положения Конвенции, однако, могут применяться в тех случаях, когда при ударе по военной цели наносится заведомо известный ущерб гражданскому населению, что идет вразрез с нормами МГП⁹⁰.

В Конвенции о борьбе с финансированием терроризма говорится о финансировании как незаконных действий, фигурирующих в других перечисленных в ней международных конвенциях о борьбе с терроризмом, так и «террористических актов» в целом⁹¹. В случаях, когда речь идет о финансировании преступлений, признаваемых таковыми согласно соответствующим

88 См. в целом: *ibid.*; Joseph Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law: A Commentary on the Hostages Convention 1979*, Grotius, Cambridge, 1990, pp. 266–273.

89 Конвенция о борьбе с финансированием терроризма, ст. 2(1)(b).

90 Italian Court of Cassation (Penal Section), *Bouyahia Maher Ben Abdelaziz et al.*, No. 1072, 17 January 2007.

91 Конвенция о борьбе с финансированием терроризма, ст. 2(1)(a) и 2(1)(b) соответственно.

шим международным конвенциям о борьбе с терроризмом, то в обязательном порядке применяются и исключения, закрепленные в этих конвенциях. Так, например, финансирование актов, ставящих под угрозу безопасность военных воздушных или морских судов, согласно конвенциям о безопасности воздушного и морского сообщения не является преступлением, равно как и финансирование захвата в заложники лиц, пользующихся защитой, в условиях международного вооруженного конфликта.

Общая оговорка об исключении: действия вооруженных сил в ходе вооруженного конфликта

Помимо Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма, в период начиная с 1997 года (с момента принятия Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом) в текстах конвенций все чаще стала появляться общая оговорка об исключении норм МГП. Как уже отмечалось выше, в шесть международных конвенций о борьбе с терроризмом, охватывающих такие проблемы, как бомбовый терроризм, ядерный терроризм, безопасность радиоактивных материалов и безопасность воздушного сообщения и морского судоходства была включена одна и та же оговорка об исключении действий «вооруженных сил в ходе вооруженного конфликта, как эти термины понимаются в международном гуманитарном праве, которые регулируются этим правом»⁹². Если Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма предусматривает исключение только для нападений *на* боевиков, то остальные вышеуказанные конвенции исключают из сферы своего применения все действия вооруженных сил в целом — то есть нападения как на лиц, принимающих активное участие в военных действиях, так и на гражданских лиц — безотносительно их соответствия нормам МГП. При таком подходе в большей степени признается преимущественная сила МГП как основного правового режима⁹³, однако при этом все еще предусматриваются сферы совместного применения норм (об этом более подробно будет рассказано ниже).

Сфера действия данной оговорки об исключении определяется исключительно путем *отсылки* к нормам МГП, под которым понимается обычное МГП и международные договоры в сфере МГП, имеющие обяза-

92 Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 19(2); Конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма, ст. 4(2); Поправка к Конвенции о физической защите ядерного материала, ст. 2(4)(b); Гагская конвенция (с поправками, изложенными в Протоколе, дополняющем Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, Пекин, 10 сентября 2010 г. (вступил в силу 1 января 2018 г.), ст. 3bis; Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, с поправками, изложенными в Протоколе 2005 года к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, 14 октября 2005 г. (вступил в силу 28 июля 2010 г.), ст. 2bis (2); Пекинская конвенция, ст. 6(2).

93 См.: Canadian Criminal Code, Sec. 83.01(1). См.: Supreme Court of Canada, *R v. Khawaja*, [2012] 3 SCR 555, 14 December 2012 («поскольку оговорка об исключении вооруженного конфликта является доводом в пользу защиты, обвиняемый должен сослаться на нее и заявить о наличии достаточных доказательств, если такая оговорка применима»).

тельственную силу для государств — участников международных конвенций о борьбе с терроризмом. Если резюмировать, то под «вооруженным конфликтом» понимаются международные вооруженные конфликты (всех типов, включая оккупацию и конфликты, обусловленные борьбой за самоопределение, в отношении которых действуют положения ДП I) и немеждународные вооруженные конфликты (согласно общей статье 2 и, если применимо, положениям ДП II). В ситуации международного вооруженного конфликта к «вооруженным силам» относятся (в зависимости от применимых международных договоров) личный состав регулярных вооруженных сил государства⁹⁴, личный состав других ополчений и добровольческих отрядов⁹⁵, являющиеся частью вооруженных сил полувоенные организации или вооруженные организации, обеспечивающие охрану порядка⁹⁶, «партизанские» силы сопротивления⁹⁷, силы борьбы за самоопределение⁹⁸. Несмотря на то что гражданские лица, участвующие в народном ополчении, строго говоря, не являются «вооруженными силами», они могут быть причислены к этой категории в рамках целенаправленного толкования⁹⁹. В ситуации международного вооруженного конфликта государственные вооруженные силы, согласно МГП, уже имеют статус комбатантов, освобождающий от преследования; и каким бы очевидным это ни казалось¹⁰⁰, следует уточнить, что это положение имеет огромное значение как подтверждение того, что международные договоры о борьбе с терроризмом не преследуют цель получить преимущественную силу перед МГП.

В текстах вышеупомянутых шести международных конвенций о борьбе с терроризмом, содержащих оговорку об исключении МГП, имеется некоторая двусмысленность относительно того, включает ли понятие «вооруженные силы» в том числе и организованные вооруженные группы в ситуации немеждународного вооруженного конфликта, и этот вопрос по-прежнему остается предметом споров. Некоторые авторы утверждают, что, по мнению большинства или даже всеобщему мнению, это понятие означает исключительно государственные вооруженные силы¹⁰¹. Более

94 Женевская конвенция (III) об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г. (вступила в силу 21 октября 1950 г.) (ЖК III), ст. 4(A)(1).

95 Там же, ст. 4(A)(2); ДП I, ст. 43(1).

96 ДП I, ст. 43(3).

97 Там же, ст. 44(3).

98 Там же, ст. 1(4).

99 ЖК III, ст. 4(A)(6). Такие лица, согласно ЖК III, не относятся ни к регулярным, ни к нерегулярным вооруженным силам и не подпадают под определение вооруженных сил согласно ДП I, поскольку они не находятся под командованием лица, ответственного перед государством, и не подчиняются внутренней дисциплинарной системе. В то же время они признаются «воюющими» согласно Гаагскому положению о законах и обычаях сухопутной войны, которое является приложением к Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны (IV), 18 октября 1907 г. (вступила в силу 26 января 1910 г.), ст. 2.

100 Hanne Cuyckens and Christophe Paulussen, "The Prosecution of Foreign Fighters in Western Europe: The Difficult Relationship between Counter-Terrorism and International Humanitarian Law", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 24, No. 3, 2019, p. 553.

101 См. соответственно: Marten Zwanenburg, "Foreign Terrorist Fighters in Syria: Challenges of the Sending State", *International Legal Studies*, Vol. 92, No. 1, 2016, pp. 216–217; Mahmoud Hmoud,

разумный подход звучит как «в понимании МГП» и в контексте конвенций включает как государственные, так и негосударственные вооруженные силы, и большинство юристов разделяют именно эту точку зрения¹⁰². Применительно к ситуации немеждународного вооруженного конфликта единое понятие «вооруженные силы» используется в общей статье 3(1)¹⁰³ для обозначения как государственных вооруженных сил, так и организованных вооруженных групп (в том понимании, которое существует в правовой теории и практике)¹⁰⁴, так как в противном случае общая статья 3 ассиметричным образом предоставляла бы защиту только государственным вооруженным силам, что сделало бы ее лишеной смысла. В общей статье 3 не говорится исключительно о вооруженных силах, так как в этом случае подразумевалось бы, что ее действие ограничивается только вооруженными силами государств, которые являются сторонами в конфликте¹⁰⁵.

Следует признать, что в ДП II упоминаются «вооруженные силы», «антиправительственные вооруженные силы» и «другие организованные вооруженные группы»¹⁰⁶, то есть подразумевается, что только негосударственные «вооруженные силы» могут быть антиправительственными (то есть бывшими) государственными силами. Суд Голландии сослался на ДП II в своем заключении о том, что сопоставимая оговорка об исключении, которая фигурирует в положениях ЕС о борьбе с терроризмом, распространяется исключительно на государственные вооруженные силы, в том числе и потому, что вооруженные группы «обычно» именуется организованными вооруженными группами¹⁰⁷. Такой подход является ошибочным. Женевские конвенции были ратифицированы всеми государствами, и все государства обязаны руководствоваться закрепленным в них и более широким понятием «вооруженные силы» в соответствии с общей статьей 3, которая также является отражением норм обычного МГП. При этом ДП II ратифицирован меньшим числом государств, и содержащееся в нем требование о контроле территорий предполагает, что его действие распространяется на ограниченный круг немеждународных вооруженных конфликтов. Таким образом, общая статья 3 должна рассматриваться как наиболее предпоч-

“Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism: Major Bones of Contention”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, No. 5, 2006, p. 1036.

102 См., например: Samuel Witten, “The International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 4, 1998, p. 780; J. Pejić (примечание 52 выше), p. 189; D. O’Donnell (примечание 2 выше), p. 866; M. Sassòli (примечание 51 выше), p. 977; Commonwealth Secretariat, *Implementation Kits for the International Counter-terrorism Conventions*, 2002, p. 243; Antonio Coco, “The Mark of Cain: The Crime of Terrorism in Times of Armed Conflict as Interpreted by the Court of Appeal of England and Wales in R v Mohammed Gul”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, No. 2, 2013, p. 434.

103 J. Pejić (примечание 52 выше), p. 189.

104 Комментарий к ЖК I (примечание 20 выше), ст. 3, п. 530; D. O’Donnell (примечание 2 выше), p. 866; M. Sassòli (примечание 51 выше), p. 977. В Комментарий МЖКК к ЖК I, п. 429, также говорится об «организованных вооруженных силах» негосударственных сторон в конфликте.

105 Комментарий к ЖК I (примечание 20 выше), ст. 3, п. 530.

106 ДП II, ст. 1.

107 District Court of The Hague, *Prosecutor v. Imane B et al.*, Judgment, 10 December 2015 (Context Case), paras 7.38, 7.40.

тительный источник определения базового понятия «вооруженных сил» в условиях немеждународных вооруженных конфликтов согласно МГП. Тот факт, что такие силы могут также быть охарактеризованы как «организованные вооруженные группы» (как согласно ДП II, и в понимании сложившейся правовой практики), не ограничивает действие общей статьи 3 (и тех норм обычного МГП, которые она отражает). Согласно ДП I «вооруженные силы» включают негосударственные движения за самоопределение, что является еще одним свидетельством того, что это понятие не означает исключительно государственные вооруженные силы¹⁰⁸.

В пользу этого подхода говорит и то, как велась работа по подготовке международных конвенций о борьбе с терроризмом. Первоначальный проект Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом на французском языке (в котором впервые появилась эта оговорка) исключал только применение бомб организованными вооруженными силами государства¹⁰⁹ (подразумевается, что как в мирное время, так и во время войны). По итогам переговоров были согласованы два отдельных исключения, которые вошли в тексты всех шести конвенций: одно касалось вооруженных сил в вооруженном конфликте, а другое — «действий, предпринимаемых вооруженными силами государства в целях осуществления их официальных функций» (то есть не в условиях конфликта, включая менее масштабные ситуации насилия и мирное время). В отличие от проекта, представленного Францией, и итогового второго исключения, касающегося периода мирного времени, в первой оговорке об исключении «вооруженных сил» намеренно отсутствует прилагательное «государственные» перед словосочетанием «вооруженные силы». Первоначальная оговорка об исключении была по инициативе Соединенных Штатов Америки¹¹⁰ разделена на две части именно в целях проведения четких различий между этими двумя ситуациями (мирное время и война) и, соответственно, учета норм МГП. Оговорка также не сводит понятие «вооруженного конфликта» исключительно к «международному конфликту» (между государственными силами), но однозначно трактуется как включающая в себя немеждународные вооруженные конфликты¹¹¹.

К тому же в протоколах, отражающих работу над конвенциями, нет никаких явных доказательств того, что эта оговорка об исключении была призвана предоставить асимметричное преимущество государствен-

108 ДП I, ст. 43; А. Сосо (примечание 102 выше), р. 434.

109 *Генеральная Ассамблея ООН*. Предварительный рабочий документ, представленный Францией от имени Группы семи крупнейших промышленно развитых стран и Российской Федерации, док. ООН A/AC.252/L.2, 11 февраля 1997 г., ст. 3(1).

110 Carlos Díaz-Paniagua, *Negotiating Terrorism: The Negotiation Dynamics of Four UN Counter-Terrorism Treaties, 1997–2005*, City University of New York, 2008, pp. 317, 323.

111 См., например, подход США к толкованию международных конвенций о борьбе с терроризмом с учетом ДП II, предполагающий, что понятие «вооруженного конфликта» не включает внутренние беспорядки и проблемы, например мятежи, отдельные и эпизодические акты насилия и иные действия такого рода. *Suppression of Terrorist Bombings Implementation Act, 2002*, in 18 USC § 2332f(e)(11).

