

ПРИМЕНЕНИЕ ДОПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОТОКОЛА I К ЖЕНЕВСКИМ КОНВЕНЦИЯМ В ЮАР

Кристина Мюррей*

Первая сессия конференции, на которой были приняты два протокола к Женевским конвенциям 1949 года по законам войны, была чрезвычайно сложной. Острый спор возник в связи со стремлением большой группы государств охарактеризовать определенные вооруженные конфликты, которые традиционно рассматривались как "внутренние", в качестве "международных", а также желанием изменить положения, обеспечивающие отличие гражданских лиц от комбатантов. Однако эту ситуацию можно было предвидеть.

Многочисленные резолюции показывают, что Генеральная Ассамблея ООН занималась вопросами деколонизации и самоопределения, по меньшей мере, с 1960 года, когда была принята Декларация в отношении колониализма. Позднее вопрос о комбатантах стал предметом обсуждения на Международной конференции Красного Креста в Тегеране, причем в проекте Красного Креста содержалось требование предоставить комбатантам, ведущим борьбу за национальное освобождение, статус военнопленных¹. Следующим шагом в разработке вопроса стала принятая Генеральной Ассамблеей резолюция "Основные принципы правового статуса комбатантов, борющихся против колониального и иностранного господства и расистских режимов" 1973 года².

Окончательное решение вопрос о статусе комбатантов нашел в Женевском протоколе I, статья 1 (4) которого распространила сферу применения Женевских конвенций на вооруженные конфликты, в которых народы борются против колониального господства и иностранной оккупации и против расистских режимов в осуществление права на самоопределение, закрепленного в Уставе ООН и Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН. Это положение было принято на заключительном заседании конференции в 1977 году явным большинством голосов (87 государств при 11 воздержавшихся), и только Израиль проголосовал против. К этому времени оппозиция такому решению в значительной степени ослабла³. Однако процесс ратификации протоколов был медленным, особенно в сравнении с поддержкой Женевских конвенций 1949 года, в которых участвуют 165 стран.

* Сотрудница Отдела международного публичного права университета в Кейптауне, ЮАР.

Решение администрации США представить на рассмотрение сената для ратификации только Протокол II, но не Протокол I, напоминает об интенсивности споров вокруг статьи 1(4) Женевского протокола. Хотя существуют и другие положения в Протоколе, которые могут вызывать беспокойство военных, например положения о репрессалиях⁴, США объяснили свою позицию, описывая Протокол I как "несовершенный в своей основе"⁵. Они приводили два главных довода в пользу такого вывода. Первый заключался в интернационализации национально-освободительных войн в ст. 1(4). Второй относился к ст. 44(3), которая содержит требование о четком отличии статуса комбатантов от гражданского населения в ходе партизанской войны. Американский президент утверждал, что подобное развитие событий может послужить признанию и защите террористов⁶.

Вне зависимости от того, будут ли одобрены положения ст. 1(4) и 44(3), заявление США отражает серьезное недопонимание как Протокола, так и международного гуманитарного права. Предлагаемое далее описание применения I Женевского протокола в Южной Африке служит основой для комментария содержащихся в ст. 1(4) и 44(3) положений, которые вносят неудачный политический смысл в гуманитарное право.

