

**ПРАВО
И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ**

**КЛАССИФИКАЦИЯ ЛИЦ
В НЕМЕЖДУНАРОДНЫХ ВООРУЖЁННЫХ КОНФЛИКТАХ:
В ПОИСКАХ СБАЛАНСИРОВАННОГО ПОДХОДА**

© 2012 г. В.Н. Русинова¹

Краткая аннотация: на основе исследования различных подходов к классификации лиц в немеждународных вооружённых конфликтах и толкованию понятия “непосредственное участие в военных действиях” в соответствии с международным гуманитарным правом в статье обосновывается вывод о необходимости использования сбалансированного подхода, являющегося компромиссом между требованиями защиты гражданского населения и военной необходимостью.

Annotation: on the basis of analysis of different approaches to classification of individuals in non-international armed conflicts and interpretation of the notion “direct participation in hostilities” under International Humanitarian Law the author proves relevancy of a balanced approach, which represents a compromise between requirements of protection of the civil population and military necessity.

Ключевые слова: международное гуманитарное право, вооружённые конфликты немеждународного характера, гражданское население, непосредственное участие в военных действиях.

Key words: international humanitarian law, non-international armed conflicts, civil population, direct participation in hostilities.

Можно ли в любое время совершать нападения на лиц, которые являются членами организованных вооружённых групп? Насколько защищено от нападения лицо, которое является “гражданским” – днём и “комбатантом” – ночью? Правомерен ли выбор мишеней для так называемых “целенаправленных убийств”, используемых некоторыми государствами для точечного уничтожения подозреваемых в терроризме? Согласуется ли с нормами международного права определение статуса лиц, участвующих в конфликтах в Ираке и Афганистане? Международное гуманитарное право – отрасль международного права, направленная на защиту жертв вооружённых конфликтов и ограничение средств и методов ведения войны, – даёт следующий общий ответ на эти вопросы: защитой от нападений пользуются гражданские лица, но, если они злоупотребляют своим положением, защита прекращается на такое время, пока они принимают непосредственное участие в военных действиях.

Этот принцип, именуемый “принципом различия”, действует как в международных, так и

в немеждународных вооружённых конфликтах. Проблема заключается в следующем. В международных конфликтах члены вооружённых сил в порядке наделения их статусом комбатантов и военнопленных призваны выполнять ряд обязанностей с целью обеспечения отличия себя от гражданского населения. Договорные источники международного гуманитарного права, применимые в немеждународных вооружённых конфликтах², не просто не вводят статуса “комбатантов” – они не содержат положений о том, кого считать “сражающимися”, не раскрывают понятия “гражданские лица” и прямо не налагают на стороны конфликта обязанности отличать себя от гражданского населения. Отсутствие единообразной позиции государств по этим вопросам исключает возможность формирования соответствующего международно-правового обычая³. В итоге наличие у отдельно взятого лица защиты от нападения в немеждународном вооружённом конфликте зависит от того, кто и как толкует, во-первых, по-

¹ Заведующая кафедрой международного и европейского права юридического факультета Российского государственного университета им. И. Канта, кандидат юридических наук. LL.M. (Гёттинген). Статья подготовлена в рамках реализации гранта Президента РФ для поддержки молодых российских учёных МК-4698.2009.6.

² Статья 3 Женевских конвенций от 12 августа 1949 г. об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях; об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооружённых сил на море; об обращении с военнопленными; о защите гражданского населения во время войны.

³ См.: Хенкертс Ж.-М., Досвальд-Бек Л. Обычное международное гуманитарное право. Т. 1. Нормы. Женева, 2006. С. 30.

нятие “гражданские лица” и, во-вторых, понятие “непосредственное участие в военных действиях”.

Как следствие, подходы к классификации лиц в немеждународных конфликтах разнятся настолько сильно, что их применение к конкретному лицу в одной и той же ситуации может привести к диаметрально противоположным выводам. И это несмотря на то, что от результатов классификации зависит решение вопроса жизни и смерти. Кроме того, ошибка может повлечь привлечение индивида, совершившего или приказавшего совершить нападение на лицо, которое должно было быть классифицировано в качестве гражданского, к уголовной ответственности (в том числе и на международном уровне). Это связано с тем, что подобное нападение квалифицируется как военное преступление, т.е. преступление по общему международному праву, со всеми вытекающими отсюда последствиями. Следует учитывать, что субъектом такого преступления в равной степени могут быть члены и правительственной, и неправительственной сторон конфликта, в то время как за общее участие в военных действиях к ответственности привлекаются только члены неправительственных организованных вооружённых групп, потому как преступность деяний, совершённых военнослужащими, исключается, если они действовали во исполнение приказа, который не был явно незаконным.