ным вооруженным силам путем распространения действия оговорки только на них в ситуации немеждународного вооруженного конфликта. Примечательно, что внесение в тексты международных конвенций о борьбе с терроризмом оговорки об исключении вооруженных сил в ситуации вооруженного конфликта было бы лишено всякого смысла, если бы она распространялась только на государственные вооруженные силы, поскольку о них уже говорится во второй оговорке, касающейся «действий, предпринимаемых вооруженными силами государства в целях осуществления их официальных функций», и в этой второй оговорке не утверждается явным образом, что ее действие ограничивается исключительно периодом мирного времени. Несмотря на то что эта оговорка, очевидно, должна была ограничивать свое действие периодом мирного времени, задача заключалась именно в том, чтобы разграничить ее положения и положения более широкой по своему охвату первой оговорки, которая исключала все, а не только вооруженные силы «государства» в ситуации вооруженного конфликта. Никаких намерений имплицитно перенести ограничение, касающееся вооруженных сил «государства», из второй оговорки в первую, не было, что бы по этому поводу впоследствии ни решил суд Нидерландов, согласившийся с точкой зрения министра иностранных дел страны¹¹².

Ни одно государство не выступило с заявлениями или замечаниями по поводу какой бы то ни было из упомянутых шести конвенций, чтобы настоять на том, что под «вооруженными силами» понимаются исключительно вооруженные силы государства. Напротив, представляя Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом и Протокол 2005 года к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства 1988 года Сенату США для последующей ратификации, президент США пояснил, что вооруженные силы «включают как вооруженные силы государств, так и *субнациональные вооруженные силы*»¹¹³. Схожим образом США подошли к вопросу о ратифи-

112 District Court of The Hague, *Context Case* (примечание 107 выше), para. 7.40.

113 US President, letter of transmittal of the Terrorist Bombings Convention to the US Senate, 8 September 1999, IX-X (*курсив мой*); см. также: US President, message transmitting Protocols of 2005 to the Convention concerning Safety of Maritime Navigation and to the Protocol concerning Safety of Fixed Platforms on the Continental Shelf, 17 February 2006. Ср.: the contradicting statement of William Taft IV, US State Department Legal Adviser, on anti-terrorism conventions to the US Senate, 27 November 2001 (Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом исключает только регулярные государственные вооруженные силы, но не неорганизованные негосударственные вооруженные группы). Это заявление частично использовалось в качестве обоснования для отказа в использовании оговорки Конвенции о «вооруженных силах» для защиты боевика группы «Аль-Каида» в Афганистане после событий 11 сентября 2001 г. US District Court for the Eastern District of New York, *US v. Hausa*, 258 F.Supp.3d 265, 27 June 2017, pp. 272–276. Однако при рассмотрении этого дела оговорка об исключении рассматривалась главным образом не как норма МГП (как того требует свод законов США («право ведения войны»)), а с точки зрения толкования закона США и исходя из положений Конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом в контексте обстоятельств, предшествовавших событиям 11 сентября (когда вооруженного конфликта с организацией «Аль-Каида» еще не было и нормы МГП были неприменимы), позиции правительства США после событий 11 сентября и ошибочного подхода, согласно которому «вооруженные силы» подразумевают предоставление иммунитета комбатанта (что происходит только в ситуации международного конфликта).

кации Международной конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 года¹¹⁴. Оговорки об исключении были должным образом и в полном объеме отражены в законодательстве США¹¹⁵ и ряда других государств¹¹⁶. При реализации международных конвенций о борьбе с терроризмом некоторые государства вывели лишь государственные вооруженные силы, например из-под действия Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом¹¹⁷, но это является не столько отражением позиции данного государства относительно охвата самой оговорки об исключении, сколько (допустимым) решением сузить ее действие на уровне национального законодательства.

На практике национальные суды, применявшие сопоставимую оговорку об исключении «вооруженных сил в вооруженном конфликте» в соответствии с региональным законодательством (например, на уровне положений законодательства ЕС, составленных под влиянием международных конвенций о борьбе с терроризмом), толковали ее как включающую в себя негосударственные вооруженные силы¹¹⁸. Даже в том случае, когда суды Нидерландов отклонились от этого подхода (отчасти из политических соображений), они признали справедливость позиции правительства Нидерландов, которое заявило о «двусмысленности» понятия «вооруженные силы», допускающем «разные толкования», а также о том, что данная оговорка «будет истолкована таким образом, чтобы наилучшим образом отвечать интересам указанного государства»¹¹⁹. Если говорить о международных договорах, устанавливающих уголовную ответственность и создающих условия для сотрудничества, то очевидно, что «вооруженные силы» «в понимании МГП» должны иметь одно и то же значение для всех государств-участников, по крайней мере в части общей статьи 3, которая была ратифицирована всеми государствами мира, и норм обычного МГП.

Суды Нидерландов также ссылались на другие принципы МГП для того, чтобы распространить действие оговорки об исключении, существующей в законодательстве ЕС, исключительно на государственные вооруженные силы. Они утверждали, что, поскольку в ситуации немеждународного вооруженного конфликта очевидным образом не предусматривается иммунитет комбатантов, а также ввиду наличия у государств права на уголовное

114 Тем не менее этот тезис не был четко сформулирован при представлении президентом США Международной конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма Сенату в 2007 г. (в тот момент было дано пояснение, что в Конвенции содержится «абсолютно аналогичная» оговорка об исключении), и никакого отхода от прежней позиции не наблюдалось, несмотря на предшествующие семь лет споров по поводу ее смысла в Проекте конвенции ООН (подробнее обсуждается ниже) и тот факт, что США является лидером по борьбе с терроризмом в условиях вооруженных конфликтов. См.: US President, letter of transmittal of the Nuclear Terrorism Convention to the US Senate, 12 July 2007.

115 18 USC § 2332f(d) (бомбовый терроризм); 18 USC § 2332i(d) (ядерный терроризм).

116 См., например: Criminal Justice (преступления террористической направленности) Act, 2005, Revised (Ireland), Sec. 10(6)(a) (применение бомб).

117 Australian Criminal Code, Sec. 72.2.

118 См. раздел «Возможные варианты отражения норм МГП» ниже.

119 District Court of The Hague, *Context Case* (примечание 107 выше), para. 7.40.

преследование любых форм насилия со стороны повстанцев на национальном уровне, ни о каких противоречиях между нормами МГП и положениями законодательства, которые вводят уголовную ответственность за террористические действия членов организованных вооруженных групп, речи не идет¹²⁰. Однако при этом упускается из виду самое главное: оговорка об исключении позволяет разграничить виды преступлений исходя из положений международных и региональных документов и, соответственно, с точки зрения применения положений национального законодательства, а также в соответствии с целями транснационального сотрудничества (установление юрисдикции, «выдача или судебное преследование», сотрудничество и предупреждение). Эта оговорка не преследует цель запретить «использование международных договоров в декоративных целях»¹²¹, то есть принятие таких национальных законов, которые будут носить более широкомасштабный характер, чем международные документы, как в части криминализации сугубо национального терроризма, так и введения уголовной ответственности за экстерриториальный терроризм на том же правовом основании (то есть отличном от международного договора о борьбе с терроризмом) в соответствии с нормами международного права (такими как принцип защиты, принцип гражданства и пассивно-персональный принцип)¹²². Даже в этом случае оговорка об исключении может свидетельствовать о наличии убедительных стратегических аргументов — даже в случае «золочения» — четкого разделения МГП и норм права в области борьбы с терроризмом и отнесения военных действий к ведению МГП как *lex specialis* (как обсуждалось выше).

Суды Нидерландов также пришли к выводу о том, что исключение насилия со стороны негосударственных сил приведет к снижению эффективности международных соглашений о борьбе с терроризмом, призванных предать террористов в руки правосудия, и к возникновению противоречивых ситуаций, когда одни и те же действия будут подлежать уголовному преследованию в мирное время, но не в период войны¹²³. Однако эти заявления представляются абсурдными, если учесть, что все шесть международных конвенций о борьбе с терроризмом содержат целенаправленную оговорку об исключении такого насилия. Следует признать, что в резолюциях Совета Безопасности ООН не говорится об исключении «вооруженных сил в вооруженном конфликте», но в них не содержится и определение терроризма, поэтому они не могут быть истолкованы как документы, обязывающие государства вводить уголовную ответственность за любое насилие со стороны повстанцев как за террористические акты. И наконец, суд Нидерландов заявил, что его позиция соответствует законам ЕС о замораживании активов террористов¹²⁴, не предусматривающим исключений,

120 District Court of The Hague, *Context Case* (примечание 107 выше), para. 7.41.

121 UKSC, *Gul* (примечание 47 выше), para. 53.

122 Вопрос так и остался открытым. *Ibid.*, paras 56–58.

123 District Court of The Hague, *Context Case* (примечание 107 выше), para. 7.42.

124 *Ibid.*, para. 7.43.

однако такое сравнение является некорректным и контрпродуктивным, поскольку в этих законах в принципе отсутствуют какие бы то ни было оговорки об исключении.

В ходе переговоров на тему Проекта конвенции ООН (о нем более подробно будет рассказано ниже) некоторые государства предпочли толковать точно такую же оговорку об исключении «вооруженных сил» как касающуюся лишь вооруженных сил государства, чтобы таким образом сделать возможным уголовное преследование или выдачу другому государству членов организованных вооруженных групп, подозреваемых в совершении преступлений террористической направленности в условиях немеждународного вооруженного конфликта. Этот новый подход был обусловлен конфликтами с организацией «Аль-Каида» после событий 11 сентября 2001 года¹²⁵ и с ИГ в Сирии и Ираке в период с 2011 года¹²⁶, а также стремлением подвергнуть зарубежных повстанцев уголовному преследованию как террористов. Такого рода взгляды и мнения не были отражены в письменных работах (равно как и протоколах переговоров на тему оставшихся пяти международных конвенций по борьбе с терроризмом, в которые начиная с 2001 года вносилась оговорка об исключении), но при этом они часто звучали в ходе переговоров на неформальном уровне, без соответствующего протоколирования. Некоторые из авторов документа, присутствовавших на этих переговорах, вспоминают, что к числу таких государств относились, например, США и ЕС¹²⁷ (что свидетельствует об отказе от их прежних позиций и идет вразрез с законодательством и судебной практикой США и ЕС), а также Франция и Россия¹²⁸, тогда как, по словам других авторов, США и ЕС неоднократно подтверждали, что оговорка об исключении распространяется и на негосударственные вооруженные силы¹²⁹, с чем соглашались и остальные государства¹³⁰.

Предложение МККК о четком определении понятия «вооруженные силы», которое включало бы как вооруженные силы государства, так и организованные вооруженные группы¹³¹, было отклонено, что, вероятно, свидетельствует о том, что некоторые государства намеренно предпочитают сохранять в этом вопросе двусмысленность¹³². Утверждения о том, что понятие «вооруженные силы» не распространяется на негосударственные вооруженные силы, не могут повлиять на объективный охват этого понятия, предусмотренный вышеупомянутыми нормами МГП, даже если на практике некоторые государства могут толковать и применять его иначе;

125 J. Pejić (примечание 52 выше), pp. 191–192.

126 Интервью автора с бывшим координатором неформальных переговоров по поводу Проекта конвенции ООН, декабрь 2019 г.

127 J. Pejić (примечание 52 выше), p. 192.

128 Интервью автора (примечание 126 выше).

129 С. Díaz-Paniagua (примечание 110 выше), p. 599 (делегат от Коста-Рики, на основании пояснительной записки, совпадающей по времени с моментом события).

130 Ibid., p. 600 (Бельгия).

131 ICRC, *Terrorism and International Law* (примечание 51 выше), p. 5.

132 См. также: М. Hmoud (примечание 101 выше), p. 1038.

международные конвенции о борьбе с терроризмом не обязывают другие государства к сотрудничеству с ними. Тем не менее эта двусмысленность действительно создает простор для разнообразных толкований одной и той же конвенции или одной и той же оговорки в разных конвенциях, а также дает некоторым государствам возможность отказаться от своей первоначальной трактовки оговорки.

Если исходить из того, что в соответствии с шестью действующими конвенциями понятие «вооруженные силы» включает организованные вооруженные группы, то нормы МГП и конвенций допускают *совместное применение* в отношении: 1) нерегулярных вооруженных сил, не относящихся к непосредственному ведению государства (то есть сил, которые не находятся под его полным контролем¹³³), но поддерживающих его в ситуации международного вооруженного конфликта; 2) гражданских лиц, принимающих прямое участие в военных действиях, будь то международный или немеждународный вооруженный конфликт (при этом они не являются членами организованных вооруженных групп, выполняющими постоянные боевые функции, и включают в себя членов неорганизованных вооруженных групп); 3) гражданские лица, которые поддерживают военные действия любой стороны (государственной или негосударственной) в международном или немеждународном вооруженном конфликте (но не принимают «прямого» участия в таком конфликте). Такие лица могут быть признаны виновными в совершении преступлений, перечисленных в любой из шести конвенций (бомбовый терроризм, некоторые преступления против безопасности воздушного и морского транспорта и радиоактивных материалов, ядерный терроризм). Участники переговоров отклонили предложения об исключении всех видов действий или ситуаций вооруженного конфликта, независимо от их акторов¹³⁴. Помимо этого, данная оговорка не исключает действия лиц из государств, не являющихся сторонами в конфликте, если эти лица совершают террористические акты в качестве поддержки одной из сторон, которой они сочувствуют¹³⁵. Такие лица не являются частью «вооруженных сил» и не находятся на территориях, в отношении которых действуют нормы МГП.

Несмотря на то что международные конвенции о борьбе с терроризмом по большей части направлены на защиту гражданского населения, внесение в них оговорок об исключении необходимо, например, для того,

133 International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Appeal Chamber Decision (Interlocutory Appeal on Jurisdiction), 2 October 1995, paras 115–145.

