

Преступления террористической направленности и международное гуманитарное право: оговорка об исключении действий, совершенных в ситуации вооруженного конфликта

**Томас Ван Пуке, Франк Вербрюгген
и Вард Иперман**

Томас Ван Пуке — аспирант-стипендиат Исследовательского фонда Фландрии при Институте международного права и Лёвенском центре исследований в области глобального управления, Лёвенский католический университет. Ответственный автор настоящей статьи, написанной в рамках диссертации на получение степени PhD.

Франк Вербрюгген — профессор европейского и международного уголовного права в Институте уголовного права

и Лёвенском центре исследований в области глобального управления, Лёвенский католический университет.

Вард Иперман — обладатель степени PhD, исследователь и ассистент кафедры в Институте уголовного права, Лёвенский католический университет.

Аннотация

Несмотря на то что вооруженные конфликты регулируются преимущественно международным гуманитарным правом (МГП), действия членов негосударственных вооруженных групп и связанных с ними лиц могут быть также квалифицированы как преступления террористической направленности. В начале настоящей статьи объясняются причины, по которым одновременное применение МГП и уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом приводит к возникновению коллизий, после чего анализируется основной механизм их устранения. Таким механизмом является оговорка, которая исключает действия, регулируемые МГП, из сферы применения уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом. Такие оговорки об исключении действий, совершенных в ситуации вооруженного конфликта, существуют на международном, региональном и национальном уровнях. В настоящей статье поясняется, как с помощью подобной оговорки можно наиболее эффективно избежать коллизий между МГП и уголовно-правовыми инструментами по борьбе с терроризмом.

Ключевые слова: международное гуманитарное право, терроризм, уголовное право, оговорка об исключении, негосударственная вооруженная группа, немеждународный вооруженный конфликт.

⋮⋮⋮⋮⋮

Введение

Группа физических лиц, действующая на территории некой европейской страны, собирает денежные средства и вербует бойцов для негосударственной вооруженной группы (НВГ), которая является стороной в вооруженном конфликте на Ближнем Востоке. У себя на родине эти лица подвергаются уголовному преследованию за ряд преступлений террористической направленности. В свою защиту обвиняемые заявляют, что, поскольку их действия связаны с вооруженным конфликтом, они не могут преследоваться за преступления террористической направленности. Как уголовный суд должен отнестись к такому аргументу?

Несомненно, ситуации вооруженного конфликта регулируются преимущественно международным гуманитарным правом (МГП). В то же время многие виды деяний членов НВГ и связанных с ними лиц в рамках вооруженных конфликтов квалифицируются как преступления террористической направленности в соответствии с «уголовно-правовыми инструментами по борьбе с терроризмом». Под ними в настоящей статье пони-

маются международные и региональные правовые документы, которые обязывают государства ввести уголовную ответственность за террористическую деятельность, а также национальное уголовное законодательство, устанавливающее наказания за преступления террористической направленности. В настоящей статье рассмотрены международные секторальные конвенции о борьбе с терроризмом¹ и ряд региональных конвенций о терроризме². Еще одним актуальным документом является Директива 2017/451 Европейского союза (ЕС) «О борьбе с терроризмом»³, которую все государства — члены ЕС имплементировали в свои национальные уголовные кодексы⁴.

В основе МГП и уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом лежат разные соображения. В первом разделе настоящей статьи будет показано, как их одновременное применение к ситуациям вооруженного конфликта и связанным с ним действиям порождает коллизии. Эти коллизии можно устранить или по крайней мере минимизировать, уточнив, применяются ли (и если да, то в какой степени) уголовно-правовые инструменты по борьбе с терроризмом к ситуациям вооруженного конфликта. Так, некоторые международные и региональные документы содержат оговорку, которая исключает действия, регулируемые МГП, из сферы применения этих документов. Во втором разделе рассмотрены оговорки об исключении, которые существуют на международном и региональном уровнях.

В третьем, в статье проведены анализ и сравнение некоторых оговорок об исключении, существующих в уголовном законодательстве отдельных стран. Насколько нам известно, такие оговорки были приняты лишь несколькими странами. Проведенный анализ литературы по этому вопросу показал, что подобные оговорки существуют в законодательстве Бельгии, Ирландии, Канады, Новой Зеландии, США, Швейцарии и ЮАР.

Наиболее всеобъемлющий характер имеют оговорки об исключении в Бельгии, Канаде и Новой Зеландии. Они применяются не к отдельным, а ко всем преступлениям террористической направленности, включая преступления, связанные с (простым) участием в террористической группе. Более того, по своей сфере применения они не ограничиваются лишь неко-

1 Существует 19 международно-правовых документов: 12 конвенций и 7 протоколов/дополнительных соглашений. См.: *Контртеррористическое управление ООН*. Международная правовая база. Доступно по адресу: www.un.org/counterterrorism/ru/international-legal-instruments (все ссылки на интернет-ресурсы приводятся по состоянию на август 2021 г.).

2 Для справки см. примечание 24 ниже.

3 Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council on Combating Terrorism, 15 March 2017, replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA [2017] OJ L 88/6.

4 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 and Replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and Amending Council Decision 2005/671/JHA*, COM (2020) 619 final, Brussels, 30 September 2020. За исключением Франции и Италии, все государства — члены ЕС приняли специальное законодательство, транспонирующее нормы Директивы 2017/451. Однако Европейская комиссия все же отмечает несколько проблем, связанных с транспонированием.

торами типами вооруженного конфликта. Для лучшего понимания того, какое воздействие эти оговорки имеют на практике, в четвертом разделе проанализирована интересная судебная практика, существующая в Бельгии и Канаде.

В предпоследнем разделе эти примеры судебной практики использованы для пояснения сферы применения оговорки об исключении по кругу лиц, а также ее материальной и территориальной сфер применения, и проведено их сравнение со сферой применения МГП. В последнем разделе содержатся предложения по использованию оговорки об исключении для реализации идей, лежащих в основе МГП и уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом, при обеспечении того, чтобы военные преступники и террористы преследовались на основании надлежащей нормативно-правовой базы.

Коллизии между МГП и уголовно-правовыми инструментами по борьбе с терроризмом

Подход к терроризму в рамках МГП

Комбатанты, участвующие в международных вооруженных конфликтах (МВК), пользуются привилегиями или иммунитетом комбатанта⁵. Это означает, что такие лица не могут быть привлечены к уголовной ответственности в соответствии с уголовно-правовыми инструментами по борьбе с терроризмом просто за участие в военных действиях. В ситуациях немеждународного вооруженного конфликта (НМВК) члены НВГ противостоят государствам или друг другу, не имея привилегий комбатанта. Соответственно, МГП не препятствует осуществлению государствами уголовного преследования за совершенные членами НВГ действия (даже если они разрешены согласно МГП) как за преступления террористической направленности⁶. Для констатации наличия НМВК необходимо, чтобы 1) соответствующее насилие имело достаточную степень интенсивности и 2) участвующая в конфликте НВГ была в достаточной степени организована⁷. Требуемый

5 См.: Дополнительный протокол (I) к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов, 8 июня 1977 г. (вступил в силу 7 декабря 1978 г.) (ДП I), ст. 43(2); *Хенкертс, Жан-Мари и Досвальд-Бек, Луиза*. Обычное международное гуманитарное право. Том I: Нормы. МККК, 2006 (Обычное МГП). С. 490, норма 106, доступно по адресу: <https://shop.icrc.org/customary-international-humanitarian-law-volume-1-rules-pdf-ru.html>.

6 См., например: Kimberley N. Trapp, "The Interaction of the International Terrorism Suppression Regime and IHL in Domestic Criminal Prosecutions: The UK Experience", in Derek Jinks, Jackson N. Maogoto and Solon Solomon (eds), *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies*, TMC Asser Press, The Hague, 2014, pp. 177–178.

7 См., в частности: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 70; ICTY, *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj*, Case No. IT-04-84-T, Judgment (Trial Chamber), 3 April 2008, paras 49, 60; ICTY, *The Prosecutor v. Ljube Bošković and Johan Tarčulovski*, Case No. IT-04-82-T, Judgment (Trial

уровень организованности группы может быть определен с помощью ряда показательных критериев, которые, в частности, включают «наличие в группе структуры управления и дисциплинарных правил и механизмов», которые дают ей возможность соблюдать МГП⁸. Помимо интенсивности и организованности, другие факторы, такие как цель НВГ, не имеют значения⁹. Таким образом, НВГ, объявленные «террористическими», также могут являться стороной в вооруженном конфликте¹⁰. Другими словами, МГП касается (предполагаемых) террористических групп, участвующих в вооруженном конфликте, вне зависимости от того, признаны ли они «террористическими»¹¹.

Кроме того, МГП регулирует вопросы, связанные с террористическими актами, которые совершены в контексте вооруженного конфликта. В частности, оно запрещает террористические акты в отношении гражданского населения, которое находится во власти стороны в конфликте¹². В ходе военных действий «акты насилия или угрозы насилием, имеющие основной целью терроризировать гражданское население», запрещены¹³. Помимо этих конкретных запретов, общие нормы МГП запрещают большинство других действий, которые могут быть классифицированы как терроризм в мирное время, например нападение на гражданское население или гражданские объекты¹⁴. Поскольку серьезные нарушения МГП образуют состав военных преступлений, к соблюдению этих закрепленных в МГП

Chamber), 10 July 2008, paras 175–205.

- 8 ICTY, *Haradinaj* (примечание 7 выше), para. 60; см. также: ICTY, *Boškoski* (примечание 7 выше), paras 194–205.
- 9 ICTY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, Case No. IT-03-66-T, Judgment (Trial Chamber), 30 November 2005, para. 170. См. также: *Международный Комитет Красного Креста (МККК)*. Комментарий к Женевской конвенции I: Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях. МККК, 2021 (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>, pp. 447–451.
- 10 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. (Доклад МККК о вызовах 2019 г.), доступно по адресу: <https://shop.icrc.org/international-humanitarian-law-and-the-challenges-of-contemporary-armed-conflicts-recommmitting-to-protection-in-armed-conflict-on-the-70th-anniversary-of-the-geneva-conventions-pdf-ar-2.html>, с. 68–69.
- 11 Marco Sassòli, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, p. 495.
- 12 Применительно к МВК см.: Женевская конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. (вступила в силу 21 октября 1950 г.), ст. 33; применительно к НМВК см.: Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), 8 июня 1977 г. (вступил в силу 7 декабря 1978 г.) (ДП II), ст. 4(2)(d).
- 13 Применительно к МВК см.: ДП I, ст. 51(2); применительно к НМВК см.: ДП II, ст. 13(2); Обычное МГП (примечание 5 выше), с. 10, норма 2; такие действия признаются военным преступлением согласно обычному МГП, см.: ICTY, *The Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgment (Appeals Chamber), 30 November 2006, para. 98.
- 14 См., например: Jelena Pejic, “Armed Conflict and Terrorism: There Is a (Big) Difference”, in Ana María Salinas de Frías, Katja L. H. Samuel and Nigel D. White (eds), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 175.

запретов можно (и должно) принуждать с помощью уголовного права¹⁵. С другой стороны, МГП все-таки разрешает определенные действия, которые в мирное время запрещены и являются уголовно наказуемыми, например нападения на комбатантов и военные объекты¹⁶.

Как применение уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом влияет на МГП

В целом МГП формирует для сторон в вооруженном конфликте нейтральный кодекс поведения, вне зависимости от той цели, которую они преследуют¹⁷. В то же время понятие терроризма представляет собой «мощный инструмент риторики»¹⁸, который «несет идеологическую нагрузку и является политизированным, имеет отрицательно-оценочное значение, [и] предполагает вынесение моральных, социальных и ценностных суждений»¹⁹. Таким образом, террористические акты отличаются от других преступлений преследуемой целью²⁰, на которую как раз и сделан основной акцент в попытках дать определение терроризму²¹. Ввиду существующих на международном уровне разногласий по поводу определения того, что есть терроризм, секторальные конвенции о борьбе с терроризмом обычно воздерживаются от того, чтобы учитывать такую цель²². Эти конвенции обязывают государства ввести уголовную ответственность за определенные виды (объективных) действий, такие как захват воздушного судна²³. На региональном же уровне государствам удалось согласовать определения терроризма. Соответственно, во многих региональных нормативно-правовых актах о терроризме цель, преследуемая террористическими актами, учитывается²⁴. В соответствии с Директивой ЕС 2017/541 «О борьбе с тер-

15 Обычное МГП (примечание 5 выше), с. 728–785, нормы 156–158.

16 Обычное МГП (примечание 5 выше), норма 1 (с. 3) и норма 7 (с. 32).

17 Elizabeth Chadwick, *Self-Determination, Terrorism and the International Law of Armed Conflict*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, pp. 7–8.

18 К. N. Trapp (примечание 6 выше), p. 165. См. также: David Anderson, “Shielding the Compass: How to Fight Terrorism without Defeating the Law”, *European Human Rights Law Review*, No. 3, 2013, pp. 234–235.

19 Ben Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 3.

20 Ibid, pp. 7, 10–11, 27, 38–45.

21 Erling Johannes Husabø and Ingvald Bruce, *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation: Security Council Resolution 1373, the EU Framework Decision on Combating Terrorism and their Implementation in Nordic, Dutch and German Criminal Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 135.

22 Исключением является Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма от 9 декабря 1999 г. (вступила в силу 10 апреля 2002 г.) (Конвенция о борьбе с финансированием терроризма), ст. 2(1)(b), о которой см. основной текст, относящийся к примечанию 37 ниже.

23 В. Saul (примечание 19 выше), pp. 8, 38, 130–142.

24 Arab Convention for the Suppression of Terrorism, 22 April 1998 (entered into force 7 May 1999), Art. 1 (2)–(3); OAU Convention on the Prevention and Combating of Terrorism, 1 July 1999 (entered into force 6 December 2002), Art. 1(3) (см. также: African Model Anti-Terrorism Law, Final Draft as endorsed by the 17th Ordinary Session of the Assembly of the African Union, Malabo, 30 June — 1 July 2011, Art. 4 (xxxix)); Convention of the Organisation of the Islamic Conference on Combating International Terrorism, 1 July 1999 (entered into force 7 November 2002), Art. 1(2)–(3); Shanghai Cooperation Organization Convention on Combating Terrorism, Separatism and Extremism, 15 June 2001 (entered into force 29 March 2003), Art. 1; Additional Protocol to the SAARC Regional

поризмом» преступлением террористической направленности признаётся ряд деяний, таких как посягательство на жизнь человека, если они совершены как минимум с одной из следующих трех целей:

- a) серьезно запугать население;
- b) ненадлежащим образом заставить правительство или международную организацию совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения;
- c) серьезно дестабилизировать или разрушить основополагающие политические, конституционные, экономические или социальные устои страны или международной организации²⁵.