ПРОТОКОЛ I В СУДАХ ЮЖНОЙ АФРИКИ

Как и было предсказано в Женеве, Южная Африка не ратифицировала Протоколы 1977 года. Африканский национальный конгресс (АНК) попытался сделать это, однако официальный депозитарий – Федеральный совет Швейцарии – отказался принять эту декларацию, утверждая, что, согласно статье 96(3), присоединение АНК к Протоколу зависит от его ратификации властями страны. Тогда свои услуги в качестве депозитария предложил Международный комитет Красного Креста, и Оливер Тамбо (президент АНК) передал ему свое заявление⁷. Эта декларация не обеспечивает основных требований ст. 96(3) Протокола. Статья 96(3) позволяет власти, представляющей народ, вовлеченный в вооруженный конфликт, упомянутый в ст. 1(4), применять Женевские конвенции и Протокол I с тем, чтобы "конвенции и этот Протокол были приведены немедленно в силу для упомянутой власти как участницы конфликта". Декларация АНК, каковы бы ни были ее правовые последствия, вместе с тем имеет значение как отражение позиции движения в отношении гуманитарного права. Она постановляет: "Африканский национальный конгресс Южной Африки настоящим объявляет, что он намерен уважать и руководствоваться общими принципами международного гуманитарного права, применимого во время вооруженных конфликтов. Где это практиче-

ски возможно, Африканский национальный конгресс Южной Африки будет прилагать усилия с целью уважения норм, содержащихся в четырех Женевских конвенциях от 12 августа 1949 г., касающихся жертв вооруженных конфликтов, и Дополнительном протоколе I 1977 года относительно защиты жертв международных вооруженных конфликтов”.

Рассмотрение определенной категории дел в судах ЮАР выявило связь права вооруженных конфликтов, относящихся к борьбе за самоопределение, и положений, содержащихся в Протоколе I Во-первых, люди, осужденные за действия в связи с их членством в Умкхонто ве Сизве – вооруженном крыле АНК, утверждали, что гражданский трибунал не имеет права судить их и что они имеют право на статус военнопленных. Во-вторых, утверждалось, что Протокол оказывает влияние на процесс вынесения приговора, даже если внутреннее право Южной Африки требует осуждения солдат Умкхонто.

Первый аргумент возникал в судах по всей стране: обычно пленные отказывались отвечать на обвинение, оспаривая юрисдикцию суда, и процесс продолжался без уделения серьезного внимания правовой основе такой позиции. Например, в деле в Натале в 1985 году судья отверг требование признать обвиняемых солдатами, имеющими право на защиту по Женевским конвенциям, ссылкой на независимость судебной системы, основываясь на едва ли относящемся к делу положении о разделении властей в Южной Африке⁸.

В одном случае, однако, спор был рассмотрен по существу. Речь идет о деле “С. против Петэнса”, в котором повстанца АНК обвинили в терроризме и покушении на убийство, вытекающих из попытки подложить бомбу в торговый центр и из многочисленных перестрелок с полицией⁹. Защита утверждала, что ст. 1(4) Протокола I, которая характеризовала определенные национально-освободительные войны как “международный” вооруженный конфликт, стала частью международного обычного права и, следовательно, являлась составной частью права Южной Африки. Далее защитник доказывал, что борьба в Южной Африке подпадает под категорию, содержащуюся в ст. 1(4), и что обвиняемый имеет право на иной статус, вытекающий из Протокола. Последние вопросы не были решены, так как суд не удалось убедить в том, что вследствие ратификации Протокола содержащиеся в нем положения можно квалифицировать в качестве норм международного обычного права. Ранее судья Дж. Конради указывал, что нератификация каким-либо государством “является явным свидетельством непринятия”, означающим, что при таких обстоятельствах ни договор, ни содержащиеся в нем принципы не могут быть обязательными для государства, которое не ратифицировало его.

Защита полностью полагалась на Протоколы и их статус в международном праве в поддержку своего аргумента о том, что борьба за самоопределение должна быть охарактеризована как международная борьба и, следовательно, повлечь за собой полное применение гуманитарного права. Это, возможно, является неудачным, так как задолго до того, как были приняты Протоколы, многие юристы-международники утверждали, что именно развитие права на самоопределение оказало влияние на то, что такие конфликты являются "международными", а не "внутренними" конфликтами и что право Женевы применимо к ним. Петэнс был осужден и приговорен к 17 годам тюремного заключения. Дж. Конради отказал в апелляции, так как, по его мнению, факты по делу показывают, что обвиняемого нельзя квалифицировать как имеющего статус военнопленного¹⁰.