134 Генеральная Ассамблея ООН. Доклад Специального комитета, учрежденного резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 г., док. ООН A/60/37, 28 марта — 1 апреля 2005 г., с. 31; С. Díaz-Paniagua (примечание 110 выше), p. 661 (Тунис).

135 См., например: Antwerp Court of First Instance, *Prosecutor v. BF et al.*, FD35.98.47-12, AN35.F1.1809-12, Matter I, Judgment, 11 February 2015 (*Sharia4Belgium*), pp. 31, 33 (affirmed by the Antwerp Court of Appeal, 2015/FP/1-7, FD35.98.47-12, Judgment, 26 January 2016, and by the Belgian Court of Cassation, P.16.0244.N, Judgment, 24 May 2016); Brussels Court of Appeal (Chamber of Indictment), *Prosecutor v. U and 40 Others*, Case No. 2017/2911, 14 December 2017 (в отношении ППК).

чтобы предотвратить криминализацию военных бомбардировок (в соответствии с Конвенцией о борьбе с бомбовым терроризмом) общественных мест, государственных учреждений, общественного транспорта или соответствующей инфраструктуры в тех случаях, когда эти объекты гражданской инфраструктуры становятся военными целями в момент нанесения ударов, при условии, что число жертв среди гражданского населения не оказывается слишком велико и что задействованные средства и методы не противоречат МГП. Впрочем, «действия» вооруженных сил, исключенные из сферы применения конвенций, не ограничиваются исключительно военными «нападениями» (как наступательного, так и оборонительного характера) согласно МГП или актами, направленными против вооруженных сил противника. К таким действиям также могут относиться подготовка нападений, которая в иных обстоятельствах, согласно конвенциям, расценивалась бы как преступная попытка нападения, сговор или угроза. Помимо этого, некоторые перечисленные в конвенциях основные преступления, не являющиеся нападениями согласно МГП, также относятся к числу исключенных «действий», в том числе, например, незаконные манипуляции с ядерным материалом¹³⁶, владение радиоактивным материалом с намерением причинить ущерб¹³⁷, контрабанду ядерных материалов¹³⁸ и незаконные перевозки радиоактивных и ядерных материалов воздушным или морским транспортом¹³⁹.

Эта оговорка применяется в отношении всех действий, даже если они не соответствуют нормам МГП¹⁴⁰, международного права или национального законодательства. Она также исключает даже умышленные нападения вооруженных сил на гражданское население, которые регулируются нормами МГП, международным уголовным правом, международным правом прав человека и законом о применении силы. Предложения об ограничении оговорки только действиями, которые соответствуют МГП, в процессе подготовки конвенций были отклонены¹⁴¹. В особо серьезных случаях

136 Конвенция о физической защите ядерного материала, ст. 7(1).

137 Конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма, ст. 2(1)(a).

138 Конвенция о физической защите ядерного материала (с изменениями и дополнениями, ст. 7(1)(d).

139 Протокол к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, ст. 3bis (1)(b)(i)—(ii); Пекинская конвенция, ст. 1(1)(i)(1)—(4).

140 J. Pejić (примечание 52 выше), p. 189.

141 Например, при подготовке Конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (см.: *Генеральная Ассамблея ООН. Доклад Специального комитета, учрежденного резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 г.*, док. ООН A/52/37, 1997, с. 31–32 (Нидерланды), с. 43 (Швейцария), 52; *Генеральная Ассамблея ООН. Меры по ликвидации международного терроризма, доклад Рабочей группы, док. ООН A/C.6/52/L.3, 10 октября 1997 г.*, с. 33, 41 (Бельгия)), а также Пекинского протокола и Пекинской конвенции (см.: Damien van der Toorn, “September 11 Inspired Aviation Counter-Terrorism Convention and Protocol Adopted”, *American Society of International Law Insights*, Vol. 15, No. 3, 2010). Бельгия предложила двойственный подход, при котором исключение распространяется на государственные вооруженные силы, а в отношении всех остальных (негосударственных) вооруженных сил оговорка применяется лишь в том случае, если они действуют «в соответствии» с нормами международного гуманитарного права. Там же, с. 32. Делегация Иордании предложила не исключать нападения вооруженных сил на гражданских лиц, подлежащих защите. См.: *Генеральная Ассамблея ООН. Письмо*

акты террористической направленности, исключенные из сферы действия международных конвенций о борьбе с терроризмом, например умышленные бомбардировки гражданского населения в ситуации международного или немеждународного вооруженного конфликта, квалифицируются как военные преступления, так что даже применение исключительно норм МГП все равно повлечет за собой привлечение к уголовной ответственности. В то же время, как уже упоминалось ранее, в ситуациях, когда преступления, перечисленные в конвенциях, не являются военными преступлениями или когда применение норм права в области борьбы с терроризмом представляется более целесообразным с точки зрения охраны правопорядка, могут возникать пробелы в законодательстве.

Можно утверждать, что оговорка об исключении подразумевает соответствие еще двум условиям. Во-первых, она применяется в отношении «действий вооруженных сил» как таковых, то есть выполнения ими своих военных функций, а не просто частных действий военнослужащих во внеслужебное время. Во-вторых, поскольку оговорка распространяется на действия «в ходе» вооруженного конфликта, эти действия должны быть связаны с конфликтом, то есть иметь к нему «непосредственное отношение»¹⁴², — например, когда речь идет про участие в военных действиях или подготовку к ним или когда такие действия направлены на достижение ключевых целей военной кампании одной из сторон¹⁴³. Сюда могут относиться случаи, когда солдаты в частном порядке и во внеслужебное время тайно оказывают помощь противнику или ведут огонь по своим. При этом действия некоторых солдат одной из сторон в конфликте в служебное время могут быть расценены как не связанные с конфликтом и потому не будут считаться действиями «в ходе» конфликта. В качестве примера можно привести ситуацию, когда часть вооруженных сил принимает участие в локальном вооруженном конфликте на территории другого государства, а другая часть остается на территории собственного государства и выполняет обычные функции, присущие мирному времени. В то же время, поскольку нормы МГП распространяются и на территорию собственного государства, то действия, которые осуществляются на этой территории, но имеют отношение к зарубежному конфликту, подлежат исключению.

Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 года и Пекинская конвенция 2010 года (Конвенция о борьбе с незаконными актами в отношении международной гражданской авиации) расширяют действие оговорки об исключении, имеющейся в оставшихся четырех конвенциях, путем добавления оговорки об отсутствии ущерба, гласящей, что эти документы «не должны истолковываться как одобряющие или дела-

Председателя Шестого комитета от 3 августа 2005 года на имя Председателя Генеральной Ассамблеи, док. ООН А/59/894, 12 августа 2005 г., с. 6; С. Diaz-Paniagua (примечание 111 выше), р. 664 (Пакистан).

142 ICTY, Tadić (примечание 133 выше), para. 70.

143 ICTY, *Prosecutor v Kunarac*, Case Nos IT-96-23, IT-96-23/1-A, Judgment (Appeals Chamber), 12 June 2002, para. 59.

ющие законными незаконные в иных отношениях акты или как препятствующие привлечению к ответственности на основании других законов»¹⁴⁴. Предложение о внесении соответствующего положения было представлено во время подготовки Конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом¹⁴⁵ в качестве компромисса, который позволил бы избежать ситуаций, когда исключение военных действий зависело бы от их соответствия нормам международного права, но это предложение было отклонено. Строго говоря, такое положение было бы излишним, если учесть, что исключение вооруженных сил в вооруженном конфликте никоим образом не дает этим силам четких полномочий на совершение (например) актов ядерного терроризма или создания угрозы для гражданского воздушного судна, равно как и не освобождает их от действия любого другого применимого права, включая МГП, закон о применении силы, право прав человека или национальное законодательство. Единственная его цель в таком случае состояла бы лишь в том, чтобы исключить применение международных конвенций о борьбе с терроризмом в отношении таких действий. В то же время с политической точки зрения положение об отсутствии ущерба свидетельствует о том, что некоторые государства болезненно воспринимают идею об исключении вооруженных сил — из опасений, что такое исключение будет расценено как оправдание «террористических действий», совершаемых государственными военнотружущими.

Проект конвенции ООН

Несмотря на то что оговорка об исключении была закреплена в шести международных конвенциях о борьбе с терроризмом 1997, 2005 и 2010 годов, она остается предметом споров и разногласий на протяжении всего переговорного процесса на тему Проекта конвенции ООН начиная с 1999 года. Организация исламского сотрудничества (ОИС) предложила исключить действия «сторон», а не «вооруженных сил» в ходе вооруженного конфликта, «в том числе в ситуациях иностранной оккупации», из числа вопросов, регулируемых Конвенцией¹⁴⁶. Это предложение отчасти связано с техническими различиями в нюансах терминологии — учитывая разногласия по поводу содержания термина «вооруженные силы», понятие «стороны» должно включать организованные вооруженные группы, — однако оно также обусловлено политическими спорами по поводу предпочтительной сферы действия оговорки.

Как «вооруженные силы», так и «стороны» относятся к числу специальных терминов МГП. Сторонами (Высокими Договаривающимися

144 Конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма, ст. 4(3); Пекинская конвенция, ст. 6(3).

145 С. Díaz-Paniagua (примечание 110 выше), р. 320 (Южная Корея).

146 Генеральная Ассамблея ООН. Доклад Специального комитета, учрежденного резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 года, док. ООН А/57/37, 2002 г., Приложение IV, с. 19, и док. ООН А/58/37, 2003, с. 9.

Сторонами) в международных договорах МГП¹⁴⁷ именуется только государства, причем эти договоры не только регулируют деятельность их «вооруженных сил»¹⁴⁸, но и возлагают определенные обязательства (принимать законы, распространять, преследовать в судебном порядке, сотрудничать и так далее) на весь государственный аппарат в целом. В отношении ситуации немеждународного вооруженного конфликта в общей статье 3 говорится о «каждой из находящихся в конфликте сторон», чтобы таким образом разграничить государства и негосударственные стороны; последние при этом не являются Высокими Договаривающимися Сторонами, поскольку стороной международного договора может быть только государство¹⁴⁹. Помимо этого, в общей статье 3 гарантируется защита для, в числе прочих, «лиц из состава вооруженных сил», которые перестали принимать участие в военных действиях, что автоматически подразумевает членом как государственных, так и негосударственных вооруженных сил. Поскольку, вводя понятие «стороны», ОИС преследовала задачу противостоять попыткам некоторых государств ограничить толкование термина «вооруженные силы» исключительно государственными военнослужащими¹⁵⁰, эта инициатива представляется излишней при условии, что термин «вооруженные силы» используется в том понимании, которое закреплено в общей статье 3.

Однако ОИС также намеревалась использовать понятие стороны для того, чтобы исключить не только членов организованных вооруженных групп, но и некоторых других акторов. К таким, например, могут относиться неорганизованные вооруженные группы¹⁵¹, гражданские лица, принимающие эпизодическое прямое участие в военных действиях (при этом такие гражданские лица не выполняют постоянные боевые функции и, соответственно, не являются членами организованной вооруженной группы) или гражданские лица, поддерживающие военные действия без принятия в них прямого участия. Так, например, движения за самоопределение и организованные вооруженные группы, как правило, включают в себя не только вооруженные отряды, но и более широкую (и зачастую масштабную) сеть политических и социальных организаций, часть которых также может принимать участие в насильственных действиях, имеющих отношение к конфликту. На практике упоминание «сторон» преследует цель распространить действие оговорки об исключении на такие организации, как Организация освобождения Палестины, ХАМАС, Палестинский исламский джихад и «Хизбалла»¹⁵². ЕС обеспокоен возможными последствиями,

147 См., например: Гагское положение 1907 г., четыре Женевские конвенции, ДП I и ДП II.

148 См., например: ЖК III, ст. 4(2); ДП I, ст. 43.

149 Для сравнения, в ДП II упоминаются только Высокие Договаривающиеся Стороны, но не стороны в конфликте, а в ст. 1 говорится о конфликтах между (государственными) «вооруженными силами и антиправительственными вооруженными силами или другими организованными вооруженными группами».

150 J. Pejić (примечание 52 выше), p. 192.

151 Ibid., p. 193.

152 См., например: Christian Walter, "Defining Terrorism in National and International Law", in Christian Walter, Silja Vöneky, Volker Röben and Frank Schorkopf (eds), *Terrorism as a Challenge for National and International Law*, Springer, Berlin, 2003, pp. 39–40.

которые повлечет за собой исключение деятельности «сторон» в Северной Ирландии и испанской Стране басков¹⁵³, а Индия испытывает схожие опасения по поводу Кашмира, хотя в то же время следует отметить, что некоторые из этих опасений подразумевают более широкое толкование понятия «самоопределение» вне контекста колониальной политики, тогда как ДП I такие вопросы не регламентирует.

В то же время существуют серьезные сомнения насчет того, что замена понятия «вооруженные силы» на «стороны» может что-то изменить (если только «вооруженные силы» действительно не будут означать исключительно вооруженные силы государства, как полагает Иордания¹⁵⁴). Негосударственной «стороной» в немеждународном вооруженном конфликте всегда является исключительно организованная вооруженная группа. В МГП отсутствуют положения, которые свидетельствовали бы о равнозначном признании каких бы то ни было других элементов негосударственной стороны, например, политических, гражданских или административных структур всего антиправительственного движения. При этом, как уже отмечалось, «государственные стороны» означают не только вооруженные силы государства (включая нерегулярные вооруженные силы), но и другие государственные органы (например, правоохранительные силы или разведывательные службы) и других лиц или организации, которые могут быть признаны государственными на основании закона о государственной ответственности. Предложение ОИС не позволяет провести соответствующие разграничения, поскольку негосударственной «стороной» в немеждународном вооруженном конфликте, по сути, является организованная вооруженная группа, то есть негосударственные «вооруженные силы».