В Директиве 2017/541 «террористическая группа» определена как «структурированная группа в составе более двух человек, созданная на определенный срок и действующая сообща для совершения преступлений террористической направленности»²⁶.

Излишне говорить, что НВГ, вовлеченная в вооруженный конфликт с государством, совершает насильственные действия по меньшей мере с одной из целей, перечисленных выше, и, соответственно, подходит под определение «террористической группы» согласно Директиве²⁷. Это может создать у некоторых органов власти государств неверное представление о том, что «террористические группы» не могут быть стороной в вооруженном конфликте либо что МГП не применяется к ним²⁸. Например, при ратификации Соединенным Королевством Дополнительного протокола I

Convention on Suppression of Terrorism, 6 January 2002 (entered into force 12 January 2006), Art. 4(1). В некоторых региональных нормативно-правовых документах определение преступления террористической направленности дано лишь посредством отсылки к международным секторальным конвенциям. См.: Inter-American Convention against Terrorism, 3 June 2002 (entered into force 6 July 2003), Art. 2; ASEAN Convention on Counter Terrorism, 13 January 2007 (entered into force 27 May 2011), Art. 2, Art. IX(1); Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма от 16 мая 2005 г. (вступила в силу 1 июня 2007 г.), ст. 1(1), с учетом дополнений, внесенных Дополнительным протоколом к Конвенции, 22 октября 2015 г. (вступил в силу 1 июля 2017 г.). См.: В. Saul (примечание 19 выше), pp. 142–168.

25 Directive (EU) 2017/541 (примечание 3 выше), Art. 3(2). Стоит при этом отметить, что в Рамочном решении ЕС от 13 июня 2002 г. «О борьбе с терроризмом» (замененном Директивой 2017/541) также указано, что преступление должно быть сопряжено с действиями, «которые ввиду их характера или контекста могут нанести существенный ущерб стране или международной организации». Некоторые государства — члены ЕС (например, Бельгия) трактуют это положение как дополнительное требование к составу преступления. Однако, как отмечает Боргерс, не ясно, действительно ли Рамочное решение требует этого, поскольку указанную формулировку можно истолковать как просто констатацию, а не как дополнительное требование. См.: Matthias Borgers, “Een gevaarzettingsvereiste voor terroristische misdrijven?”, in Toine Spapens, Marc Groenhuijsen and Tijs Kooijmans (eds), *Universalis: Liber Amicorum Cyrille Fijnaut*, Intersentia, Brussels, 2011. Поэтому другие государства (например, Нидерланды) не включили эту формулировку в свое национальное законодательство об имплементации Рамочного решения/Директивы ЕС.

26 Directive (EU) 2017/541 (примечание 3 выше), Art. 2(3).

27 См., например: Antonio Cocco, “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. 438.

28 Доклад МЖКК о вызовах 2019 г. (примечание 10 выше), с. 68–69.

(ДП I) и Конвенции 1980 года по конкретным видам обычного оружия была сделана оговорка, гласящая, что «термин “вооруженный конфликт” сам по себе и в его контексте обозначает ситуацию такого рода, которая возникает не в результате совершения обычных преступлений, включая террористические акты, будь то осуществляемые совместно или изолированно»²⁹. Еще одним примером такого неверного представления является сформировавшаяся в Бельгии судебная практика в отношении джихадистских групп, которая рассматривается далее; так, бельгийские суды, по сути, отклонили аргумент о том, что соответствующие группы являются стороной в вооруженном конфликте, на том основании, что они удовлетворяют определению террористической группы.

Дополнительные коллизии между МГП и уголовно-правовыми инструментами по борьбе с терроризмом вытекают из того факта, что последние обычно не проводят различий между разрешенными и запрещенными МГП действиями, предусматривая уголовную ответственность за те и другие³⁰. Наличие такой уголовной ответственности подрывает правовые стимулы для соблюдения МГП вооруженными группами³¹. По мнению Международного Комитета Красного Креста (МККК), действия, разрешенные МГП «составляют саму суть вооруженного конфликта и не должны в правовом отношении определяться как “террористические” в соответствии с иным правовым режимом»³². Для более эффективного применения МГП уголовное преследование за действия, запрещенные МГП, должно осуществляться как за военные преступления, а не как за преступления террористической направленности³³. И наконец, в некоторых ситуациях

29 См.: www.legislation.gov.uk/ukxi/2001/2559/schedules/made/data.xht?view=snippet&wrap=true.

30 Существуют и некоторые исключения, см.: Конвенция о борьбе с финансированием терроризма, ст. 2(1)(b), и рассматриваемые далее оговорки об исключении в законодательстве Канады, Новой Зеландии, ЮАР и Швейцарии.

31 ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Geneva, October 2011 (ICRC Challenges Report 2011), pp. 48–50; МККК. Международное гуманитарное право и вызовы современных вооруженных конфликтов, октябрь 2015 г. (Доклад МККК о вызовах 2015 г.), доступно по адресу: <https://www.icrc.org/ru/document/mezhdunarodnoe-gumanitarnoe-pravo-i-vyzovy-sovremennyh-vooruzhennykh-konfliktov>, с. 29–31; Доклад МККК о вызовах 2019 г. (примечание 10 выше), с. 68; J. Pejic (примечание 14 выше), pp. 172, 184–186. См. также: А. Сосо (примечание 27 выше), pp. 438–440; Tristan Ferraro, “Interaction and Overlap between Counter-Terrorism Legislation and International Humanitarian Law”, in *Proceedings of the 17th Bruges Colloquium: Terrorism, Counter-Terrorism and International Humanitarian Law*, 20–21 October 2016, p. 29; 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, p. 868; В. Saul (примечание 19 выше), pp. 88, 317–318; Ben Saul, “The Legal Death of Rebellion: Counterterrorism Laws and the Shrinking Legal Freedom of Violent Political Resistance”, in Benjamin J. Goold and Liora Lazarus (eds), *Security and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2019, pp. 324, 337–338; Marco Sassòli, “Terrorism and War”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, No. 5, 2006, p. 970; М. Sassòli (примечание 11 выше), pp. 277, 467, 597; К. N. Trapp (примечание 6 выше), p. 170.

32 Доклад МККК о вызовах 2015 г. (примечание 31 выше), с. 31; см. также: ICRC Challenges Report 2011 (примечание 31 выше), p. 50; Т. Ferraro (примечание 31 выше), p. 30; J. Pejic (примечание 14 выше), p. 177.

33 ICRC Challenges Report 2011 (примечание 31 выше), p. 51; J. Pejic (примечание 14 выше), pp. 185, 198.

объявление НВГ «террористической» может способствовать разжиганию или по меньшей мере активизации военных действий, нанеся ущерб потенциальным мирным переговорам и миротворческим усилиям³⁴.

Учитывая вышеизложенное, существуют веские причины для исключения действий, регулируемых МПП, из сферы применения уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом³⁵. Именно это и было сделано с помощью ряда международных и региональных документов.

Оговорки об исключении на международном и региональном уровнях

Существует 12 международных конвенций о борьбе с терроризмом, две из которых содержат уникальное положение, регулирующее их взаимосвязь с МПП и отсутствующее в остальных конвенциях. Статья 12 Международной конвенции 1979 года о борьбе с захватом заложников предусматривает, что Конвенция не применяется к актам захвата заложников, запрещенным МПП, но в этой статье речь идет лишь о таких актах, которые совершены в ситуации МВК³⁶. Пункт 1(b) статьи 2 Конвенции 1999 года о борьбе с финансированием терроризма расширяет круг преступлений, которые подпадают под сферу применения этой Конвенции, включая в него действия, совершенные в ситуации военного конфликта, но только в части финансирования нападе-

34 ICRC Challenges Report 2011 (примечание 31 выше), p. 51; Доклад МККК о вызовах 2015 г. (примечание 31 выше), с. 31; UN Office on Drugs and Crime (UNODC), *Counter-Terrorism in the International Law Context*, Advance Copy, Vienna, 2021, p. 107, доступно по адресу: https://www.unodc.org/pdf/terrorism/CTLTC_CT_in_the_Intl_Law_Context_1_Advance_copy.pdf; Andrea Bianchi and Yasmin Naqvi, *International Humanitarian Law and Terrorism*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 163; T. Ferrago (примечание 31 выше), p. 29; J. Pejić (примечание 14 выше), pp. 196–198; B. Saul (примечание 31 выше), p. 338; K. N. Trapp (примечание 6 выше), p. 180.

35 Кроме того, «сугубо гуманитарная деятельность, осуществляемая беспристрастными гуманитарными организациями, работающими в соответствии с МПП», должна быть исключена из сферы применения уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом. См.: ICRC, “Counter-Terrorism Measures Must Not Restrict Impartial Humanitarian Organizations from Delivering Aid”, statement to United Nations Security Council debate “Threats to International Peace and Security Caused by Terrorist Acts: International Cooperation in Combating Terrorism 20 Years after the Adoption of Resolution 1373 (2001)”, 12 January 2021, доступно по адресу: www.icrc.org/en/document/counter-terrorism-measures-must-not-restrict-impartial-humanitarian-organizations#; а также ICRC Challenges Report 2011 (примечание 31 выше), pp. 51–53; Доклад МККК о вызовах 2015 г. (примечание 31 выше), с. 35–37; Доклад МККК о вызовах 2019 г. (примечание 10 выше), с. 70–71. Однако «стандартная» оговорка об исключении, как будет показано далее, применяется исключительно к «действиям вооруженных сил». Кроме того, вне зависимости от этого ограничения сферы применения стандартной оговорки об исключении по кругу лиц, вышеупомянутая гуманитарная деятельность не всегда (напрямую) подпадает под оговорки об исключении, которые мы рассматриваем в настоящей статье. Соответственно, на гуманитарную деятельность должна распространяться отдельная оговорка о так называемом «гуманитарном изъятии». См., например: Directive (EU) 2017/541 (примечание 3 выше), Recital 38. По этой теме см., например: David McKeever, “International Humanitarian Law and Counter-Terrorism: Fundamental Values, Conflicting Obligations”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, No. 1, 2020.

36 Международная конвенция о борьбе с захватом заложников от 17 декабря 1979 г. (вступила в силу 3 июня 1983 г.) (Конвенция о борьбе с захватом заложников).

ний на гражданских лиц или иных лиц, не принимающих активного участия в военных действиях³⁷. Таким образом, Конвенция о борьбе с финансированием терроризма не признаёт преступным финансирование нападения на комбатантов или военные объекты, будь то в ситуациях международных или немеждународных вооруженных конфликтов³⁸.

В настоящей статье мы сосредоточим свое внимание на «стандартной» оговорке об исключении, которой с 1997 года стала наиболее широко распространенная оговорка об исключении действий, совершенных в ситуации вооруженного конфликта. На международном уровне эта оговорка включена в 6 международных конвенций о борьбе с терроризмом³⁹. Кроме того, она является предметом разногласий в ходе переговоров по согласованию всеобъемлющей конвенции о международном терроризме⁴⁰.

Данная оговорка была сформулирована в контексте Конвенции 1997 года о борьбе с бомбовым терроризмом, появившись впервые в пункте 2 ее статьи 19. Оговорка сформулирована в состоящем из двух частей положении, которое гласит следующее:

Действия вооруженных сил во время вооруженного конфликта, как эти термины понимаются в международном гуманитарном праве, которые регулируются этим правом, не регулируются настоящей Конвенцией, как не регулируются ею и действия, предпринимаемые вооруженными силами государства в целях осуществления их официальных функций, поскольку они регулируются другими нормами международного права⁴¹.

Вторая часть этого положения касается действий вооруженных сил государства в других ситуациях, таких как правоохранительные или миротворческие операции, которые не могут быть приравнены к вооруженному кон-

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

38 J. Rejić (примечание 14 выше), p. 188.

39 В хронологическом порядке: 1) Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов от 16 декабря 1970 г. (вступила в силу 14 октября 1971 г.), ст. 3bis (2) (внесена ст. VI Протокола, дополняющего Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, док. ИКАО 9959, 10 сентября 2010 г. (вступил в силу 1 января 2018 г.)); 2) Конвенция о физической защите ядерного материала от 26 октября 1979 г. (вступила в силу 8 февраля 1987 г.), ст. 2(4)(b) (заменена ст. 1A, внесенной Поправкой к Конвенции о физической защите ядерного материала, 8 июля 2005 г. (вступила в силу 8 мая 2016 г.)); 3) Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства от 10 марта 1988 г. (вступила в силу 1 марта 1992 г.), ст. 2bis (2) (внесена ст. 3 Протокола к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, док. ИМО LEG/CONF.15/21, 14 октября 2005 г. (вступил в силу 28 октября 2010 г.)); 4) Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом от 15 декабря 1997 г. (вступила в силу 23 мая 2001 г.) (Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом), ст. 19(2); 5) Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма от 13 апреля 2005 г. (вступила в силу 7 июля 2007 г.) (Конвенция о борьбе с ядерным терроризмом), ст. 4(2); 6) Конвенция о борьбе с незаконными актами в отношении международной гражданской авиации, док. ИКАО 9960, 10 сентября 2010 г. (вступила в силу 1 июля 2018 г.), ст. 6(2).

40 См.: Доклад Специального комитета, учрежденного резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 г., док. ООН A/68/37, 8–12 апреля 2013 г., приложения II–III, с. 17–30.

41 Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 19(2).

фликту, и поэтому в настоящей статье не рассматривается. Первая часть касается ситуаций вооруженного конфликта и представляет собой рассматриваемую нами оговорку об исключении.

Подготовительный этап работы над Конвенцией о борьбе с бомбовым терроризмом показывает, что эта оговорка с самого начала вызвала споры. Ряд государств (преимущественно западных) хотели исключить военные действия государств из сферы применения Конвенции⁴². Напротив, ряд преимущественно мусульманских государств были обеспокоены исключением «государственного терроризма». В то же время многие из этих государств хотели иметь возможность выборочно исключать применение Конвенции к национально-освободительным войнам⁴³; этот подход впоследствии был принят для конвенций о борьбе с терроризмом Организации африканского единства (ОАЕ, в настоящее время — Африканский союз (АС)), Организации Исламская конференция (ОИК, в настоящее время — Организация исламского сотрудничества) и арабских региональных конвенций⁴⁴. И наконец, некоторые государства выступали за недвусмысленное расширение применимости оговорки об исключении на действия НВГ. Обычно эти государства предлагали такое расширение только для действий, совершенных «в соответствии с» МГП⁴⁵.