Второй аргумент, согласно которому положения права в период вооруженного конфликта должны действовать в качестве фактора, смягчающего наказание, когда приговор выносится в отношении вооруженного крыла национально-освободительного движения, хотя и является более обещающим, не является более успешным, чем первый¹¹. При вынесении приговора в Южной Африке от судьи требуется, чтобы он принимал во внимание факторы, которые могут смягчить вину подсудимого. Одним из наиболее очевидных факторов могут служить личные обстоятельства либо политический подтекст преступления. Аргументом в пользу смягчения наказания в последнем случае служит ст. 1(4) Протокола I, в которой конфликт, где народ борется против "расистского режима в осуществление своего права на самоопределение", рассматривается в качестве "международного" вооруженного конфликта, а АНК признается представляющим народ, вовлеченный в такой конфликт. Это положение, содержащееся в Женевском протоколе, даже если тот не является международным обычным правом, обозначает тенденцию в праве. Это должно влиять на вынесение приговора судом, потому что он рассматривает действия солдат АНК в их международно-правовом и политическом контексте. Тот факт, что обвиняемые осознанно рассматривали себя в качестве лиц, вовлеченных в "международный" конфликт и борющихся за правое дело, должен действовать как смягчающее вину обстоятельство. В таких случаях, в частности, смертная казнь не может применяться, так как Женевские конвенции предусматривают, что пленный может быть лишь в том случае приговорен к смерти, если его действия составили военное преступление.

Этот аргумент многократно использовался в судах Южной Африки. В 1982 году три члена Умкхонто ве Сизве были обвинены в измене в Трансваальском провинциальном отделении Верховного

суда Южной Африки¹². Было доказано, что они принимали участие в нападении на три полицейских участка, где погибло четыре человека, а одиннадцать было ранено. За это им был вынесен смертный приговор. В процессе обсуждения вопроса о смягчении приговора приво­дили­сь положения Женевских конвенций, в частности Протокола I.

Судья Дж. Курлевис отверг этот аргумент как "не имеющий отношения к делу вообще", так как Южная Африка не является участницей Женевских протоколов, а концепция предоставления статуса военнопленного членам таких групп, как АНК, не стала частью международного обычного права. Заявляя это, он охарактеризовал АНК как террористическую организацию и предположил, что возможное развитие гуманитарного права, о котором шел спор, было неприемлемым для "благонамеренных" южноафриканцев.

Кроме того, АНК совершает нападения на полицию вполне осмысленно: как все террористические организации, она осознает, что если могут быть уничтожены люди, обеспечивающие правопорядок, то гораздо быстрее установятся анархия и хаос¹³.

Курлевис приговорил Могоеране, Мосололи и Мотаунга к смертной казни, и 9 июня 1983 г. они были казнены в Претории, несмотря на национальные и международные кампании с целью смягчить их наказание.

В 1987 году Трансваальский провинциальный отдел столкнулся с подобным аргументом в деле "С. против Макнуба и Нондула"¹⁴. В данном случае было больше оснований принять положения Протокола во внимание, так как "существовало бесспорное свидетельство того, что один из членов группировки – Макнуб подчинялся внутренней дисциплинарной системе, открыто носил оружие и форму в целях отличия от гражданского населения в ходе проведения своих операций"¹⁵. Тем не менее снова данный аргумент не был принят во внимание, и подсудимый был приговорен к смертной казни.

Однако не все южноафриканские суды отказались от аргументов, основанных на Протоколе. В начале 80-х годов Дж. Дидкотт квалифицировал группу членов Умкхонто, которые предстали перед судом, как солдат: "Обвиняемые... попали под влияние агентов и вербовщиков Умкхонто – крыла АНК. Поэтому они присоединились к нему в качестве солдат"¹⁶. Подобный аргумент был приведен в суде в Намибии, когда три члена вооруженного крыла СВАПО были осуждены за нарушения Акта о терроризме от 1967 года. Председательствующий судья рассматривал дело объективно и утверждал, что тенденция в международном праве относиться к комбатантам в национально-освободительных войнах как к военнопленным является фактором, который нужно учитывать при вынесении приговора. Он

заявил: "При всех обстоятельствах вероятно, что обвиняемые рассматривали свои действия как часть справедливой борьбы, которая получила сильную международную и внутреннюю поддержку"¹⁷.

