

Коллизии между нормами МГП и права в области борьбы с терроризмом в связи со статусом бойцов- иностранцев: аргументация в пользу кумулятивного преследования (при наличии такой возможности)

Ханна Кёйккенс

Д-р Ханна Кёйккенс — доцент кафедры международного права
в Лейденском университетском колледже.

Эл. адрес: h.cuyckens@luc.leidenuniv.nl.

Аннотация

Современных бойцов-иностранцев (иностранцев боевиков) зачастую принято относить к так называемым группам двойственной природы,

которые могут одновременно быть признаны как негосударственными вооруженными группами, участвующими в немеждународном вооруженном конфликте, так и террористической организацией. Таким образом, при оценке правомерности действий бойцов-иностранцев могут одновременно применяться положения международного гуманитарного права и нормы законов о борьбе с терроризмом. Тем не менее подход, при котором выбор делается в пользу норм контртеррористического законодательства, постепенно получает все более широкое распространение. В настоящей статье приводятся доводы, свидетельствующие о том, что при осуществлении судебного преследования необходимо по возможности учитывать положения обоих правовых режимов, а также о том, что оптимальным вариантом организации такого кумулятивного преследования является преследование внутригосударственным судом в стране происхождения обвиняемых.

Ключевые слова: бойцы-иностранцы, иностранные боевики, борьба с терроризмом, международное гуманитарное право, кумулятивное преследование.



Введение: бойцы-иностранцы (иностранные боевики) как сложное и многоаспектное явление

В 2014 году примерно 12 тысяч человек из более чем 80 стран отправились в Сирию, чтобы вступить в ряды таких групп, как «Джабхат ан-Нусра» и «Исламское государство Ирака и Леванта» (ИГИЛ) (обе организации запрещены в России. — Прим. пер.), и принять участие в охватившем эту страну гражданском вооруженном конфликте¹. В самый разгар конфликта, в 2015 году, общая численность таких участников, прибывших из более чем 100 стран мира, достигала почти 30 тысяч человек². Общее число мужчин, женщин и детей, отправившихся в Сирию и Ирак из стран Западной Европы, оценивается примерно в 5 тысяч человек³. При этом, по имеющимся данным, с тех пор обратно в страны происхождения вернулись около 30 процентов всех европейских бойцов-иностранцев⁴. После поражения

1 Richard Barrett, “Foreign Fighters in Syria”, Soufan Group, June 2014, доступно по адресу: <https://www.jstor.org/stable/resrep10783>, p. 9 (все ссылки на интернет-ресурсы приводятся по состоянию на август 2021 г.).

2 Soufan Group, “Foreign Fighters: An Updated Assessment of the Flow of Foreign Fighters into Syria and Iraq”, Report, December 2015, доступно по адресу: <http://www.jstor.org/stable/resrep10784.3>, p. 5.

3 Ibid., p. 5. См. также: Thomas Renard and Rik Coolsaet (eds), “Returnees: Who Are They, Why Are They (Not) Coming Back and How Should We Deal with Them: Assessing Policies on Returning Foreign Terrorist Fighters in Belgium, Germany and the Netherlands”, *Egmont Royal Institute for International Relations*, 2018, доступно по адресу: https://www.egmontinstitute.be/content/uploads/2018/02/egmont.papers.101_online_v1-3.pdf?type=pdf, p. 3.

4 Amandine Scherrer, “The Return of Foreign Fighters to EU Soil: Ex Post Evaluation”, *European Parliamentary Research Service Study*, доступно по адресу: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS_STU\(2018\)621811_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS_STU(2018)621811_EN.pdf), Part I, p. 5.

ИГИЛ все не вернувшиеся лица считаются погибшими или заключенными в тюрьмах Сирии или Ирака⁵. Последние по-прежнему представляются серьезной угрозой для безопасности, и государства, судя по всему, прилагают все усилия для того, чтобы не допустить возвращения так называемых бойцов-иностранцев и членов их семей в их страны происхождения⁶. Даже если оставить за скобками вопрос о том, действительно ли такая стратегия является наиболее выигрышной с точки зрения обеспечения национальной безопасности⁷, нельзя не учитывать, что в результате применения подобного подхода многие из этих бойцов-иностранцев, и в первую очередь заключенные сирийских лагерей, просто остаются там, где оказались, и в их отношении не принимаются никакие дальнейшие меры⁸. Автор настоящей статьи считает, что крайне необходимо приложить все усилия для передачи таких бойцов-иностранцев в руки правосудия, причем желательно, чтобы судебные процессы происходили в странах их происхождения⁹. Впрочем, задача судебного преследования (вернувшихся) бойцов-иностранцев сопряжена с немалыми трудностями, причем одним из главных отягчающих факторов является сложный характер взаимосвязи между международным гуманитарным правом (МГП) и правом в области борьбы с терроризмом.

В системе международного права сегодня не существует единого определения для такого понятия, как «бойцы-иностранцы» или «иностранцы боевики». В целях настоящей статьи мы будем использовать следующее определение авторства Сандры Креенман: «это лица, которые [уехали] из [своей] страны происхождения или постоянного проживания для того, чтобы вступить в ряды негосударственной вооруженной группы, участвующей в вооруженном конфликте в другой стране, руководствуясь в первую очередь соображениями идеологии, религии и/или кровного родства»¹⁰.

5 Trudy Govier and David Boutland, “Dilemmas Regarding Returning ISIS Fighters”, *Ethics & Global Politics*, Vol. 13, No. 2, 2020, p. 93.

6 “ISIS Foreign Fighters After the Fall of the Caliphate”, *Armed Conflict Survey*, Vol. 6, 2020, p. 26.

7 Есть основания полагать, что некоторые из этих бойцов-иностранцев смогли бежать и теперь возвращаются на родину. См., например: Frank Gardner, “IS Prisoner Issue a Ticking Timebomb for the West”, *BBC News*, доступно по адресу: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-53428928>. Автор настоящей статьи придерживается мнения о том, что контролируемое возвращение таких лиц является более предпочтительным с точки зрения защиты национальной безопасности, особенно в долгосрочной перспективе. По этому вопросу см. также: Tanya Mehra and Christophe Paulussen, “The Repatriation of Foreign Fighters and Their Families: Options, Obligations, Morality and Long-term Thinking”, *ICCT Perspective*, 6 March 2019, доступно по адресу: <https://icct.nl/publication/the-repatriation-of-foreign-fighters-and-their-families-options-obligations-morality-and-long-term-thinking/>; “ISIS Foreign Fighters After the Fall of the Caliphate” (примечание 6 выше), p. 23.

8 Статус бойцов-иностранцев, которые содержатся в тюрьмах Ирака, несколько отличается, поскольку ряд из них действительно подвергаются уголовному преследованию со стороны Ирака за преступления, совершенные в то время, когда они состояли в рядах ИГИЛ, хотя эти судебные процессы и вызывают некоторые вопросы. См., например: Margaret Coker and Falih Hassan, “A 10-Minute Trial, a Death Sentence: Iraqi Justice for ISIS Suspects”, *The New York Times*, 17 April 2018, доступно по адресу: <https://www.nytimes.com/2018/04/17/world/middleeast/iraq-isis-trials.html>.

9 По этому вопросу см. также, например: T. Mehra and C. Paulussen (примечание 7 выше).

10 Sandra Krähenmann, “Foreign Fighters under International Law”, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Academy Briefing No. 7, 2014, p. 6.

Это определение было выбрано потому, что, на взгляд автора этой статьи, оно наилучшим образом отражает те аспекты этого явления, которые существуют на сегодняшний день.

Если расценивать бойцов-иностранцев просто как лиц, которые стали членами негосударственной вооруженной группы в ходе зарубежного вооруженного конфликта, то их действия по определению также следует оценивать исходя из норм МГП. Необходимость применения МГП особенно очевидна в тех случаях, когда речь идет про лицо, выполняющее постоянные боевые функции в составе негосударственной вооруженной группы, то есть «лицо, завербованное, обученное и снаряженное такой группой для того, чтобы на постоянной основе принимать непосредственное участие в военных действиях за эту группу»¹¹. Однако в случае тех, кто просто связан с вооруженной группой, но не выполняет боевые функции, задача несколько осложняется. Для того чтобы понять, действительно ли их действия подпадают под нормы МГП, особенно в контексте уголовной ответственности, необходимо доказать наличие связи между этими действиями и вооруженным конфликтом (см. ниже).

Впрочем, несмотря на все более активное обращение к нормам МГП в контексте проблемы бойцов-иностранцев, действия таких лиц по-прежнему рассматриваются через призму борьбы с терроризмом. Использование Организацией Объединенных Наций и Европейским союзом понятия «иностранцы-боевики-террористы» в своих программных документах на данную тему является наглядным свидетельством того, что в основе этих документов лежат в первую очередь нормы права в области борьбы с терроризмом¹². Как отмечает Креенман, использование понятия «иностранцы-боевики-террористы» в резолюции 2178 (2014) Совета Безопасности ООН явно приводит к «размыванию границ [между МГП и правом в области борьбы с терроризмом] на уровне риторики»¹³. ЕС действует примерно в том же духе, «используя понятия “бойцы-иностранцы”, “иностранцы-боевики-террористы” и “террористы” почти как синонимы»¹⁴. Международный Комитет Красного Креста (МККК) неоднократно и недвусмысленно привлекал внимание к этой проблеме, отмечая, что подобный решительный контртеррористический дискурс во многом содействовал размыванию гра-

11 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. 39. Более подробную оценку вопроса об установлении членства см., например: R. E. Vanlandingham, “Meaningful Membership: Making War a Bit More Criminal”, *Cardozo Law Review*, Vol. 35, No. 1, 2013, pp. 120–128.

12 См., например, соответственно: резолюция 2178 Совета Безопасности ООН от 24 сентября 2014 г.; “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”, *Official Journal of the European Union*, L 88/6, 31 March 2017.

13 Sandra Krähenmann, “The Interplay Between International Humanitarian Law, Terrorism and the ‘Foreign Terrorist Fighter’ Regime”, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, Vol. 112, 2018, p. 309.

14 Bibi van Ginkel and Eva Entenmann (eds), “The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union: Profiles, Threats & Policies”, *ICCT Research Paper*, April 2016, доступно по адресу: https://icct.nl/app/uploads/2016/03/ICCT-Report_Foreign-Fighters-Phenomenon-in-the-EU_1-April-2016_including-AnnexesLinks.pdf, p. 13.

ницы между вооруженным конфликтом и терроризмом, что может иметь потенциально отрицательное воздействие на МГП¹⁵.