По результатам переговоров была согласована относительно двусмысленная оговорка, которая исключила из сферы применения Конвенции «действия вооруженных сил во время вооруженного конфликта». В инструментах МГП и их формулировках термин «вооруженные силы» (armed forces) обычно используется применительно к МВК и, соответственно, для обозначения вооруженных сил государств и — в редких случаях — национально-освободительных движений⁴⁶. Вооруженные силы не связанных с государ-

42 См., например: Доклад Специального комитета, учрежденного резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 г., док. ООН А/52/37, 31 марта 1997 г., приложение II, ст. 3(1), и приложение IV, с. 52–54.

43 Наиболее активно свою позицию по этому вопросу высказывали Пакистан (см., например: Доклад Специального комитета (примечание 42 выше), приложение III, док. ООН А/АС.252/1997/WP.16; Генеральная Ассамблея ООН, Шестой комитет. Пакистан: поправки, предложенные к проекту резолюции, предложенному Коста-Рикой (А/С.6/52/L.13), док. ООН А/С.6/52/L.19, 18 ноября 1997 г.), и Сирийская Арабская Республика (см., например: Генеральная Ассамблея ООН, Шестой комитет. Меры по ликвидации международного терроризма: Доклад Рабочей группы, док. ООН А/С.6/52/L.3, 10 октября 1997 г., приложение II, док. ООН А/С.6/52/WG.1/CRP.4).

44 См.: Arab Convention for the Suppression of Terrorism, Art. 2(a); OAU Convention on the Prevention and Combating of Terrorism, Art. 3(1) (см. также: African Model Anti-Terrorism Law (примечание 24 выше), Art. 4 (xl)(b)); Convention of the Organisation of the Islamic Conference on Combating International Terrorism, Art. 2(a).

45 См., в частности, предложения Бельгии: Генеральная Ассамблея ООН, Шестой комитет. Доклад Рабочей группы (примечание 43 выше), приложение II, док. ООН А/С.6/52/WG.1/CRP.11, А/С.6/52/WG.1/CRP.29, А/С.6/52/WG.1/CRP.39. См. также предложение ЮАР и Швейцарии: там же, док. ООН А/С.6/52/WG.1/CRP.27.

46 См.: ДП I, ст. 43; Обычное МГП (примечание 5 выше), с. 18, норма 4; Mahmoud Hmoud, “Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism: Major Bones of Contention”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, No. 5, 2006, p. 1036; E. J. Husabø and Bruce (примечание 21 выше), pp. 381–383.

ством сторон в НМВК, то есть НВГ, обычно именуется «организованными вооруженными группами»⁴⁷. Кроме того, споры по поводу оговорки об исключении в контексте Конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом⁴⁸ и проекта всеобъемлющей конвенции о международном терроризме показывают, что некоторые государства не рассматривают возможность распространения понятия вооруженных сил на не связанные с государством стороны в НМВК⁴⁹. В то же время в общей для четырех Женевских конвенций статье 3 говорится о вооруженных силах не связанных с государством сторон в НМВК как о «вооруженных силах». Кроме того, в свете принципа равенства прав и обязательств сторон в вооруженном конфликте МККК считает, что оговорка об исключении должна охватывать также и НВГ⁵⁰.

Некоторые специалисты утверждают, что, поскольку авторы конвенции в первой части рассматриваемого положения говорят о «вооруженных силах» (armed forces), а во второй части — о «вооруженных силах государства» (military forces of a state), понятие «вооруженные силы» должно по смыслу охватывать также негосударственные силы⁵¹. Однако этот довод нельзя назвать убедительным. Первая часть положения касается ситуаций, регулируемых МГП, и поэтому в ней говорится о «вооруженных силах», известном в МГП понятии. Вторая же часть имеет отношение не к МГП, а ко всем «другим нормам международного права». Таким образом, авторы конвенции сделали выбор в пользу понятия «вооруженные силы государства» как понятия *sui generis*, дав ему отдельное определение в пункте 4 статьи 1 Конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом⁵². Оба понятия при-

47 См. ДПП II, ст. 1(1) о НМВК «на территории какой-либо Высокой Договаривающейся Стороны между ее вооруженными силами и антиправительственными вооруженными силами или другими организованными вооруженными группами» (*курсив наши*), на что обратил внимание Суд первой инстанции Гааги, см.: Court of First Instance of The Hague, *The Prosecutor v. Imane B. et al.*, Case No. 09/842489-14 etc., ECLI:NL:RBDHA:2015:14365 (на голландском языке), ECLI:NL:RBDHA:2015:16102 (на английском языке), 10 December 2015 (*Context case*), paras 7.38, 7.40.

48 См., например: Доклад Специального комитета (примечание 42 выше), приложение IV, с. 52–54.

49 См., например: Доклад Специального комитета, учрежденного резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 г., док. ООН A/62/37, 5–15 февраля 2007 г., с. 7–8; ср.: Helen Duffy, *The “War on Terror” and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 35–36, 43–44; J. Pejic (примечание 14 выше), p. 189.

50 UN General Assembly, Sixth Committee, Working Group Established Pursuant to General Assembly Resolution 51/210, *Statement by the ICRC*, UN Doc. A/C.6/53/WG.1/INF/1, 6 October 1998, fn. 3. Для ознакомления со схожей позицией см.: UNODC (примечание 34 выше), p. 104; Sandra Krähenmann, “Legal Framework Addressing Terrorism and Counter-Terrorism”, *Proceedings of the 17th Bruges Colloquium: Terrorism, Counter-Terrorism and International Humanitarian Law*, 20–21 October 2016, p. 21; D. O’Donnell (примечание 31 выше), p. 866; J. Pejic (примечание 14 выше), pp. 189–193, 203; K. N. Trapp (примечание 6 выше), p. 173. Ср.: UK Supreme Court (UKSC), *R v. Gul (Appellant)*, Case No. UKSC 2012/0124, Neutral Citation No. [2013] UKSC 64, 23 October 2013, para. 52.

51 См., например: A. Coco (примечание 27 выше), p. 434; Tom Ruys and Sebastiaan Van Severen, “Art. 141 bis Sw. — Vervolging tussen hamer en aambeeld van terreurbestrijding en internationaal humanitair recht”, *Rechtskundig Weekblad*, Vol. 82, No. 14, 2018, p. 511.

52 «“Вооруженные силы государства” означает вооруженные силы государства, которые организованы, обучены и оснащены в соответствии с его внутренним законодательством в первую очередь для выполнения задач национальной обороны или безопасности, и лиц, действующих в поддержку этих вооруженных сил, находясь под их официальным командованием, контролем и ответственностью». См., например: Доклад Специального комитета (примечание 40 выше),

меняются в разных правовых сферах, и, как представляется, их не следует противопоставлять.

В 2002 году в ходе переговоров по согласованию всеобъемлющей конвенции о международном терроризме государства — члены ОИК предложили альтернативную версию стандартной оговорки об исключении, в которой понятие «вооруженные силы» было заменено понятием «стороны»⁵³. В 1998 и 1999 годах МККК внес аналогичное предложение в ходе переговоров по согласованию Конвенции о борьбе с ядерным терроризмом и Конвенции о борьбе с финансированием терроризма⁵⁴. По мнению Пеич, термин «стороны» «для целей МГП корректен, поскольку это — специальный термин, используемый для обозначения противостоящих сторон в вооруженном конфликте, будь то международного или немеждународного характера»⁵⁵. Тем не менее для государств, выступающих за стандартную оговорку, этот термин представляется неприемлемо широким. Его использование привело бы к расширению сферы применения оговорки об исключении, которая охватила бы абсолютно все не связанные с государством стороны, участвующие в вооруженных конфликтах, включая гражданских лиц, относящихся к таким сторонам⁵⁶. Мы будем исходить из того, что стандартная оговорка об исключении охватывает также вооруженные силы не связанных с государством сторон в НМВК.

Понятно, что формулировка стандартной оговорки об исключении считается или — по меньшей мере — уже считается неприемлемой для многих регионов. Это объясняет, почему она была перенесена в региональные уголовно-правовые инструменты по борьбе с терроризмом только в Европе⁵⁷. Эта формулировка включена в Конвенцию Совета Европы 2005 года «О предупреждении терроризма»⁵⁸, а также (в качестве преамбулы) в Рамочное решение ЕС 2002 года «О борьбе с терроризмом»⁵⁹ и заме-

приложение III, с. 28, п. 27.

53 Доклад Специального комитета, учрежденного резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 г., док. ООН A/57/37, 11 февраля 2002 г., приложение IV, с. 19.

54 *Специальный комитет, учрежденный резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 года*. Ответы наблюдателя от Международного Комитета Красного Креста на вопросы делегаций Бельгии и Мексики в отношении последствий пункта 1(b) статьи 2. Док. ООН A/AC.252/1999/INF/2, 26 марта 1999 г., с. 3.

55 J. Pejić (примечание 14 выше), p. 192; см. также: *ibid*, p. 203. См. также: T. Ferraro (примечание 31 выше), p. 30.

56 Ср.: *Мельцер, Нильс*. Непосредственное участие в военных действиях. Руководство по толкованию понятия в свете международного гуманитарного права. МККК, 2009 г., доступно по адресу: <https://shop.icrc.org/interpretive-guidance-on-the-notion-of-direct-participation-in-hostilities-under-international-humanitarian-law-pdf-ru.html>, с. 36–41.

57 Несколько по-другому оговорка об исключении сформулирована в ст. 4(xl)(c) африканского типового закона «О борьбе с терроризмом» (African Model Anti-Terrorism Law (примечание 24 выше)). В ней из определения понятия «террористический акт» недвусмысленно исключены «охватываемые международным гуманитарным правом действия, совершенные в ходе международного или немеждународного конфликта правительственными силами или членами организованных вооруженных групп».

58 Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма, ст. 26(5).

59 EU Framework Decision on Combating Terrorism (примечание 25 выше), Recital 11.

нившую его Директиву 2017 года⁶⁰. Это указывает на то, что по крайней мере для государств — членов ЕС оговорка об исключении является частью уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом.

Некоторые специалисты утверждают, что никакие нормы МГП не препятствуют применению международных секторальных конвенций о борьбе с терроризмом и, в сущности, региональной нормативно-правовой базы о противодействии терроризму. Они, в частности, считают, что закрепленный в секторальных конвенциях режим сотрудничества, предполагающий взаимную правовую помощь и выдачу, должен распространяться также и на действия, регулируемые МГП⁶¹. Однако вопрос состоит не в том, исключает ли МГП применение секторальных конвенций. На самом деле оно этого не исключает, кроме как в части запрета, наложенного в связи с привилегией комбатанта в ситуациях МВК. Вопрос, скорее, в том, исключают ли секторальные конвенции свое применение к действиям, регулируемым МГП. Как мы только что продемонстрировали, они действительно это исключают. Сторонники указанной точки зрения справедливо отмечают, что Женевские конвенции и Дополнительные протоколы к ним предусматривают лишь ограниченный режим международного сотрудничества в части военных преступлений, а именно режим сотрудничества в случае серьезных нарушений, которые существуют только в ситуациях МВК⁶². Однако, как было отмечено Трапп, и в особенности в свете рассмотренных выше противоречий между МГП и уголовно-правовыми инструментами по борьбе с терроризмом, «это... не функция режима пресечения терроризма — устранять пробелы в режиме применения уголовного права в отношении нарушений МГП»⁶³.

Тот факт, что секторальные конвенции не применяются к действиям вооруженных сил, регулируемым МГП, не обязательно делает это исключение императивным. Если оговорка об исключении является императивной, государства обязаны имплементировать ее в свое национальное уголовное законодательство, и им запрещается квалифицировать действия вооруженных сил, регулируемые МГП, как преступления террористической направленности. Если же она не является императивной, исключение таких действий из сферы применения национального уголовного законодатель-

60 Directive (EU) 2017/541 (примечание 3 выше), Recital 37.

61 Alejandro Sánchez Frías, “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, pp. 88–89, 98; Dan E. Stigall and Christopher L. Blakesley, “Non-State Armed Groups and the Role of Transnational Criminal Law During Armed Conflicts”, *George Washington International Law Review*, Vol. 48, No. 1, 2015, pp. 34–42.

62 A. Sánchez Frías (примечание 61 выше), pp. 84–88; D. E. Stigall and C. L. Blakesley (примечание 61 выше), p. 39. По вопросу о режиме сотрудничества в случае серьезных нарушений см.: Женевская конвенция I, ст. 49–50; Женевская конвенция II, ст. 50–51; Женевская конвенция III, ст. 129–130; Женевская конвенция IV, ст. 146–147; ДП I, ст. 85–89. Как отмечено К. Н. Трапп (К. Н. Trapp (примечание 6 выше), p. 178), ДП II не создает режима применения уголовного права в отношении нарушений МГП в ситуациях НМВК именно потому, что ДП II «оставляет введение уголовной ответственности за любые действия в ходе НМВК, включая нападения на военные объекты, на усмотрение государств».

63 К. Н. Трапп (примечание 6 выше), pp. 174–175; см. также: *ibid.*, p. 181.

ства о борьбе с терроризмом представляет собой просто возможность, а не обязательство. В свете описанной выше роли, которую играет МГП, можно утверждать, что оговорка об исключении должна быть императивной⁶⁴; однако представляется, что (по крайней мере с юридической точки зрения) «оговорки об исключении по своему характеру являются факультативными, а не императивными»⁶⁵. Такую же позицию заняли Верховный суд Соединенного Королевства в деле «Корона против Гуля»⁶⁶ и Суд ЕС в деле «Тигров освобождения Тамил-Илама»⁶⁷. Как было подчеркнуто судами Нидерландов, факультативным характером обладает, в частности, оговорка об исключении, существующая в нормативно-правовой базе ЕС, поскольку она сформулирована только в не имеющих обязательной юридической силы преамбулах к соответствующим нормативно-правовым актам⁶⁸. Как бы то ни было, лишь несколько государств разными способами транспонировали оговорку об исключении в свое национальное законодательство.

Оговорки об исключении на национальном уровне

Мы рассмотрим оговорки об исключении, существующие в национальном законодательстве некоторых государств, начиная с наименее всеобъемлющих оговорок и заканчивая наиболее всеобъемлющими. Основное разграничение мы проводим между государствами, в законодательстве которых имеется одна или несколько оговорок для конкретных преступлений (Швейцария, США и Ирландия), и государствами, которые включили в свое законодательство (также и «общую» оговорку (ЮАР, Канада, Новая Зеландия и Бельгия). Оговорки для конкретных преступлений обычно повторяют формулировки имплементируемых ими секторальных конвенций или региональных уголовно-правовых инструментов по борьбе

64 См., например: А. Сосо (примечание 27 выше), pp. 431–435, 439–440; К. N. Trapp (примечание 6 выше), pp. 172–181.