Более сложный вопрос, который является актуальным и для предыдущих шести конвенций в контексте оговорки об исключении, состоит в том, кто или что именно подпадает под определение негосударственных «сторон», организованной вооруженной группы или «вооруженных сил». Во время подготовки этих конвенций точный охват понятия «негосударственные вооруженные силы» почти не выносился на обсуждение — главным образом потому, что при определении этого термина предполагалось руководствоваться нормами МГП. В то же время в самом МГП нет определения, которое позволяло бы четко установить, кто именно относится к таким силам (организованным вооруженным группам), и этот вопрос носит дискуссионный характер. В узком понимании к этой категории относятся только члены группы, выполняющие постоянные боевые функции. Более средний подход заключается в том, что это понятие включает в себя всех членов группы, независимо от выполнения ими постоянных боевых функций, иных лиц, (эпизодически) принимающих прямое участие в военных действиях, и лиц, принимающих косвенное участие в военных дей-

153 С. Díaz-Paniagua (примечание 110 выше), p. 605.

154 Ibid., p. 600.

ствиях путем оказания поддержки группе (например, правоохранительные органы или разведслужбы, которые могут оказывать помощь в проведении военных операций, не принимая в них прямого участия). Самый широкий подход предполагает, что сюда относятся все вышеперечисленные акторы, а также другие субъекты, связанные с этой группой, но при этом не принимающие прямого участия в военных действиях и не оказывающие иной поддержки (без прямого участия в военных действиях). Такие субъекты могут включать в себя исключительно гражданские или административные структуры вооруженного движения, которые осуществляют контроль территории и руководство населением, в том числе сотрудники органов регистрации актов гражданского состояния, чиновники, работники правоохранительных органов, судьи. Более узкий подход к вооруженным силам, очевидным образом, не учитывает всю сложность организационной системы некоторых негосударственных движений.

Наиболее распространенный (и самый корректный) подход заключается в том, что «в контексте вооруженных групп, имеющих множество подразделений и/или структур, под вооруженной группой, как правило, понимается военная структура этой группы»¹⁵⁵ (даже если использование такого подхода может повлечь за собой гуманитарные издержки¹⁵⁶). Это означает, что под действие оговорки об исключении деятельности негосударственных «вооруженных сил»/«сторон» подпадают только лица, выполняющие постоянные боевые функции, или, в рамках более широкого подхода, других членов организованной вооруженной группы, которые поддерживают военные действия, но не принимают в них прямого участия.

В МГП уже описываются последствия, которые могут повлечь подобные действия, включая признание таких лиц законной целью для нападения и лишение свободы из соображений безопасности, и при этом МГП не ограничивает возможность для привлечения к ответственности за совершение преступлений в соответствии с нормами национального законодательства. Таким образом, споры по поводу оговорки об исключении отчасти представляют собой, скорее, политическую борьбу по поводу того, что именно следует считать терроризмом, нежели попытку освободить «террористов» от ответственности. В то же время эти разногласия также лежат и в правовой плоскости в той мере, в которой положения международных конвенций о борьбе с терроризмом отличаются от норм МГП или международного права в части установления дополнительной ответственности, предоставления более широких полномочий или четких требований о международном сотрудничестве.

Гражданские лица, эпизодически принимающие прямое участие в военных действиях или оказывающие иную поддержку этим действиям

155 Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 180.

156 Например, лица, которые были задержаны отдельными гражданскими подразделениями вооруженных групп, получают лечение в их больницах или привлекаются к ответственности их судами, могут не подпадать под положения общей статьи 3 о защите.

(без принятия прямого участия), подпадают под действие положений конвенций даже в том случае, если они связаны с более широкими гражданскими или административными структурами негосударственного движения. Что немаловажно, к таким структурам могут относиться гражданские правоохранительные органы или службы разведки, прибегающие к насилию, которое имеет отношение к конфликту, и не состоящие при этом в рядах организованной вооруженной группы.

Предлагаемое ОИС исключение «иностранной оккупации» является излишним с юридической точки зрения в том смысле, что оккупация, по определению, является международным вооруженным конфликтом согласно статье 2, общей для четырех Женевских конвенций, независимо от наличия военных действий между государственными силами¹⁵⁷. На это указывает и сама формулировка предложения, выдвинутого ОИС (конфликт, «в том числе в ситуациях иностранной оккупации»). Организованные вооруженные группы, участвующие в сопутствующих военных действиях на оккупированной территории и не «относящиеся» к оккупированному государству, могут в индивидуальном порядке быть признаны «вооруженными силами» в немеждународном вооруженном конфликте и исключены из сферы действия конвенций. Поскольку в формулировке ОИС речь идет исключительно о вооруженном конфликте, «в том числе... в ситуациях иностранной оккупации», то, строго говоря, это положение не позволяет регулировать вопросы оккупации в более широком смысле этого слова, выходящем за пределы МГП, например вопросы самоуправляющихся территорий или неполной или оспариваемой деколонизации.

Обязательства, возлагаемые на государства Советом Безопасности ООН и касающиеся введения уголовной ответственности за террористические акты

Помимо международных конвенций о борьбе с терроризмом, следует отметить также резолюцию 1373 Совета Безопасности ООН, согласно которой все государства должны ввести уголовную ответственность за «террористические акты» и различные действия по их подготовке (включая финансирование терроризма), а также последующие резолюции, которые предписывают криминализацию других действий, связанных, например, с так называемыми иностранными боевиками-террористами¹⁵⁸. В то же время Совет Безопасности ООН не предложил единого международного определения для таких актов и не сделал никаких недвусмысленных заявлений о связи, существующей между положениями этих резолюций и нормами МГП (например, посредством оговорок об исключении, которые содержатся

157 J. Pejić (примечание 52 выше), pp. 189, 193.

158 Резолюция 2178 Совета Безопасности ООН, 24 сентября 2014 г., п. 6.

в вышеупомянутых конвенциях). Несмотря на то что в не имеющем обязательной силы «рабочем определении», которое было предложено Советом Безопасности ООН в 2004 году, отчасти затрагиваются нормы МГП (оно содержит отсылку к положениям шести международных конвенций и распространяется исключительно на преступные акты против «гражданских лиц», что подразумевает исключение актов, направленных против боевиков)¹⁵⁹, на практике государства им почти не руководствуются. Органы Совета Безопасности ООН, ответственные за контроль борьбы с терроризмом (Контртеррористический комитет и Исполнительный директорат Контртеррористического комитета) также не выступили с какими бы то ни было четкими публичными заявлениями относительно своей позиции.

Существует риск того, что реализация положений Совета Безопасности ООН о борьбе с терроризмом (а также мер по борьбе с финансированием терроризма) на национальном уровне может привести к нарушению норм МГП (особенно вследствие ненадлежащего ограничения, запрета или криминализации медицинской и гуманитарной помощи, включая установление связи или ведение диалога с организованными вооруженными группами) или к посягательству на основные ценности МГП (например, в результате введения уголовной ответственности за прямое участие в боевых действиях или членство в организованной вооруженной группе). Несмотря на то что Совет Безопасности не возлагал на государства явные обязательства по криминализации такой деятельности, риск того, что государства будут действовать именно таким образом, усугубляется на фоне целого ряда факторов¹⁶⁰, среди которых отсутствие предложенного Советом Безопасности определения террористических актов, потенциально широкий диапазон преступлений, включая, например, «поддержку» террористических актов, а также указания Совета Безопасности вводить уголовную ответственность за оказание финансовой поддержки «террористическим» организациям или отдельным террористам «в любых целях»¹⁶¹ (не только в целях совершения террористических актов, как гласит Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма), исходя из достаточно расплывчатого определения «средств» как «любых финансовых активов» (материальных и нематериальных, движимого и недвижимого имущества, то есть это понятие не ограничивается исключительно денежными средствами)¹⁶². Еще один риск связан с требованием ввести уголовную ответственность за перемещение «иностранных боевиков», которое хоть и касалось только перемещения *в целях участия в террористических актах* (а не просто участия в военных действиях), но при этом применялось в отношении

159 Резолюция 1566 Совета Безопасности ООН, 8 октября 2004 г.; в п. 3 говорится о действиях, которые признаются преступными согласно шести конвенциям, и перечисляются другие дополнительные общие аспекты, но он не затрагивает другие акты, помимо указанных в конвенциях.

160 См.: D. McKeever (примечание 23 выше), р. 61.

161 Резолюция 2253 Совета Безопасности ООН, 17 декабря 2015 г., п. 19.

162 См.: Конвенция о борьбе с финансированием терроризма, ст. 1(1).

вооруженных конфликтов¹⁶³ в Сирии и Ираке в отсутствие какого бы то ни было ограничивающего определения терроризма.

Хорошая новость заключается в том, что Совет Безопасности ООН постепенно стал более внимательно относиться к нормам МГП. В своей резолюции 1373 Совет не настаивал на том, чтобы при выполнении своих обязательств по борьбе с терроризмом государства руководствовались нормами международного права (за исключением случаев, когда речь шла о беженцах)¹⁶⁴. В то же время начиная с 2005 года Совет Безопасности регулярно напоминал государствам об их долге соблюдать все обязательства, которые возлагаются на них в рамках международного права, включая (в числе прочих) нормы МГП, при выполнении обязательств по борьбе с терроризмом¹⁶⁵. Следует признать, что многие из таких положений фигурируют в преамбуле или в постановляющей части резолюций, не имеющей обязательной силы, или же касаются исключительно мер, которые описываются в конкретной резолюции¹⁶⁶. В период с 2019 года была принята резолюция, содержащая положения, согласно которым соблюдение норм МГП носит обязательный характер («постановляет»)¹⁶⁷, что соответствует тенденции по отстаиванию прав человека, наметившейся с 2017 года¹⁶⁸.

Эти ограничения, впрочем, не следует толковать как свидетельство того, что юридические обязывающие меры по борьбе с терроризмом, предписанные Советом Безопасности ООН, могут иметь преимущественную силу перед МГП *в отсутствие явного подтверждения непротиворечивости норм МГП*, будь то в связи с криминализацией террористических актов или замораживанием активов в рамках резолюции 1373 (где отсутствуют упоминания об МГП). Существует презумпция недопустимости правовой коллизии в рамках международного права, в том числе в контексте полномочий Совета Безопасности ООН, который согласно статье 103 Устава ООН может отвергать противоречащие международные соглашения¹⁶⁹ (вопрос о том, может ли статья 103 иметь преимущественную силу перед

163 Резолюция 2178 Совета Безопасности ООН, 24 сентября 2014 г., п. 1 («требуется, чтобы все иностранные боевики-террористы сложили оружие и прекратили все террористические акты и участие в вооруженных конфликтах») (*курсив мой*).

164 Резолюция 1371 Совета Безопасности ООН, 26 сентября 2001 г., пп. 3(f)—(g) (соответствие нормам международного права, в том числе в области защиты прав человека).

165 См., например: резолюция 1624 Совета Безопасности ООН, 14 сентября 2005 г., п. 4; резолюция 2178 Совета Безопасности ООН, 24 сентября 2014 г., п. 5; резолюция 2253 Совета Безопасности ООН, 17 декабря 2015 г., преамбула; резолюция 2368 Совета Безопасности ООН, 20 июля 2017 г., преамбула; резолюция 2396 Совета Безопасности ООН, 21 декабря 2017 г., преамбула и пп. 4, 18, 34, 40; резолюция 2462 Совета Безопасности ООН, 28 марта 2019 г., п. 5.

166 Резолюция 2462 Совета Безопасности ООН, 28 марта 2019 г., п. 5. См.: D. McKeever (примечание 23 выше), p. 61.

167 Резолюция 2462 Совета Безопасности ООН, 28 марта 2019 г., пп. 5 (ответственность за финансирование терроризма), 6 (все меры для противодействия терроризму).

168 Резолюция 2396 Совета Безопасности ООН, 21 декабря 2017 г., пп. 11–13; см.: D. McKeever (примечание 23 выше), p. 63.

169 Johann Ruben Leiß and Andreas Paulus, "Article 103", in Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus and Nikolai Wessendorf (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. 2, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, para. 17.

обычным правом, является дискуссионным¹⁷⁰). В аналогичной ситуации, связанной с защитой прав человека, при рассмотрении дела «Аль-Джедда против Соединенного Королевства» (*Al Jeddah v. UK*) (2011 год) Европейский суд по правам человека постановил, что при толковании резолюций Совета Безопасности ООН «предполагается, что Совет Безопасности ООН не преследует цели каким-либо образом обязать государства-члены нарушить основополагающие принципы прав человека»; таким образом, следует выбирать такое толкование, «которое в наибольшей степени согласуется с требованиями [другого обязательства] и не предполагает каких-либо правовых коллизий»; при этом Совет Безопасности ООН должен использовать «четкие и исчерпывающие формулировки» в тех случаях, когда возникает необходимость отклонить другое обязательство¹⁷¹. То же самое касается норм МПП¹⁷², соблюдение которых также отвечает целям ООН по обеспечению уважения к «правам человека» (только в больших масштабах) согласно пункту 3 статьи 1 Устава ООН¹⁷³.