Тем не менее следует отметить, что в целом данные о попытках применить право Женевы в судах Южной Африки не являются многообещающими.

ПРОТОКОЛ I И ПОЛИТИКА В ЮЖНОЙ АФРИКЕ

Хотя суды Южной Африки не были убеждены в необходимости включения права Женевских конвенций и Протоколов в свои решения, аргументы и политические действия, основанные на Протоколе I, сыграли определенную роль за пределами судебной практики.

Профессор Херкуль Боойсен отмечает в комментарии по делу Петэнса, что суд, предоставляя статус военнопленного своим собственным гражданам, фактически ставит под вопрос законность всей системы¹⁸. Очевидно, упрекая суд за одобрение идеи о том, что солдатам АНК может быть предоставлен статус военнопленного, он заявляет, что предоставление статуса военнопленного и вытекающее из этого признание существования "внутренних" или "международных" конфликтов также означают прекращение власти государства – не обязательно над определенным районом, но в отношении конкретных индивидов. Разве это совместимо с обязанностью суда поддерживать правопорядок в государстве? Может ли суд ставить под вопрос или позволять сомневаться во власти, от которой он сам черпает полномочия¹⁹?

Та же точка зрения недвусмысленно прозвучала в суде по делу "С. против Мампумуло": "Суды являются лояльным и преданным органом того самого правительства, которое пытается уничтожить Африканский национальный конгресс. Поэтому мы заявляем, что настоящий суд не может выносить решение в связи со спором между нами и правительством. Абсолютно невозможно, чтобы правительство было беспристрастным судьей в своем собственном деле... Следовательно, мы отказываемся участвовать в разбирательстве"²⁰.

Многие дела, подобные рассмотренным выше, приобрели большую известность. В таких обстоятельствах прямой вызов власти судов, основанный на Протоколе I, является чем-то большим, чем попытка избежать судебного преследования и наказания отдельных обвиняемых. Это также напоминание всем южноафриканцам о моральности борьбы против апартеида и средств, которые для этого были выбраны.

Однако этот подход не является правильным. Сама структура Женевских конвенций предполагает, что ст. 1(4) не вносит политику и субъективность в гуманитарное право, а просто выявляет то, что там уже содержится. До принятия этой статьи Протокола I теоретическая посылка обоснования существования гуманитарного права состояла в уменьшении страданий во время войны, а само оно должно было применяться одинаково ко всем сторонам в конфликте без какой-либо аргументации справедливости их конкретных позиций. Включение ст. 1(4) и 96(3) в Протокол I абсолютно ясно свидетельствует, что законы войны применяются в равной степени ко всем сторонам в конфликте, справедливость находится на стороне освободительного движения и что государство, против которого оно борется, пренебрегает международным правом, не выполняя принцип самоопределения. Много аргументов было представлено для того, чтобы показать, что ст. 1(4) может объективно применяться и критерии, вытекающие из нее, достаточны для избежания субъективных толкований.

Именно этот аспект Протокола может рассматриваться как политизирующий гуманитарное право, но предположение, что гуманитарное право было нейтральным до принятия Протокола, не выдерживает критики при внимательном исследовании. Сама цель международного гуманитарного права заключается в смягчении жесточайшего воздействия вооруженного конфликта и в сокращении страданий с помощью установления некоторых ограничений методов и средств ведения войны. Очевидно, что гуманитарные цели, отраженные в этой отрасли права, применимы как к тому, что мы называем "внутренними" конфликтами, так и к "международным" конфликтам. Существуют равные основания для попытки ввести гуманитарные стандарты в обе категории конфликтов. Однако право войны никогда не применялось в одинаковой степени к обеим.