65 E. J. Husabø and I. Bruce (примечание 21 выше), p. 395. См. также: UNODC (примечание 34 выше), p. 105; T. Ruys and S. Van Severen (примечание 51 выше), p. 531.

66 UKSC, *Gul* (примечание 50 выше), para. 53. Подробнее об этом деле см.: А. Сосо (примечание 27 выше); Alan Greene, “The Quest for a Satisfactory Definition of Terrorism: *R v Gul*”, *Modern Law Review*, Vol. 77, No. 5, 2014; К. N. Trapp (примечание 6 выше), pp. 175–180.

67 Court of Justice of the EU, *A, B, C, D v. Minister van Buitenlandse Zaken*, Case No. C-158/14, ECLI:EU:C:2017:202, 14 March 2017, para. 95. Подробнее об этом деле см.: Luca Pantaleo, “To Be Or Not To Be (a Terrorist): Understanding the Interplay between EU Anti-Terrorism Legislation and International Humanitarian Law in Light of Recent EU Case Law”, *Revista General de Derecho Europeo*, Vol. 44, 2018; Michael Wimmer, “Counter-Terrorism Sanctions, Non-International Armed Conflicts and Tamil Tigers: *A and Others*”, *Common Market Law Review*, Vol. 55, No. 5, 2018.

68 Court of First Instance of the Hague, *Context* case (примечание 47 выше), para. 7.36. Подробнее об этом деле см.: 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, pp. 549–550. См. также: Court of Appeal of the Hague, *The Prosecutor v. Thiruna E. et al.*, Case No. 22-005123-11, ECLI:NL:GHDHA:2015:1082, 30 April 2015, para. 10.5; подробнее об этом деле см.: Ward Ferdinandusse and Pieter Rademakers, “The Prosecution of Sanction Busters”, in Larissa van den Herik (ed.), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, pp. 385–388.

с терроризмом, касаясь одного или нескольких конкретных преступлений террористической направленности (например, бомбового терроризма). Общие оговорки применяются ко всем преступлениям уголовной направленности, предусмотренным в уголовном законодательстве государства, включая преступления группового характера, такие как участие в деятельности террористической группы.

Мы проводим разграничение между оговорками об исключении, которые охватывают только действия, совершенные «в соответствии с» МГП (ЮАР, Канада и Новая Зеландия; в части финансирования терроризма — Швейцария, США и Ирландия), и оговорками, которые повторяют формулировку стандартной оговорки об исключении, охватывая все действия, «регулируемые» МГП (Бельгия; в части преступлений, не связанных с финансированием терроризма, — США и Ирландия). К «действиям, совершенным в соответствии с МГП», относятся только те действия, которые разрешены МГП, тогда как к «действиям, регулируемым МГП», — все действия, которые предусмотрены нормами МГП, вне зависимости от того, соответствуют ли такие действия этим нормам. Поскольку оговорки, охватывающие все «действия, регулируемые МГП», повторяют формулировку стандартной оговорки об исключении, они ограничивают свою сферу применения по кругу лиц, распространяясь лишь на действия «вооруженных сил» во время вооруженного конфликта. Оговорки, охватывающие только «действия, совершенные в соответствии с МГП», не ограничивают свою сферу применения по кругу лиц.

И наконец, оговорка, существующая в законодательстве ЮАР, является единственной оговоркой, которая применяется исключительно к национально-освободительным войнам. Другие оговорки такого ограничения не содержат.

Оговорки для конкретных преступлений: Швейцария, США и Ирландия

До недавнего времени единственным преступлением террористической направленности в Уголовном кодексе Швейцарии было финансирование терроризма. При этом согласно соответствующей норме финансирование, направленное на осуществление действий в соответствии с МГП, не образует состава преступления⁶⁹. Такой подход соответствует конкретной норме, включенной в Конвенцию 1999 года о борьбе с финансированием терроризма. Новым швейцарским законом (2020 года) уголовная ответственность была введена за участие в террористической группе и оказание ей поддержки, а также за вербовку, подготовку и поездки в целях совершения террористических актов. Никакой оговорки об исключении в законе не содержится⁷⁰.

69 Swiss Criminal Code, 21 December 1937 (as of 1 July 2020), Art. 260^{quinquies}, неофициальный перевод на английский язык доступен по адресу: www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en.

70 Swiss Confederation, Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du

В США стандартная оговорка об исключении распространяется на акты ядерного и бомбового терроризма⁷¹. Стандартная оговорка об исключении действительно включена в Конвенцию 2005 года о борьбе с ядерным терроризмом и Конвенцию 1997 года о борьбе с бомбовым терроризмом. То, что США скопировали оговорку об исключении из соответствующих конвенций при их имплементации, иллюстрируется также тем фактом, что формулировка о финансировании терроризма включает конкретную оговорку из Конвенции 1999 года о борьбе с финансированием терроризма⁷². Однако, как было отмечено Верховным судом Соединенного Королевства в деле Гуля, позиция США по вопросу об оговорке об исключении в их национальном уголовном законодательстве «противоречива», поскольку некоторые его нормы о терроризме «сформулированы широко, без этой оговорки»⁷³.

В Ирландии стандартная оговорка об исключении содержится в нормах уголовного законодательства о «преступлениях террористической направленности» и «бомбовом терроризме»⁷⁴. В значительной степени как и в США, подобный способ имплементации может быть объяснен тем, что Ирландия имплементировала нормы соответствующих международных и европейских документов буквально⁷⁵. Ирландия также транспонировала в свое национальное законодательство конкретные нормы Конвенции 1979 года о борьбе с захватом заложников и Конвенции 1999 года о борьбе с финансированием терроризма⁷⁶. В частности, оговорка об исключении, содержащаяся в норме о «преступлениях террористической направленности», охватывает широкий круг деяний. Тем не менее эту оговорку нельзя назвать общей, поскольку она не влияет на определение террористической деятельности или, в особенности, определение террористической группы⁷⁷, которое зависит от определения террористической деятельности.

Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, 25 September 2020, *Recueil Officiel* 2021 360, с. 5–6, доступно по адресу: www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2021/360/fr.

71 18 US Code Ch. 113B — Terrorism, § 2332i(d) and § 2332f(d), доступно по адресу: www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-113B.

72 Там же. § 2339C.

73 UKSC, *Gul* (примечание 50 выше), para. 51.

74 Justice (Terrorist Offences) Act 2005, *Iris Oifigiúil*, No. 2, 2005, Secs 6(4), 10(6), доступно по адресу: www.irishstatutebook.ie/eli/2005/act/2/enacted/en/html.

75 Норма о «преступлениях террористической направленности» имплементирует Рамочное решение ЕС 2002 года, и поэтому в нее была перенесена оговорка об исключении, сформулированная в п. 11 преамбулы Рамочного решения. Норма о «бомбовом терроризме» имплементирует Конвенцию 1997 г. о бомбовом терроризме, и в нее была перенесена оговорка об исключении, сформулированная в п. 2 ст. 19 этой Конвенции.

76 См. Justice (Terrorist Offences) Act (примечание 74 выше), Secs 9(5), 13(1)(b)(i).

77 *Ibid.*, Secs 4, 5.

Общие оговорки: ЮАР, Канада, Новая Зеландия и Бельгия

В русле конвенций ОАЕ/АС, а также арабского региона и ОИК, оговорка, закрепленная в законодательстве ЮАР, охватывает лишь национально-освободительные войны. Более того, она распространяется исключительно на действия, совершенные в соответствии с МГП⁷⁸.

Согласно определению «террористической деятельности» в Уголовном кодексе Канады она «не включает действия или бездействие, которые допущены в ходе вооруженного конфликта и которые в тот момент и в том месте, в которых они допущены, соответствуют обычному международному праву или международному договорному праву, применимому к конфликту»⁷⁹. В Кодексе также содержится конкретная норма Конвенции 1999 года о борьбе с финансированием терроризма, касающаяся финансирования терроризма⁸⁰.

Аналогичная ситуация существует и в Новой Зеландии. В законе 2002 года «О пресечении терроризма»⁸¹ «террористический акт» определен тремя способами⁸². Во-первых, имеется общее определение; согласно ему из понятия террористического акта исключено действие, которое «произошло в ситуации вооруженного конфликта и в тот момент и в том месте, в которых оно произошло, соответствует нормам международного права, применимого к конфликту»⁸³. Во-вторых, определение террористического акта включает «действие, совершенное в нарушение конкретной конвенции о борьбе с терроризмом», если такое действие не исключено из сферы применения соответствующей конвенции⁸⁴. Здесь речь идет об оговорке об исключении. В-третьих, данное определение включает «террористиче-

78 Protection of Constitutional Democracy against Terrorist and Related Activities Act, Law No. 33, 2004, *Government Gazette*, Vol. 476, No. 27266, February 2005, Sec. 1(4), доступно по адресу: www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a33-04.pdf.

79 Canadian Criminal Code, RSC 1985, c C-46 (as of 26 July 2021), Sec. 83.01(1), доступно по адресу: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/index.html>. Эта оговорка об исключении также напрямую касается преступлений, связанных с использованием ядерного материала, и бомбового терроризма; *ibid.*, Secs 82.7, 431.2(3).

80 *Ibid.*, Sec. 83.02(b).

81 Terrorism Suppression Act, Public Act 2002 No. 34, 17 October 2002 (reprint as at 24 October 2019), доступно по адресу: www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0034/latest/DLM151491.html. Следует отметить, что на момент написания настоящей статьи рассматриваются поправки в закон «О пресечении терроризма», предложенные авторами законопроекта 29-1 «О борьбе с терроризмом» 2021 года (Counter-Terrorism Legislation Bill 29-1, 2021), доступно по адресу: www.legislation.govt.nz/bill/government/2021/0029/latest/LMS479298.html. Поправки предлагают, в частности, внести изменения в определение террористического акта в статье 5 закона. Предложения об изменении самой оговорки об исключении в настоящее время отсутствуют. Однако законопроект ставит своей целью «расширить круг преступлений, связанных с финансированием терроризма, введя уголовную ответственность за большее количество форм материальной поддержки террористической деятельности или террористических организаций» (Counter-Terrorism Legislation Bill 29-1, 2001, p. 1). Предлагаемые поправки в статью 4 закона включают определение «материальной поддержки», которое содержит гуманитарное изъятие (*ibid.*, p. 7).

82 Terrorism Suppression Act (примечание 81 выше), Sec. 5(1).

83 *Ibid.*, Sec. 5(1)(a), Secs. 5(2), 5(4).

84 *Ibid.*, Sec. 5(1)(b), Sec. 4(1).

ский акт, совершенный в ходе вооруженного конфликта», под которым, в свою очередь, понимаются лишь нападения на гражданских лиц или иных лиц, не принимающих активного участия в военных действиях, что перекликается с конкретной нормой Конвенции 1999 года о борьбе с финансированием терроризма⁸⁵.

Поскольку как в Канаде, так и в Новой Зеландии основные оговорки об исключении применяются к определению террористического акта или террористической деятельности, они затрагивают преступления группового характера, такие как участие в террористических группах⁸⁶. Однако они охватывают преступления группового характера не полностью, поскольку в обеих странах определение террористических групп связано не только с понятием террористических актов и включает также организации, «внесенные в перечень» террористических или «признанные» террористическими⁸⁷. Внесение организаций в перечень террористических происходит в рамках «административных» режимов контртеррористических санкций, независимо от того, как террористические организации определены в уголовном законодательстве, которое содержит оговорку об исключении⁸⁸.

В Бельгии подошли к этому вопросу по-другому, перенеся в свой Уголовный кодекс оговорку об исключении, сформулированную в рамках Конвенции 1997 года о борьбе с бомбовым терроризмом и позднее транспонированную в Рамочное решение ЕС 2002 года «О борьбе с терроризмом»⁸⁹. Оговорка полностью исключает действия вооруженных сил, регулируемые МГП, из сферы применения всей главы Кодекса о преступлениях террористической направленности, которая, среди прочего, вводит уголовную ответственность за участие в деятельности террористической группы. Предусмотренное оговоркой исключение применяется вне зависимости от того, соответствуют ли действия вооруженных сил нормам МГП. Это примечательно, поскольку предложения Бельгии, направленные в ходе переговоров по согласованию Конвенции 1997 года о борьбе с бомбовым

85 Ibid., Sec. 5(1)(c), Sec. 4(1).

86 См., соответственно: Canadian Criminal Code (примечание 79 выше), Sec. 83.18(1); Terrorism Suppression Act (примечание 81 выше), Sec. 13.

87 Canadian Criminal Code (примечание 79 выше), Sec. 83.01(1); Terrorism Suppression Act (примечание 81 выше), Secs 12–13.

88 Свое внимание мы сосредоточили на оговорке об исключении и, соответственно, на определении террористической деятельности в уголовном законодательстве. Соответственно, в случае с теми странами, в которых определение преступлений террористической направленности (группового характера) основано (по крайней мере формально) на сочетании определения, содержащегося в уголовном законодательстве, и на административном признании организаций террористическими группами (как, например, в Канаде и Новой Зеландии), наша аргументация применима только в части определения преступлений террористической направленности в уголовном законодательстве. При этом, несомненно, ничто не мешает этим странам при принятии решений об объявлении организаций террористическими группами учитывать уголовно-правовое определение.

89 Belgian Criminal Code, 8 June 1867 (as of 24 February 2021), Art. 141bis, сводный текст доступен по адресу: www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1867060801&table_name=wet.

терроризмом, исключали лишь действия, совершенные «в соответствии с» МГП⁹⁰.

Несмотря на то что бельгийская оговорка применяется только к действиям «вооруженных сил», в целом она является самой широкой: она носит общий характер (а не касается только конкретных преступлений), охватывает все действия, регулируемые МГП (а не только действия, совершенные в соответствии с МГП), и распространяется на все ситуации вооруженного конфликта (не ограничиваясь, в частности, национально-освободительными войнами). Оговорки в законодательстве Канады и Новой Зеландии не ограничиваются действиями вооруженных сил, но при этом охватывают лишь действия, совершенные в соответствии с МГП. В Канаде и Бельгии существует наиболее интересная судебная практика по вопросу о применении оговорки об исключении, которой и посвящен следующий раздел.