Совет Безопасности ООН не выражал каких-либо четких намерений отказаться от приоритета норм МПП¹⁷⁴. В качестве примера можно привести положения резолюции 1373, в которой Совет Безопасности ООН предусматривает уголовную ответственность за «поддержку» или «финансирование» террористических актов, но не уточняет, что эти меры распространяются также на медицинский и гуманитарный персонал или на деятельность и активы, подпадающие под защиту МПП (включая оказание медицинской помощи раненым «террористам»). Точно так же разрешение Совета Безопасности ООН задерживать подозреваемых в целях обеспечения безопасности в связи с делом Аль-Джедда не означает отказ от необходимости соблюдать надлежащие процедуры. Возможные последствия для МПП, связанные с принятием резолюции 1373, в тот период времени просто не были очевидны для Совета Безопасности ООН. Совет Безопасности ООН не предусматривал уголовную ответственность за взаимодействие,

170 Положения статьи 103 применимы только к «соглашениям», которые носят противоречивый характер, и в своем обычном значении не наделяют Совет Безопасности ООН полномочиями для отказа от приоритета обычного МПП. Этот тезис подтверждается и в научных работах. См. *ibid.*, para. 66. И хотя в том же источнике делается вывод о том, что «концепция преимущественной силы» в конечном счете поддерживает более широкое применение обычного права (*ibid.*, para. 68), этот вывод не подтверждается источниками, на которые ссылаются авторы, равно как и договорами, заключенными в период после 1945 г. и свидетельствующими (в соответствии с принципами толкования международного договора) о том, что стороны так и не пришли к согласию, которое позволило бы изменить обычную трактовку, подтвержденную в научной литературе. См. также: *Ну Илан, Ф.* (примечание 5 выше), п. 24.

171 *European Court of Human Rights, Al-Jeddah v. United Kingdom*, Appl. No. 27021/08 (Grand Chamber), 7 July 2011, para. 102.

172 В основу аргументации по делу Аль-Джедда легло особое положение прав человека как «целей» ООН согласно ст. 2 Устава ООН.

173 См., например: резолюция 2444 (XXIII) Совета Безопасности ООН, 19 декабря 1968 г.; Hans-Peter Gasser, “The United Nations and International Humanitarian Law”, *International Symposium on the 50th Anniversary of the United Nations*, 19–21 October 1995 («нет сомнений в том, что понятие “прав человека” по Уставу... также включает... “международное гуманитарное право”»).

174 Ср.: D. McKeever (примечание 23 выше), pp. 68–71.

общение, ведение диалога или поддержание связей с террористическими группами в гуманитарных, правозащитных и миротворческих целях или в целях соблюдения МГП. Когда в дальнейшем Советом Безопасности ООН была принята резолюция, предусматривающая уголовное наказание за оказание финансовой поддержки террористам «в любых целях», Совет четко «постановил», что нормы МГП должны соблюдаться. Согласно Совету Безопасности ООН, уголовное преследование иностранных боевиков-террористов связано с их перемещением в целях совершения террористических актов, но не касается простого участия в военных действиях, не говоря уже о гуманитарной и медицинской работе.

Тот факт, что в рамках резолюции 1267 Совет Безопасности ООН включил в перечень двух физических лиц и две организации предположительно в связи с их медицинской деятельностью¹⁷⁵ (отчасти), также не является явным подтверждением намерения оспорить приоритет МГП¹⁷⁶ (в контексте санкций за финансирование терроризма). Основанием для включения в такие перечни, как правило, является чрезвычайно серьезная террористическая деятельность: например, Редендо Каин Дельоса, поддерживавший группу «Абу-Сайяф», руководил операцией по организации взрыва на борту парома «Суперферри 14» на Филиппинах, унесшего жизни 100 человек; Зафар Икбал, являющийся одним из старших руководителей и основателей организации «Лашкар-и-Тайба» (*организация запрещена в России. — Прим. пер.*); фонд «Глобал рилиф фаундейшн», который занимался сбором крупных пожертвований для операций «Аль-Каиды». Причины, послужившие основанием для включения в этот перечень, не позволяют прийти к выводам о том, относилась ли упомянутая вкратце медицинская деятельность к тем видам медицинской помощи, которые подлежат защите согласно МГП, равно как нет и никаких свидетельств того, что комитет по санкциям рассматривал этот вопрос и принял решение не руководствоваться нормами МГП до того, как эта медицинская деятельность была упомянута в перечне. Более того, отсутствие в нормативных документах о борьбе с терроризмом явной оговорки об исключении медицинской и гуманитарной помощи также не означает, что Совет Безопасности прямо преследовал цель отказаться от приоритета норм МГП (об этом более подробно будет говориться в следующей главе).

Более разумный подход заключается в том, что государства должны соблюдать свои обязательства по борьбе с терроризмом, не нарушая норм МГП, которые все чаще признаются Советом Безопасности ООН в качестве *lex specialis*, — а не наоборот. Кроме того, как будет видно из следующего раздела, МГП само по себе позволяет решить ряд проблем в области безопасности, которые являются предметом борьбы с терроризмом, что позволяет дополнительно снизить риски возникновения конфликтов. Коллизии с МГП чаще возникают в результате законов, которые принимаются самими

175 См. также: *Ни Илан, Ф.* (примечание 5 выше), п. 31.

176 Ср.: *D. McKeever* (примечание 23 выше), р. 71.

государствами, — зачастую, как они полагают, в рамках резолюций Совета Безопасности ООН, нежели вследствие мер, принимаемых самим Советом Безопасности ООН.

Связь с медицинской и гуманитарной деятельностью

Нельзя говорить о том, что меры Совета Безопасности ООН в области борьбы с терроризмом преследуют цель оспорить преимущественную силу норм МПП, особенно в части медицинской¹⁷⁷ и гуманитарной¹⁷⁸ помощи (об этом более подробно говорится в других статьях настоящего номера). Подобная помощь также является «непременным условием осуществления основных социально-экономических прав»¹⁷⁹; таким образом, в данном случае также нет никаких свидетельств того, что Совет Безопасности ООН пытается пренебречь правами человека.

Пристальное внимание к МПП означает, что его нормы могут успешно применяться одновременно со *строго необходимыми* нормами международного права в области борьбы с терроризмом именно потому, что МПП и сопутствующая практика уже имеют механизмы защиты против злоупотребления возможностями, которые дают медицинская и гуманитарная помощь. Во-первых, активные члены террористических организованных вооруженных групп не имеют права на гуманитарную помощь, поскольку не являются ни подлежащими защите гражданскими лицами, ни лицами, вышедшими из строя, и по определению (поскольку они не вышли из строя) не нуждаются в медицинской помощи или лекарственных средствах; если они получили ранения, но продолжают выполнять боевые функции, медицинская помощь им не полагается.

Однако излишне широкие нормы права в области борьбы с терроризмом вступают в конфликт с нормами МПП в тех случаях, когда они предусматривают уголовную ответственность за оказание медицинской¹⁸⁰ или гуманитарной помощи задержанным террористам, раненым и вышедшим из строя террористам, «террористам», которые в прошлом принимали прямое участие в военных действиях, но с тех пор отказались от этой практики (как в силу того, что их участие носило эпизодический характер, так и потому что они прекратили выполнять постоянные боевые функции в составе организованной вооруженной группы), сторонников или приверженцев террористических организованных вооруженных групп, не принимающих прямого участия в военных действиях, или членов тер-

177 См.: Хенкертс и Досвальд-Бек (примечание 17 выше), нормы 25–30, 110; ДП I, ст. 8–31; ДП II, ст. 7–12.

178 См.: Хенкертс и Досвальд-Бек (примечание 17 выше), нормы 31–32, 55–56; Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, 2016 (Oxford Guidance), paras 11–15, 21–24.

179 Ни Илан, Ф. (примечание 5 выше), п. 26.

180 См., например: Dustin A. Lewis, Naz K. Modirzadeh and Gabriella Blum, *Medical Care in Armed Conflict: International Humanitarian Law and State Responses to Terrorism*, Harvard Law School, September 2015, p. iii.

рористической организации, которая действует в зоне конфликта, но при этом не является стороной в конфликте, и деятельность членов которой в остальном не предполагает прямого участия в военных действиях, связанных с конфликтом. Оказание помощи таким лицам, согласно МГП, является законным, даже если оно неизбежно влечет за собой прямую помощь отдельным «террористам» и сопровождается риском того, что этими ресурсами воспользуются террористические организованные вооруженные группы, смешавшиеся с гражданским населением. Заявления некоторых государств о том, что на практике¹⁸¹ сотрудники гуманитарных организаций редко привлекаются к судебной ответственности, нельзя считать удовлетворительным ответом, поскольку действия этих лиц все равно расцениваются как «противозаконные», они постоянно должны учитывать неопределенность своего правового статуса, и в результате велика вероятность, что они будут отказываться выполнять гуманитарные функции, которые подлежат защите согласно МГП и являются жизненно необходимыми, в соответствии с принципами беспристрастности и в интересах тех, кто в них нуждается.

Во-вторых, после того как государство дало согласие на оказание гуманитарной помощи, обе стороны должны предоставить и обеспечить свободный проход/проезд для сотрудников таких организаций и, что особенно важно, обе стороны также имеют право на введение мер технического контроля, например проведение инспекций и выбор маршрутов следования или распространение гуманитарной помощи под надзором независимой организации, чтобы таким образом гарантировать сугубо гуманитарный характер помощи и ее доставку нуждающимся адресатам без риска ненадлежащего распределения¹⁸². Таким образом, в МГП уже предусмотрены меры по обеспечению безопасности, призванные предотвратить оказание помощи организованным вооруженным группам.

В-третьих, сами стороны (включая террористические организованные вооруженные группы) обязаны не использовать медицинскую и гуманитарную помощь ненадлежащим образом¹⁸³. К тому же разграбление является военным преступлением, хотя это понятие применяется только к присваиванию чужого имущества для частного или личного пользования. Если гуманитарная помощь не является собственностью противоположной стороны (в отличие от случаев, когда собственником является гуманитарная организация или нейтральное государство), то ее изъятие организованной вооруженной группой не считается военным преступлением. В то же время подобный насильственный захват запрещается МГП¹⁸⁴ и практиче-

181 Naz K. Modirzadeh, "Comment", in Jessica Burniske and Naz K. Modirzadeh (eds.), *Pilot Empirical Survey Study on the Impact of Counterterrorism Measures on Humanitarian Action*, Harvard Law School, March 2017, p. 74.

182 Oxford Guidance (примечание 178 выше), paras 66–67, 70. См., например: ДП I, ст. 70(3)(b).

183 Oxford Guidance (примечание 178 выше), paras 82, 87–88. См., например: ЖК IV, ст. 60; ДП I, ст. 70(3)(c).

184 *Хенкертс и Досвальд-Бек* (примечание 17 выше), норма 32. См. также: ЖК IV, ст. 59; ДП I, ст. 48, 70(4) (обязанность обеспечивать защиту).

ски всегда квалифицируется как обыкновенное преступление или кража в рамках национального законодательства.

В-четвертых, как на политическом уровне, так и на практике гуманитарные организации чрезвычайно ответственно подходят к вопросу рисков ненадлежащей переадресации помощи и принимают широкомасштабные меры для того, чтобы избежать таких рисков, в том числе в связи со своими международными и национальными обязательствами, гуманитарной профессиональной этикой и целями по максимально эффективному использованию ограниченных ресурсов в интересах подлинных адресатов, а также ввиду необходимости не вызывать у сторон никаких сомнений в своей нейтральности и беспристрастности. В случае непреднамеренной ненадлежащей переадресации гуманитарной помощи, что неизбежно в некоторых видах конфликтов, гуманитарные организации не должны нести за это уголовную ответственность (и за совершение преступления как такового, и за грубую небрежность, предусматривающую менее серьезную степень наказания), за исключением случаев, когда такая помощь целенаправленно предназначается для действующих бойцов.

В соответствии с принципами надлежащей гуманитарной практики, профильные организации, как правило, оказывают медицинскую и гуманитарную помощь непосредственно ее адресатам, что исключает вероятность их привлечения к ответственности за прямую поддержку боевиков-«террористов». Ситуации, когда гуманитарная или медицинская помощь делегируется организованной вооруженной группе (включая ее органы гражданской администрации), с тем чтобы она сама оказывала такую помощь населению, проживающему на контролируемых ею территориях (в виде продуктов питания, лекарственных средств, обучения необходимым навыкам, услуг, инфраструктуры или финансовых средств), очень редки, но все же возникают, хоть и в порядке исключения, и в таких случаях гуманитарные организации не должны привлекаться к уголовной ответственности за действия, которые являются оправданными. Так, например, МККК отмечает, что «гуманитарная защита» — которая неразрывно связана с гуманитарной помощью¹⁸⁵ — включает обучение организованных вооруженных групп приемам первой помощи и проведение для них семинаров по военно-полевой хирургии¹⁸⁶. (В качестве сопутствующего примера можно привести ситуацию, когда гуманитарная организация (через посредника) оплачивает расходы на проезд и проживание для бойцов, желающих принять участие в обучении на тему МПП¹⁸⁷, и эти действия могут быть расценены как «косвенное» финансирование или поддержка террористов или террористических групп.) Еще одним примером могут служить ситуации, когда материальная помощь предназначается лицам, которые находятся в заключении

185 Комментарий к ЖК I (примечание 20 выше), ст. 3, п. 810.

186 ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Geneva, 2011, p. 52.

187 См., например: Комментарий к ЖК I (примечание 20 выше), ст. 3, пп. 816–817 (деятельность МККК по предоставлению защиты).