В настоящей статье предлагаются краткий обзор сложной системы взаимоотношений между МГП и правом в области борьбы с терроризмом и анализ влияния этих взаимоотношений на подходы к квалификации деятельности бойцов-иностранцев. Затем мы перейдем к вопросу о судебном преследовании (возвращающихся) бойцов-иностранцев, который является центральным элементом настоящего анализа. При рассмотрении вопроса о судебном преследовании мы начнем с краткой справки на тему возможностей международного уголовного преследования и перспектив для организации преследования на национальном уровне в самом регионе, то есть в Сирии и Ираке. Вторая часть статьи будет посвящена судебному преследованию со стороны государств происхождения вообще и государств ЕС в частности. Такой выбор предмета для анализа был сделан в силу двух основных причин. Во-первых, контекст ЕС представляет особый интерес, поскольку позволяет сравнить ситуацию в двух разных государствах, принадлежащих к общей системе, которая стремится унифицировать подходы к назначению уголовного наказания в целом, а также к криминализации статуса бойцов-иностранцев в частности¹⁶. Во-вторых, это тот контекст, о котором автор настоящей статьи осведомлена наилучшим образом, поскольку именно ему было посвящено ее предыдущее исследование¹⁷. В заключение в статье будет сделан вывод о том, что эффективное судебное преследование бойцов-иностранцев за совершенные ими преступления является чрезвычайно важной задачей, в рамках которой следует должным образом учитывать нормы всех применимых правовых режимов.

Сложный характер взаимосвязи между международным гуманитарным правом и борьбой с терроризмом и влияние этой взаимосвязи на статус бойцов-иностранцев

Характер взаимосвязи между правом в области борьбы с терроризмом и МГП всегда был непростым, а события 11 сентября 2001 года лишь привели к дальнейшему размыванию границы между этими двумя правовыми

15 МЖКК. Международное гуманитарное право и вызовы современных вооруженных конфликтов, XXXII Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца, Женева, Швейцария, 8–10 декабря 2015 г., доступно по адресу: <https://www.icrc.org/ru/document/mezhdunarodnoe-gumanitarnoe-pravo-i-vyzovy-sovremennyh-vooruzhennykh-konfliktov>, с. 28–29 (далее — Доклад МЖКК о вызовах вооруженных конфликтов, 2015 г.).

16 По данному вопросу см.: Eurojust/the Genocide Network, “Cumulative Prosecution of Foreign Terrorist Fighters for Core International Crimes and Terrorism-Related Offences”, May 2020, p. 5 (далее Eurojust Genocide Network Report on Cumulative Prosecution), доступно по адресу: <https://www.eurojust.europa.eu/cumulative-prosecution-foreign-terrorist-fighters-core-international-crimes-and-terrorism-related>, p. 7.

17 В настоящей статье использован материал: 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, 2019, pp. 537–565.

режимами¹⁸. Возникновение такого явления, как бойцы-иностранцы, на практике способствовало усилению уже существующих разногласий. В ситуации, когда люди вступают в группу, которая в целом квалифицируется как террористическая (например, ИГИЛ) и одновременно является стороной в вооруженном конфликте, возрастает вероятность того, что их действия будут подпадать под нормы как МГП, так и права в области борьбы с терроризмом, что осложнит выбор того или иного правового режима и его применимости в отношении конкретных фактов¹⁹. Таким образом, в подобных случаях очень важно четко разграничивать характер взаимосвязи между МГП и правом в области борьбы с терроризмом. Для этого следует сперва кратко перечислить те факторы, которые осложняют эту взаимосвязь в целом. Затем в статье тезисно описывается влияние этих факторов на бойцов-иностранцев и на то, как квалифицируются их действия, — в частности.

Сложный характер взаимосвязи между международным гуманитарным правом и борьбой с терроризмом: краткий обзор

Прежде чем перейти к оценке особого характера взаимосвязи между правом в области борьбы с терроризмом и МГП, следует дать краткое определение самого понятия борьбы с терроризмом. Вопрос о том, можно ли считать ее отдельной отраслью международного права, как, например, МГП, в настоящее время остается открытым. В большинстве случаев принято ссылаться на систему норм в области борьбы с терроризмом, включающую в себя 19 международных договоров и многочисленные региональные договоры, которые касаются определенных действий, традиционно ассоциируемых с терроризмом (например, угон воздушного судна, бомбовый терроризм или захват заложников)²⁰. Переговоры по поводу проекта всеобъемлющей конвенции о борьбе с терроризмом ведутся уже давно, но принять ее пока не удается. Одной из главных причин, по которым эти переговоры до сих пор не увенчались успехом, является невозможность прийти к согласию относительно взаимосвязи между МГП и правом в области борьбы с терроризмом²¹. Еще одна проблема, которая препятствует принятию такой конвенции и осложняет реализацию норм в области борьбы с терроризмом в целом, заключается в отсутствии единого и общепризнанного определения

18 Ben Saul, "Terrorism and International Humanitarian Law", in Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, p. 209.

19 David McKeever, "International Humanitarian Law and Counter-Terrorism: Fundamental Values, Conflicting Obligations", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, No. 1, 2020, p. 48.

20 D. McKeever (примечание 19 выше), p. 44. См. также: Гасцер, Ханс-Петер, «Террористические акты, "терроризм" и международное гуманитарное право» // Международный журнал Красного Креста. Т. 84, № 847, 2002. С. 240; 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, pp. 853–854.

21 D. McKeever (примечание 19 выше), p. 43. По этому вопросу см. также, в частности: 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. 1043.

терроризма²². Не существует и конкретного международного преступления, которое могло бы быть охарактеризовано как терроризм²³. В конвенциях и иных соглашениях о борьбе с терроризмом просто «приводится перечень действий, которые, как правило, связываются с терроризмом и подлежат криминализации и уголовному преследованию со стороны государств-сторон (...)»²⁴. При оценке системы норм в области борьбы с терроризмом важно также упомянуть значимость резолюций Совета Безопасности ООН как источника контртеррористических норм²⁵.

Поскольку и вооруженные конфликты, и терроризм нередко сопровождаются актами насилия, совершаемыми негосударственными вооруженными субъектами, сам собой напрашивается вывод о том, что между МГП и правом в области борьбы с терроризмом существует «естественная связь»²⁶. Таким образом, все трудности при анализе их взаимосвязи обусловлены главным образом тем фактом, что акты насилия являются предметом регулирования для обоих правовых режимов, которые при этом опираются на очень разную аргументацию. В результате некоторые их нормы частично дублируют друг друга, а между некоторыми возникает явный конфликт. Креенман по этому поводу говорит следующее: «Поверхностное сходство отвлекает нас от существенных концептуальных различий между актами насилия в ходе вооруженных конфликтов и вне их, а также от расхождений между правовыми режимами, которые их регламентируют»²⁷. Главное различие заключается в том, что МГП не запрещает все акты насилия. То есть, если в основе МГП лежит принцип дифференциации правомерных и неправомерных актов насилия, то все акты насилия, расцениваемые как террористические, считаются преступлением²⁸. Таким образом, очень важно четко определить характер взаимосвязи между этими двумя правовыми режимами и разграничить их нормы таким образом, чтобы избежать размыывания границ и, как следствие, возникновения противоречий.

В целях предупреждения конкретного риска дублирования норм необходимо включить в международные конвенции о борьбе с террориз-

22 Moira Macmillan, “The UN Foreign (Terrorist) Fighter Regime and International Criminal Law”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 112, 2018, p. 311. См. также: Sandra Krähenmann, “Legal Framework Addressing Terrorism and Counter-Terrorism”, *Proceedings of the Bruges Colloquium*, 20–21 October 2016, *Collegium*, No. 47, Autumn 2017, p. 19; *Tacsep*, X.-II. (примечание 20 выше), с. 242–243.

23 M. Macmillan (примечание 22 выше), p. 312.

24 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, p. 80.

25 D. McKeever (примечание 19 выше), p. 46. Об оценке рисков и преимуществ резолюций СБ ООН как источника международных правовых обязательств для государств — членов ООН в отношении иностранных боевиков (террористов) см.: D. DeBartolo, “Security Council ‘legislation’ on Foreign (Terrorist) Fighters”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 112, 2018, pp. 303–306.

26 S. Krähenmann (примечание 13 выше), p. 307.

27 Ibid.

28 T. Ferraro, “Interaction and Overlap Between Counter-Terrorism Legislation and International Humanitarian Law in Terrorism”, *Proceedings of the Bruges Colloquium*, 20–21 October 2016, p. 28.

мом положения, регулирующие взаимосвязь с МГП²⁹. Как справедливо отметил Ферраро: «Наличие такого положения имеет огромное значение, так как оно позволит как сохранить единообразие и аргументацию МГП, так и избежать двусмысленности и неверных толкований, подрывающих статус МГП». Как уже отмечалось выше, именно необходимость включить такое положение стала одним из главных факторов, препятствующих принятию всеобъемлющей конвенции о борьбе с терроризмом в международном масштабе (см. выше). Впрочем, такие положения уже фигурируют в других международных и региональных контртеррористических документах. В Директиве ЕС 2017/541, в частности, говорится, что

она не регламентирует действия вооруженных сил в ходе вооруженного конфликта, регулируемые нормами международного гуманитарного права в значении этих терминов, предусмотренных данным правом, а также действия вооруженных сил государства, осуществляемые в рамках выполнения их официальных обязанностей, в той мере, в которой они регулируются другими нормами международного права³⁰.

Несмотря на то что мы не будем углубляться в детали так называемых оговорок об исключении³¹, полностью обойти вниманием дискуссии по поводу точного охвата этих оговорок нельзя по причине их безусловной важности. В частности, особый интерес представляет вопрос о том, действительно ли оговорка об исключении может также распространяться на ситуации немеждународных вооруженных конфликтов и, соответственно, применяться в отношении негосударственных вооруженных групп. В качестве иллюстрации этих споров на конкретных примерах судебной практики представляется интересным сравнить подходы Нидерландов и Бельгии к этому вопросу: суды Нидерландов склонны считать, что действие такой оговорки не распространяется на негосударственные вооруженные группы, тогда как Бельгия явно придерживается позиции о том, что она может применяться в отношении негосударственных вооруженных групп³². Все эти споры в конечном счете так или иначе связаны с трактовкой понятия «вооруженные силы» в том понимании, в котором оно используется в оговорке об исключении. Суд Нидерландов при рассмотрении дела, которое

29 T. Ferraro, "Interaction and Overlap Between Counter-Terrorism Legislation and International Humanitarian Law in Terrorism", *Proceedings of the Bruges Colloquium*, 20–21 October 2016, p. 30.

30 EU directive 2017/541 (примечание 12 выше), preambular clause 37.

31 По данному вопросу см., в частности: Ван Пуке, Томас, Вербрюгген, Франк и Иперман, Вард. Преступления террористической направленности и международное гуманитарное право: оговорка об исключении действий, совершенных в ситуации вооруженного конфликта (в этом номере Международного журнала Красного Креста).

32 Ср.: *Prosecutor v. Imane B. et al.* (District Court of The Hague, 10 December 2015), §§7.37–7.44 with *Rechtbank van eerste aanleg (Antwerpen)*, Vonnis, 11 February 2015, p. 31 (*Sharia4Belgium case*); Hof van Beroep (Brussels), *Beslissing van de Kamer van Inbeschuldigingstelling*, 14 September 2017 (PKK indictment). См. также дальнейшее обсуждение вопроса о том, распространяется ли оговорка об исключении только на вооруженные силы государства: Marten Zwanenburg, "Foreign Terrorist Fighters in Syria: Challenges of the 'Sending' State", *International Law Studies*, Vol. 92, No. 1, 2016, pp. 226–227.