Национальная судебная практика

Канадское дело Хаваджи

Момин Хаваджа — гражданин Канады, в 2002–2004 годах входивший в состав относительно небольшой джихадистской группы, получившей название «группа Хиама». Эта группа функционировала на территории Соединенного Королевства и имела непрочные связи с «Аль-Каидой» (*организация запрещена в России*. — Прим. пер.). Хаваджа участвовал в создании устройства, предназначенного для удаленного приведения в действие взрывчатых материалов (названного «Hi-Fi Digimonster»). Он также совершал поездки в Пакистан с целью прохождения подготовки к участию в боевых действиях в Афганистане, но никогда напрямую не участвовал ни в каких военных действиях⁹¹. В 2005 году ему в соответствии с Уголовным кодексом Канады были предъявлены обвинения в совершении ряда преступлений террористической направленности⁹². Его адвокаты утверждали, что Хаваджа всего лишь хотел принять участие в вооруженном конфликте в Афганистане и что в силу оговорки об исключении его действия не подпадают под определение террористической деятельности⁹³. Этот аргумент был отклонен в первой инстанции Верховным судом провинции Онтарио (судьей Резерфордом), в апелляционной инстанции Апелляционным судом Онтарио и в конечном счете Верховным судом Канады⁹⁴.

90 По вопросу о предложениях Бельгии см. примечание 45 выше.

91 Подробнее о фактических обстоятельствах дела см.: Ontario Superior Court of Justice, *R v. Khawaja*, File No. 04-G30282, Canadian Legal Information Institute Citation No. 2008 CanLII 92005 (ON SC), 29 October 2008, paras 4–72.

92 *Ibid.*, para. 1.

93 *Ibid.*, para. 109.

94 См. три судебных решения по данному делу: Ontario Superior Court of Justice, *Khawaja* (примечание 91 выше); Court of Appeal for Ontario, *R v. Khawaja*, File Nos C50298–C50299, Neutral Citation No. 2010 ONCA 862, 17 December 2010; Supreme Court of Canada, *R v. Khawaja*, Case No. 34103, Neutral Citation No. 2012 SCC 69, 14 December 2012.

Суды не квалифицировали вооруженный конфликт в Афганистане. Судья Резерфорд лишь абстрактно признал конфликтную ситуацию в Афганистане общеизвестным фактом⁹⁵, и суды высших инстанций согласились с таким подходом⁹⁶. Судья далее постановил, что оговорка об исключении «просто не имеет отношения к рассматриваемому делу». Он отметил, что Хаваджа и связанные с ним лица не являлись «солдатами, не входили в состав вооруженных сил, не были вовлечены в какой-либо вооруженный конфликт и не находились в каком-либо месте, где имел место вооруженный конфликт» и что оговорка об исключении «не должна распространяться на действия, совершенные ими не в статусе комбатантов»⁹⁷. По мнению судьи, оговорка призвана охватывать действия, которые совершены в ходе вооруженного конфликта лицами, фактически принимающими в нем участие⁹⁸. Он также сделал акцент на географический аспект, отметив отсутствие «вооруженного конфликта в Канаде, Соединенном Королевстве или Пакистане, где были совершены действия, в которых обвиняется Хаваджа»⁹⁹. Такое территориальное ограничение примечательно тем, что Канада и Соединенное Королевство были вовлечены в возникший после событий 11 сентября 2001 года вооруженный конфликт в Афганистане (в частности, против «Талибана» (*движение «Талибан» запрещено в России. — Прим. пер.*)), который поначалу носил международный, а впоследствии (начиная с июня 2002 года) — немеждународный характер¹⁰⁰.

Кроме того, судья Резерфорд постановил, что Хавадже было известно о том, что группа Хиама «представляла собой далеко не просто механизм поддержки вооруженной борьбы на линии фронта в соответствии с международными правилами войны». Хаваджа знал об участии этой группы в более широкой террористической деятельности, которая выходила за пределы поддержки и подготовки воинственного джихада в Афганистане или других странах. Примечательно, что Хаваджу, по всей видимости, не волновало, где именно будет использовано изготовленное им устройство или устройства¹⁰¹.

Апелляционный суд в целом поддержал решение, вынесенное судьей Резерфордом, но не согласился с «узким толкованием» им территориальной сферы применения оговорки об исключении. Он постановил, что действия или бездействие обвиняемого не обязательно должны были иметь место в территориальных границах вооруженного конфликта. Они лишь должны

95 Ontario Superior Court of Justice, *Khawaja* (примечание 91 выше), paras 113–125. Судья может «признать» широко известный факт, который считается достоверным и поэтому не требующим оспаривания или доказывания.

96 Court of Appeal for Ontario, *Khawaja* (примечание 94 выше), paras 170–176; Supreme Court of Canada, *Khawaja* (примечание 94 выше), para. 99.

97 Ontario Superior Court of Justice, *Khawaja* (примечание 91 выше), paras 127–129.

98 Ibid., para. 127.

99 Ibid., para. 128.

100 Подробнее о территориальной сфере применения МГП см. далее.

101 Ontario Superior Court of Justice, *Khawaja* (примечание 91 выше), paras 130–131.

были быть допущены «в ходе» вооруженного конфликта и должны были соответствовать МГП¹⁰².

Далее Апелляционный суд согласился с судьей Резерфордом в том, что не имеется никаких доказательств того, что Хаваджа или повстанцы в Афганистане действовали в соответствии с МГП. Напротив, показания Хаваджи подтвердили, что он не проводил никаких различий между гражданскими лицами и комбатантами и «поддерживал носящие неизбирательный характер убийства гражданских лиц»¹⁰³. И наконец, как и судья Резерфорд, Апелляционный суд посчитал, что действия Хаваджи не были связаны лишь с повстанческим движением в Афганистане, а выходили за его рамки¹⁰⁴. Верховный суд согласился с такой позицией. Как он кратко выразился, «нельзя сказать, что действия [Хаваджи] были осуществлены исключительно в поддержку вооруженного конфликта либо что они были осуществлены в соответствии с применимым международным правом»¹⁰⁵.

Бельгийская судебная практика в отношении «джихадистских» групп¹⁰⁶

Изначально в Бельгии на оговорку об исключении сылались лишь в делах, связанных с лицами, оказывавшими поддержку или присоединившимися к группам, которые для упрощения можно назвать «джихадистскими», но оговорка в этих делах так и не была применена. Показательным примером является дело радикальной исламистской группировки Sharia4Belgium («Шариат для Бельгии»)¹⁰⁷, которая базировалась в Антверпене и вербовала молодежь для вступления в ряды организаций «Джабхат ан-Нусра» (*организация запрещена в России*. — Прим. пер.) и «Меджлис шура аль-муджахидин» («Совещательное собрание моджахедов») и участия в боевых действиях в Сирии. За действия, совершенные в Бельгии и Сирии в период с 2010 по 2014 год, обвинение в участии в деятельности террористической группы или в руководстве ею было предъявлено 46 лицам, которые почти

102 Court of Appeal for Ontario, *Khawaja* (примечание 94 выше), para. 165.

103 Court of Appeal for Ontario, *Khawaja* (примечание 94 выше), paras 166–167.

104 Ibid., para. 168.

105 Supreme Court of Canada, *Khawaja* (примечание 94 выше), para. 100.

106 Подробнее о дискуссиях по поводу судебной практики в Бельгии см.: Jan Wouters and Thomas Van Poecke, “Van strijdkrachten, terroristen en het Belgisch strafrecht”, *Rechtskundig Weekblad*, Vol. 81, No. 41, 2017; Thomas Van Poecke, “The IHL Exclusion Clause, and Why Belgian Courts Refuse to Convict PKK Members for Terrorist Offences”, *EJIL: Talk! — Blog of the European Journal of International Law*, 20 March 2019, доступно по адресу: www.ejiltalk.org/the-ihl-exclusion-clause-and-why-belgian-courts-refuse-to-convict-pkk-members-for-terrorist-offences.

107 По делу группировки Sharia4Belgium было вынесено три судебных решения, см.: Court of First Instance of Antwerp, *The Prosecutor v. FB et al.*, File No. FD35.98.47-12 etc., 11 February 2015, доступно по адресу: www.rechtbankerstaanlegantwerpen.be/index.php/83-persinformatie/110-terro; жалоба на судебное решение суда первой инстанции была отклонена Апелляционным судом Антверпена: Court of Appeal of Antwerp, *The Prosecutor v. FB et al.*, Judgment No. C/101/2016, 27 January 2016; жалоба на его решение была отклонена Кассационным судом Бельгии: Belgian Court of Cassation, *MEY et al. v. ORV et al.*, Judgment No. P.16.0244.N, ECLI:BE:CASS:2016:A R.20160524.5, 24 May 2016, доступно по адресу: https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160524.5_NL.pdf.

все фактически уехали в Сирию и присоединились к одной из двух названных групп. Обвиняемые утверждали, что в силу оговорки об исключении они не могут быть признаны виновными в преступлениях террористической направленности.

Суды постановили, что на территории Бельгии вооруженный конфликт никогда не имел места, и поэтому ссылаться на оговорку об исключении применительно к действиям, совершенным членами группировки *Sharia4Belgium* на территории Бельгии, нельзя¹⁰⁸. Опять же, учитывая вовлеченность Бельгии в НМВК с так называемым «Исламским государством» (ИГ; *организация запрещена в России*. — Прим. пер.), такое категоричное заявление вызывает вопросы¹⁰⁹. Суды затем абстрактно согласились с наличием НМВК в Сирии, не обсудив требование об интенсивности конфликта и не установив, кто является сторонами в нем¹¹⁰. Далее суды проанализировали, представляют ли «Джабхат ан-Нусра» и «Меджлис шура аль-муджахидин» собой вооруженные силы по смыслу МГП, и постановили, что они таковыми не являются.

Для иллюстрации небезупречной оценки бельгийскими судами джихадистских групп воспользуемся аргументами Апелляционного суда относительно организации «Джабхат ан-Нусра». Поскольку суд признал наличие НМВК, имеющего достаточную степень интенсивности, ему следовало ответить на вопрос о том, является ли «Джабхат ан-Нусра» в достаточной степени организованной для того, чтобы представлять собой вооруженные силы или вооруженную группу по смыслу МГП. Однако суд сделал акцент на нескольких элементах, которые представляются не имеющими отношения к делу для определения того, в достаточной ли степени группа организована для целей МГП, например на то, что в состав группы входили различные иностранные боевики, что она регулярно размещала заявления на джихадистских форумах и что у руководителя группы был оперативный псевдоним¹¹¹. Кроме того, суд подчеркнул, что «Джабхат ан-Нусра» была ответственна почти за 600 нападений (из которых 30 были совершены смертниками), а также за похищения людей, взятие заложников и смертные казни. Однако, несмотря на то что большое количество нарушений может указывать на отсутствие организованности, это не обязательно так. Постольку, поскольку вооруженная группа обладает органи-

108 Court of First Instance of Antwerp, *Sharia4Belgium* (примечание 107 выше), p. 31; Court of Appeal of Antwerp, *Sharia4Belgium* (примечание 107 выше), p. 50.

109 Подробнее о территориальной сфере применения МГП см. далее.

110 Court of First Instance of Antwerp, *Sharia4Belgium* (примечание 107 выше), p. 31; Court of Appeal of Antwerp, *Sharia4Belgium* (примечание 107 выше), pp. 51–52. См. также: Julien Tropini, “La rupture de l'équilibre juridique de l'article 141bis du code pénal belge par la jurisprudence sur les 'combattants étrangers' — La remise en cause de la répartition des compétences entre le droit international humanitaire et le droit antiterroriste”, *Military Law and the Law of War Review*, Vol. 57, No. 1, 2018, pp. 170–171; Marine Wéry, “La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal: La difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges”, *Military Law and the Law of War Review*, Vol. 57, No. 1, 2018, p. 111.

111 См.: ICTY, *Limaj* (примечание 9 выше), para. 132; J. Tropini (примечание 110 выше), pp. 172–173; M. Wéry (примечание 110 выше), pp. 132–135.

зационными *возможностями* соблюдать МГП, даже совершение ею целого ряда нарушений МГП не означает, что она не удовлетворяет критерию организованности¹¹². В то время «Джабхат ан-Нусра» являлась вооруженной группой, имеющей тысячи боевиков, руководителей, личность которых была известна, четкую стратегию, строгое военное устройство и собственную судебную систему, и поэтому должна была считаться стороной в вооруженном конфликте в Сирии¹¹³. Тем не менее судьи постановили, что «Джабхат ан-Нусра» не имела ответственного командования, не могла принуждать к выполнению своих дисциплинарных правил в целях обеспечения соблюдения МГП и поэтому не представляла собой вооруженную силу по смыслу МГП¹¹⁴.

Вероятно, нежелание судов признавать группировки «Джабхат ан-Нусра» и «Меджлис шура аль-муджахидин» вооруженными силами объяснялось преимущественно не (предполагаемым) отсутствием у этих групп организованности, а идеологическими соображениями, которые сопутствуют понятию терроризма¹¹⁵. Давая свою оценку не только на основании соответствующих норм уголовного законодательства в области борьбы с терроризмом, но и на основании МГП, оба суда особо отметили, что эти группы принадлежали к международной террористической сети «Аль-Каида» и вели конфессиональную войну против шиитов, а также войну против светских людей, демократических ценностей, прав человека и МГП. Кроме того, суды подчеркнули, что данные группы участвовали в террористической деятельности (например, в террористических актах с участием смертников), которая дестабилизировала регион и породила беспорядки среди населения¹¹⁶. В целом, как представляется, судьи не хотели квалифицировать эти группы в качестве вооруженных сил *потому, что* они являлись террористическими группами. Такой подход полностью противоречит постулату МГП, согласно которому цель группы не имеет значения для правовой квалификации группы в соответствии с МГП. Тем не менее Кассационный суд, являющийся верховным судом Бельгии,

112 ICTY, *Boškoski* (примечание 7 выше), paras 204–205.

113 См., например: Jennifer Cafarella, *Jabhat al-Nusra in Syria: An Islamic Emirate for al-Qaeda*, Middle East Security Report No. 25, Institute for the Study of War, Washington, DC, December 2014, pp. 13, 22–23, доступно по адресу: www.understandingwar.org/sites/default/files/JN%20Final.pdf; Mikael Ekman (ed.), *Syria 2017*, ILAC Rule of Law Assessment Report, International Legal Assistance Consortium, Solna, March 2017, доступно по адресу: www.ilacnet.org/wp-content/uploads/2017/04/Syria2017.pdf; Terry D. Gill, “Classifying the Conflict in Syria”, *International Law Studies*, Vol. 92, 2016, p. 374; Rule of Law in Armed Conflicts (RULAC), “Non-International Armed Conflicts in Syria”, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Geneva, 29 May 2021, доступно по адресу: www.rulac.org/browse/conflicts/non-international-armed-conflicts-in-syria#collapse4accord.

114 Court of Appeal of Antwerp, *Sharia4Belgium* (примечание 107 выше), pp. 53–54; ср.: J. Tropini (примечание 110 выше), pp. 173–175; M. Wéry (примечание 110 выше), pp. 127–132.