На практике и в науке международного права сложились три основных подхода к классификации лиц в немеждународных конфликтах: *первый* подход состоит в делении всех лиц на принимающих и не принимающих “непосредственное участие в военных действиях”, *второй* подход выделяет членов правительственных “вооружённых сил” и неправительственных “организованных вооружённых групп” и “гражданское население”, и наконец, в рамках *третьего* подхода различаются члены правительственных “вооружённых сил” и “гражданское население”. В отношении толкования “непосредственного участия в военных действиях” используются две концепции, различающиеся в оценке периода потери индивидом защиты от нападения: это концепция длящейся потери защиты от нападения и концепция “отдельного акта”.

Цель данной статьи состоит в том, чтобы сквозь призму действующего международного права оценить применение основных подходов к классификации лиц в немеждународных конфликтах в их сочетании с различными линиями толкования “непосредственного участия в воен-

ных действиях” и сделать вывод о том, какой путь более всего обеспечивает достижение баланса между защитой гражданского населения, с одной стороны, и военной необходимостью – с другой.

I. Лица, принимающие и не принимающие “непосредственное участие в военных действиях”

Классификацию лиц на принимающих и не принимающих “непосредственное участие в военных действиях” можно прямо вывести из текста общей ст. 3 Женевских конвенций и п. 1 ст. 4 Второго дополнительного протокола. Под “гражданскими лицами” в таком случае понимаются все лица, которые не принимают непосредственного участия в военных действиях. Именно такие классификация и терминология были использованы в резолюции Генеральной Ассамблеи 2675 (XXV) “Основные принципы защиты гражданского населения в вооружённых конфликтах” 1970 г. Для обозначения второй группы лиц нередко используются термины “комбатанты” или “сражающиеся”⁴. В частности, деление лиц на “комбатантов” и “гражданское население” в немеждународном конфликте было применено в 1998 г. Межамериканской комиссией по правам человека при разрешении дела *Хуан Карлос Абелла против Аргентины* (“Дело Таблада”), которое касалось нападения вооружённой группы на военную базу⁵. Примеры использования такого подхода можно найти и в военных уставах некоторых государств⁶.

Вместе с тем исключение лиц, принимающих “непосредственное участие в военных действиях”, из состава “гражданских” прямо противоречит буквальному толкованию правила, зафиксированного в п. 3 ст. 13 Второго дополнительного протокола: гражданские лица, принимающие непосредственное участие в военных действиях, теряют защиту от нападения, но не перестают быть

⁴ См.: *Abi-Saab G.* Non-international Armed Conflicts. In: *International Dimensions of Humanitarian Law* // Hunry Dunant Institute. Paris/Geneva/Dordrecht, 1988. P. 235; Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General. Geneva, 25 January 2005. Para. 166 // http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf; International Institute of Humanitarian Law, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*. With Commentary. San Remo, 2006. P. 4, 5.

⁵ См.: Inter-American Commission on Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev. Report. 13 April 1998. Paras. 177, 178. <http://www.cidh.org/annualrep/97eng/Argentina11137.htm>

⁶ Colombia, *Instructions Manual* (1999); Dominican Republic, *Military Manual* (1980) // *Henckaerts J.-M., Doswald-Beck L.* Customary International Humanitarian Law. Vol. II. Cambridge, 2005. Ch. 1. Paras. 717, 583.

“гражданскими лицами”. Кроме того, деление лиц по принципу “непосредственного участия в военных действиях” может привести к выводу, что члены правительственных вооружённых сил становятся “гражданскими лицами”, когда они не принимают непосредственного участия в военных действиях, что не совместимо со сложившимся обычно-правовым правилом, в соответствии с которым члены правительственных вооружённых сил не рассматриваются в качестве “гражданских лиц” ни во время международного, ни во время немеждународного вооружённого конфликта⁷.

II. Члены правительственных “вооружённых сил”, “организованных вооружённых групп” и “гражданское население”

Толкуя общую ст. 3 Женевских конвенций, можно вывести не только деление лиц на принимающих и не принимающих “непосредственное участие в военных действиях”, но и то, что члены вооружённых сил и организованных вооружённых групп являются принимающими непосредственное участие в военных действиях в силу своего членства в группе, и наряду с ними есть лица, которые в состав вооружённых формирований не входят, и они, в свою очередь, могут быть как принимающими, так и не принимающими “непосредственное участие в военных действиях”.

Второй Дополнительный протокол, включая в свой состав нормы, регулирующие ведение военных действий, и оперируя терминами “гражданские лица” и “гражданское население”, должен был пролить свет на объём этих понятий, но в тексте документа соответствующие определения отсутствуют. При этом проект протокола 1973 г., подготовленный Международным Комитетом Красного Креста (далее – МККК), не вводя статуса комбатантов, содержал понятия “комбатанты” и “гражданские лица”, а также расшифровывал их значение. В частности, “гражданские лица” определялись как “лица, не являющиеся членами вооружённых сил или любой другой организованной вооружённой группы”⁸. В ходе дипломатической конференции было решено отказаться от использования такой терминологии в связи с опасениями усилить позиции неправительствен-

ной стороны⁹, поэтому, несмотря на изменения в тексте Второго Дополнительного протокола, необходимо исходить из заложенной в нём классификации лиц на “гражданских” и на тех, кто является членом правительственных вооружённых сил или организованной вооружённой группы.