было названо «Контекст» (по названию следственной операции), по данному вопросу постановил, что буквальное толкование понятия «вооруженные силы» означает «вооруженные силы государства» и что организованные вооруженные группы, как правило, обозначаются именно так³³ и не именуется «вооруженными силами». Соответственно, суд Нидерландов пришел к заключению о том, что использование понятия «вооруженные силы» означает исключение действий вооруженных сил из сферы применения контртеррористического законодательства³⁴. При этом аргументация судов Бельгии по делам *Sharia4Belgium* и Рабочей партии Курдов явно свидетельствует о том, что Бельгия допускает применение оговорки об исключении в отношении как государственных вооруженных сил, так и негосударственных вооруженных групп³⁵. Следует отметить, что Бельгия, в отличие от Нидерландов, сделала оговорку об исключении частью своего национального уголовного законодательства, однако принятая ею формулировка очень схожа с формулировкой ЕС, в которой также содержится упоминание «вооруженных сил», поэтому можно сделать вывод о том, что разница в подходах обусловлена не особенностями редакции бельгийской оговорки³⁶.

Трудности, возникающие при попытках четко обозначить характер взаимосвязи между двумя правовыми режимами, вызваны также отсутствием единого общепринятого определения терроризма³⁷. В целом отсутствие такого определения создает благоприятную почву для злоупотреблений, поскольку в результате решение о том, кого следует считать террористами, остается в исключительном ведении государств³⁸. Таким образом, сегодня нет никаких механизмов, которые препятствовали бы попыткам государств воспользоваться в своих интересах правовой неопределенностью, возникающей в результате неспособности утвердить единое

33 *Prosecutor v. Imane B. et al.* (примечание 32 выше), paras 7.38 and 7.40.

34 *Ibid.*, para. 7.39.

35 *Sharia4Belgium* case и *PKK* indictment (примечание 32 выше). См. также: O. Venet, “Infractions terroristes et droit humanitaire: l’article 141bis du Code pénal”, *Journal des tribunaux*, No. 6387, March 2010, p. 169; V. Koutroulis, “Le jugement du Tribunal correctionnel d’Anvers dans l’affaire dite « Sharia4Belgium » et l’article 141bis du Code pénal belge”, in A. Jacobs and D. Flore (eds), *Les Combattants étrangers en Syrie*, L’Harmattan, Paris, 2005, p. 88; T. Ruys and S. Van Severen, “Art. 141bis Sw. — Vervolging tussen hamer en aambeeld van terreurbestrijding in internationaal humanitair recht”, *Rechtskundig Weekblad*, 2018–19, no. 14, p. 531; J. Wouters and T. Van Poucke, “Van strijdkrachten, terroristen en het Belgisch strafrecht (noot onder Brussel, 14 september 2017)”, *Rechtskundig Weekblad*, 2018–19, No. 14, p. 1617.

36 Среди государств — членов ЕС помимо Бельгии такую оговорку включила в свое национальное законодательство только Республика Ирландия; см.: T. Van Poecke, “The IHL Exclusion Clause, and why Belgian Courts Refuse to Convict PKK Members for Terrorist Offences”, *EJIL: Talk!*, 20 March 2019, доступно по адресу: <https://www.ejiltalk.org/author/thomasvanpoecke/>.

37 M. Macmillan (примечание 22 выше), p. 311. См. также: S. Krähenmann (примечание 22 выше), p. 19; Julia Geneuss, “The Legal Limbo of Counter-Terrorism Criminal Law and Armed Conflict. Anti-Regime and Anti-IS (Foreign) Fighters Before European Courts”, *European Criminal Law Review*, Vol. 10, 2020, p. 342.

38 B. van Ginkel, “The New Security Council Resolution 2178 on Foreign Terrorist Fighters: A Missed Opportunity for a Holistic Approach”, *ICCT Perspectives*, 4 November 2014, доступно по адресу: <https://icct.nl/publication/the-new-security-council-resolution-2178-on-foreign-terrorist-fighters-a-missed-opportunity-for-a-holistic-approach/>.

определение³⁹. При наличии единого четкого определения национальные органы обвинения уже не смогли бы использовать расплывчатые и чрезмерно широкие определения терроризма, принятые в их странах, чтобы, например, заставить замолчать политических оппонентов⁴⁰. Схожая проблема связана с отсутствием надлежащих определений для таких понятий, как «террористическая группа» и «террористическая организация», поскольку это приводит к возникновению множества разнообразных подходов⁴¹. При установлении принадлежности той или иной группы к числу террористических нередко используются так называемые национальные, региональные и международные перечни террористов, которые сами по себе вызывают немало вопросов, в первую очередь связанных со справедливостью процедур по включению в такие перечни⁴². В конечном итоге отсутствие четких определений и четких разграничений между нормами двух правовых режимов приводят к тому, что государства могут «рассматривать как террористический любой акт насилия негосударственной вооруженной группы, даже если он сам по себе не запрещен МПП»⁴³. Подобный подход идет вразрез с самой сущностью правовой системы, которая не запрещает нападения на законные цели⁴⁴. Макмиллан ставит этот вопрос ребром: «Если любые деяния, описываемые как “акт терроризма”, всегда должны расцениваться как противозаконные, то что именно мы имеем в виду, когда называем бойцов-иностранцев “террористами”?»⁴⁵.

И наконец, МПП само по себе может служить источником рекомендаций относительно регулирования терактов, совершенных в ходе воору-

39 A. De Guttry, “The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters”, in A. de Guttry, F. Capone and C. Paulussen (eds), *Foreign Fighters in International Law and Beyond*, T.M. C. Asser Press, The Hague, 2016, p. 266.

40 Christophe Paulussen, “Impunity for International Terrorists? Key Legal Questions and Practical Considerations”, *ICCT Research Paper*, April 2012, p. 12, доступно по адресу: <https://www.icct.nl/app/uploads/download/file/ICCT-Paulussen-Impunity-April-2012.pdf>. По этому вопросу см. также: Lisa Ginsborg, “One Step Forward, Two Steps Back: The Security Council, ‘Foreign Terrorist Fighters’ and Human Rights”, in Manfred Novak and Anne Charbod (eds), *Using Human Rights to Counter Terrorism*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 203–204.

41 Brian J. Philips, “What is a Terrorist Group? Conceptual Issues and Empirical Implications”, *Terrorism and Political Violence*, Vol. 27, No. 2, 2015, pp. 225–226.

42 Kent Roach, *The 9/11 Effect: Comparative Counter-Terrorism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 28. Более подробный анализ и критику методов составления перечней на уровне ООН см., например: Lisa Ginsborg, “The United Nations Security Councils Counter-Terrorism ISIL (Daesh) and Al-Qaida Sanctions Regime”, in Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 550–563.

43 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., доступно по адресу: <https://shop.icrc.org/international-humanitarian-law-and-the-challenges-of-contemporary-armed-conflicts-recommitting-to-protection-in-armed-conflict-on-the-70th-anniversary-of-the-geneva-conventions-pdf-ar-2.html>, с. 68 (далее — Доклад МККК о вызовах вооруженных конфликтов, 2019 г.). См. также: Stéphane Ojeda, “Global Counter-Terrorism Must not Overlook the Rules of War”, *Humanitarian Law & Policy*, 13 December 2016, доступно по адресу: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2016/12/13/global-counter-terrorism-rules-war/>.

44 Доклад МККК о вызовах вооруженных конфликтов, 2015 г. (примечание 15 выше), с. 19–20.

45 М. Макмиллан (примечание 22 выше), p. 313.

женного конфликта (как международного, так и немеждународного)⁴⁶. В МГП одновременно имеется норма, четко запрещающая «акты насилия или угрозы насилием, имеющие основной целью *терроризировать* гражданское население»⁴⁷, а также более общий запрет, касающийся целого спектра других актов насилия в отношении гражданского населения или объектов гражданской инфраструктуры⁴⁸. Как отмечает Охеда: «МГП само по себе уже является источником четких правовых норм, содержащих недвусмысленные запреты, распространяющиеся в том числе на негосударственные вооруженные группы, которые признаны террористическими и подлежат персональной уголовной ответственности как на национальном, так и на международном уровне за совершенные ими тяжкие преступления (например, в их отношении может действовать универсальная юрисдикция, которая распространяется на деяния, приравняемые к военным преступлениям)»⁴⁹. Таким образом, звучащий иногда довод о том, что применение норм МГП может привести к безнаказанности, следует признать несостоятельным⁵⁰. Помимо этого, МГП не запрещает привлекать членов негосударственных вооруженных групп к судебной ответственности просто за сам факт участия в военных действиях на основании национального законодательства, если они не могут претендовать на статус комбатантов⁵¹. Эта возможность создает целый ряд проблем, прежде всего в части соблюдения норм, поскольку в результате подобного подхода негосударственные вооруженные группы могут лишиться мотивации соблюдать МГП⁵². В нормативных документах МГП содержатся многочисленные призывы предоставить как можно более широкую амнистию лицам, участвовавшим в вооруженном конфликте, и, соответственно, не подвергать уголовному преследованию тех членов негосударственных вооруженных групп, которые совер-

46 Гассер, Х.-П. (примечание 20 выше), с. 256–257.

47 МККК. База данных по обычному МГП. Норма 2 (применяется в отношении как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов), доступно по адресу: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/rus/docs/v1_rul_rule2 (*курсив мой*). См. также: Дополнительный протокол I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов от 8 июня 1977 г. (вступил в силу 7 декабря 1978 г.) (ДП I), ст. 51(2); Дополнительный протокол II к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера от 8 июня 1977 г. (ДП II), ст. 13(2); Женевская конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. (вступила в силу 21 октября 1950 г.) (ЖК IV), ст. 33.

48 Доклад МККК о вызовах вооруженных конфликтов, 2015 г. (примечание 15 выше), с. 19–20.

49 S. Ojeda (примечание 43 выше). По этому вопросу см. также: D. McKeever (примечание 15 выше), р. 52.

50 O. Venet (примечание 35 выше), р. 169. См. также: Гассер, Х.-П. (примечание 20 выше), с. 262–263; *Proceedings of the Bruges Colloquium: Terrorism, Counter-Terrorism and International Humanitarian Law*, 20–21 October 2016, *Collegium*, No. 47, Autumn 2017, pp. 43–44.

51 По этому вопросу см. также, в частности: J. K. Kleffner, “From ‘Belligerents’ to ‘Fighters’ and Civilians Directly Participating in Hostilities — On the Principle of Distinction in Non-International Armed Conflicts One Hundred Years After the Second Hague Peace Conference”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 54, 2007, pp. 321–323.

52 S. Krähenmann (примечание 22 выше), р. 20. По этому вопросу см. также, в частности: H. Højfeldt, “Prohibiting Participation in Armed Conflict”, *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. 54, 2015–2016, p. 31.