115 Подробнее об этих идеологических соображениях см. основной текст, относящийся к примечанию 19 выше; ср.: J. Tropini (примечание 110 выше), pp. 176–179; M. Wéry (примечание 110 выше), pp. 124–127.

116 Court of First Instance of Antwerp, *Sharia4Belgium* (примечание 107 выше), p. 36; Court of Appeal of Antwerp, *Sharia4Belgium* (примечание 107 выше), p. 52.

оставил решение апелляционной инстанции в силе¹¹⁷. Обвинительный приговор за участие в деятельности террористической группы или руководство ею был вынесен 44 лицам. Дело группировки Sharia4Belgium — это лишь один пример за годы формирования судебной практики в Бельгии, в течение которых бельгийские суды продолжали выносить решения о том, что оговорка об исключении не применима к джихадистским вооруженным группам, поскольку те не являются вооруженными силами¹¹⁸.

Бельгийское дело Рабочей партии Курдистана

Впервые бельгийские суды применили оговорку об исключении в деле, связанном с предполагаемыми членами Рабочей партии Курдистана (Partiya Karkerên Kurdistanê, РПК)¹¹⁹, политической организации с военным крылом, которая осуществляет свою деятельность преимущественно на территории Турции, противостоя ей. Схожим с делом группировки Sharia4Belgium образом 40 лицам и двум СМИ, связанным с бельгийским отделением РПК, были предъявлены обвинения в участии в деятельности террористической группы или руководстве террористической группой. Действия, за которые были предъявлены обвинения, были совершены на территории Бельгии в период с 2004 по 2014 год и включали, например, организацию мероприятий для финансирования РПК, вербовку в ряды РПК и распространение пропаганды в пользу этой организации.

На этот раз суды четко определили, что насилие между Турцией и РПК имеет достаточную степень интенсивности, РПК в достаточной степени организована и, соответственно, между ними существует НМВК¹²⁰. Однако в первой инстанции и в первом апелляционном производстве суды снова для целей квалификации вооруженной группы в соответствии с МГП ошибочно приняли во внимание ее цель, хотя и способом, противоположным тому, как это было сделано в деле группировки Sharia4Belgium. Апелляционный суд подчеркнул, что целью РПК является создание неза-

117 Belgian Court of Cassation, *Sharia4Belgium* (примечание 107 выше).

118 Подробнее о других аналогичных судебных делах см., например: J. Tropini (примечание 110 выше), pp. 169–176.

119 См. решения по делу РПК: Court of First Instance of Brussels (Correctional Pre-Trial Chamber), *The Prosecutor v. SU et al.*, File No. FD.35.98.54/09 etc., 3 November 2016; Court of Appeal of Brussels (Chamber of Indictment), *The Prosecutor v. SU et al.*, Judgment No. 2017/2911, 14 September 2017; решение апелляционной инстанции было частично отменено Кассационным судом Бельгии по причине недостаточного обоснования: *The Prosecutor v. SU et al.*, Judgment No. P.17.1023.N.8, ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180213.2, 13 February 2018, доступно по адресу: https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180213.2_NL.pdf; дело было повторно рассмотрено апелляционным судом (но в другом составе): Court of Appeal of Brussels (Chamber of Indictment), *The Prosecutor v. SU et al.*, Judgment No. 2019/939, 8 March 2019; жалоба на решение апелляционного суда была отклонена Кассационным судом Бельгии: Belgian Court of Cassation, *The Prosecutor v. SU et al.*, Judgment No. P.19.0310.N, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200128.6, 28 January 2020, доступно по адресу: https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200128.6_NL.pdf.

120 Court of First Instance of Brussels, *PKK* (примечание 119 выше), pp. 10–11; Court of Appeal of Brussels, *PKK*, 2017 (примечание 119 выше), pp. 11–22 (and Court of Appeal of Brussels, *PKK*, 2019 (примечание 119 выше), pp. 20–26).

висимого государства, а не терроризирование гражданского населения¹²¹. Судьи использовали этот аргумент для признания РПК вооруженной силой, а не террористической группой¹²².

Вывод суда о том, что РПК в своей деятельности не преследует террористическую цель, подразумевает, что согласно Уголовному кодексу Бельгии она не представляет собой террористическую группу. Соответственно, не является преступлением террористической направленности и простое участие в деятельности РПК, в связи с чем можно было ожидать, что суд сочтет ненужным даже рассматривать оговорку об исключении. Суд, однако, применил оговорку, что было излишним¹²³. В целом аргументация бельгийских судов была подорвана их отказом признать, что квалификация РПК в качестве вооруженных сил в соответствии с МГП не должна зависеть от цели, преследуемой группой. Такой подход создал риск того, что оговорка об исключении, существующая в законодательстве Бельгии, станет ненужной по причине невозможности ее содержательного применения. Однако решение Апелляционного суда было (в большей части) отменено Кассационным судом по причине недостаточного обоснования¹²⁴. В результате у Апелляционного суда (в другом составе) появился второй шанс вынести решение по делу.

В 2019 году Апелляционному суду Брюсселя удалось разрешить этот непростой вопрос. Суд начал с замечания, что РПК *может* удовлетворять определению террористической группы, содержащемуся в Уголовном кодексе Бельгии. Поэтому суду необходимо было рассмотреть вопрос о применимости оговорки об исключении¹²⁵. Сторона обвинения заявляла о необходимости проведения различий между вооруженными силами, а именно лицами, непосредственно участвующими в военных действиях на постоянной основе, и гражданскими лицами, то есть теми, кто не входит в состав вооруженных сил¹²⁶. Прокурор утверждал, что оговорка об исключении применяется лишь к вооруженным силам, чьи действия имеют связь с вооруженным конфликтом. Поскольку связанные с РПК

121 Court of Appeal of Brussels, *PKK*, 2017 (примечание 119 выше), pp. 16–17; ср.: Court of First Instance of Brussels, *PKK* (примечание 119 выше), p. 11.

122 Как в Кассационном суде Бельгии утверждал представитель Федеральной прокуратуры (Belgian Court of Cassation, *PKK*, 2018 (примечание 119 выше), p. 11), суд рассмотрел только одну из трех альтернативных «террористических целей», указанных в Уголовном кодексе Бельгии (Belgian Criminal Code (примечание 89 выше), Art. 137(1)) (в котором имплементирована Директива (ЕС) 2017/541 (Directive (EU) 2017/541 (примечание 3 выше), Art. 3(2)), а именно: (1) серьезно запугать население. При этом суд проигнорировал две другие цели: (2) ненадлежащим образом заставить правительство или международную организацию совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения и (3) серьезно дестабилизировать или разрушить основополагающие политические, конституционные, экономические или социальные устои страны или международной организации, каковые РПК вполне может преследовать (подробнее об этих целях см. основной текст, относящийся к примечаниям 25–27 выше).

123 Court of Appeal of Brussels, *PKK*, 2017 (примечание 119 выше), p. 22.

124 Belgian Court of Cassation, *PKK*, 2018 (примечание 119 выше). Недостаточное обоснование и отмена решения относились к другому вопросу, который в настоящей статье не рассматривается.

125 Court of Appeal of Brussels, *PKK*, 2019 (примечание 119 выше), pp. 15–16.

126 Ср.: Мельцер, Н. (примечание 56 выше). Рекомендация II, с. 18, 30–41.

подсудимые являются гражданскими лицами и их действия не имеют связи с вооруженным конфликтом, прокурор заключил, что эти действия не регулируются МГП¹²⁷. Суд не согласился с такой позицией. Он отметил, что согласно определению террористической группы, сформулированному в статье 139 Уголовного кодекса Бельгии, группа должна существовать для совершения террористических актов, перечисленных в статье 137. Эта статья признаёт преступлениями террористической направленности определенные физические действия (большинство из которых носят насильственный характер, например убийство), которые совершены в связанном с терроризмом контексте и с террористической целью¹²⁸. Суд указал на то, что, поскольку перечисленные в статье 137 действия, которые совершаются РПК, имеют связь с вооруженным конфликтом и подпадают под оговорку об исключении, РПК не является террористической группой по смыслу статьи 139. Соответственно, простое участие в ее деятельности не является преступлением террористической направленности¹²⁹. На этот раз Кассационный суд отклонил жалобу на решение Апелляционного суда¹³⁰. Дело против предполагаемых членов РПК было прекращено.

Как и канадское дело Хаваджи, бельгийское дело РПК поднимает важные вопросы о том, каким образом сфера применения оговорки об исключении соотносится со сферой применения МГП (по кругу лиц, материальной и территориальной), что мы и проанализируем в следующем разделе.

Связь между сферой применения оговорки об исключении и сферой применения МГП

Сфера применения по кругу лиц

Принципиальных ограничений сферы применения МГП по кругу лиц не существует. Хаваджа или предполагаемые члены бельгийского отделения РПК в своем индивидуальном качестве обязаны соблюдать как минимум перенесенные в национальное уголовное законодательство нормы МГП и могут быть привлечены к индивидуальной ответственности за такие нарушения при условии, что их действия имеют связь с вооруженным конфликтом¹³¹. Однако сфера применения стандартной оговорки об исключении по кругу лиц является более ограниченной. Как было подчеркнуто Федеральной прокуратурой Бельгии в деле РПК, оговорка при-

127 Court of Appeal of Brussels, *PKK*, 2019 (примечание 119 выше), p. 33.

128 Статья 137 имплементирует Рамочное решение ЕС «О борьбе с терроризмом» (EU Framework Decision on Combating Terrorism (примечание 25 выше), Art. 1), замененное Директивой (ЕС) 2017/541 (Directive (EU) 2017/541 (примечание 3 выше), Art. 3).

129 Court of Appeal of Brussels, *PKK*, 2019 (примечание 119 выше), pp. 33–34; см. также: Belgian Court of Cassation, *PKK*, 2020 (примечание 119 выше), p. 10.

130 Belgian Court of Cassation, *PKK*, 2020 (примечание 119 выше).

131 M. Sassòli (примечание 11 выше), p. 198.

меняется только к действиям членов «вооруженных сил»¹³². Несмотря на то что схожий аргумент был приведен и судьей Резерфордом¹³³, формулировка канадской оговорки не предусматривает такого ограничения¹³⁴; вероятно, именно по этой причине суды высших инстанций сделали акцент на том, что действия Хаваджи не соответствовали МГП, а не на том, что он не являлся членом каких-либо вооруженных сил. Подсудимые (как, например, в деле РПК) не принимали непосредственного участия в военных действиях и не выполняли постоянную боевую функцию; соответственно, они не являлись частью вооруженных сил¹³⁵. Как следствие, они являлись гражданскими лицами, которые не могут напрямую воспользоваться стандартной оговоркой об исключении. Тем не менее в деле РПК обвиняемым удалось воспользоваться ею косвенно.

Материальная сфера применения

Судья Резерфорд предупредил, что сфера применения оговорки об исключении «не должна распространяться на... действия, не носящие боевой характер»¹³⁶. В этом же духе в деле РПК высказалась Федеральная прокуратура Бельгии, которая утверждала, что для применения оговорки об исключении фактические действия, за совершение которых предъявлены обвинения (например, организация мероприятий для финансирования РПК), должны «в действительности, объективно и фактически» регулироваться МГП¹³⁷. На этот аргумент Кассационный суд Бельгии ответил, что «нет необходимости для каждого конкретного действия вооруженных сил во время вооруженного конфликта устанавливать, что данное действие в действительности, объективно и фактически подпадает под МГП»¹³⁸. Таким образом, суд, по всей видимости, согласился с аргументом Ван Стенберге, заключающимся в том, что для целей оговорки об исключении МГП должно считаться регулирующим все боевые действия или действия, наносящие ущерб противнику, а не только непосредственные военные операции. Как только установлено, что конкретное лицо является членом вооруженных сил, его действия по оказанию помощи вооруженной группе, которые не могут быть в прямой форме разрешены или запрещены МГП (например, приготовле-

132 См. основной текст, относящийся к примечанию 127 выше.

133 См. основной текст, относящийся к примечаниям 97–98 выше.

134 Canadian Criminal Code (примечание 79 выше), Sec. 83.01(1); см. основной текст, относящийся к примечанию 79 выше.

135 Мельцер, Н. (примечание 56 выше). Рекомендация II, с. 18, 30–41.

136 Ontario Superior Court of Justice, *Khawaja* (примечание 91 выше), paras 127–129.

137 Belgian Court of Cassation, *РПК*, 2018 (примечание 119 выше), pp. 7–8; Belgian Court of Cassation, *РПК*, 2020 (примечание 119 выше), pp. 10–12. Следует отметить, что вопрос о том, совпадают ли требование о наличии связи и материальная сфера применения МГП, и, соответственно, отличается ли этот аргумент стороны обвинения, касающийся материальной сферы применения МГП, от ее аргумента относительно наличия связи (см. основной текст, относящийся к примечанию 127 выше), является спорным; см.: М. Sassòli (примечание 11 выше), pp. 200–203.

138 Belgian Court of Cassation, *РПК*, 2020 (примечание 119 выше), pp. 11–12 (*перевод авторов*).

ние пищи или уборка), также должны считаться регулируемыми МГП¹³⁹. Но как насчет таких действий, как сбор денежных средств для (предполагаемой) террористической группы, совершаемых гражданскими лицами, как в рассматриваемом случае?

Многие преступления террористической направленности являются «косвенными» в том смысле, что они не обязательно должны иметь связь с конкретным физическим или «непосредственным» преступлением террористической направленности, таким как убийство в террористических целях или бомбовый терроризм¹⁴⁰. К таким косвенным преступлениям относятся участие в деятельности террористической группы и другие сопутствующие преступления (например, финансирование терроризма)¹⁴¹. Эти преступления, как представляется, выходят за пределы материальной сферы применения МГП. Например, сбор и перевод лицами, связанными с бельгийским отделением РПК, денежных средств для этой организации вряд ли можно назвать подпадающими под регулирование МГП¹⁴². Каким же тогда образом суды в деле РПК смогли прийти к выводу, что к таким действиям может быть применена оговорка об исключении?

Стоит вспомнить, что оговорка об исключении была сформулирована в контексте Конвенции о борьбе с *бомбовым* терроризмом. По меньшей мере в самом начале оговорка касалась конкретного преступления и применялась к прямому, физическому действию («приведение в действие или взрыв взрывного или иного смертоносного устройства»)¹⁴³, которое обычно также совершается вооруженными силами в ситуации вооруженного конфликта. Однако в Уголовном кодексе Канады, законе Новой Зеландии «О пресечении терроризма» и Рамочном решении ЕС «О борьбе с терроризмом», имплементированном в Уголовном кодексе Бельгии, ого-

139 Raphaël Van Steenberghe, “Droit international humanitaire et législation belge antiterroriste: L'article 141bis du Code pénal dans les dossiers syriens et kurdes”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 51, No. 1, 2018, pp. 282–284, 291–293.