Согласно праву вооруженных конфликтов, "международным" вооруженным конфликтом является такой, "в котором участвуют две или более Высокие Договаривающиеся Стороны" (типовая ст. 2 Женевских конвенций). "Внутренний" конфликт – это конфликт, "возникающий на территории одной из Высоких Договаривающихся Сторон" (типовая ст. 3). Важность этого различия в рамках Женевских конвенций хорошо известна: сложная система гуманитарного права применяется к конфликтам, которые характеризуются как "международные"; элементарные стандарты, находящиеся в типовой ст. 3 конвенций, применяются к "внутренним" конфликтам.

Даже Международный Красный Крест, роль которого является последовательно гуманитарной, не всегда был един в своих попытках распространить применение гуманитарного права на все конф-

ликты. Например, на своей конференции в 1912 году он был не в состоянии принять решение по данному вопросу²¹. Однако на 12-й международной конференции в Стокгольме в 1948 году он предложил, чтобы гуманитарное право применялось во всех случаях при вооруженном конфликте, "возникающем на территории договаривающейся стороны". На Женевской конференции в следующем году это предложение было отвергнуто, и различия между "международными" и "внутренними" спорами были установлены снова, поскольку предложение Красного Креста влекло за собой риск предоставления повстанцам статуса признания *de facto* или подрывало действия правительства, направленные на защиту существующей структуры государства²².

Со временем различие между "внутренними" и "международными" конфликтами приобрело форму удовлетворительного решения в качестве проблемы, выходящей за пределы гуманитарного права. Кроме того, оно рассматривалось как способное привести к нейтральному и объективному применению этого права. На конференции 1974 года те делегации, которые выступали против характеристики национально-освободительных войн как "международных" конфликтов, вновь указывали "на четкие различия" между двумя видами конфликтов. Для них характеристика национально-освободительной войны в качестве "внутренней" войны была очевидной.

В контексте международных отношений объяснение этому относительно простое. Принцип государственного суверенитета и право каждого государства заниматься своими внутренними делами без какого-либо вмешательства извне давно рассматриваются как краеугольные камни международного правопорядка. Идея о том, что "внутренний" вооруженный конфликт не должен подвергаться международному регулированию, полностью совместима с этими принципами.

Однако различие между "международными" и "внутренними" конфликтами ясно включает в себя нормативную характеристику и, несмотря на очевидно объективные критерии такого различия, находящегося в центре системы права, заявляющей о своей объективности и нейтральности, является сомнительной. Это было особенно очевидно в период после второй мировой войны, когда крупные державы избегали прямой конфронтации и вместо этого использовали стратегию вмешательства во "внутренние" конфликты в других государствах для утверждения своего военного превосходства и достижения идеологических целей. В контексте Южной Африки политическая природа различия отражена в том факте, что до аннексии Трансвааля буры рассматривались англичанами в качестве военнопленных. После аннексии – магического события, которое транс-

формировало в глазах сообщества государств данный конфликт во "внутренний", – они стали рассматриваться как повстанцы²³.

Никакое определение международного вооруженного конфликта не может разрешить дилемму, связанную с гуманитарным правом, ибо оно создается самим современным международным правом и вытекает из его природы. Филипп Алло отмечает, что во внутренней сфере государства независимы друг от друга. Они защищены внушительной серией оборонительных концепций – суверенитетом, суверенным равенством государств, суверенитетом над внутренней юрисдикцией, политической независимостью и территориальной целостностью, невмешательством. За такими концептуальными барьерами каждое государство свободно формулировать свою собственную политику и преследовать свои собственные интересы²⁴.

Концепция международного порядка как порядка, в котором участвуют лишь государства и где "нет места внутренним проблемам", некоторым образом оспаривается путем развития гуманитарного права и, например, созданием Европейского сообщества.