шали правомерные военные действия⁵³. Если говорить непосредственно о взаимосвязи между правом в области борьбы с терроризмом и МГП, то автор настоящей статьи придерживается мнения о том, что сама возможность уголовного преследования членов негосударственных вооруженных групп просто за факт участия в военных действиях является источником дополнительного риска. Суды Нидерландов, например, ссылались на отсутствие привилегий комбатантов как на основание для применения положений национального контртеррористического законодательства⁵⁴. В основе этого аргумента лежит тезис о том, что сам факт существования вооруженного конфликта не означает, что все остальные нормы международного права, включая право в области борьбы с терроризмом, автоматически прекращают действовать, однако, по мнению автора настоящей статьи, к тому же выводу можно прийти, не ссылаясь на отсутствие привилегии комбатанта⁵⁵. Несмотря на свою юридическую корректность, аргументация судов Нидерландов может привести к дальнейшему размыванию границ между правом в области борьбы с терроризмом и МГП, учитывая, что она вновь может быть использована для отстаивания теории, согласно которой все действия негосударственных вооруженных групп по своей природе являются террористическими.

Квалификация преступлений, совершенных бойцами-иностранцами, в соответствии с нормами права в области борьбы с терроризмом и международным гуманитарным правом

В этом разделе будет кратко рассказано о том, каким образом статус бойцов-иностранцев может служить дополнительным наглядным подтверждением конфликта между нормами права в области борьбы с терроризмом и МГП. Этот вопрос является особенно актуальным для бойцов-иностранцев, вступивших в ряды вооруженных групп, которые в то же самое время были объявлены международным сообществом террористическими⁵⁶. Сегодня термины «бойцы-иностранцы» и «иностранцы боевики» используются обычно в отношении конфликта в Сирии и Ираке и в первую очередь связываются с деятельностью таких джихадистских групп, как, например,

53 См. ст. 6(5) ДП II, которая гласит, что «по окончании военных действий органы, находящиеся у власти, должны стремиться предоставить как можно более широкую амнистию лицам, участвовавшим в немеждународном вооруженном конфликте». См. также: МККК. База данных по обычному МГП. Норма 159, доступно по адресу: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/rus/docs/v1_rul_rule159. Предоставление амнистии тем, кто просто принимал участие в военных действиях, также рекомендуется различными органами ООН, включая Совет Безопасности ООН, а также НАТО и ЕС; см.: <https://www.icrc.org/en/document/amnesties-and-ihl-purpose-and-scope>.

54 Более подробный анализ дела Махера и дела «Операция Контекст», а также их связи с иммунитетом комбатантов см.: Н. Суцкенса и С. Паулуссен (примечание 17 выше), pp. 548–551.

55 Ibid., pp. 550–551.

56 Признание группы террористической организацией осуществляется на основании перечня ООН, в котором перечисляются террористические организации; доступно по адресу: <https://sancsactions.un.org/consolidated/#alqaedaent>.

ИГИЛ⁵⁷. ИГИЛ, безусловно, является хорошим примером так называемых групп двойственной природы, поскольку она одновременно является негосударственной вооруженной группой, принимающей участие в вооруженном конфликте, и террористической организацией. В резолюции 2178 (2014) Совета Безопасности ООН также упоминается, например, организация «Джабхат ан-Нусра», деятельность по привлечению иностранных боевиков (террористов) которой вызывает серьезную обеспокоенность. Она также может служить примером группы двойственной природы, будучи одновременно как признанной террористической организацией, имеющей связи с «Аль-Каидой» (*организация, запрещенная в России. — Прим. пер.*), так и стороной конфликта в Сирии⁵⁸. В отношении таких групп могут применяться одновременно нормы права в области борьбы с терроризмом и МГП. Само признание того факта, что акты этих групп могут одновременно подпадать под действие норм МГП, не означает отказа от применения норм контртеррористического законодательства как такового: необходимо рассматривать каждый акт соответствующих бойцов-иностранцев по отдельности и затем принимать решение о том, какой из двух правовых режимов может быть применен в данном случае⁵⁹.

Такие акты должны оцениваться в соответствии с нормами права в области борьбы с терроризмом в тех случаях, когда они подпадают под определения, которые фигурируют в соответствующих международных и региональных контртеррористических документах. Как уже отмечалось выше, в отсутствие единого общепринятого определения терроризма, международные и региональные документы обязывают государства вводить уголовную ответственность за совершение ряда действий, которые ассоциируются с терроризмом.

В резолюции 1566 (2004) Совета Безопасности ООН терроризм описывается как «преступные акты, в том числе против гражданских лиц, совершаемые с намерением причинить смерть или серьезный ущерб здоровью или захватить заложников с целью вызвать состояние ужаса у широкой общественности, или группы людей, или отдельных лиц, запугать население или заставить правительство или международную организацию совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения и представляющие собой преступления по смыслу международных конвенций и протоколов, касающихся терроризма»⁶⁰. В резолюции 1373 (2001) Совета Безопасности ООН содержатся более конкретные положения, в соответствии с которыми государства должны обеспечивать, чтобы «любое лицо,

57 A. Ali, “La risposta della comunità internazionale al fenomeno dei foreign terrorist fighters”, *La comunità internazionale*, Vol. 2, 2015, p. 181. См. также: H. Cuyckens and C. Paulussen (примечание 17 выше), p. 541.

58 Включена в перечень Совета Безопасности ООН как террористическая организация. О признании группы «Джабхат ан-Нусра» в качестве стороны в сирийском конфликте см., например: T. Gill, “Classifying the Conflict in Syria”, *International Law Studies (Naval War College)*, Vol. 92, 2016, p. 374.

59 По этому вопросу см. также: A. Sánchez Frías (примечание 24 выше), p. 99.

60 Резолюция 1566 (2004) Совета Безопасности ООН, принята 8 октября 2004 г., п. 3.

принимающее участие в финансировании, планировании, подготовке или совершении террористических актов или в поддержке террористических актов, привлекалось к судебной ответственности, и обеспечить, чтобы, помимо любых других мер в отношении этих лиц, такие террористические акты квалифицировались как серьезные уголовные правонарушения во внутригосударственных законах и положениях и чтобы наказание должным образом отражало серьезность таких террористических актов»⁶¹. Что касается непосредственно иностранных боевиков (террористов), то резолюция 2178 (2014) Совета Безопасности ООН призывает государства к введению уголовной ответственности за поездки (и попытки поездок) «для целей совершения, планирования, подготовки или участия в совершении террористических актов или для подготовки террористов или прохождения такой подготовки», а также финансирования и поддержки таких поездок⁶². При этом определение «террористических актов» в этих резолюциях не приводится⁶³. «Террористический» состав преступления, описываемого в данном пункте, связан с действиями группы, в которую вступило то или иное лицо, а не с действиями самого этого лица⁶⁴. Иными словами, такие поездки (или их финансирование и поддержка) влекут за собой наказание согласно праву в области борьбы с терроризмом в силу статуса группы, членами которой являются обвиняемые, то есть в конечном счете все зависит от того, считается ли такая группа террористической.

Если говорить о ситуации в Европе, которая представляет наибольший интерес в рамках настоящей статьи, то в Директиве ЕС 2017/541 содержится определение террористических преступлений, а также описывается ряд предварительных и подготовительных преступных деяний, которые должны караться в соответствии с уголовным законодательством⁶⁵. В Директиве 2017/541 приводится перечень преднамеренных действий (таких как, например, покушение на жизнь и физическую неприкосновенность другого человека, похищение, масштабное уничтожение объектов инфраструктуры и так далее), которые должны квалифицироваться как преступления террористической направленности в тех случаях, когда они преследуют цель: а) серьезным образом запугать население; б) незаконными средствами заставить правительство или международную организацию совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения; с) привести к значительной дестабилизации или разрушению базовых политических, конституционных, экономических или социальных структур страны или международной организации⁶⁶. Как будет более подробно рассказано далее в настоящей статье, большинство бойцов-иностранцев подвергаются уголовному преследованию за совершение подготовитель-

61 Резолюция 1373 (2001) Совета Безопасности ООН, принята 28 сентября 2001 г., п. 2(e).

62 Резолюция 2178 (2014) Совета Безопасности ООН (примечание 12 выше).

63 М. Macmillan (примечание 22 выше), р. 313.

64 Ibid.

65 Eurojust Genocide Network Report on Cumulative Prosecution (примечание 16 выше), р. 7.

66 EU directive 2017/541 (примечание 12 выше), art. 3.

ных действий и за членство в террористической организации, поскольку такие факты значительно легче доказывать в суде, чем если речь идет о совершении преступления террористической направленности за границей. К предварительным и подготовительным действиям, на которые ссылается директива, относятся подстрекательство, вербовка, организация или прохождение подготовки, поездки для целей террористических актов и финансирование терроризма⁶⁷. Что касается непосредственно членства, то в директиве говорится, что руководство деятельностью террористической группы или участие в ней являются уголовными преступлениями и подлежат соответствующему наказанию⁶⁸. Террористической группой, согласно директиве, является «организованная группа из трех и более человек, созданная на определенный срок и согласованно действующая в целях совершения преступлений террористической направленности»⁶⁹. Это определение ЕС по-прежнему носит достаточно широкий и расплывчатый характер, в связи с чем государствам приходится руководствоваться другими источниками, например перечнем ООН, перечисляющим террористические организации, или более конкретными национальными определениями, если таковые существуют, при принятии решения о том, является ли та или иная группа террористической⁷⁰. В Нидерландах возникли споры по поводу бывшего военного Йитсе Аксе, который отправился в Сирию, чтобы вступить в отряды народной самообороны сирийских курдов. Ему не было предъявлено никаких обвинений за нарушение контртеррористического законодательства, что представляется закономерным, поскольку отряды народной самообороны не фигурируют в перечне террористических организаций⁷¹. Помимо этого, несмотря на то, что прокурор первоначально заявил о намерении привлечь Аксе к уголовной ответственности просто за факт участия в военных действиях, а именно за убийство боевиков ИГИЛ в ходе вооруженного конфликта в Сирии, впоследствии это обвинение было снято⁷². По официальной версии, это было связано с отсутствием необходимых доказательств, но, как утверждали некоторые, главной причиной отказа от преследования стали протесты общественности, которая настаивала на том, что нельзя наказывать человека за то, что он воевал с «плохими парнями»⁷³. Риски, которые возникают в связи с этим

67 EU directive 2017/541 (примечание 12 выше), arts 5 to 11.

68 Ibid., art. 4.

69 Ibid., art. 2(3).

70 Для ознакомления с перечнем террористических организаций см.: Сводный перечень Совета Безопасности ООН, доступно по адресу: <https://scsanctions.un.org/consolidated/#alqaedaent>.

71 Christophe Paulussen and Kate Pitcher, “Prosecuting (Potential) Foreign Fighters: Legislative and Practical Challenges”, *ICCT Research Paper*, 2018, p. 25, доступно по адресу: <https://icct.nl/app/uploads/2018/01/ICCT-Paulussen-Pitcher-Prosecuting-Potential-Foreign-Fighters-Legislative-Practical-Challenges-Jan2018.pdf>, p. 16.

72 R. J. Speerstra and M. Pennewaard, “Jitse Akse niet vervolgd voor het doden van IS-strijders”, *Algemeen Dagblad*, 22 June 2016, доступно по адресу: <https://www.ad.nl/nieuws/jitse-akse-niet-vervolgd-voor-het-dodenvan-is-strijders~a37f487e>. По этому делу см. также: С. Paulussen and K. Pitcher (примечание 71 выше), p. 25; J. Geneuss (примечание 37 выше), p. 358.

73 С. Paulussen and K. Pitcher (примечание 71 выше), p. 25; J. Geneuss (примечание 37 выше), p. 358.