Путём толкования п/п. (i), (iii), (viii) и (ix) п. 2 “е” ст. 8 Римского статута Международного уголовного суда можно сделать вывод, что в статуте используется такая же классификация лиц. В качестве примеров применения этого подхода можно также сослаться на два решения Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии. В решении по делу *Тадича* трибунал презюмировал, что индивид не может рассматриваться как “не сражающийся”, если он “активно вовлечён в военные действия, будучи в той или иной форме членом группы сопротивления”¹⁰. Рассматривая дело *Блашкича*, судебная палата Международного трибунала по бывшей Югославии указала: “Гражданские лица по смыслу статьи 3 – это лица, которые не являются или больше не являются членами вооружённых сил”¹¹. Особенность такой классификации лиц в случае вооружённого конфликта немеждународного характера заключается в том, что не только члены правительственных вооружённых сил, но и лица, которые являются членами неправительственных организованных вооружённых групп, изымаются из категории “гражданское население”. Следовательно, с позиции “непосредственного участия в военных действиях” их поведение вообще не оценивается, и они могут являться объектом для нападения только в силу своего членства в такой организации. Деление лиц на членов “вооружённых сил”, “организованных вооружённых групп” и “гражданское население” легло в основу опубликованного в 2009 г. Руководства по толкованию понятия “непосредственное участие в военных действиях”, подготовленного в результате шести лет работы экспертов под эгидой МККК и Института им. Т.М.К. Ассера¹². Этот подход, обозначаемый в англоязычной литературе как “*membership*

⁷ Хенкертс Ж.-М., Досвальд-Бек Л. Указ. соч. С. 25.

⁸ CDDH, Official Records, Vol. I. Part Three, Draft Additional Protocols, June 1973. P. 40; Vol. XV. CDDH/215/Rev.1, 3 February-18 April 1975. P. 320.

⁹ См.: *Bothe M., Ipsen K., Partsch K.J.* Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht. Verlauf und Ergebnisse // *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1978. Vol. 38 (1–2). S. 69; *Kimminich O.* Schutz der Menschen in bewaffneten Konflikten. Grünewald, 1979. S. 76, 77.

¹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Trial Chamber, Judgment. 7 May 1997. Para. 639.

¹¹ ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*. Trial Chamber, Judgment. 3 March 2000. Para. 180 // <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>

¹² См.: Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law. ICRC, 2009. P. 16 (далее – ICRC Guidance).

approach” (“подход, основанный на членстве”), получил широкое распространение в науке международного права¹³.

Главное достоинство этого подхода состоит в возможности отказаться от использования концепции “длежащего участия в военных действиях”, избирая путь ограничительного толкования “непосредственного участия в военных действиях” как применимого только к отдельным действиям гражданских лиц. Таким образом, только к тем лицам, которые не являются членами “вооружённых сил” или “организованных вооружённых групп”, может быть применено правило “вращающейся двери”¹⁴, которое лишает их защиты от нападения на время непосредственного участия в конкретной военной операции, включая перемещение к месту её осуществления и обратно¹⁵. Тем самым исключается опасность утраты гражданским лицом защиты от нападения со ссылкой на его длительное участие в военных действиях, когда перерыв после совершённого нападения рассматривается как подготовка к следующему¹⁶, т.е. из предыдущего участия в военных действиях выводится умысел, направленный на дальнейшее участие. Это позволяет избежать возможных злоупотреблений.

Такая интерпретация понятия “гражданские лица”, однако, существенно осложняется отсутствием ясности в отношении терминов “организованная вооружённая группа”, а также “членство” в этой группе.

Рассмотрим основные варианты определения понятия “организованная вооружённая группа”.

¹³ См.: *Melzer N. Targeted Killing in International Law*. Oxford, 2008. P. 327, 350 et seq.; *Watkin K. Humans in the Cross-Hairs: Targeting, Assassination and Extra-Legal Killing in Contemporary Armed Conflict* / In: D. Wippman and M. Evangelista (Eds). *New Wars, New Laws? – Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*. New York, 2005. P. 160; *Krezmer D. Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?* // *European Journal of International Law*. 2005. Vol. 16. № 2. P. 199; *Goodman R. The Detention of Civilians in Armed Conflict* // *American Journal of International Law*. 2009. Vol. 103. P. 51; *New Rules for Victims of Armed Conflicts. Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* // *Bothe M., Partsch K.J., Solf W.A. The Hague/ Boston/ London, 1982*. P. 672.

¹⁴ Описание правила временной утраты защиты от нападения в качестве “вращающейся двери” приписывается Х. Парк-су (см.: *Parks H. Air War and the Law of War* // *Air Force Law Review*. 1990. Vol. 32. P. 118).