140 См., например: Directive (EU) 2017/541 (примечание 3 выше), Art. 13.

141 См., в частности: *Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег*. Международные стандарты по противодействию отмыванию денег, финансированию терроризма и финансированию распространения оружия массового уничтожения, 2012 г., с. 15, рекомендация 5, доступно по адресу: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Russian.pdf>: «Странам... следует признать уголовным преступлением не только финансирование террористических актов, но также финансирование террористических организаций и отдельных террористов даже при отсутствии связи их действий с конкретным террористическим актом или актами». Такая позиция была поддержана Советом Безопасности ООН в нескольких резолюциях; см.: D. McKeever (примечание 35 выше), p. 61, fn. 124.

142 Ср.: J. Pejić (примечание 14 выше), p. 188. Более того, такие действия могут зачастую не являться основанием для привлечения отдельных лиц к уголовной ответственности за соучастие в военных преступлениях (или других международных преступлениях), в частности ввиду отсутствия причинно-следственной связи между действиями этих лиц и такими преступлениями. В частности, пособничество и подстрекательство обычно требуют внесения *существенного* вклада в совершение преступления или оказания *существенного* влияния на его совершение, см.: Manuel J. Ventura, “Aiding and Abetting”, in Jérôme de Hemptinne, Robert Roth and Elies van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

143 Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 2(1).

ворка об исключении приобрела «общий» характер. В них оговорка была распространена также на косвенную террористическую деятельность ненасильственного характера, в частности на «участие в деятельности террористической группы»¹⁴⁴. Несмотря на то что *группа лиц* по-прежнему должна действовать «сообща для совершения [непосредственных] преступлений террористической направленности»¹⁴⁵, лица, участвующие в деятельности террористической группы, не обязательно должны совершить физическое действие, которое бы образовывало состав непосредственного преступления террористической направленности. В деле РПК бельгийские суды мотивировали свое решение тем, что, устранив прямую связь с физическим действием, таким как бомбовый террористический акт, убийство или похищение людей, вышеуказанные нормативно-правовые акты более не требуют также и наличия прямой связи с «действиями вооруженных сил, регулируемые МГП», к которым должна была применяться оговорка об исключении. Тем не менее косвенная связь остается: оговорка применяется к физическим действиям, которые вооруженные силы совершают в контексте вооруженного конфликта и которые регулируются МГП. Такое исключение, в свою очередь, затрагивает косвенные преступления.

Территориальная сфера применения

Судья Резерфорд в деле Хаваджи и бельгийские суды в деле группировки Sharia4Belgium постановили, что в той части, в которой действия обвиняемых были совершены в странах, где вооруженный конфликт отсутствовал, они не подпадают под оговорку об исключении. В деле Хаваджи суды высшей инстанции не согласились с такой узкой трактовкой, поскольку оговорка требует только того, чтобы соответствующие действия были совершены «в ходе» вооруженного конфликта, но не гласит, что они должны иметь место в пределах зоны конфликта. В свою очередь, сделанному в деле группировки Sharia4Belgium выводу о территориальной сфере применения аналогичным образом противоречили судебные решения, вынесенные в деле РПК, поскольку судьи сфокусировались на том, где были совершены физические акты, которые предположительно делают РПК террористической группой.

Сторона обвинения утверждала, что РПК также совершила преступления террористической направленности за пределами территории воору-

144 EU Framework Decision on Combating Terrorism (примечание 25 выше), Art. 2; Directive (EU) 2017/541 (примечание 3 выше), Art. 4; Belgian Criminal Code (примечание 89 выше), Arts 139–140; Canadian Criminal Code (примечание 25 выше), Sec. 83.18; Terrorism Suppression Act (примечание 81 выше), Sec. 13. Упоминание о предшественнике этих преступлений можно найти в п. 3(c) ст. 2 Конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом, которым преступным признано содействие совершению бомбового террористического акта группой лиц, действующих с общей целью: E. J. Husabø and I. Bruce (примечание 21 выше), pp. 193–194.

145 См. нормы законодательства, указанные в примечании 144 выше для ЕС и Бельгии; ср.: Canadian Criminal Code (примечание 79 выше), Sec. 83.01(1)(a); Terrorism Suppression Act (примечание 81 выше), Sec. 13(1)(b) (но см. также пояснение, сделанное в примечании 88 выше).

женного конфликта. В частности, прокуратура представила обвинительные приговоры, вынесенные членам РПК за преступления террористической направленности судами Италии, Франции, Дании и Германии. Суд согласился с тем, что территориальная сфера применения МГП ограничивается территорией, контролируемой сторонами в конфликте, и территорией соседних государств, на которую время от времени конфликт перетекает¹⁴⁶. Если действия, представляющие собой непосредственные преступления террористической направленности, приписываемые РПК, были совершены в странах Западной Европы, РПК, в принципе, могла бы быть признана террористической группой¹⁴⁷. Однако во многих решениях иностранных судов, на которые ссылалась сторона обвинения, речь шла о косвенных преступлениях террористической направленности, таких как участие в деятельности террористической группы. Суд отказался принять эти решения во внимание как не имеющие значения для целей квалификации РПК в качестве террористической группы. Такая квалификация зависит исключительно от (умышленного) совершения непосредственных преступлений террористической направленности, перечисленных в статье 137 Уголовного кодекса Бельгии. Некоторые решения иностранных судов все же касались действий, образующих состав таких преступлений, например похищения людей или нападений с использованием «коктейлей Молотова». В части этих решений суд постановил, что в большинстве случаев не было установлено, что эти действия могут быть приписаны РПК. В целом суд не смог прийти к выводу о том, что РПК совершила или планировала совершить действия, образующие состав непосредственных преступлений террористической направленности, за пределами территории вооруженного конфликта, ограничивающей территориальную сферу применения МГП. Поэтому РПК не являлась террористической группой по смыслу Уголовного кодекса Бельгии¹⁴⁸.

Вывод кажется странным, но он логичен. Суд действительно применил оговорку об исключении к лицам, которые не являются членами вооруженных сил и чьи действия выходят за рамки материальной и территориальной сферы применения МГП. Однако, если оговорка об исключении может быть применена к основным (непосредственным) преступлениям, ее следует применять и к сопутствующим (косвенным) преступлениям¹⁴⁹. Но, как следует из выводов, сделанных канадскими судами в деле Хаваджи и Апелляционным судом в деле РПК, даже в таком случае сфера применения оговорки об исключении является ограниченной.

146 Суд руководствовался следующими источниками: ICTY, *Tadić* (примечание 7 выше), paras 67–70; Комментарий к ЖК I (примечание 9 выше), pp. 455–464.

147 Court of Appeal of Brussels, *PKK*, 2019 (примечание 119 выше), p. 36.

148 *Ibid.*, pp. 37–42.

149 См. также А. Сосо (примечание 27 выше), p. 435; Christopher K. Penny, “De-Conflicting Canada’s Anti-Terrorism Legislation: *Khawaja* and the Ongoing Challenges of the ‘Armed Conflict’ Exclusion”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 27, No. 2, 2009, p. 426.

Ограничения сферы применения оговорки об исключении

В деле Хаваджи канадские суды постановили, что обвиняемый не может воспользоваться оговоркой об исключении по двум причинам. Первая — его действия не соответствовали МГП. Поскольку бельгийская оговорка охватывает все действия вооруженных сил, «регулируемые» МГП, в бельгийском контексте этот аргумент не имеет значения¹⁵⁰. Вторая причина, по которой Хаваджа не смог воспользоваться оговоркой, заключалась в том, что его действия и деятельность группы Хиама не только не были связаны с вооруженным конфликтом в Афганистане, но еще и включали в себя планирование террористических атак вне этого контекста.

В деле РПК Апелляционный суд ограничил сферу применения оговорки об исключении схожим образом, но его аргументация более явным образом и исключительно зиждилась на *территориальной* сфере применения МГП. Суд постановил, что если члены соответствующей вооруженной группы совершают действия, которые образуют состав непосредственных преступлений террористической направленности, (также) за пределами зоны вооруженного конфликта, к этим действиям, а соответственно и к группе, уже не может быть применена оговорка об исключении. По всей видимости, суд вынес такое решение, ожидая появления в будущем новых дел с участием вооруженных групп, таких как ИГ, которые не ограничиваются совершением насильственных действий лишь в зоне вооруженного конфликта.

Акцент на территориальную сферу применения МГП, сделанный Апелляционным судом в деле РПК, по-своему спорен. Как было отмечено выше, бельгийские суды придерживаются традиционной позиции, заключающейся в том, что в ситуации НМВК нормы МГП применяются только к территории, контролируемой сторонами в конфликте, и к территории соседних государств, на которую может перетечь конфликт. В соответствии с такой позицией любые фактические террористические акты, совершенные за пределами этих территорий, могут послужить основанием для квалификации соответствующей вооруженной группы в качестве террористической. МККК добавил бы, что территориальная сфера применения МГП распространяется на государства, вовлеченные в НМВК экстерриториального характера¹⁵¹. Поскольку Канада была вовлечена в вооруженный конфликт с «Талибаном», а Бельгия — в вооруженный конфликт с ИГ, в силу такого подхода действия членов вооруженных сил «Талибана» или ИГ в связи с конфликтом, совершенные на территории Канады или Бельгии, все равно подпадали бы под оговорку об исключении¹⁵². Некоторые авторы, например Сассоли, идут дальше, чем МККК, утверждая, что для территориальной

150 Однако суды в своей практике, касающейся джихадистских групп, некорректно исходят из того, что соответствующие вооруженные группы не соблюдали МГП, что позволяет судам не признавать эти группы вооруженными силами (см. основной текст, относящийся к примечанию 112 выше).

151 Доклад МККК о вызовах 2015 г. (примечание 31 выше), с. 23.

152 См. также: С. К. Ренну (примечание 149 выше), pp. 424–425 (о вовлеченности Канады в конфликт в Афганистане и вовлеченности Соединенного Королевства в конфликт в Ираке).

сферы применения МПП в ситуациях НМВК не существует никаких принципиальных ограничений¹⁵³. Соответственно, МПП применяется по всему миру, к любым действиям, имеющим достаточную связь с конфликтом. Тем не менее «чем дальше от зоны НМВК происходят подлежащие регулированию действия, тем более прочную связь с НМВК они должны иметь»¹⁵⁴. Если действия не имеют связи с вооруженным конфликтом, они подпадают под действие не МПП, а «правоохранительной» парадигмы, в центре которой лежат права человека» и частью которой являются уголовно-правовые инструменты по борьбе с терроризмом¹⁵⁵. Если исходить из того, что соответствующие деяния имеют достаточную связь с конфликтом, точка зрения, согласно которой территориальная сфера применения МПП является, в принципе, неограниченной, в значительной степени подрывает сделанный Апелляционным судом вывод о территориальных пределах действия оговорки об исключении. Маловероятно, что бельгийские суды когда-либо займут такую позицию¹⁵⁶.

153 M. Sassòli (примечание 11 выше), pp. 187–190. См. также: Noam Lubell and Nathan Derejko, “A Global Battlefield? Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, No. 1, 2013; Marko Milanovic and Vidan Hadzi-Vidanovic, “A Taxonomy of Armed Conflict”, in Nigel D. White and Christian Henderson (eds), *Research Handbook on International Conflict and Security Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Jus post Bellum*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 288–292; Sasha Radin, “Global Armed Conflict? The Threshold of Extraterritorial Non-International Armed Conflicts”, *International Law Studies*, Vol. 89, 2013; Michael N. Schmitt, “Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict”, *International Law Studies*, Vol. 90, 2014. Подробнее об осторожной позиции относительно территориальной сферы применения МПП в ситуациях НМВК см.: Martha M. Bradley, “Expanding the Borders of Common Article 3 in Non-International Armed Conflicts: Amending Its Geographical Application through Subsequent Practice?”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 64, No. 3, 2017.

154 M. Sassòli (примечание 11 выше), p. 190.

155 Yuval Shany, “Human Rights and Humanitarian Law as Competing Legal Paradigms for Fighting Terror”, in Orna Ben-Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 13–15. Кроме как исключительно по техническим соображениям, погружаться в более широкие доктринальные дискуссии по этому вопросу нет необходимости; мы рассматриваем оговорку об исключении действий, совершенных в ситуации вооруженного конфликта, применение которой препятствует одновременному применению уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом и МПП.

156 Это так потому, что, помимо прочего, бельгийские суды руководствуются судебной практикой Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ), согласно которой в ситуациях НМВК нормы МПП применяются на всей территории сторон в конфликте. См., например: Court of Appeal of Brussels, *PKK*, 2019 (примечание 119 выше), pp. 35–36, в котором содержатся отсылки на: ICTY, *Tadić* (примечание 7 выше), paras 67–70. Несмотря на авторитетность этого источника, он в значительной степени не имеет отношения к делу, когда рассматривается вопрос о возможном экстерриториальном применении МПП в ситуациях НМВК, поскольку юрисдикция МТБЮ была территориально ограниченной. См.: Louise Arimatsu, “Territory, Boundaries and the Law of Armed Conflict”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 12, 2009, p. 187: «...единственным “территориальным вопросом”, требующим уточнения, было установление границ применения права в пределах государства; вопрос об экстерриториальном применении норм просто не рассматривался». См. также: S. Radin (примечание 153 выше), p. 719. Апелляционный суд также сослался на Комментарий к ЖК I (примечание 9 выше, pp. 455–464), который касается «внутренних вооруженных конфликтов немеждународного характера» и того, в какой степени сфера применения МПП распространяется за пределы театра военных действий в границах территории соответствующего государства, а не того, применяется ли МПП за пределами территории этого государства.

Где провести границу?

МГП не препятствует осуществлению государствами уголовного преследования за действия НВГ, будь то как за преступления террористической направленности или как за обычные преступления. Как представляется, по крайней мере с точки зрения международного права, таких препятствий не создает и какая-либо оговорка об исключении. Однако как только государства внесут оговорку об исключении в свое национальное законодательство, что, по нашему мнению, они должны сделать, она станет в императивном порядке регулировать взаимосвязь между нормами национального уголовного законодательства в области борьбы с терроризмом и МГП. Оговорка ограничивает то, в какой степени действия, совершенные в связи с вооруженными конфликтами, могут представлять собой преступления террористической направленности. Она не влияет на возможную квалификацию таких действий в качестве международных преступлений или обычных преступлений согласно национальному законодательству.