прецедентом, связаны с тем, что в результате государства могут решить, что уголовному преследованию за участие в военных действиях могут подвергаться только члены негосударственных вооруженных групп, которые были признаны террористическими. Это не только приведет к дальнейшему размыванию границ между правом в области борьбы с терроризмом и МГП, но и к тому, что характер преследования будет зависеть от (предполагаемого) статуса негосударственной вооруженной группы, в которой состояли обвиняемые лица, а это, в свою очередь, будет означать избирательное применение правосудия и может негативно отразиться на принципе предсказуемости. К тому же дело Йитсе Аксе также является наглядным подтверждением того факта, что не все бойцы-иностранцы могут считаться иностранными боевиками-террористами. Это также свидетельствует о том, что понятия «бойцы-иностранцы»/«иностранцы боевики» и «иностранцы боевики-террористы» не являются равнозначными синонимами. Пример Йитсе Аксе, пусть даже он является исключением из правила в контексте войны в Сирии, где большинство бойцов-иностранцев, как правило, присоединялись к джихадистским группам, показывает, что человек может быть иностранным бойцом, но его действия при этом не подпадают под положения контртеррористического законодательства⁷⁴.

Что касается именно МГП, то понятия «бойцы-иностранцы» и «иностранцы боевики» не являются технико-юридическими терминами МГП⁷⁵, то есть в рамках МГП они не могут расцениваться ни как юридические термины, ни как правовые категории. Для принятия решения о том, могут ли те или иные действия расцениваться как военное преступление, это противозаконное поведение должно быть связано с вооруженным конфликтом, то есть необходимо удостовериться в соответствии так называемому критерию наличия связи⁷⁶. Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии перечислил ряд фактов, которые могут быть приняты во внимание при определении того, действительно ли тот или иной акт в должной мере связан с вооруженным конфликтом, как то:

...виновный является комбатантом; жертва является некомбатантом; жертва является представителем противной стороны; акт может быть заявлен как мера, направленная на достижение итоговой цели воен-

74 Исторический обзор, подтверждающий тезис о том, что феномен бойцов-иностранцев существует уже давно и включает в себя не только исламистов, см.: David Malet, "Why Foreign Fighters? Historical Perspectives and Solutions", *Orbis*, Vol. 54, No. 1, 2010, pp. 97–114.

75 Доклад МККК о вызовах вооруженных конфликтов, 2019 г. (примечание 43 выше), с. 73.

76 P. Gaeta, "War Crimes and Other International 'Core' Crimes", in A. Clapham and P. Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 750. См. также: Harmen van der Wilt, "War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 5, 2012, pp. 1113–1114; Antonio Cassese, "The Nexus Requirement for War Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, 2012, Vol. 10, No. 5, pp. 1395–1417; Guénaél Mettraux, "Nexus with Armed Conflict", in Antonio Cassese (ed.), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 435–436.

ной кампании; преступление было совершено в рамках или в контексте официальных обязанностей виновного⁷⁷.

Вышеперечисленные параметры призваны помочь при установлении того, насколько те или иные действия относятся к ведению МГП или права в области борьбы с терроризмом, поскольку от этого будет зависеть вопрос дальнейшего судебного преследования.

Важный вопрос, связанный с судебным преследованием (возвращающихся) бойцов-иностранцев

В контексте войны в Сирии звучало немало обвинений в тяжких преступлениях, которые предположительно были совершены бойцами-иностранцами. Как уже отмечалось во введении, чрезвычайно важно добиться полноценного привлечения бойцов-иностранцев к уголовной ответственности за все совершенные ими преступления. В настоящем разделе будет предложен критический анализ различных возможностей для такого уголовного преследования. Вначале мы представим краткую справку об опыте международного и национального судебного преследования виновных в Ираке и Сирии, а затем перейдем к вопросам национального преследования в государстве происхождения.

Краткая справка об опыте международного и национального судебного преследования в Ираке и Сирии

Начиная обсуждение с разговора о возможных условиях для международного судебного преследования, следует отметить, что идея об учреждении международного трибунала поначалу пользовалась немалой популярностью, особенно среди стран Европы⁷⁸. В этом нет ничего удивительного, если учесть, как неохотно страны происхождения из числа членов ЕС соглашались на репатриацию собственных бойцов-иностранцев⁷⁹.

Впрочем, нельзя не признать, что у такого подхода имеются свои ограничения. Во-первых, сразу возникает фундаментальный вопрос о целесообразности создания такого трибунала, если сегодня уже существует Международный уголовный суд (МУС)⁸⁰. При этом, однако, могут возникнуть некоторые проблемы, связанные с ограниченной юрисдикцией МУС,

77 International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Kunarac and others*, IT-96-23, 12 June 2002, para. 59.

78 Anthony Dworkin, "A Tribunal for ISIS Fighters?", *ECFR Commentary*, 31 May 2019, доступно по адресу: https://ecfr.eu/article/commentary_a_tribunal_for_isis_fighters/.

79 Francesca Capone, "Is Trump Right? Foreign Fighters and the States' Obligation to Repatriate Them", *Verfassungsblog*, 10 March 2019, доступно по адресу: <https://verfassungsblog.de/is-trump-right-foreign-fighters-and-the-states-obligation-to-repatriate-them/>.

80 Rachel Behring, "One-Eyed Prosecution? On the Possibility to Restrict the Personal Jurisdiction of an International Ad Hoc-Tribunal for ISIS-Fighters?", *Volkerrechtblog*, 4 February 2020, доступно по адресу: <https://voelkerrechtsblog.org/de/one-eyed-prosecution/>.

поскольку ни Сирия, ни Ирак не являются сторонами Римского статута. Даже в случае установления некоей юрисдикции МУС в отношении бойцов-иностранцев — граждан стран ЕС на том основании, что эти страны являются сторонами МУС, это позволит обеспечить лишь ограниченный объем ответственности. Такой подход приведет не только к тому, что к судебной ответственности будут привлекаться исключительно бойцы-иностранцы из государств, которые являются сторонами Римского статута, но и к тому, что подобные меры затронут только «лиц, в наибольшей степени ответственных», то есть только тех, кто осуществлял руководство группой⁸¹, поскольку в центре внимания международного правосудия зачастую оказываются лишь представители вышестоящего командования. Помимо этого, могут также возникнуть и некоторые трудности с соблюдением принципа комплементарности⁸². В то же время в случае учреждения конкретного международного трибунала, будь то специального или действующего в гибридном формате, неизбежно возникнут схожие вопросы об осуществимости такого преследования. Как отметил Ноллкампер в своих юридических рекомендациях Министерству иностранных дел Нидерландов по данному вопросу, отсутствие мандата Совета Безопасности ООН и неготовность Сирии и Ирака дать свое согласие чрезвычайно ограничивают спектр возможностей для учреждения такого трибунала⁸³. Во-вторых, и это, на взгляд автора, является принципиальным моментом с организационной точки зрения, будет непросто обосновать создание трибунала, который будет заниматься исключительно преследованием боевиков ИГИЛ, потому что это приведет к исключению «множества других преступников, в равной степени виновных в чудовищных преступлениях, совершенных в ходе сирийского конфликта»⁸⁴. Такой трибунал может отстаивать интересы победившей стороны и, как следствие, будет считаться небеспристрастным⁸⁵.

Независимо от целесообразности и реалистичности учреждения такого международного трибунала, автор настоящей статьи придерживается мнения о том, что подобная мера сама по себе в любом случае будет недостаточной и потому может служить лишь дополнением к судебному преследованию на национальном уровне⁸⁶. В качестве аргументации назовем следующие три основные причины. Во-первых, в отсутствие определения международного преступления терроризма подобный международный трибунал может заниматься исключительно рассмотрением дел о военных преступлениях, преступлениях против человечности и геноциде, если,

81 P. A. Nollkaemper, “Advies Internationaal Tribunaal ISIS”, 22 July 2019, доступно по адресу: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/07/24/advies-internationaal-tribunaal-isis>, p. 3.

82 Ibid., p. 3. См. также: “Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the Alleged Crimes Committed by ISIS”, 8 April 2015, доступно по адресу: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-08-04-2015-1>.

83 P. A. Nollkaemper (примечание 81 выше), p. 15.

84 R. Behring (примечание 80 выше).

85 T. Mehra and C. Paulussen (примечание 7 выше).

86 P. A. Nollkaemper (примечание 81 выше). Схожий тезис рассматривается в вышеупомянутых юридических рекомендациях.

разумеется, Совет Безопасности ООН не учредит специальный трибунал, который также будет наделен полномочиями для расследования преступлений террористической направленности⁸⁷. Как будет показано ниже, суды национальной юрисдикции могут рассматривать как преступления террористической направленности, так и особо тяжкие международные преступления. Во-вторых, как уже отмечалось выше, система международного правосудия чаще всего ограничивается рассмотрением преступлений, совершенных командирами, тогда как у национальных судебных систем такого ограничения нет. В-третьих, международное уголовное правосудие зачастую вынуждено действовать исходя из имеющихся ограниченных ресурсов, что вынуждает международные уголовные суды и трибуналы делать выбор в отношении обвинений, которые они могут предъявить⁸⁸.

Что касается национального судебного преследования в Сирии и Ираке, то в этой связи возникают еще два ключевых вопроса, которые касаются, во-первых, трудностей, которые образуются при проведении судебных разбирательств Ираком и Сирией на своей территории и за ее пределами, а во-вторых, наличия у негосударственных вооруженных групп полномочий для судебного преследования бойцов-иностранцев, содержащихся у них под стражей.

И Сирия, и Ирак обладают всеми необходимыми компетенциями для судебного преследования находящихся у них в заключении бойцов-иностранцев на основании принципа территориальности, то есть в силу того факта, что инкриминируемые им преступления были совершены на территории этих стран. Подход, при котором судебное преследование осуществляется в той стране, где были совершены предполагаемые преступления, имеет ряд преимуществ, связанных в первую очередь, например, со сбором доказательств⁸⁹. В то же время при проведении судебных заседаний на территории постконфликтных зон возникают серьезные трудности с обеспечением необходимых ресурсов⁹⁰. Тем не менее власти Ирака

87 Это не означает, что если теракт также подпадает под определение военного преступления, преступления против человечности или геноцида в соответствии с Римским статутом, то виновные лица не могут быть привлечены к ответственности за эти преступления в рамках международного уголовного права. Однако терроризм как таковой не относится к числу особо тяжких международных преступлений; M. Macmillan (примечание 22 выше), p. 312. Более подробный анализ этого вопроса см., например: R. Arnold, "Terrorism, War Crimes and the International Criminal Court", in Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 271–284.

88 По этому вопросу см. также, например: Helen Brady and Fabricio Guariglia, "An Insider's View: Consistency and Transparency While Preserving Prosecutorial Discretion", *International Criminal Justice Today*, 15 December 2016, доступно по адресу: <https://www.international-criminal-justice-today.org/arguendo/an-insiders-view/>.