¹⁵ См.: ICRC Guidance. P. 45.

¹⁶ См.: The Supreme Court of Israel, *The Public Committee against Torture in Israel v. the Government of Israel et al.* Judgment. 11 December 2005. Paras. 35, 39 // http://slomanson.tjshl.edu/israeli_SCT_Targeted_Killing_Case.pdf.

Первый – и самый ограничительный – состоит в применении четырёх критериев, установленных в п. 2 ст. 4 Женевской конвенции об обращении с военнопленными¹⁷. В результате его применения вне круга “организованных вооружённых групп” остаётся неоправданно большое количество формирований, члены которых традиционно воспринимаются в качестве “сражающихся”. Помимо этого организованные группы вряд ли будут придерживаться таких требований и подвергать себя излишнему риску, постоянно имея отличительный знак и открыто нося оружие, не говоря уже о том, что их методы далеко не всегда соответствуют “законам и обычаям войны”¹⁸. Возникает вопрос и о том, насколько оправданно использование этого варианта, учитывая то, что не только договорное, но и обычное международное право шагнуло в сторону смягчения критериев, на основе которых в ходе международных вооружённых конфликтов устанавливается наличие “организованной вооружённой группы”.

В этой связи *второй вариант* трактовки понятия “организованная вооружённая группа”, заключающийся в применении критериев, установленных в ст. 43 Первого Дополнительного протокола по аналогии и в немеждународных конфликтах, представляется более оправданным¹⁹. Канада даже специально сделала оговорку ко Второму Дополнительному протоколу о том, что используемые во этом протоколе термины, которым не дано определение, должны, насколько это возможно, толковаться так же, как термины, раскрытые в Первом Дополнительном протоколе²⁰. Отметим, что Аргентина была единственным государством, которое при ратификации Первого Дополнительного протокола сделало оговорку о том, что понятие “организованные вооружённые группы”, которое используется в п. 1 ст. 1 Второго Дополнительного протокола, не должно пониматься как эквивалентное понятию, использованному в ст. 43 Первого Дополнительного протокола, даже если группа удовлетворяет всем критериям²¹.

¹⁷ Р. Гудман указывает на необходимость применения критериев, установленных в Женевской конвенции об обращении с военнопленными или в Первом Дополнительном протоколе (см.: *Goodman R. Op. cit.* P. 51).

¹⁸ См.: Third Expert Meeting on the Notion of “Direct Participation in Hostilities under IHL”. Geneva, 23–25 October 2005. Summary Report. P. 47 (далее – Third Expert Meeting).

¹⁹ См.: *Melzer N. Op. cit.* P. 318.

²⁰ См.: Reservation of Canada to the II Additional Protocol. 20.11.1990 // <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/980372FA-BB4354B9C1256402003FB810?OpenDocument>

²¹ См.: Reservation of Argentina to the I Additional Protocol. 26.11.1986 // <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/1F3EE768-E1F92B5FC1256402003FB24B?OpenDocument>

Признаки, указанные в п. 1 ст. 1 Второго Дополнительного протокола: организованность, вооружённость, ответственное командование, контроль над частью территории, осуществление непрерывных и согласованных действий (*третий вариант* определения понятия “организованная вооружённая группа”²²), – вряд ли могут быть применены для определения того, можно ли членов группы отнести к “сражающимся” или нет, потому как при закреплении этих требований преследовалась иная цель: установить планку интенсивности немеждународного конфликта, сузив сферу применения протокола по сравнению с общей ст. 3 Женевских конвенций.

Некоторые эксперты в порядке установления универсального определения “организованной вооружённой группы”, которое было бы применимо к любому немеждународному конфликту, приходят к выводу об оправданности квалификации той или иной группы на индивидуальной основе, не ограничиваясь раз и навсегда установленными параметрами²³. Это является *четвёртым вариантом* определения понятия “организованная вооружённая группа”. Привносится неопределённость в систему критериев, этот вариант предоставляет слишком широкие дискреционные полномочия правительственной стороне конфликта: применение минимальных требований к группе для признания её членом в качестве сражающихся может повлечь неоправданное расширение категории лиц, не защищённых от нападения.

Определение “членства” в группе также сопряжено со значительными трудностями. Если членство в вооружённых силах государства формализовано, то членство в организованных вооружённых группах, как правило, неформально, что затрудняет установление момента его начала и прекращения. За членство в вооружённой группе может быть ошибочно принята принадлежность к семье, равно как к этнической, религиозной, социальной или политической группе; кроме того, членство в группе может быть недобровольным, и наконец, военизированная группа может быть только крылом организации²⁴.