у организованных вооруженных групп, и передать им такую помощь можно лишь посредством этих самых групп¹⁸⁸. Международные организации могут также принимать участие в поддержке работы систем здравоохранения или объектов санитарной инфраструктуры, которые контролируются фактическими государственными властями.

К более типичным примерам относятся ситуации, когда гуманитарная организация выплачивает организованной вооруженной группе, контролирующей территорию, некую пограничную «плату за въезд» (как, например, в Газе), пошлину на импорт или транспортный сбор (в форме «взноса за содействие», «портового сбора», «дорожной пошлины», «таможенного сбора», налога и т. п.), чтобы обеспечить провоз гуманитарной помощи (как это происходит в Сомали). Эти взносы и пошлины могут служить источником «финансирования терроризма», побуждать к введению новых сборов, поощрять такие национальные преступления, как вымогательство, и расцениваться как легитимация управленческих функций организованных вооруженных групп (регулирование и сбор налогов). Однако подобные выплаты одновременно являются признанием реального положения дел на местах, включая статус организованных вооруженных групп, которые порой выступают в качестве фактической государственной власти и, как любые государства, нуждаются в административных структурах, обеспечивающих надлежащее функционирование общества. Аналогичным образом, МГП не запрещает вводить налоги в отношении гуманитарной помощи, хотя и настоятельно рекомендует государствам не прибегать к этой практике¹⁸⁹.

И наконец, МГП обеспечивает защиту для организаций, которые занимаются оказанием «беспристрастной» гуманитарной помощи, но не для сторонников террористических организованных вооруженных групп, оказывающих им услуги или финансовую поддержку, что может приравниваться к совершению преступлений террористической направленности. В то же время следует подчеркнуть, что на *медицинский* персонал и *медицинскую* деятельность защита распространяется даже в тех случаях, когда их нельзя признать беспристрастными, например, когда врач, поддерживающий действия организованной вооруженной группы, добровольно предлагает свои услуги по лечению раненых бойцов. Кроме того, некоторые нормы права в области борьбы с терроризмом, направленные на чрезмерную криминализацию гуманитарной деятельности сторонников организованных вооруженных групп, могут расцениваться как необоснованные или несоразмерные ограничения права доноров на свободу объединений

188 Комментарий к ЖК I (примечание 20 выше), ст. 3, пп. 816–817 (деятельность МККК по предоставлению защиты).

189 ЖК IV, ст. 61 (грузы помощи освобождаются на оккупированной территории от всяких сборов, налогов или таможенных сборов за исключением тех случаев, когда последние необходимы в интересах экономики данной территории). Сторонам в иных ситуациях (включая немеждународные вооруженные конфликты) небезосновательно рекомендуется руководствоваться тем же принципом: Oxford Guidance (примечание 105 выше), pp. 27, 44.

и выражения мнений и ставить под угрозу социально-экономические права предполагаемых получателей помощи.

Неопределенность подхода Совета Безопасности ООН к нормам МГП

Две другие проблемы по-прежнему касаются подхода Совета Безопасности ООН к нормам МГП. Во-первых, как отметила Специальный докладчик ООН, говоря о резолюциях Совета Безопасности ООН (что перекликается с ее ранее выраженной обеспокоенностью по поводу соблюдения прав человека в рамках борьбы с терроризмом¹⁹⁰): «...большинство ссылок на правовые режимы [МГП] носят общий характер и лишены конкретики, необходимой для обеспечения их соблюдения на практике»¹⁹¹. Это явным образом контрастирует с чрезвычайной подробностью и конкретностью многих мер в области борьбы с терроризмом. С одной стороны, может показаться, что Совету Безопасности нет никакой необходимости более внимательно рассматривать нормы МГП именно по той причине, что в них уже содержатся (правильные) ответы, и принятие Советом постановлений в отношении проблематики МГП¹⁹² — причем потенциально неверных и способных породить лишь дополнительные споры по поводу тех аспектов МГП, которые носят двусмысленный характер, — или же готовность Совета Безопасности ООН принимать решения об отказе МГП в приоритете, представляются нежелательными. В то же время подтверждение Советом Безопасности ООН применимости установившихся и конкретных норм МГП (путем отсылки к авторитетным источникам МГП и таким организациям, как МККК) в контексте конкретных контртеррористических мер могло бы стать полезной практикой, которая позволила бы развеять сомнения государств, чьи законы оспаривают применимость таких норм МГП.

Есть лишь одна конкретная область, в отношении которой Совет Безопасности ООН в своей резолюции 2462 настоятельно призвал (но не обязал государства) «принять во внимание» потенциальное воздействие мер по противодействию *финансированию* терроризма «на сугубо гуманитарную деятельность, в том числе медицинскую, которая проводится беспристрастными гуманитарными субъектами сообразно с международным гуманитарным правом»¹⁹³. В резолюции 2482 те же формулировки используются уже в отношении всех мер по борьбе с терроризмом¹⁹⁴. Оба поло-

190 Ни Илан, Финнула. Доклад Специального докладчика по вопросу о поощрении и защите прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом, док. ООН A/73/361, 3 сентября 2018 г., п. 37.

191 Ни Илан, Ф. (примечание 5 выше), п. 24.

192 Для более подробного ознакомления с некоторыми из этих вопросов см.: Dustin A. Lewis, Naz K. Modirzadeh and Jessica Burniske, *The Counter-Terrorism Committee Executive Directorate and International Humanitarian Law*, Harvard Law School, March 2020.

193 Резолюция 2462 Совета Безопасности ООН, 28 марта 2019 г., п. 24 (меры по противодействию финансированию терроризма).

194 Резолюция 2482 Совета Безопасности ООН, 19 июля 2019 г., п. 16.

жения при этом не имеют обязательной юридической силы и являются скорее рекомендациями для государств на процедурном уровне «принять во внимание» последствия для гуманитарной деятельности, нежели соблюдать нормы МГП по существу. В принципе это ограничение компенсируется резолюцией 2462, которая обязывает государства соблюдать МГП в целом в рамках всех мер по борьбе с терроризмом¹⁹⁵, однако в этой резолюции не содержатся конкретные упоминания гуманитарной и медицинской деятельности.

В то же время тот факт, что Совет Безопасности ООН включил четкие положения об автоматическом применении исключений для гуманитарной помощи в рамках страновых санкций, введенных в отношении Сомали¹⁹⁶, но лишь указал, что гуманитарная деятельность должна быть «принята во внимание» в контексте борьбы с терроризмом, и никак не упомянул эти вопросы в резолюции 1267 (применительно к перечням членов «Аль-Каиды» и др., за исключением иной оговорки об «основных расходах») или резолюции 1373 (будь то в отношении режимов блокирования активов внутри страны или в отношении преступлений террористической направленности)¹⁹⁷, не свидетельствует о явном намерении Совета Безопасности оспорить приоритет МГП. Подобные пробелы могут свидетельствовать о том, что текущая политическая ситуация в Совете Безопасности ООН находится на таком уровне, на котором Совету проще утверждать явные оговорки об исключении в отношении отдельных стран, нежели в отношении терроризма, а сформулировать «общую» оговорку в отношении всех акторов, конфликтов и ситуаций гораздо сложнее, чем адресную в отношении одной страны, где надлежит учитывать уязвимое положение конкретного населения или возможную угрозу голода; а также о том, что, по мнению Совета Безопасности, для предотвращения ситуаций, когда борьба с терроризмом негативно отражается на оказании гуманитарной помощи, достаточно лишь еще раз заявить о необходимости соблюдать нормы МГП в целом. Из этого не вытекает, что, допуская подобные пробелы, Совет Безопасности ООН преследует цель оспорить приоритет МГП. Недавние резолюции о борьбе с терроризмом (и споры на тему МГП¹⁹⁸) свидетельствуют о том, что с течением времени Совет Безопасности начал более внимательно относиться к проблеме негативного воздействия собственных мер по борьбе с терроризмом на МГП и к необходимости четко отстаивать как нормы МГП, так и оговорки об исключении для гуманитарной деятель-

195 Резолюция 2462 Совета Безопасности ООН, 28 марта 2019 г., п. 6. В п. 16 своей резолюции 2482 Совет Безопасности ООН, 19 июля 2019 г., лишь «настоятельно призывает» государства к этому.

196 Начиная с резолюции 1916 Совета Безопасности ООН, 19 марта 2010 г., п. 5; упомянутое исключение фигурирует в резолюции 2551 Совета Безопасности ООН, 12 ноября 2020 г., п. 22. Более ограниченный подход представляет собой процедуру подачи заявок на предоставление исключений в связи с гуманитарной деятельностью. См., например: резолюция 2397 Совета Безопасности ООН, 22 декабря 2017 г., п. 25 (Северная Корея).

197 Ср.: D. McKeever (примечание 23 выше), pp. 69–71.

198 *Совет Безопасности ООН. Повестка дня: Поощрение и укрепление верховенства права в поддержании международного мира и безопасности*, док. ООН S/PV.8499, 1 апреля 2019 г.

ности. Учитывая, что на первых этапах Совет Безопасности ООН не уделял проблеме МГП вообще никакого внимания (при этом ничуть не оспаривая его приоритет), можно ожидать, что процесс «накопления знаний» будет продолжаться.

Предпочтительно, чтобы Совет Безопасности ООН принял документ, в котором будут содержаться юридически обязывающие положения о том, что государства должны выполнять все обязательства в рамках МГП в части оказания медицинской и гуманитарной помощи¹⁹⁹. Если не рассматривать исключительно контекст борьбы с терроризмом, то в одной из резолюций Совета Безопасности ООН уже содержится требование, чтобы все стороны в вооруженном конфликте уважали и защищали медицинский персонал и гуманитарный персонал, выполняющий исключительно медицинские обязанности, его оборудование, транспорт и предметы снабжения, а также больницы и другие медицинские учреждения²⁰⁰. Несмотря на то что новое положение не сможет решить проблему двух десятилетий пренебрежения нормами МГП, прошедших с момента принятия резолюции 1373²⁰¹, оно, безусловно, может обязать государства привести все меры по борьбе с терроризмом, закрепленные в принятых ранее резолюциях, в соответствии с МГП, точно так же как Совет Безопасности ООН нередко «вносил поправки» в предыдущие резолюции о борьбе с терроризмом, касающиеся, например, финансирования терроризма или иностранных боевиков-террористов. Нельзя ограничиваться составлением таких положений исключительно на региональном²⁰² или национальном уровне: всеобщие меры по борьбе с терроризмом требуют утверждения всеобщих «красных линий» в рамках МГП, и обеспечить необходимый уровень конкретики можно лишь в том случае, если Совет Безопасности ООН будет уделять этому вопросу должное внимание и привлекать к работе над подготовкой таких положений профильных экспертов.

Второй проблемой, которая так и не была решена Советом Безопасности ООН, даже в ситуациях, когда необходимость соблюдения норм МГП не вызывает сомнений, — это статус действий, которые не являются противозаконными согласно МГП. Как уже обсуждалось ранее, введение уголовной ответственности за прямое участие в военных действиях

199 *Ни Илан*, Ф. (примечание 5 выше), п. 34. D. McKeever (примечание 23 выше), pp. 74–75. В работе подчеркивается необходимость разработки положений, в которых признавались бы различные виды защиты для разных форм медицинской и гуманитарной помощи в рамках МГП. Совет Безопасности ООН мог бы даже, разумеется, предусмотреть более высокий уровень защиты для медицинской и гуманитарной деятельности в контексте мер по борьбе с терроризмом, чем тот, который предоставляется МГП, — например, введя четкие требования о недопустимости санкций за гуманитарную работу в условиях немеждународного вооруженного конфликта (хотя это может нарушить баланс, установленный МГП) или обеспечив, чтобы те, кто не являются сторонами в конфликте, также с уважением относились к медицинским и гуманитарным работникам и не признавали противозаконной их деятельность в условиях иностранных вооруженных конфликтов исходя из принципа экстерриториальности.

200 Резолюция 2286 Совета Безопасности ООН, 3 мая 2016 г., п. 3.

201 Для ознакомления с анализом этой проблемы см.: D. McKeever (примечание 23 выше), p. 76.

202 Ср.: *ibid.*, p. 76.

или поддержку военных действий не является противозаконным в рамках МГП, но подобные меры с высокой долей вероятности идут вразрез с ключевыми стратегическими задачами МГП, которые заключаются в том, чтобы добиться соблюдения МГП организованными вооруженными группами, создать стимулы для установления мира и заложить предпосылки для примирения. Таким образом, Совету Безопасности ООН следует сформулировать четкую оговорку об исключении «вооруженных сил в вооруженном конфликте» по аналогии с положениями шести последних конвенций о борьбе с терроризмом (или их доработанной версией, о которой говорится ниже) и уточнить, что понятие «вооруженные силы» однозначно включает организованные вооруженные группы.

Сочетание норм права в области борьбы с терроризмом и МГП в национальной практике

Учитывая, что соблюдение обязательств по борьбе с терроризмом, предусмотренных Советом Безопасности ООН, носит децентрализованный характер, а также учитывая тот факт, что эти обязательства одновременно не имеют четких формулировок и не регламентируются однозначными положениями МГП, не приходится удивляться тому, что национальная и региональная практика сочетания норм права в области борьбы с терроризмом и МГП отличается огромным разнообразием.