89 T. Mehra and C. Paulussen (примечание 7 выше).

90 Tanya Mehra, "Bringing (Foreign) Terrorist Fighters to Justice in a Post-ISIS Landscape. Part I: Prosecution by Iraqi and Syrian Courts", *ICCT Perspectives*, 22 December 2017, доступно по адресу: <https://icct.nl/publication/bringing-foreign-terrorist-fighters-to-justice-in-a-post-isis-landscape-part-i-prosecution-by-iraqi-and-syrian-courts/>. См. также: Roger Lu Philips, "A Tribunal for ISIS Fighters — A National Security and Human Rights Emergency", *Just Security*, доступно по адресу: <https://www.justsecurity.org/75544/a-tribunal-for-isis-fighters-a-national-security-and-human-rights-emergency/>.

осуществляли судебное преследование иностранных боевиков-террористов на национальном уровне. Впрочем, порядок проведения этих судебных процессов вызвал немало критики. При предъявлении бойцам-иностранцам обвинений суды Ирака ссылались на чрезвычайно широкие положения национального законодательства о борьбе с терроризмом⁹¹. Помимо этого, предметом для серьезных разногласий в данном случае стало применение властями Ирака смертной казни. Законодательство Ирака в области борьбы с терроризмом допускает назначение наказания в виде смертной казни за совершение, планирование и финансирование терактов, помощь в их организации и подстрекательство к терактам, что в свою очередь означает значительную широту толкования и, как следствие, ведет к применению недифференцированного подхода⁹². В результате выносимый приговор оказывается несоразмерен масштабу вины преступника⁹³. Применение подобного недифференцированного подхода, который опирается исключительно на положения законов о борьбе с терроризмом, влечет за собой еще одно негативное последствие: в результате не проводится расследование всех остальных предположительных преступлений, включая военные преступления, преступления против человечности и геноцид⁹⁴. Ситуация дополнительно усугубляется еще и тем, что эти международные преступления не относятся к национальной юрисдикции судов Ирака⁹⁵. Таким образом, жертвы не имеют возможности добиться надлежащего возмещения морального ущерба. К числу других проблем относятся отсутствие стандартов проведения справедливого судебного разбирательства и негуманные условия содержания заключенных⁹⁶. Что касается Сирии, то в настоящее время мы не располагаем достаточным объемом информации о том, действительно ли правительству Сирии удалось в полной мере привлечь бойцов-иностранцев к уголовной ответственности⁹⁷. Впрочем, даже если соответствующие судебные процессы там и проводились, они, скорее всего, сопровождались бы теми же самыми трудностями, которые возникали при организации судебных слушаний в Ираке.

91 Tanya Mehra, "Bringing (Foreign) Terrorist Fighters to Justice in a Post-ISIS Landscape. Part II: Prosecution by Foreign National Courts", *ICCT Perspectives*, 12 January 2018, доступно по адресу: <https://icct.nl/publication/bringing-foreign-terrorist-fighters-to-justice-in-a-post-isis-landscape-part-ii-prosecution-by-foreign-national-courts/>.

92 M. Coker and F. Hassan (примечание 8 выше).

93 United Nations Counter-Terrorism Implementation Task Force (Working Group on Promoting and Protecting Human Rights and the Rule of Law while Countering Terrorism), "Guidance to States on Human Rights-Compliant Responses to the Threat Posed by Foreign Fighters", New York, 2018, p. 38 (далее Guidance on HR-Compliant Responses to the Threat Posed by FFs).

94 Human Rights Watch (HRW) report, "'These are the Crimes we are Fleeing': Justice for Syria in Swedish and German Courts", *Human Rights Watch*, 3 October 2017, доступно по адресу: <https://www.hrw.org/report/2017/10/03/these-are-crimes-we-are-fleeing/justice-syria-swedish-and-german-courts>, p. 4.

95 T. Mehra (примечание 90 выше).

96 См., например: F. Sarone (примечание 79 выше); R. L. Philips (примечание 90 выше). См. также: HRW report, "Flawed Justice: Accountability for ISIS crimes in Iraq", *Human Rights Watch*, 5 December 2017, доступно по адресу: <https://www.hrw.org/report/2017/12/05/flawed-justice/accountability-isis-crimes-iraq>.

97 T. Mehra (примечание 90 выше).

Если говорить о втором вопросе, то в качестве примера можно привести вызывающую обеспокоенность ситуацию, когда курдская Автономная администрация северной и восточной Сирии (AANES) объявила о намерении привлечь к уголовной ответственности бойцов-иностранцев, содержащихся в ее тюрьмах, в связи с тем, что международное сообщество так и не смогло самостоятельно решить проблему с урегулированием статуса этих бойцов-иностранцев⁹⁸. Такие бойцы-иностранцы (и члены их семей), в частности, содержатся в лагерях, контролируемых Сирийскими демократическими силами, которые представляют собой объединенные вооруженные силы AANES⁹⁹. В связи с этим возникает вопрос о том, действительно ли с юридической точки зрения негосударственная вооруженная группа обладает всеми необходимыми полномочиями для судебного преследования таких бойцов-иностранцев¹⁰⁰. Одновременно с этим нельзя также не задаться вопросом о том, освобождается ли государство от проведения судебных разбирательств в отношении бойцов-иностранцев, если такие разбирательства уже проводятся негосударственным актором¹⁰¹. Что касается наличия у негосударственных вооруженных групп необходимых полномочий, то споры по поводу отправления правосудия негосударственными вооруженными группами ведутся уже давно, и известны случаи, когда негосударственные вооруженные группы учреждали собственные суды¹⁰². МГП имплицитно допускает создание таких судов негосударственными вооруженными группами при условии соблюдения ряда минимальных гарантий¹⁰³. Общая статья 3 четырех Женевских конвенций, например, запрещает «применение наказания без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом, при наличии судебных гарантий». Дополнительные обязательные гарантии перечислены в статье 6 Дополнительного протокола II, а также отражены в нормах обычного МГП (см. норму 100 обычного МГП). Сам факт, что учреждение таких судов является допустимым с юридической точки зрения, не означает,

98 Dan Sabbagh, “Syrian Kurds to Put Isis Fighters from Dozens of Countries on Trial”, *The Guardian*, 6 February 2020, доступно по адресу: <https://www.theguardian.com/world/2020/feb/06/syrian-kurds-to-put-isisfighters-from-dozens-of-countries-on-trial>.

99 Tanya Mehra and Matthew Wentworth, “New Kid on the Block: Prosecution of ISIS Fighters by the Autonomous Administration of North and East Syria”, *ICCT Perspective*, 16 March 2021, доступно по адресу: <https://icct.nl/publication/prosecution-of-isis-fighters-by-autonomous-administration-of-north-east-syria/>.

100 О признании Сирийских вооруженных сил негосударственной вооруженной группой см.: RULAC, *Non-International Armed Conflicts in Syria*, доступно по адресу: <https://www.rulac.org/browse/conflicts/non-international-armed-conflicts-in-syria#collapse5accord>.

101 Этот вопрос более подробно рассматривается: Hannes Jöbstl, “Outsourcing Justice: State Obligations and the Prosecution of Foreign Fighters by Armed Groups in Syria”, *Armed Groups and International Law Blog*, 6 April 2020, доступно по адресу: <https://www.armedgroups-international-law.org/2020/04/06/outsourcing-justice-state-obligations-and-the-prosecution-of-foreign-fighters-by-armed-groups-in-syria/>.

102 Geneva Call, “Administration of Justice by Armed Non-State Actors”, Report from the 2017 Garance Talks, доступно по адресу: https://genevacall.org/wp-content/uploads/dlm_uploads/2018/09/GaranceTalks_Issue02_Report_2018_web.pdf, p. 7.

103 T. Mehra and M. Wentworth (примечание 99 выше).

однако, что на практике оно не повлечет за собой целый ряд различных проблем. Так, негосударственные вооруженные группы могут не располагать необходимыми возможностями и ресурсами для полноценного отправления правосудия¹⁰⁴. Наибольшие трудности возникали в связи с необходимостью предоставления вышеперечисленных судебных гарантий¹⁰⁵. Если же говорить непосредственно об уголовном преследовании бойцов-иностранцев такими судами, то сложнее всего было гарантировать необходимую беспристрастность и независимость этих судов¹⁰⁶. Тем не менее МККК заявил, что, «хотя в связи с созданием таких судов могут возникать вопросы об их легитимности, подобное судебное рассмотрение может представлять собой альтернативу суммарному правосудию и способ, каким вооруженные группы могут поддерживать “правопорядок” и обеспечивать соблюдение гуманитарного права»¹⁰⁷. Несмотря на то что подход, при котором судебное преследование бойцов-иностранцев осуществляется негосударственными вооруженными группами, не следует полностью отвергать как несостоятельный, нельзя забывать и о том, что эти группы располагают ограниченными возможностями по предоставлению необходимых судебных гарантий, особенно на фоне отсутствия какой бы то ни было государственной помощи в части обеспечения ресурсов и наращивания потенциала. К тому же, несмотря на то что, по всей логике, такие суды в силу своей специфики должны ограничиваться исключительно рассмотрением дел о нарушениях МГП, на практике некоторые из них руководствуются нормами и других отраслей права, круг которых не всегда бывает четко очерчен¹⁰⁸. И наконец, нельзя также быть уверенными в том, что решения таких судов будут признаны и утверждены государствами¹⁰⁹.

В свете вышеперечисленных проблем, возникающих при проведении судебных разбирательств в Ираке и Сирии, а также многочисленных факторов, ограничивающих возможности для судебного преследования бойцов-иностранцев силами негосударственных вооруженных групп в регионе, автор настоящей статьи настоятельно рекомендует делать выбор в пользу репатриации и привлечения таких лиц к ответственности странами их происхождения как оптимального формата национального судебного преследования.

104 Ezequiel Hefes, “Administration of Justice by Armed Groups: Some Legal and Practical Concerns”, *Humanitarian Law & Policy*, 22 November 2018, доступно по адресу: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/11/22/administration-of-justice-armed-groups-some-legal-practical-concerns/>.

105 Ibid.

106 Ibid.

107 МККК. Комментарий к Женевской конвенции I: Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях. МККК, 2021. 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>, п. 689.

108 E. Hefes (примечание 104 выше).

109 T. Mehra and M. Wentworth (примечание 99 выше).

Национальное судебное преследование в стране происхождения

Бойцы-иностранцы могут подвергаться судебному преследованию в странах их происхождения на основании активного персонального принципа, то есть в связи с гражданством предполагаемого преступника¹¹⁰. Примеры, которые приводятся далее, касаются тех бойцов-иностранцев, которые вступили в ряды так называемых групп двойственной природы, то есть групп, которые одновременно отвечают критериям МГП для негосударственных вооруженных групп и при этом признаются международным сообществом террористическими (см. выше). Известны также и случаи судебного преследования просителей убежища, которые в прошлом состояли в группах двойственной природы, в странах происхождения, однако подобные ситуации не относятся к предмету анализа настоящей статьи, несмотря на всю схожесть возникающей проблематики. Таким образом, нас интересуют примеры судебного преследования лиц, которые покинули страну своего происхождения, чтобы стать членами таких групп, а затем вернулись в указанную страну происхождения. Помимо этого, как уже отмечалось во введении, мы будем рассматривать случаи, когда странами происхождения являются государства — члены ЕС.