Учитывая специфику немеждународных вооружённых конфликтов, руководство МККК по толкованию понятия “непосредственное участие в военных действиях” предлагает использовать для определения членства в группе концепцию

“длящейся военной функции”, указывая, что организованные вооружённые группы негосударственной стороны конфликта должны состоять “только из тех индивидов, длящейся функцией которых является непосредственное участие в военных действиях”²⁵. Этот подход отражает устойчивый в доктрине международного права тезис о том, что сама принадлежность к группе не может автоматически считаться непосредственным участием и является доказательством только опосредованного участия в военных действиях²⁶. Таким образом, для определения того, является ли лицо членом организованной вооружённой группы, необходимо выяснить, наделено ли оно длящейся военной функцией. Тем самым акцент с длящегося непосредственного участия индивида в военных действиях смещается в сторону *наличия* у него военной функции²⁷.

Подход к определению членства в группе на основе “длящейся военной функции” выполняет сразу две задачи: во-первых, он даёт ответ на вопрос, каким путём определять членство в группе, указывая на необходимость избрания неформализованного варианта, и, во-вторых, уменьшает количество членов организованных вооружённых групп, которые не входят в состав “гражданского населения”, за счёт отсекаемых не сражающихся, т.е. медицинского и религиозного персонала, поваров, инженеров и т.д. Использование такого подхода является новеллой: в своё время авторы комментария ко Второму Дополнительному протоколу не пошли дальше “общего членства” в вооружённой группе, указав, что “те, кто принадлежит к вооружённым силам или вооружённым группам, могут быть атакованы в любое время”²⁸. Предложенный экспертами МККК функциональный подход представляет собой попытку отделить в немеждународных конфликтах “комбатантов” не только от “лиц, следующих за вооружёнными силами, но не входящих в их состав непосредственно”²⁹, но и от “некомбатантов”, т.е. не сражающихся, которые входят в состав вооружённых сил

²⁵ ICRC Guidance. P. 16.

²⁶ См.: *Sassoli M. Combatants*. In: Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Para. 37 // <http://www.mpepil.com/>; Goodman R. Op. cit. P. 54-55.

²⁷ См.: Fifth Informal Expert Meeting on the Notion of “Direct Participation in Hostilities under IHL”. Expert Comments and Elements of Response Concerning the Revised Draft of the Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities. Geneva, 5-6 February 2008. P. 16.

²⁸ Commentary to the Additional Protocols. Op. cit. P. 1453.

²⁹ Статья 13 Гаагского положения о законах и обычаях сухопутной войны от 18 октября 1907 г.; п. 4 ст. 4 Женевской конвенции об обращении с военнопленными.

²² См.: *Хенкертс Ж.-М., Досвальд-Бек Л.* Указ. соч. С. 24; New Rules for victims of Armed Conflicts. Op. cit. P. 672.

²³ См.: Third Expert Meeting. P. 48.

²⁴ См.: *ibid.* P. 53, 54.

воюющих сторон³⁰. В то же время международное гуманитарное право, применимое в международных конфликтах, отталкивается от “общего членства” в группе: “некомбатанты”, за исключением медицинского и духовного персонала, уравниваются в своём положении с “комбатантами”³¹. Таким образом, получается, что на стороны немеждународного конфликта возлагается больше обязательств, чем на стороны международного конфликта. Использование такого подхода, тем не менее, может быть оправданно, поскольку в условиях немеждународного конфликта практически невозможно отличить “лиц, следующих за вооружёнными силами”, от “некомбатантов” (лиц, входящих в состав вооружённой группы, в функцию которых не входит непосредственное участие в военных действиях), в отличие от международных конфликтов, в которых “некомбатанты” обязаны отличать себя от гражданского населения.

Однако критика подхода, основанного на “функциональном членстве”, базируется не только на том, что он слишком узко трактует “членство” в организованной вооружённой группе, не включая в него лиц, которые вносят существенный вклад в общие военные усилия, будь то тренировка, рекрутирование или создание инфраструктуры, но и на том, что на практике практически невозможно добыть необходимый уровень разведанных об отдельном члене группы для того, чтобы считать его наделённым “длящейся военной функцией”³². В ответ можно возразить, что установление даже “общего членства” в вооружённой группе связано с серьёзными проблемами. Необходимость выяснять, наделён ли член организованной вооружённой группы “длящейся военной функцией”, потребует дополнительных усилий по поиску информации, однако в этом как раз и заключается гарантия защиты гражданского населения от ошибочных нападений.