Возможные варианты отражения норм МГП

Во-первых, в нормах законодательства ряда стран в отношении преступлений террористической направленности применяется *та или иная* вариация оговорки об исключении вооруженных сил, которая в последних шести конвенциях о борьбе с терроризмом отличается более узкой сферой действия. Из всех возможных вариантов сочетания мер по борьбе с терроризмом и норм МГП в национальной правовой практике именно этот подход явно преобладает, например, в региональных контртеррористических законах и постановлениях Европейского союза, насчитывающего 27 государств-членов²⁰³, и Совета Европы, в состав которого входят 47 государств-членов²⁰⁴ (то есть почти четверть всех государств планеты), а также в ряде соответствующих национальных норм²⁰⁵. (Согласно законодательству ЕС, оговорка об исклю-

203 Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council on Combating Terrorism, 15 March 2017, Recital 37, replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA, 13 June 2002, Recital 11.

204 Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма, 2005 г., ст. 26(5). Дополнительный протокол об иностранных боевиках-террористах к Конвенции содержит ссылки на то же самое положение: D. McKeever (примечание 23 выше), p. 60.

205 См., например: Criminal Justice (Terrorist Offences) Act, 2005, Revised (Ireland), Sec. 6(4)(a); Belgian Criminal Code, Art. 141bis, applied in Brussels Court of Appeal (Chamber of Indictment), *Prosecutor v. U and 40 Others*, Decision No. 2019/939, 8 March 2019 (об оправдании членов РПК на том основании, что РПК представляет собой вооруженные силы в международном

чении вооруженных сил в вооруженном конфликте касается только преступлений террористической направленности, но не мер по замораживанию активов²⁰⁶.) В оговорке об исключении, которая содержится в региональных конвенциях ОИК и Организации африканского единства, предусматривается более узкая трактовка «вооруженной борьбы», под которой понимаются исключительно действия движений за самоопределение²⁰⁷.

В то же время оговорка об исключении, предусматриваемая ЕС, содержится в не имеющей обязательной силы «декларативной части»²⁰⁸ преамбулы, что приводит к расхождениям при имплементации этой оговорки в национальное законодательство. В анализе осуществления законодательства ЕС этой декларативной части не уделяется никакого внимания²⁰⁹, невзирая на то, что ее положения часто не соблюдаются. Как уже отмечалось ранее, при толковании этой декларативной части (в отсутствие имплементации в национальное законодательство) суды Голландии трактовали «вооруженные силы» исключительно как вооруженные силы государства. В случае прямого применения указанной оговорки принимавшиеся решения не всегда обеспечивали всецелое соблюдение норм МГП. Так, например, суд Бельгии выбрал узкое толкование, приняв решение о том, что «Джабхат ан-Нусра» и еще одна вооруженная группа не являются вооруженными силами в немеждународном вооруженном конфликте в Сирии, поскольку обе эти группы являются недостаточно «организованными», а также не могут и не желают соблюдать нормы МГП²¹⁰; судя по всему, на решение суда также негативно повлиял экстремистский настрой этих групп²¹¹.

В то же время в итальянском законодательстве, напротив, предусматривается расширенное применение оговорок МГП об исключении. Их действие распространяется на преступления террористической направ-

вооруженном конфликте и не совершает преступлений террористического характера вне этого конфликта). См. ранее: Brussels Court of Appeal (Chamber of Indictment), *Prosecutor v. U and 40 Others*, 3 November 2016 and 14 September 2017; Antwerp Court of First Instance, *Sharia4Belgium* (примечание 135 выше) («Ан-Нусра» и «ИГ» в Сирии); см. также: Court of Naples (Judge for Preliminary Investigations), *Republic of Italy v. TJ (aka Kumar) and 29 Others*, 23 June 2011; District Court of The Hague, *Prosecutor v. Selliaha*, Case No. BU7200 (09/748801-09), Judgment, 21 October 2011.

206 EU, Council Common Position on the Application of Specific Measures to Combat Terrorism, 2001/931/CFSP, 27 December 2001; EU, Council Regulation (EC) 2580/2001 on Specific Restrictive Measures Directed against Certain Persons and Entities with a View to Combating Terrorism, 27 December 2001.

207 Конвенция Организации Исламская конференция о борьбе с международным терроризмом, 1 июля 1999 г. (вступила в силу 7 ноября 2002 г.), ст. 2(а); Конвенция ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним, ст. 3(1).

208 District Court of The Hague, *Context Case* (примечание 107 выше), para. 7.35.

209 European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council Based on Article 29(1) of Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on Combating Terrorism*, COM(2020) 619 final, 30 September 2020.

210 Antwerp Court of First Instance, *Sharia4Belgium* (примечание 135 выше), p. 33.

211 См.: Rogier Bartels, “When Do Terrorist Organisations Qualify as ‘Parties to an Armed Conflict’ under International Humanitarian Law?,” *Military Law and Law of War Review*, Vol. 56, No. 2, 2018; H. Cuyckens and C. Paulussen (примечание 100 выше), p. 556.

ленности на территории ЕС, включая исключение вооруженных сил. При этом суды Италии также постановили, что итальянское законодательство охватывает и другие преступления террористической направленности, регулируемые нормами обычного международного права и перечисленные в Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма 1999 года²¹². Несмотря на то что Конвенция исключает из сферы своего применения нападения на лиц, принимающих прямое участие в военных действиях, суды Италии также предусмотрели исключение для деяний вооруженных сил, руководствуясь исключительно оговоркой «об отсутствии ущерба», в соответствии с которой ничто в Конвенции не затрагивает других прав согласно международному праву и, в частности, международному гуманитарному праву²¹³. Таким образом, действия организации «Тигры освобождения Тамил Илама» в ходе немеждународного вооруженного конфликта на Шри-Ланке были расценены как не относящиеся к преступлениям террористической направленности.

В целом более узкие варианты трактовки оговорки об исключении вооруженных сил являются допустимыми. Как уже отмечалось выше, в ходе переговоров по Проекту конвенции ООН рассматривались более узкие толкования, предусматривавшие исключение только тех деяний, которые соответствуют положениям МГП; действий *сторон*, а не вооруженных сил; действий вооруженных сил государства, а не только негосударственных вооруженных сил. Однако ни одна из этих трактовок, судя по всему, не повлияла на национальные нормы законодательства.

Во-вторых, были предприняты безуспешные попытки предложить исключение любых действий, совершенных в ходе и/или под влиянием вооруженного конфликта, при составлении Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом²¹⁴ и Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма²¹⁵. Этот подход предусматривает четкое разграничение норм МГП и норм права в области борьбы с терроризмом, поскольку в соответствии с ним исключаются любые деяния (законные и незаконные), направленные против любой цели (как гражданской, так и военной) или осуществляемые любым актором (вооруженными силами или иными субъектами) безотносительно их соответствия МГП при условии, что эти деяния *относятся к сфере действия* МГП. К тому же исключение любых «деяний», а не только тех, которые совершаются вооруженными силами, позволяет не допустить криминализации финансовой поддержки

212 Court of Naples, *TJ* (примечание 205 выше).

213 Конвенция о борьбе с финансированием терроризма, ст. 21; см. также: Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 19(1); Конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма, ст. 4(3); Протокол 2005 года к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, ст. 3; Пекинский протокол, ст. 6; Пекинская конвенция, ст. 6(1).

214 Генеральная Ассамблея ООН. Доклад Рабочей группы (примечание 141 выше), с. 32 (ЮАР и Швейцария).

215 Генеральная Ассамблея ООН. Доклад Специального комитета, учрежденного резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 г., док. ООН A/54/37, 1999 г., с. 19–20, 50–51, 55 (Франция, Ливан, Бельгия).

гуманитарных организаций или гуманитарной помощи²¹⁶. Одним из минусов такого подхода является то, что он исключает возможность применения норм права в области борьбы с терроризмом (включая положения о подготовке преступлений террористической направленности и о механизмах предупреждения и сотрудничества) в отношении лиц, которые не являются членами государственных и негосударственных вооруженных сил (таких как неорганизованные вооруженные группы и гражданские лица, принимающие эпизодическое прямое участие в военных действиях), и даже в отношении деяний, квалифицируемых как военное преступление или иное нарушение норм МГП. Этот подход не нашел широкого применения в национальной правовой практике.

В-третьих, в соответствии с более узким подходом, предлагаемым законодательством Канады (а также Новой Зеландии), к преступлениям террористической направленности не относятся «действия или бездействие, совершенные в ходе вооруженного конфликта» и не являющиеся нарушением международного права²¹⁷. В законодательстве Швейцарии предусматривается более ограниченное по своему охвату исключение в отношении финансирования терроризма, «направленного на поддержку действий, которые не нарушают» нормы МГП²¹⁸. Одно из преимуществ этого подхода состоит в том, что простое участие в военных действиях, которое не сопровождается нанесением ущерба гражданскому населению или использованием противозаконных методов и средств, не квалифицируется как преступление, что согласуется с МГП, которое не расценивает прямое участие в военных действиях (включая выполнение постоянных боевых функций) как незаконное и оставляет решение этого вопроса на усмотрение национальных норм законодательства.

Помимо этого, нормы права в области борьбы с терроризмом по-прежнему распространяются на действия, которые являются нарушением МГП (как военные преступления, так и иные действия), что позволяет усилить защиту гражданского населения (и комбатантов, если речь идет, например, об использовании запрещенных видов оружия или средств ведения войны) в рамках МГП, — точно так же, как и положения о преступлениях против человечности и геноциде в условиях конфликта применяются кумулятивно. Так, например, при рассмотрении дела Хаваджи суд Канады постановил, что оговорка об исключении не распространяется на действия, включающие военные преступления, которые состояли в терроризировании гражданского населения и совершении атак террористов-смертников во время немеждународного вооруженного конфликта в Афганистане²¹⁹. Недостаток этого подхода состоит в том, что на практике нормы права

216 Генеральная Ассамблея ООН. Доклад Рабочей группы: Меры по ликвидации международного терроризма, док. ООН A/C.6/54/L.2, 26 октября 1999 г., с. 58 (Кувейт).

217 Canadian Criminal Code, Sec. 83.01(1); см. также: New Zealand Terrorism Suppression Act, 2002, Sec. 5(4).

218 Swiss Criminal Code, 1937, Art. 260^{quinquies}(4).

219 Supreme Court of Canada, *R v. Khawaja*, [2012] 3 SCR 555, 2012, paras 100–103.

в области борьбы с терроризмом с большой долей вероятности будут использоваться (государственными властями) для уголовного преследования членов организованных вооруженных групп, нарушивших нормы МГП, что лишь усугубит неравенство обращения с разными воюющими сторонами в немеждународном вооруженном конфликте и стигматизацию таких групп, которые в результате (как уже говорилось ранее) на международном уровне будут считаться «террористами».

В-четвертых, некоторые национальные нормы законодательства предусматривают более узкое толкование оговорки об исключении гуманитарной деятельности из числа преступлений террористической направленности в целом²²⁰ или же конкретного круга преступлений²²¹, причем в некоторых случаях речь идет об очень ограниченной сфере действия, когда, например, исключение распространяется на «лекарственные препараты», но не на медицинскую помощь, снабжение продовольствием или оказание гуманитарной помощи в целом²²². Что касается замораживания активов террористов, то, согласно законодательству ЕС, эти меры не распространяются на некоторые виды деятельности, «преследующие гуманитарные цели, включая... оказание или содействие оказанию помощи, в том числе поставки материалов медицинского назначения и продовольствия или доставку гуманитарного персонала и сопутствующих видов помощи, а также эвакуацию»²²³. Некоторые государства также косвенным образом исключили деятельность, направленную на установление или восстановление демократического режима правления, принятие конституции и защиту прав человека²²⁴, что может иметь значение в контексте некоторых конфликтов.

220 Directive (EU) 2017/541 (примечание 203 выше), Recital 38 (по вопросам имплементации см.: законы Австрии, Бельгии, Италии и Литвы: (примечание 209 выше), pp. 6–7); Republic of Chad, Law No. 3 on the Repression of Acts of Terrorism in the Republic of Chad, 28 April 2020, Art. 1(4) (в этом законе также содержится общее положение об «отсутствии ущерба» для МГП или прав человека: Art. 1(3)); Ethiopia, Proclamation No. 1176/2020 on Prevention and Suppression of Terrorist Crimes, 25 March 2020, Art. 9(5).

221 Например, пребывание в запретной зоне, контролируемой террористами (см.: UK Counter-Terrorism and Border Security Act, 2009, Sec. 4; Australian Criminal Code, Sec. 119.2(3)(a); Denmark Criminal Code, Sec. 114(j)); взаимодействие с террористической организацией, измена в виде оказания помощи противнику, враждебные посягательства на территорию другого государства или подготовка военных другого государства (Australian Criminal Code, Secs 102.8, 83.3, 80.1AA(1) and 119.5 соответственно); оказание материальной поддержки (Philippines Anti-Terrorism Act, 2020, Art. 13).

222 18 USC § 2339A(b)(1) (оказание материальной поддержки террористам, за исключением предоставления лекарственных средств и материалов религиозного назначения; под лекарственными средствами понимаются только сами лекарственные вещества: US Court of Appeals for the Second Circuit, *United States v. Farhane*, 634 F.3d 127, 143 (2d Cir 2011), 4 February 2011).

223 EU Council, *EU Best Practices for the Effective Implementation of Restrictive Measures (Sanctions)*, 8519/18, 4 May 2018, para. 76.

224 Austrian Criminal Code, Art. 278(c)(3); Swiss Criminal Code, 1937, Art. 260^{quinquies} (3) (только в части противозаконного финансирования террористов). См. также: the repealed Greek Penal Code, Art. 187A(8) (from 2004 to 2010) and repealed New Zealand Terrorism Suppression Act, 2002, Sec. 8(2) (from 2002 to 2007).