Транспонирование резолюции 2178 Совета Безопасности ООН и Директивы ЕС 2017/541 расширило возможности государств — членов ЕС по инициированию уголовного преследования вернувшихся бойцов-иностранцев¹¹¹. Правовая практика ЕС в данной сфере пока находится на этапе формирования, и в разных странах она несколько различается, особенно когда возникает необходимость учитывать еще и нормы МГП¹¹². На сегодняшний день большинство вернувшихся бойцов-иностранцев в странах ЕС привлекались к ответственности за совершение преступлений террористической направленности¹¹³. В частности, их судили преимущественно за подготовку терактов и/или членство в террористических группах¹¹⁴. Согласно статистическим данным Европола, полученным от государств — членов ЕС, «большая часть судебных разбирательств, завершившихся в 2019 году, была связана с преступлениями террористической направленности, включая участие (в деятельности) террористической группы, финансирование терроризма, (само)внушение идей терроризма, подготовка к совершению действий террористической направленности, вербовка, подстрекательство к терроризму или его восхваление, унижение жертв, угрозы совершения

110 T. Mehra (примечание 91 выше).

111 Francesco Ragazzi and Josh Walmsley, “The Return of Foreign Fighters to EU Soil: Ex-Post Evaluation”, *European Parliamentary Research Service Study*, доступно по адресу: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS_STU\(2018\)621811_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS_STU(2018)621811_EN.pdf), Part II, p. 43.

112 По первому тезису см.: F. Ragazzi and J. Walmsley (примечание 111 выше), p. 43. По второму утверждению см., в частности: H. Cuycens and C. Paulussen (примечание 17 выше), p. 561.

113 Eurojust Genocide Network Report on Cumulative Prosecution (примечание 16 выше), p. 5.

114 Ibid., p. 7. См. также: C. Paulussen and K. Pitcher (примечание 71 выше), p. 16.

террористических актов»¹¹⁵. Один из доводов, который чаще всего приводят, когда хотят оправдать эти предпочтения в пользу права в области борьбы с терроризмом, состоит в том, что подготовку терактов и/или факт членства в террористических группах относительно легко доказать¹¹⁶.

В то же время известны и примеры кумулятивного преследования, то есть преследования одновременно за совершение преступлений террористической направленности и военных преступлений, что наблюдается главным образом в Германии и Нидерландах¹¹⁷. Эти примеры свидетельствуют о том, что кумулятивное преследование действительно возможно в тех случаях, когда член группы двойственной природы совершил и преступления террористической направленности, и военные преступления (или иные особо тяжкие международные преступления). Первые случаи кумулятивного преследования касались военных преступлений, которые состояли в надругательстве над человеческим достоинством¹¹⁸. Использование фотографий или видеозаписей в качестве доказательств при рассмотрении таких дел позволило с уверенностью утверждать, что лица, состоящие под защитой, подвергались чрезвычайно унижительному и оскорбляющему их достоинство обращению: так, в деле Ариа Л., которое рассматривалось немецким судом, подсудимый призывал своих товарищей по ИГИЛ отрезать нос и уши у трупа, топтать его ногами и стрелять покойному в лицо и вел видеосъемку происходящего, тогда как в деле Уссамы А., которое слушалось в суде Нидерландов, обвиняемый позировал рядом с распятым человеком и улыбался на камеру, а затем опубликовал это фото в сети «Фейсбук»¹¹⁹. Однако на основании имеющихся доказательств суды не смогли оценить, действительно ли смерть указанных лиц сама по себе стала следствием противозаконных действий, совершенных подсудимыми. О трудностях, которые могут возникать при сборе и изучении доказательств, более подробно будет рассказано далее в настоящем разделе.

Обращает на себя внимание тот факт, что недавно в суде Нидерландов рассматривалось дело гражданки этой страны, которую обвиняли одновременно в членстве в террористической организации (в данном случае ИГИЛ) и в совершении военного преступления, заключавшегося в надругательстве над человеческим достоинством, — в связи с конфликтом в Сирии, но за действия, совершенные на территории Нидерландов¹²⁰. Она опубли-

115 Europol, “European Union Terrorism Situation and Trend Report (Te-Set) 2020”, доступно по адресу: <https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-te-sat-2020>, p. 28.

116 F. Ragazzi and J. Walmsley (примечание 111 выше), p. 44. См. также: “ISIS Foreign Fighters After the Fall of the Caliphate” (примечание 6 выше).

117 Europol (примечание 115 выше), p. 25.

118 О Германии см., например: *Prosecutor v. Abdelkarim El. B.*, Higher Regional Court (Frankfurt am Main), Judgment, 8 November 2016, Case number 5-3 StE 4/16 — 4 — 3/16. О Нидерландах см.: *Prosecutor v. Oussama A.* (District Court of The Hague, 23 July 2019). Английский перевод доступен по адресу: <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2019:10647>.

119 *Abdelkarim El. B.* (примечание 118 выше); *Oussama A.* (примечание 118 выше), §5.4.

120 District Court of the Hague, case number 09/748012-19, 29 June 2021, текст на голландском языке доступен по адресу: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:6620&showbutton=true>.

ковала два видео, на которых была изображена жестокая казнь пленных членами ИГИЛ, и сопроводила одну из этих записей оскорбительными комментариями¹²¹. Четкой информации о том, ездила ли обвиняемая в прошлом в Сирию, получено не было, однако те действия, в связи с которыми она была осуждена за совершение военного преступления, заключавшегося в надругательстве над человеческим достоинством, имели место на территории Нидерландов. Суд Нидерландов постановил, что между ее действиями и вооруженным конфликтом в Сирии существует достаточная связь, чтобы обвиняемую можно было привлечь к ответственности за совершение военных преступлений¹²². Ссылаясь на правовую практику МТБЮ по данному вопросу, суд еще раз подтвердил, что незаконные действия не обязательно должны быть совершены в рамках вооруженного конфликта или во время и непосредственно в месте военных действий, если сам факт этого вооруженного конфликта оказал существенное влияние на способность злоумышленника совершать указанные незаконные действия и его решение их совершить, а также на характер и цель их осуществления¹²³. Как уже отмечалось ранее в настоящей статье и было признано судом при рассмотрении указанного дела, к факторам, которые следует принимать во внимание при выявлении фактов достаточной связи между совершенными противоправными деяниями и вооруженным конфликтам, относятся, в частности, следующие: виновный является комбатантом; жертва является некомбатантом; жертва является представителем противной стороны; акт может быть заявлен как мера, направленная на достижение итоговой цели военной кампании; преступление было совершено в рамках или в контексте официальных обязанностей виновного¹²⁴. Суд пришел к выводу о том, что требование о подтверждении достаточной связи в рамках указанного дела было соблюдено, учитывая, что действия, совершенные подсудимой, были направлены на поддержку пропагандистских кампаний ИГИЛ и что даже по истечении значительного срока после фактической смерти заключенных, казнь которых была запечатлена на видео, распространение этих записей по-прежнему является надругательством над их человеческим достоинством¹²⁵.

Недавно в Германии, в частности, рассматривался вопрос о деятельности так называемых «жен ИГИЛ» в контексте их возможного кумулятивного преследования. При проведении расследований и судебных разбирательств в связи с действиями вернувшихся бойцов-иностранцев постепенно все больше внимания начинает уделяться деятельности женщин «в свете более глубокого понимания той роли, которую уехавшие женщины сыграли в конфликтах в Ираке и Сирии»¹²⁶. К числу конкретных воен-

121 District Court of the Hague, case number 09/748012-19, 29 June 2021, текст на голландском языке доступен по адресу: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RB-DHA:2021:6620&showbutton=true>.

122 Case number 09/748012-19 (примечание 120 выше), §6.4.2.

123 Ibid.

124 Ibid.

125 Ibid.

126 F. Ragazzi and J. Walmsley (примечание 111 выше), p. 45.

ных преступлений, которые расследовались властями Германии, можно отнести разграбление, вербовку детей-солдат и убийство лиц, состоящих под защитой МПП¹²⁷. Если вначале подсудимыми в рамках таких процессов выступали именно боевики, то в последнее время статус обвиняемых по некоторым делам носит более неоднозначный характер. В результате суды тратят довольно много времени на установление требуемой связи между вооруженным конфликтом и совершенными противоправными действиями, чтобы предъявить обвинение о совершении военных преступлений. Вопрос о наличии такой связи приобретает особую остроту в тех случаях, когда слушаются дела о фактах разграбления, поскольку грань между незаконным присвоением чужого имущества, то есть обычным преступлением, и разграблением, которое является военным преступлением, очень тонка. В частности, при рассмотрении таких дел подсудимых женщин обвиняли в том, что они жили в домах, которые были захвачены ИГИЛ после того, как их законные владельцы бежали от войны или были убиты боевиками¹²⁸. Обвинение заявило, что поскольку незаконное присвоение этих домов стало возможно лишь по причине вооруженного конфликта в регионе, то требование об установлении связи было выполнено, и, соответственно, эти действия могут квалифицироваться как разграбление в соответствии с МПП¹²⁹.

Одной из причин, по которым суды предпочитают с осторожностью ссылаться на нормы МПП, является ошибочная уверенность в том, что применение МПП приведет к безнаказанности виновных, поскольку нормы МПП нередко расцениваются как препятствие на пути эффективной борьбы с терроризмом¹³⁰. Еще одна причина, по которой национальные суды редко руководствуются МПП, заключается в том, что местные судьи не всегда обладают достаточными знаниями в области МПП¹³¹. Главная причина, впрочем, — это так называемый аргумент эффективности судопроизводства или, иными словами, тот факт, что доказать членство в террористической организации зачастую гораздо проще, чем реальные противоправные действия, совершенные во время пребывания в Сирии или Ираке, включая военные преступления¹³². Как справедливо отметил

127 О разграблении см.: Higher Regional Court of Stuttgart, 5 July 2019, Case No. 5-2 StE 11/18; Higher Regional Court of Düsseldorf, 4 December 2019, Case No. 2 StS 2/19; Federal Court of Justice (GE), Ruling on Pre-Trial Detention, 4 April 2019, Case No. BGH AK 12/19. О вербовке детей-солдат см.: Federal Court of Justice (GE), 17 October 2019, Case No. AK 56/19. Об убийстве лиц, состоящих под защитой МПП, см.: Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Presse: “Anklage gegen ein mutmaßliches Mitglied der ausländischen terroristischen Vereinigung “Islamischer Staat (IS)” wegen Mordes und der Begehung eines Kriegsverbrechens erhoben”, 28 December 2018, доступно по адресу: www.generalbundesanwalt.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/Pressemitteilung-vom-28-12-2018.html?nn=478298. См. также в целом: Eurojust Genocide Network Report on Cumulative Prosecution (примечание 16 выше), pp. 17–20.

128 Eurojust Genocide Network Report on Cumulative Prosecution (примечание 16 выше), pp. 17–18.

129 Higher Regional Court of Düsseldorf (примечание 127 выше), para. 251.

130 Gasser, Ханс-Петер (примечание 20 выше), с. 262–263. См. также: *Proceedings of the Bruges Colloquium* (примечание 50 выше), pp. 43–44; O. Venet (примечание 35 выше), p. 169.

131 *Proceedings of the Bruges Colloquium* (примечание 50 выше), pp. 43–44.