III. Члены правительственных “вооружённых сил” и “гражданское население”

Классификация всех лиц в ситуации немеждународного конфликта на две категории: членов правительственных “вооружённых сил” и “гражданских лиц”, которые могут быть как принимающими, так и не принимающими непосредствен-

ное участие в военных действиях, – основывается на международном обычае, в соответствии с которым члены правительственных “вооружённых сил” исключаются из состава “гражданского населения”, а также подкрепляется отсутствием в общей ст. 3 Женевских конвенций и Втором Дополнительном протоколе терминов “сражающиеся” или “комбатанты”. Такая классификация лиц представляет собой прямую аналогию с классификацией, используемой в международных вооружённых конфликтах, в которых под “гражданским населением” понимаются все лица, которые не являются членами “вооружённых сил”, т.е. только таких “организованных вооружённых групп”, которые принадлежат стороне, участвующей в международном конфликте (государству или национально-освободительному движению)³³. Из этого следует, что члены организованных вооружённых групп, чьи действия нельзя вменить сторонам конфликта, являются гражданскими лицами, которые, однако, могут потерять защиту от нападения на время непосредственного участия в военных действиях³⁴. Как отмечается авторами Обычного международного гуманитарного права, в отношении классификации лиц в ходе немеждународного вооружённого конфликта “практика не даёт однозначного ответа на вопрос, считаются ли лица из состава вооружённых оппозиционных групп личным составом вооружённых сил или гражданскими лицами”³⁵, поэтому и такой подход к классификации лиц в немеждународных конфликтах имеет право на существование.

Основываясь на этой классификации, можно сделать вывод, что члены неправительственных организованных вооружённых групп не исключаются из состава гражданского населения и их поведение оценивается на основе “непосредственного участия в военных действиях”. Такая трактовка понятия “гражданское население” представляет собой попытку учесть специфику немеждународных вооружённых конфликтов и их договорного регулирования: если подход к классификации лиц по праву, применимому в международных вооружённых конфликтах, основан больше на статусе (членстве в организованных вооружённых группах), чем на поведении, то в немеждународных

³⁰ См.: Статья 3 Гаагского положения о законах и обычаях сухопутной войны.

³¹ См.: Статья 4 Женевской конвенции об обращении с военнопленными; п. 1 ст. 50 Первого Дополнительного протокола.

³² Forth Expert meeting on the Notion of “Direct Participation in Hostilities”. Geneva, 27–28 November 2006. Summary Report. P. 25, 26.

³³ Пункт 1 ст. 50, п. 1 ст. 43 Первого Дополнительного протокола; п. 2 ст. 4 Женевской конвенции об обращении с военнопленными.

³⁴ Статья 4 Женевской конвенции об обращении с военнопленными; п. 3 ст. 50, п. 4 ст. 1, п. 3 ст. 96 Первого дополнительного протокола.

³⁵ Хенкертс Ж.-М., Досвальд-Бек Л. Указ. соч. С. 25.

конфликтах – наоборот, большее значение придаётся поведению, а не статусу³⁶.

Вместе с тем нельзя не учитывать, что применение подхода, в соответствии с которым члены неправительственных “организованных вооружённых групп” в немеждународных конфликтах являются “гражданскими лицами”, которые теряют свою защиту только на время “непосредственного участия в военных действиях”, привело бы к выводу, что правительственные силы имеют право только отвечать на атаки неправительственных групп, но не могут совершать наступательных операций, потому что члены организованной вооружённой группы не всегда участвуют в военных действиях “непосредственно”³⁷. Такой вывод прямо противоречил бы воле создателей Второго Дополнительного протокола, которые, исключая упоминания о членах организованных вооружённых групп как “комбатантах” из текста проекта, стремились не к тому, чтобы усилить защиту сражающихся, а наоборот – не допустить даже формального уравнивания в правах правительственной и неправительственной сторон конфликта. Из этого следует, что трактовка “гражданских лиц” как всех, кто не входит в состав правительственных “вооружённых сил”, должна сочетаться с широким толкованием “непосредственного участия в военных действиях”, допускающим возможность длящейся потери защиты от нападения, в том числе в силу членства в вооружённой группе.

Однако использование указанной выше конструкции таит в себе опасность чрезмерно широкого толкования “непосредственного участия в военных действиях”. Примером может служить классификация лиц в ситуации вооружённого конфликта, применяемая США после террористических актов 11 сентября 2001 г., когда вне зависимости от квалификации конфликта используется терминология “законные” и “незаконные вражеские комбатанты”. Под “незаконными вражескими комбатантами” понимаются “лица, которые вовлечены в военные действия или которые целенаправленно или существенно поддерживают военные действия против Соединённых Штатов или их союзников и которые не являются законными вражескими комбатантами” при том, что понятие “законные вражеские комбатанты” определяется в том смысле, который вкладывается в понятие “комбатанты” Женевской конвенцией об

обращении с военнопленными³⁸, ограничивая его представителями только правительственной стороны конфликта. Такой подход к классификации лиц в немеждународных конфликтах является неоправданно широким, игнорируя заложенное в общую ст. 3 Женевских конвенции и п. 3 ст. 13 Второго Дополнительного протокола различие между “непосредственным” и “опосредованным” участием в военных действиях. Следовательно, с одной стороны, необходимо достаточно широко толковать случаи, когда гражданское лицо теряет защиту от нападения, с другой – нельзя переступать ту грань, за которой участие в военных действиях будет “опосредованным”.