На международном уровне, однако, признать необходимость четкого исключения гуманитарной деятельности из сфер действия норм права в области борьбы с терроризмом так и не удалось. Предложение Швейцарии об исключении финансирования гуманитарной деятельности, выдвинутое во время составления Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма, было отклонено²²⁵. Таким образом, любое лицо, жертвующее финансовыми средствами в гуманитарных целях, может быть привлечено к уголовной ответственности за финансирование терроризма, если ему известно, что часть этих средств может быть использована в террористических целях, даже если это не было его намерением. Если смотреть на ситуацию строго с точки зрения норм права в области борьбы с терроризмом, взаимозаменяемость финансовых инструментов и возможность их использования в террористических целях не могут не вызывать опасения. Несмотря на то что в санкциях, введенных Советом Безопасности ООН в отношении Сомали, предусматривается конкретная и действующая автоматически оговорка об исключении гуманитарной деятельности²²⁶, подобные положения не распространяются на санкции, обусловленные борьбой с терроризмом. В лучшем случае, как уже отмечалось, в резолюциях Совета Безопасности ООН, принятых за период с 2019 года, государствам настоятельно рекомендуется «принимать во внимание» влияние борьбы с терроризмом на гуманитарную и медицинскую деятельность, которая ведется в рамках МГП²²⁷, а положения о пресечении финансирования терроризма должны соответствовать нормам МГП.

Отсутствие учета МГП

Последний подход к согласованию с МГП наиболее широко распространен среди национальных²²⁸ и некоторых региональных норм законодательства²²⁹: он подразумевает отсутствие каких бы то ни было исключений или попыток учесть нормы МГП и, соответственно, возможностей для одновременного применения норм в области борьбы с терроризмом в полном

225 ООН. Предложение, представленное Швейцарией, док. ООН A/AC.252/1999/WP.1, 15 марта 1999 г., предлагаемая ст. 1(1); см. также: *Генеральная Ассамблея ООН* (примечание 215 выше), с. 68–69.

226 Резолюция 2385 Совета Безопасности ООН, 14 ноября 2017 г., п. 33.

227 Резолюция 2462 Совета Безопасности ООН, 28 марта 2019 г., п. 24; резолюция 2482 Совета Безопасности ООН, 19 июля 2019 г., п. 16.

228 См., например: UK Terrorism Act, 2000, Sec. 1, applied in UKSC, *Gul* (примечание 47 выше); Australian Criminal Code, 1995, Sec. 100.1; Dutch Supreme Court, *Opinion on Extradition of Requested Person to Republic of Turkey*, ECLI:NL:HR:AF6988, Judgment, 7 May 2004, paras 3.3.7–3.3.8; District Court of The Hague, *Prosecutor v. Maher H*, Case No. 09/767116-14, Judgment, 1 December 2014, para. 3; District Court of The Hague, *Context Case* (примечание 107 выше), paras 7.23–7.29.

229 EU Common Position 2001/931/CFSP (примечание 47 выше) (касательно финансирования террористов), applied in Court of Justice of the European Union (CJEU), *Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) v. Council of the European Union*, Case No. T-208/11, Judgment of the General Court (Sixth Chamber), 16 October 2014, paras 54–83; CJEU, *A, B, C and D v. Minister van Buitenlandse Zaken*, Case No. C-158/14, Judgment, 14 March 2017. В большинстве региональных договоров отсутствуют упоминания МГП.

объеме. Некоторые национальные²³⁰ и региональные²³¹ суды признали законными обвинения в совершении преступлений террористической направленности (включая меры по финансированию терроризма) в вооруженных конфликтах, руководствуясь самыми разными аргументами, как то: 1) международное право (включая международные конвенции о борьбе с терроризмом) не запрещает криминализацию военных действий в условиях немеждународного вооруженного конфликта (даже если эти действия не относятся к числу запрещенных МГП), равно как комбатанты, участвующие в немеждународном вооруженном конфликте, не освобождаются от ответственности²³²; 2) применение норм МГП и закона о военных преступлениях не препятствует одновременному применению норм права в области борьбы с терроризмом²³³; 3) в настоящее время не существует единого подхода к оговоркам об исключениях в рамках международного права, в том числе в международных конвенциях о борьбе с терроризмом и в национальных нормах законодательства²³⁴, а резолюция 1373 Совета Безопасности ООН не предоставляет исключение вооруженным силам в условиях вооруженных конфликтов²³⁵; 4) государства по-прежнему могут использовать международные договоры, содержащие оговорки об исключении, в сугубо «декоративных целях», и игнорировать такие исключения, поскольку в договорах это не запрещено²³⁶; 5) исключений для движений сопротивления попыткам угнетения не предусматривается²³⁷; 6) нападения на вооруженные силы, чья деятельность санкционирована ООН (например, в Афганистане) идут вразрез с принципами и целями ООН²³⁸.

Подобные законы вводят равную уголовную ответственность за действия вооруженных сил и других акторов независимо от того, насколько они соответствуют МГП. Для многих государств, равно как и для специалистов, ответственных за составление норм уголовного законодательства, вопросы взаимодействия МГП и норм права в области борьбы с терроризмом не являются приоритетными, поскольку большинство государств не вовлечены в вооруженные конфликты с участием террористических организаций, не говоря уже об экстерриториальных конфликтах. В то же время, учитывая обязательства Совета Безопасности ООН по сотрудни-

230 UKSC, *Gul* (примечание 47 выше), paras 48–51; Dutch Supreme Court, *Opinion on Extradition* (примечание 228 выше), paras 3.3.7–3.3.8; District Court of The Hague, *Maheer H* (примечание 228 выше), para. 3; ср.: District Court of The Hague, *Selliaha* (примечание 205 выше).

231 CJEU, *LTTE* (примечание 229 выше), paras 54–83; CJEU, *Minister* (примечание 229 выше).

232 UKSC, *Gul* (примечание 47 выше), paras 48–51; District Court of The Hague, *Maheer H* (примечание 228 выше), para. 3.

233 Dutch Supreme Court, *Opinion on Extradition* (примечание 228 выше), paras 3.3.7–3.3.8; CJEU, *LTTE* (примечание 229 выше); District Court of The Hague, *Maheer H*, para. 3.

234 UKSC, *Gul* (примечание 47 выше), paras 47–48, 51; Court of Appeal of England and Wales, *R v. Gul*, [2012] EWCA Crim 280, 22 February 2012, paras 37–41.

235 CJEU, *LTTE* (примечание 229 выше), para. 74 (в данном случае речь идет о замораживании активов, но тот же тезис применим и к мерам уголовного наказания в рамках резолюции 1373 Совета Безопасности ООН).

236 UKSC, *Gul* (примечание 47 выше), para. 53.

237 *Ibid.*, paras 29, 33; CJEU, *LTTE* (примечание 229 выше).

238 UKSC, *Gul* (примечание 47 выше), para. 49 (approving UKSC, *Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department*, [2013] 1 AC 745, 2013, para. 68).

честву с другими государствами в целях пресечения террористической деятельности, даже государства, не участвующие в конфликте, могут столкнуться с просьбами других государств о выдаче или оказании взаимной помощи в связи с преступлениями, совершенными во время зарубежных вооруженных конфликтов. Таким образом, этот вопрос представляет интерес для всех государств. В других государствах принятие подобных законов может быть осознанным выбором в пользу максимального расширения сферы действия норм права в области борьбы с терроризмом, например чтобы ввести уголовную ответственность за изготовление самодельных взрывных устройств в условиях немеждународного вооруженного конфликта или за подстрекательство к военным действиям. О недостатках такого подхода мы уже говорили в настоящей статье выше.

Несмотря на то что национальные нормы законодательства, как правило, не учитывают нормы МГП, их положения все равно могут отличаться некоторой гибкостью в этом вопросе. Государства всегда освобождают собственные вооруженные силы от действия законов о борьбе с терроризмом, поскольку в национальном законодательстве предусматриваются позитивные правовые основания для проведения военных операций таких сил, что является законным или разумным доводом в пользу их освобождения от обвинений в терроризме. К тому же функциональный иммунитет военнослужащих одного государства позволяет оградить их от судебного преследования со стороны другого государства, руководствующегося собственным контртеррористическим законодательством (поскольку ни международные конвенции о борьбе с терроризмом, ни меры, предусмотренные Советом Безопасности ООН, не дают оснований для лишения иммунитета), — точно так же, как в рамках МГП им предоставлялся бы иммунитет комбатанта, если бы такое дело рассматривалось по существу.

В результате возникает дисбаланс, когда действие контртеррористических законов распространяется преимущественно на организованные вооруженные группы в условиях немеждународных вооруженных конфликтов. Лица, участвующие в таких конфликтах, в лучшем случае могут надеяться лишь на особое прокурорское усмотрение (и соответствующие инструменты, например одобрение судебного преследования со стороны генерального прокурора или министра юстиции) и на то, что оно будет применено для освобождения от обвинений в терроризме в тех случаях, когда нормы МГП не были нарушены. Однако в большинстве государств такой сценарий представляется маловероятным, поскольку законы о борьбе с терроризмом зачастую принимаются именно для того, чтобы привлечь к ответственности повстанцев. Такой подход нежелателен и с точки зрения правового государства, поскольку это политизирует положение стороны обвинения, которая вынуждена в избирательном порядке решать, кого следует считать террористами (например, ИГ, но не силы курдов в Сирии), сводит на нет обязанность законодательной власти четко определять объем ответственности и подрывает принцип верховенства права²³⁹.

239 UKSC, *Gul* (примечание 47 выше), para. 36.

Заключение

Правовая практика государств явно свидетельствует об отсутствии желания применять в отношении вооруженных конфликтов исключительно нормы МГП и освободить такие ситуации от действия контртеррористических законов; напротив, активная работа над нормами права в области борьбы с терроризмом, начавшаяся еще в 1970-х гг. и ускорившаяся после 2001 года при активной поддержке Совета Безопасности ООН, всегда предполагала совместное применение этих норм и МГП (иногда) с учетом различных исключений. Наибольшей поддержкой со стороны государств пользуется оговорка об исключении действий вооруженных сил в вооруженном конфликте, которая четко сформулирована в шести конвенциях о борьбе с терроризмом, включена в Проект конвенции ООН и является стандартным положением законодательства ЕС, применяемым в отношении всех видов преступлений террористической направленности. К сожалению, Совет Безопасности ООН не проявляет должной активности в решении этой проблемы, несмотря на то, что именно от него исходит значительная часть современных национальных норм в области борьбы с терроризмом и других контртеррористических мер.

Таким образом, Совет Безопасности ООН должен включить в Проект конвенции ООН оговорку об исключении «вооруженных сил» в вооруженном конфликте, чтобы таким образом разграничить собственные меры по борьбе с терроризмом и контртеррористические положения региональных и национальных норм законодательства. Это позволит минимизировать факторы, негативно влияющие на мотивацию организованных вооруженных групп соблюдать МГП и на перспективы мирного урегулирования и постконфликтного примирения. Это может, однако, сделать невозможным совместное применение норм права в области борьбы с терроризмом (включая положения о подготовке преступлений террористической направленности и механизмы предупреждения и сотрудничества) в отношении действий вооруженных сил, нарушающих нормы МГП, — даже в целях усиления защиты гражданского населения или воюющих лиц, в том числе в случаях, когда положения законов о военных преступлениях носят слишком ограниченный характер. По той же причине исключение любых действий (безотносительно того, кто их совершает), регулируемых МГП, отличается чрезмерной широтой, в том числе и потому, что в этом случае такое исключение распространяется не только на членов организованных вооруженных групп (которые, как правило, подчиняются внутренней дисциплине), но на любых лиц, эпизодически принимающих прямое участие в военных действиях.

Наиболее предпочтительный подход заключается в том, чтобы распространить действие оговорки об исключении вооруженных сил только на ту деятельность, которая не является противозаконной согласно МГП — именно такие положения МККК предлагает включить в Проект конвенции ООН и именно этот подход нашел свое отражение в передовых нормах законодательства Канады и Новой Зеландии — поскольку это позволило упро-

читать позиции МГП без какого-либо ущерба для него (например, когда уголовное наказание вводится просто за факт участия в военных действиях). Тем не менее у этого подхода есть свои недостатки: на практике государства вряд ли будут прибегать к криминализации действий собственных вооруженных сил, квалифицируя их как террористические, даже в случае нарушений МГП, и несоразмерная стигматизация организованных вооруженных групп как террористов по-прежнему может ослаблять их мотивацию к соблюдению МГП и препятствовать миру и примирению. Однако даже с учетом вышесказанного следует отметить, что если какая-то группа систематически нарушает МГП, то она вряд ли будет руководствоваться и без того слабыми побудительными мотивами выполнять нормы МГП, и в этом случае применение норм права в области борьбы с терроризмом может упрочить, а не ослабить защиту гражданского населения и общий уровень соблюдения основных принципов МГП.

Наконец, очень важно, чтобы Совет Безопасности ООН четко «постановил», что все обязательные положения в области борьбы с терроризмом и другие меры, утвержденные в период с 2001 года, должны осуществляться в строгом соответствии с обязательствами МГП в отношении медицинской и гуманитарной деятельности и работников, а также с другими конкретными нормами МГП, особенно если они оказываются под влиянием норм права в области борьбы с терроризмом. В то же время подобное руководство должно в полной мере соответствовать МГП и не подрывать как преднамеренно, так и случайно «подлинные» принципы МГП в результате ограничительных толкований его Советом Безопасности ООН в пользу борьбы с терроризмом.