132 Ibid.

Контртеррористический комитет ООН: «В большинстве государств процесс судебного преследования иностранных боевиков-террористов может осложняться трудностями, которые возникают при сборе допустимых доказательств за рубежом, и особенно в зонах конфликтов, или при превращении разведывательных данных, полученных с помощью информационно-коммуникационных технологий, и особенно — социальных сетей, в допустимые доказательства»¹³³. Признавая всю серьезность этой проблемы, автор настоящей статьи придерживается мнения о том, что для ее решения могут использоваться данные из открытых источников и доказательства, предоставляемые военными или полученные на поле боя¹³⁴. Так, например, дела, рассмотренные судами Германии и Нидерландов, могут служить наглядным примером того, что публикации в интернете являются достаточным доказательством совершения военного преступления, заключавшегося в надругательстве над человеческим достоинством (см. выше). Что касается, например, международных преступлений, которые предположительно были совершены бойцами-иностранцами в интересующем нас контексте, то важную роль в сборе дополнительных доказательств совершения международных преступлений, включая военные преступления, могут сыграть такие учреждения, как, например, Следственная группа ООН по содействию привлечению к ответственности за преступления, совершенные ДАИШ/ИГИЛ (ЮНИТАД)¹³⁵. ЮНИТАД была создана для «поддержки национальных усилий, направленных на привлечение к ответственности членов ИГИЛ (ДАИШ), путем сбора, сохранения и обеспечения хранения в Ираке доказательств совершенных террористической группировкой ИГИЛ (ДАИШ) деяний в Ираке, которые могут быть квалифицированы как военные преступления, преступления против человечности и геноцид с соблюдением самых строгих стандартов (...) в целях обеспечения их максимально широкого использования в национальных судах, а также путем осуществления деятельности в дополнение к расследованиям, проводимым иракскими властями, или расследованиям, проводимым по их запросу властями третьих стран»¹³⁶. Основные ограничения, с которыми сталкиваются национальные прокуроры при сборе доказательств, судя по всему, связаны с невозможностью отправиться непосредственно в зоны (бывших) вооруженных конфликтов и недостаточной заинтересованностью властей Сирии и Ирака в сотрудничестве¹³⁷. Однако эти проблемы можно решить

133 Guidance on HR-Compliant Responses to the Threat Posed by FFs (примечание 93 выше), p. 38.

134 По этим вопросам см., в частности: Eurojust/Genocide Network, “Prosecuting War Crimes of Outrage Upon Personal Dignity Based on Evidence From Open Sources — Legal Framework and Recent Developments in the Member States of the European Union”, The Hague, February 2018; а также: B. van Ginkel and C. Paulussen, “The Role of the Military in Securing Suspects and Evidence in the Prosecution of Terrorism Cases before Civilian Courts: Legal and Practical Challenges”, *ICCT Research Paper*, 7 May 2015, доступно по адресу: <http://www.icct.nl/download/file/ICCT-Van-Ginkel-Paulussen-The-Role-Of-The-Military-In-Securing-Suspects-And-Evidence-In-The-Prosecution-Of-Terrorism-Cases-Before-Civilian-Courts.pdf>.

135 Eurojust Genocide Network Report on Cumulative Prosecution (примечание 16 выше), p. 5.

136 Резолюция 2379 (2017) Совета Безопасности ООН, принята 21 сентября 2017 г., п. 2.

137 T. Mehra and C. Paulussen (примечание 7 выше).

путем делегирования ответственности за сбор доказательств беспристрастным международным органам, которые действуют в указанных регионах и успешно сотрудничают с местными властями. Так, например, Центр Суфана в своем недавнем докладе отметил, что деятельность ЮНИТАД может быть особенно полезна для национальных прокуроров, поскольку благодаря современным технологиям, которые позволяют удаленно взаимодействовать как со свидетелями, так и с жертвами, Группе удастся обеспечить значительный масштаб и охват сбора потенциальных доказательств¹³⁸. И наконец, важную роль в сборе необходимых доказательств могут также сыграть и неправительственные организации (НПО). Число НПО, которые занимаются документированием нарушений прав человека и других противоправных деяний, за последние годы действительно выросло, равно как и уровень их профессионализма¹³⁹. В то же время нельзя не отметить, что существуют сомнения в допустимости и надежности таких доказательств для суда¹⁴⁰. Примером успешной работы НПО по сбору доказательств, необходимых для привлечения бойцов-иностранцев к уголовной ответственности за международные преступления, которые были совершены за рубежом, может служить деятельность Комиссии по международному правосудию и ответственности (CIJA)¹⁴¹. Комиссия, которая занимается в основном проблемами Сирии, «представила доказательства, аналитические заключения и информационные справки в целях поддержки усилий правоохранительных органов и органов прокуратуры 12 стран, которые ведут многочисленные уголовные расследования в отношении действующих и бывших членов ДАИШ»¹⁴². В частности, Комиссия ссылается на один из своих докладов по делу Усамы А., которое упоминалось выше¹⁴³. Что касается непосредственно ЕС, то здесь действует ряд механизмов, например Сеть по предупреждению геноцида, которые отвечают за оказание помощи службам прокуратуры государств-членов в вопросах уголовного преследования лиц, обвиняемых в совершении международных преступлений в Сирии и/или Ираке, поощряя обмен информацией и передовым опытом и поддерживая сотрудничество между правоохранительными и судебными органами¹⁴⁴.

138 The Soufan Center, “Bringing Terrorists to Justice: Prosecuting ISIL War Crimes and Terrorism”, June 2021, доступно по адресу: <https://thesoufancenter.org/research/bringing-terrorists-to-justice-prosecuting-isilwar-crimes-and-terrorism/>, p. 1.

139 T. Mehra, “Bringing (Foreign) Terrorist Fighters to Justice in a Post-ISIS Landscape. Part III: Collecting Evidence from Conflict Situations”, *ICCT Perspectives*, 12 June 2018, доступно по адресу: <https://icct.nl/publication/bringing-foreign-terrorist-fighters-to-justice-in-a-post-isis-landscape-part-iii-collecting-evidence-from-conflict-situations/>.

140 Ibid.

141 См.: <https://cijaonline.org/key-successes>. Комиссия по международному правосудию и ответственности (CIJA) также упоминается в числе специализированных организаций гражданского общества, которые могут сыграть определенную роль в судебном преследовании бойцов-иностранцев, в докладе Евроюста и Сети по предупреждению геноцида о кумулятивном преследовании; см.: Eurojust Genocide Network Report on Cumulative Prosecution (примечание 16 выше), p. 25.

142 См.: <https://cijaonline.org/key-successes>.

143 См.: Oussama A. (примечание 118 выше).

144 См. также в целом: Eurojust Genocide Network Report on Cumulative Prosecution (примечание 16 выше), p. 25. См. также: T. Mehra (примечание 139 выше).

Заключение

Цель настоящей статьи заключалась в том, чтобы представить обзор текущей взаимосвязи между МГП и правом в области борьбы с терроризмом по такому вопросу, как судебное преследование бойцов-иностранцев. В статье, в частности, отмечается, что именно эта взаимосвязь остается одним из главных препятствий для принятия всеобъемлющей конвенции о борьбе с терроризмом и что деятельность бойцов-иностранцев по определению относится к ведению обоих правовых режимов, а также рассматриваются разные возможности для судебного преследования с учетом конфликтов между нормами МГП и права в области борьбы с терроризмом.

Автор настоящей статьи придерживается мнения о том, что судебное преследование бойцов-иностранцев должно вестись с учетом как всех особенностей этого сложного феномена, так и всех применимых правовых режимов. Лишь в этом случае можно гарантировать надлежащее отправление правосудия. При всех возможных сложностях практического характера, следует отметить, что если привлечение к уголовной ответственности бойцов-иностранцев происходит преимущественно (а то и исключительно) в соответствии с нормами права в области борьбы с терроризмом, то это может повлечь за собой ряд проблем. Во-первых, данный правовой режим не учитывает право жертв на получение адекватной компенсации. Так, невозможность обеспечить уголовное преследование бойцов-иностранцев за совершенные ими конкретные преступления — в рамках МГП, права в области борьбы с терроризмом или кумулятивного преследования — может привести к тому, что боевики не понесут должного наказания, а интересы жертв не будут должным образом защищены в суде¹⁴⁵. Помимо этого, использование универсального подхода, в рамках которого все бойцы-иностранцы будут преследоваться за факт их членства в группе безотносительно тяжести совершенных ими преступлений, также представляется несправедливым и ведет к нарушению прав бойцов-иностранцев на надлежащий судебный процесс. Очень важно, чтобы любой обвинительный приговор, который выносится по итогам уголовного процесса, был соразмерен масштабу вины преступника¹⁴⁶. И наконец государства «должны расследовать военные преступления, по утверждению, совершенные их гражданами»¹⁴⁷. Эта норма применяется в отношении как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов¹⁴⁸.

Как было четко отмечено в докладе Евростра и Сети по предупреждению геноцида по данному вопросу:

Некоторые государства — члены ЕС уже продемонстрировали, что кумулятивное преследование и привлечение к ответственности ино-

145 Н. Cuyckens and С. Paulussen (примечание 17 выше), р. 563. См. также: Guidance on HR-Compliant Responses to the Threat Posed by FFs (примечание 93 выше), р. 36.

146 Guidance on HR-Compliant Responses to the Threat Posed by FFs (примечание 93 выше), р. 36.

147 Норма 158 обычного МГП, доступно по адресу: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule158. По этому вопросу см. также: Jöbstl (примечание 101 выше).

148 Ibid.

странных боевиков-террористов за оба вида уголовно наказуемых деяний — особо тяжких международных преступлений и преступлений террористической направленности — возможны. Судебное преследование лиц за совершение преступлений террористической направленности вместе с военными преступлениями, преступлениями против человечности, преступлениями геноцида и другими преступными деяниями имеет множество преимуществ и позволяет обеспечить всю полноту уголовной ответственности виновных, свершить правосудие в интересах жертв и добиться более суровых обвинительных приговоров¹⁴⁹.

На сегодняшний день, судя по имеющимся данным, наилучшим методом такого кумулятивного преследования является судебное преследование в странах происхождения, по крайней мере когда речь идет о странах ЕС, при условии, что и преступления террористической направленности, и особо тяжкие международные преступления регламентируются национальным законодательством этих стран. Этот подход также зарекомендовал себя как оптимальный с точки зрения обеспечения судебных гарантий. Таким образом, автор настоящей статьи настоятельно рекомендует государствам — членам ЕС принимать активные меры по репатриации своих граждан и передаче их в руки правосудия в стране их происхождения.

И наконец, при всей важности уголовного правосудия в конечном счете мы должны стремиться к более комплексному подходу, то есть не только привлекать таких лиц к надлежащей ответственности, но и проводить программы по их дерадикализации и реинтеграции¹⁵⁰.

149 Eurojust Genocide Network Report on Cumulative Prosecution (примечание 16 выше), p. 5.

150 По этому вопросу см. также, в частности: Kerstin Braun, “Home, Sweet Home: Managing Returning Foreign Terrorist Fighters in Germany, the United Kingdom and Australia”, *International Community Law Review*, Vol. 20, No. 3–4, 2008, pp. 311–346.