IV. Необходимость применения “сбалансированного подхода”

От ответа на вопрос, кто пользуется защитой в ситуации вооружённого конфликта немеждународного характера, зависит, на каких лиц правительственные вооружённые силы могут нападать в любое время. Когда сражающиеся отличают себя от гражданского населения или в ситуации непосредственно военных действий применение любого из упомянутых выше подходов к классификации лиц и определению “непосредственного участия в военных действиях” приведёт к одному и тому же результату: нападение на членов неправительственных “организованных вооружённых групп” правомерно. Это простые и понятные ситуации, однако насколько способны эти подходы решить задачи, более приближенные к реалиям современных немеждународных вооружённых конфликтов?

Представим себе конфликт, в котором неправительственная сторона не отличает себя от гражданского населения и старается скрываться от нападений, “растворяясь” среди гражданского населения. Подход, основанный на участии или неучастии в военных действиях, помимо несоответствия п. 3 ст. 13 Второго Дополнительного протокола, направлен на защиту жертв вооружённых конфликтов и мало приспособлен для решения задач ведения военных действий, поэтому попробуем оценить в действии подходы, которые отделяют “гражданское население” от правитель-

³⁶ См.: *Сассоли М., Бувье А.* Правовая защита во время войны. Т. 1. Женева, 2008. С. 307.

³⁷ См.: *Хенкерте Ж.-М., Досвальд-Бек Л.* Указ. соч. С. 27, 28.

³⁸ US Military Commissions Act of 2006. Para. 948a (2) // http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_public_laws&docid=f:publ366.109.pdf. О применении силы в отношении лиц и организаций, подозреваемых в террористической деятельности, см.: US Congress, Authorization for Use of Military Force. Joint Resolution. 18.09.2001. Public Law 107-40 (S.J. Res. 23) // <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/html/PLAW-107publ40.htm>

ственных и неправительственных вооружённых формирований или только от правительственных “вооружённых сил”.

Итак, если считать, что объектом для нападения может быть лицо, наделённое длящейся военной функцией в “организованной вооружённой группе”, то принципиальное значение приобретает квалификация группы лиц в таком качестве. Попытка применить п. 2 ст. 4 Женевской конвенции об обращении с военнопленными, который, среди прочего, предусматривает необходимость иметь отличительный знак и открыто носить оружие, неизбежно поставит нас перед вопросом: в чём должна состоять мотивация неправительственных сил отличать себя от гражданского населения, так как, в отличие от международных конфликтов, статус комбатантов в международных конфликтах не предусматривается? Представляется, что, применяя п. 2 ст. 4 этой конвенции, необходимо отделять *признаки* понятия “организованная вооружённая группа” от *обязательств*, которые на эти группы возлагаются. Требование отличать себя от гражданского населения прямо не закреплено в договорных источниках международного гуманитарного права, применимых в международных вооружённых конфликтах, но его существование можно вывести, исходя из запрета вероломства, одним из способов совершения которого является симуляция обладания статусом гражданского лица³⁹. Запрет актов вероломства в международных конфликтах может быть только следствием существования адресованного всем сражающимся требованиям отличать себя от гражданского населения. Вместе с тем его невыполнение не означает, что участники вооружённого конфликта должны признаваться “гражданскими лицами”.

Однако, если отталкиваться от максимального количества критериев, предъявляемых к “организованной вооружённой группе”, к примеру, применяя тот же п. 2 ст. 4 Женевской конвенции об обращении с военнопленными или даже п. 1 ст. 1 Второго Дополнительного протокола с его требованием о контроле над частью территории и непрерывностью военных действий, то в итоге реальные участники вооружённых групп попадут в категорию “гражданского населения”. Значит, нужно будет использовать широкий подход к толкованию понятия “непосредственное участие в военных действиях”, что, как результат, подверг-

нет опасности тех лиц, которые не участвуют в военных действиях. В свою очередь, применение минимального набора критериев в совокупности с “функциональным членством” также может привести к неоправданному расширению группы лиц, лишенных защиты от нападения в любое время, пока они не прекратят членство в этой организации.

Использование другого подхода к классификации лиц в немеждународном конфликте – подхода, основанного на исключении из состава гражданского населения только членов правительственных “вооружённых сил”, в совокупности с концепцией длящейся утраты защиты от нападения вследствие “непосредственного участия в военных действиях”, не ограничивает потерю защиты только членством в вооружённой группе, поэтому индивид может стать объектом для нападения вне зависимости от своего реального поведения, и нападающему фактически будет предоставлено право руководствоваться исключительно своими предположениями⁴⁰.