При этом мы согласны с Апелляционным судом Брюсселя в том, что НВГ, которая исключительно совершает насильственные акты в контексте вооруженного конфликта, не является для целей уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом террористической группой¹⁵⁷. В силу оговорки об исключении действия группы следует оценивать только в соответствии с МГП. За действия, разрешенные МГП, лица не должны преследоваться как за преступления террористической направленности. За действия, запрещенные МГП, следует преследовать как за военные преступления или — при соблюдении определенных условий — как за другие международные преступления, например преступления против человечности или геноцид. Такие действия членов вооруженных сил, как оказание помощи, следует также считать подпадающими под регулирование МГП. Если они в достаточной степени связаны с военными преступлениями, совершившие эти действия лица могут быть наказаны за такие преступления, например за пособничество и подстрекательство¹⁵⁸. Лица, которые физически не могли совершить преступление, но тем не менее несут ответственность за него, также не должны избежать правосудия. В международном уголовном праве используются широкие формы ответственности, например ответственность за совместную преступную деятельность или совместное совершение преступлений или ответственность командования. Они позволяют прокуратуре «широко раскинуть сети», охватив тех, кто «делегирует» или «поручает» совершение наиболее чудовищных преступных деяний другим лицам. В целом, этот подход позволяет сохранить

157 Court of Appeal of Brussels, *PKK*, 2019 (примечание 119 выше).

158 R. Van Steenberghe (примечание 139 выше), pp. 282–284, 291–293. Однако см. пояснение, сделанное в примечании 142 выше: многие виды действий, которые образуют состав косвенных преступлений террористической направленности, не могут быть увязаны с международными преступлениями в достаточной степени для того, чтобы можно было привлечь к уголовной ответственности отдельных лиц.

целостность МГП, способствуя выведению действий НВГ из-под уголовного преследования в качестве преступлений террористической направленности, в то время как лица, совершившие нарушения МГП, преследуются и привлекаются к ответственности за такие нарушения¹⁵⁹.

Мы также согласны с Апелляционным судом Брюсселя в том, что, если к основным деяниям оговорка об исключении не применяется, сопутствующие деяния также не могут быть квалифицированы в качестве преступлений террористической направленности¹⁶⁰. Если вооруженная группа совершает только насильственные действия, которые могут образовывать состав преступлений террористической направленности, в контексте вооруженного конфликта, простое участие в деятельности этой группы не является преступлением террористической направленности. Не имеющие связи с конфликтом действия, которые не могут быть приписаны группе лиц, такие как террористические атаки, совершенные за пределами географической зоны конфликта членами группы, действующими самостоятельно, не регулируются МГП и не подпадают под исключение. Если такие действия могут быть приписаны группе, возникает другой сценарий.

Мы согласны с канадским судом в деле Хаваджи и Апелляционным судом в деле РПК в том, что защита, предоставляемая оговоркой об исключении, прекращается, если группа совершает или намеревается совершить насилие «вне контекста вооруженного конфликта», будь то в географическом смысле (в этом случае оценка зависит от подхода к территориальной сфере применения МГП), либо в силу того, что соответствующие действия не имеют связи с вооруженным конфликтом, либо по обоим причинам. Во-первых, из этого следует, что если группы лиц, такие как группа Хиама или Sharia4Belgium, действуют сообща в целях совершения (непосредственных) преступлений террористической направленности также вне контекста вооруженного конфликта, они являются террористическими группами. По этой же причине НВГ (например, ИГ), являющаяся стороной в вооруженном конфликте, также является террористической группой и носит «двойственный характер»¹⁶¹. По нашему мнению, это справедливо для группы «как таковой» или «в целом», если только группа лиц, совершающая террористические акты вне контекста вооруженного конфликта, не может быть отделена от группы лиц, осуществляющей свою деятельность исключительно в контексте этого конфликта. Фактом остается то, что деяния, регулируемые МГП, не должны оцениваться в соответствии с уголовно-правовыми инструментами по борьбе с терроризмом, прежде всего для того, чтобы не допустить уголовного преследования лиц за действия, разрешенные МГП, как за преступления террористической направленности¹⁶². Как было отмечено выше, за действия, запрещенные МГП, следует преследовать

159 Ср.: S. Krähenmann (примечание 50 выше), p. 21.

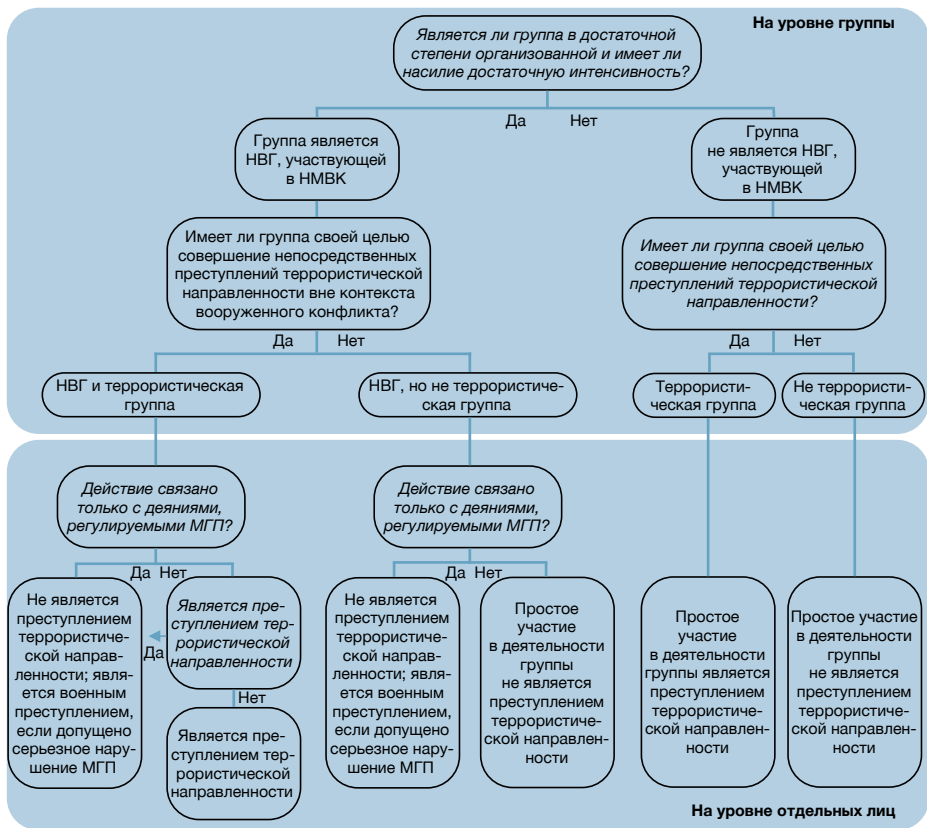
160 Court of Appeal of Brussels, РКК, 2019 (примечание 119 выше).

161 Ср.: H. Cuycens and C. Paulussen (примечание 68 выше), p. 562.

162 Там же.

как за военные преступления, а не как за преступления террористической направленности¹⁶³.

Не регулируемые МГП деяния, связанные с группами, которые носят двойственный характер, могут представлять собой преступления террористического характера. В частности, поскольку эти группы являются (также и) террористическими, их финансирование и вербовка в их ряды образуют состав (косвенных) преступлений террористической направленности. Единственным исключением является ситуация, когда такие действия связаны только с деяниями, регулируемыми МГП. В подобной ситуации, и если соответствующие деяния разрешены МГП, содействующие им лица



не должны преследоваться за преступления террористической направленности. Если же они содействуют исключительно действиям, запрещенным МГП, эти лица могут преследоваться за военные преступления. Диаграмма, описывающая применение оговорки об исключении, приведена на рис. 1.

163 См. основной текст, относящийся к примечанию 33 выше, и ссылки, приведенные в примечании 33.

Рис. 1. Применение оговорки об исключении

Если лица совершили военные преступления (или другие международные преступления), их следует преследовать за эти фактически совершенные преступления, а не за косвенные преступления террористической направленности. Как было отмечено выше, это делает применение МПП более эффективным. Кроме того, «признав и назвав эти преступления тем, чем они являются»¹⁶⁴, суды смогут привлечь лиц, совершивших такие преступления, к полной уголовной ответственности, вынося индивидуально сформулированные приговоры, разоблачить совершенные жестокие действия, а также установить личности жертв этих преступлений и взаимодействовать с ними¹⁶⁵. Однако, например, в Бельгии применение оговорки об исключении, к сожалению, не сопровождалось эффективным применением МПП в форме уголовного преследования за военные преступления, в частности в контексте конфликта в Сирии¹⁶⁶. Как следствие, существует риск того, что оговорка об исключении будет восприниматься как препятствующая уголовному преследованию за предполагаемые преступления террористической направленности просто из-за их связи с вооруженным конфликтом. Эта «защитная» функция оговорки может быть особенно досадной для стороны обвинения, поскольку вину в совершении многих косвенных преступлений террористической направленности (например, в участии в деятельности террористической группы) относительно легко доказать. Кроме того, расследования преступлений террористической направленности зачастую открывают доступ к более широким следственным полномочиям, что может сделать национальное уголовное законодательство в области борьбы с терроризмом «более привлекательным, чем нормы права о военных преступлениях, в качестве способа борьбы с преступниками, совершившими акты терроризма»¹⁶⁷. Вину в совершении военных преступлений, с другой стороны, зачастую значительно сложнее доказать, поскольку они совершаются на (находящемся вдали) поле боя, доступ на которое получить невозможно, а собирать доказательства приходится в непомерно трудных условиях¹⁶⁸. Тем не менее усилия, при-

164 Eurojust and Network for Investigation and Prosecution of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes (Genocide Network), *Cumulative Prosecution of Foreign Terrorist Fighters for Core International Crimes and Terrorism-Related Offences*, The Hague, May 2020, p. 3, доступно по адресу: www.eurojust.europa.eu/cumulative-prosecution-foreign-terrorist-fighters-core-international-crimes-and-terrorism-related.

165 Ibid., pp. 3–5, 26; сравните с аргументом в пользу «индивидуализированного подхода», предложенным Х. Кёйккенс и К. Паулюссеном (H. Cuyckens and C. Paulussen (примечание 68 выше)).

166 Имеются в виду нормы МПП, имплементированные в Уголовном кодексе Бельгии (Belgian Criminal Code (примечание 89 выше), Title Ibis). См. также: T. Ruys and S. Van Severen (примечание 51 выше), p. 538; R. Van Steenberghe (примечание 139 выше), pp. 292–293.

167 UNODC (примечание 34 выше), p. 104.

168 T. Ruys and S. Van Severen (примечание 51 выше), pp. 532–533; R. Van Steenberghe (примечание 139 выше), pp. 283–284, 293. См. также: Christophe Paulussen and Kate Pitcher, “Prosecuting (Potential) Foreign Fighters: Legislative and Practical Challenges”, ICCT Research Paper, International Centre for Counter-Terrorism, The Hague, January 2018, pp. 26–30, доступно по адресу: <https://icct.nl/publication/prosecuting-potential-foreign-fighters-legislative-and-practical-challenges>.

лагаемые в ряде европейских государств в связи с конфликтом в Сирии, показывают, что, несмотря на такие сложные обстоятельства, уголовное преследование за военные преступления возможно¹⁶⁹, если государства приложат дополнительные усилия (выделят для этого больше времени, специалистов, средств и трудовых ресурсов).

И наконец, мы хотели бы оценить, какой из вариантов оговорки предпочтителен: стандартная оговорка об исключении, имплементированная в Бельгии, или альтернативный вариант, как в Канаде или Новой Зеландии? Во-первых, тогда как стандартная оговорка распространяется лишь на действия «вооруженных сил», альтернативная оговорка не ограничивает свою сферу применения по кругу лиц. Несомненно, наиболее важно исключить из сферы применения уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом действия вооруженных сил. Тем не менее мы полагаем, что, поскольку МГП не ограничивает свою сферу применения по кругу лиц, то же самое должна делать и оговорка об исключении. Это означает, что гражданские лица, чьи действия регулируются МГП, тоже будут иметь возможность воспользоваться оговоркой. Требование о том, что соответствующие действия должны иметь достаточную связь с вооруженным конфликтом (и которому действия гражданских лиц удовлетворяют гораздо реже)¹⁷⁰, обеспечивает, чтобы действия, которые должны подпадать под сферу применения уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом, продолжали подпадать под нее. Кроме того, избегание термина «вооруженные силы» в оговорке об исключении также позволяет избежать вышеописанной двусмысленности этого термина.

Во-вторых, тогда как бельгийская оговорка применяется ко всем действиям, «регулируемым» МГП, канадская и новозеландская оговорки требуют, чтобы действия были совершены «в соответствии с» МГП. Подчеркнем еще раз, что, несомненно, наиболее важно исключить из сферы применения уголовно-правовых инструментов по борьбе с терроризмом действия, совершенные в соответствии с МГП. Тем не менее это требование может привести к путанице относительно того, могут ли члены НВГ, которым МГП не предоставляет право участвовать в военных действиях, действовать «в соответствии с» МГП¹⁷¹. Даже если согласиться с тем, что это возможно, подобная оговорка может переключить дискуссию на вопрос о том, соблюдается ли МГП соответствующей вооруженной группой. Строго

169 См., например: Eurojust and Genocide Network (примечание 164 выше), pp. 16–24.

170 См., например: ICTY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgment (Appeals Chamber), 12 June 2002, para. 59: «При установлении того, в достаточной ли степени соответствующее деяние связано с вооруженным конфликтом, [можно] принять во внимание, среди прочего, следующие факторы: то, что совершившее деяние лицо является комбатантом; то, что жертва имеет отношение к противостоящей стороне; то, что деяние можно назвать служащим достижению конечной цели военной кампании; и то, что преступление совершено в рамках или в контексте официальных функций совершившего его лица».

171 См., например: Court of First Instance of the Hague, *Context* case (примечание 47 выше), paras 7.19–7.44.

говоря, незначительные нарушения МГП, совершенные группой лиц, могут быть достаточными для того, чтобы утверждать, что она не должна иметь возможности воспользоваться оговоркой об исключении¹⁷². Однако, как пояснялось выше, согласно МГП значение имеет то, обладает ли группа организационными возможностями соблюдать МГП. Если она такие возможности имеет, но не соблюдает МГП, лица, ответственные за нарушения, могут и должны преследоваться за военные преступления, а не за преступления террористической направленности.

Мы приходим к выводу, что сфера применения оговорки об исключении не должна ограничиваться ни действиями вооруженных сил (как в Бельгии), ни действиями, совершаемыми в соответствии с МГП (как в Канаде и Новой Зеландии). Другими словами, уголовно-правовые инструменты по борьбе с терроризмом должны содержать оговорку об исключении, предусматривающую, что они не применяются к действиям, которые регулируются МГП.

172 С. К. Ренну (примечание 149 выше), pp. 418–419.