Размышляя о наиболее приемлемом варианте, кого в свете международного гуманитарного права, применимого в международных конфликтах, можно рассматривать в качестве лишённого защиты от нападения, следует избрать вариант, наиболее приближенный к тем правилам, которые действуют в международных конфликтах. Речь идёт о толковании “гражданских лиц” как тех, кто не принадлежит к вооружённым силам сторон конфликта, которые могут быть определены как “организованные вооружённые группы, находящиеся под командованием лица, ответственного за своих подчинённых перед стороной конфликта, и подчиняющиеся внутренней дисциплине”. Следует подчеркнуть, что такой подход вполне приемлем, потому как пробелы в праве международных конфликтов до определённых пределов можно заполнять, опираясь на нормы, действующие в международных конфликтах. В данном случае именно так и происходит: норма-определение “организованные вооружённые силы” заимствуется без сопутствующих правил о привилегиях комбатантов.

Каково тогда должно быть положение отдельных лиц, которые входят в состав вооружённой группы, но она не соответствует описанным выше критериям или которые действуют самостоятельно? Согласно п. 3 ст. 13 Второго Дополни-

³⁹ См.: п. 2 (е) (ix) ст. 8 Римского статута; ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, The Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995. Para. 125.

⁴⁰ См.: Third Expert Meeting. P. 49; Fifth Expert Meeting on the Notion of “Direct Participation in Hostilities”. Geneva 5–6 February 2008. Summary Report. P. 46 et seq.

го протокола их действия должны оцениваться с позиции “непосредственного участия в военных действиях”. При этом “непосредственное участие” должно трактоваться ограничительно – как применимое только к отдельным действиям. Сложная задача, которую призвано решить международное гуманитарное право, состоит в том, чтобы обеспечить разумный компромисс между защитой гражданского населения и военной необходимостью, связанной с выводом из строя тех, кто является “сражающимся” в немеждународном вооружённом конфликте. Решением может быть только сбалансированный подход, когда, с одной стороны, члены “организованных вооружённых групп”, удовлетворяющих критериям, предъявляемым к подобным группам в международных конфликтах, рассматриваются как утратившие защиту от нападения на время членства в такой группе и, с другой стороны, когда отдельные действия остальных лиц оцениваются с позиции “непосредственного участия в военных действиях”.

Всё это не даёт ответа на вопрос о том, как в ситуации немеждународного вооружённого конфликта следует толковать сомнения относительно квалификации индивидов. Ни в общей ст. 3 Женевских конвенций, ни во Втором Дополнительном протоколе правило о толковании сомнений в пользу гражданского статуса лица не зафиксировано. Статья 24 проекта Второго Дополнительного протокола, которая содержала это правило, была удалена из финального варианта. Авторы “Обычных норм международного гуманитарного права” отмечают, что “в случае немеждународных вооружённых конфликтов вопрос сомнений почти не рассматривался в практике государств”, и делают вывод *de lege ferenda*: “было бы желательно иметь такую же чёткую норму на сей счёт”, как та, что действует в международных конфликтах⁴¹. Вместе с тем в комментарии ко Второму Дополнительному протоколу указано, что “в случае сомнения в отношении статуса лица, он должен презюмироваться в качестве гражданского”⁴². Во

время обсуждения этой проблемы экспертами, которые работали над составлением Руководства по толкованию термина “непосредственное участие в военных действиях”, вывод о применимости правила в немеждународных вооружённых конфликтах также не вызвал возражений⁴³. Существование правила о толковании сомнений в пользу гражданского статуса лица и в немеждународных конфликтах можно вывести из п. 1 ст. 13 Второго Дополнительного протокола, гарантирующего общую защиту гражданского населения от опасностей, возникающих в связи с вооружённым конфликтом, а также из ставшего нормой обычного права “принципа различия”. То обстоятельство, что подход, основанный на установлении “длящейся военной функции”, сложно применить на практике в силу отсутствия возможности собрать достаточное количество данных⁴⁴, ещё не означает, что в немеждународных вооружённых конфликтах не должна действовать презумпция, в соответствии с которой в случае сомнений лицо продолжает считаться гражданским.

Подход к понятию “гражданские лица”, основанный на ограничительной интерпретации понятия “организованная вооружённая группа” и использовании функционального подхода к установлению членства в ней в совокупности с толкованием сомнений в пользу гражданского статуса лица является не только сбалансированным вариантом, который полностью учитывает действие принципа гуманности, гарантируя надлежащий уровень защиты гражданских лиц в ходе вооружённых конфликтов немеждународного характера, он ещё и максимально приближен к тем нормам, которые действуют в международных вооружённых конфликтах. Представляется, что эти характеристики делают такой подход наиболее приемлемым для использования в военных руководствах и наставлениях: чем последовательнее и чётче будет их содержание, тем больше вероятность их применения на практике.

⁴¹ См.: Хенкертс Ж.-М., Досвальд-Бек Л. Указ. соч. С. 31.

⁴² Commentary to the Additional Protocols. Op. cit. P. 1453.

⁴³ См.: Third Expert Meeting. P. 44; Melzer N. Op. cit. P. 354.

⁴⁴ См.: ICRC Guidance. P. 45.