Право на самоопределение является другой доктриной, которая не совсем сочетается с международным порядком, основанным на широком понимании "внутренней юрисдикции". Не удивительно поэтому, что борьба за самоопределение вскрывает недостатки структуры гуманитарного права. Маловероятно также, что данная проблема исчезнет после падения последних оплотов колониализма, иностранной оккупации и расизма, как утверждают некоторые авторы. Вместо этого увеличится число сложных проблем, стоящих перед государствами как единственными определяющими факторами международных ценностей, и политические интересы, скрываемые различиями, интегрированными в международном гуманитарном праве, как и в других областях, будут оспорены и станут областями борьбы.

¹ О дискуссии по проекту см. **Wilson H.A.** *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements.* – Oxford, 1988. – P. 164.

² См. G.A. Res. 3103(XXVIII). Dec. 12. – 1973.

³ Видимо, это имело место в связи с тем, что западным странам нечего было терять, так как Португалия отказалась от своих территорий, и заинтересованными оставались лишь Израиль и Южная Африка. См. **Gasser H.** *Some Legal Issues Concerning Ratification of the 1977 Geneva Protocols // Armed Conflict and the New Law.* – 1989. – P. 81–82.

⁴ См. **Greenwood C.J.** *Reprisals and Reciprocity in the New Law of Armed Conflict // Armed Conflict and the New Law.* – 1989. – P.227.

⁵ **Letter of Transmittal of 29 January 1987 // American Journal of International Law** (далее: AJIL). – 1987. – Vol. 81. – P. 910–911.

⁶ Многие ученые отрицают связь Протокола I с проблемой терроризма. См., например, **Greenwood C.** *Terrorism and Humanitarian Law – The Debate over*

Additional Protocol I // Israel Yearbook on Human Rights. – 1989. – P. 187; **Gasser H.** An Appeal for Ratification by the United States // AJIL. – 1987. – Vol. 81. – P. 912.

⁷ См. **Austin R.H.F.** International Law and Regional Aggression – The Fate of the Geneva Protocol I. New Perspective and Conceptions of International Law: An Afro-Asian Dialogue // Austrian Journal of Public and International Law. – Vien, 1983. – Supplement 6. – P. 174–179.

⁸ **S.V. Mampumulo and others.** Natal Provincial Division of the Supreme Court of South Africa. – 1985. – Dec. – Case No CC 93/85.

⁹ **South African Law Reports.** – 1988. – № 3. – 51 (C).

¹⁰ См. **Dugard J.** International Law // Annual Survey of South African Law. – 1988. – P. 68–76.

¹¹ Примеры см. **Murrey C.** The 1977 Geneva Protocols and Conflict in Southern Africa // International and Comparative Law Quarterly. – 1984. – P.462.

¹² **S.V. Mogoerane and others.** Transvaal Provincial Division. 6 August 1982 // Lawyers for Human Rights Bulletin. – 1983. – No. 1. – Febr. – P. 118, 124.

¹³ **Ibid.** – P. 126.

¹⁴ Кратко см. **Dugard J.** Op. cit. – P. 76.

¹⁵ **Ibid.**

¹⁶ **S.V. Buthelezi and others.** Durban and Coadt Local Division 13 September 1982 // Lawyers for Human Rights Bulletin. – 1983. – No. 1. – Febr. – P. 129, 132.

¹⁷ **S.V. Sagarius and others** // South African Law Review. – 1983. – No. 1 (SWA). – P. 836 (перевод автора с африкаанс).

¹⁸ **Booyesen H.** Protokol I tot die Geneefse Konvensies van 1949 – Gewoonregtelike Volrereg? // Tydskrif vir Heedendaagse Romeins Hollandse Reg. – 1988. – No 51. – P. 244. В этом вопросе Боойсен основывается на таких делах, как "Процесс Аенеаса Макдональда" (1947) 18. St. tr. 858) и "Общественный обвинитель против Ойе Хее Кой" (1968, AC 829), для предположения того, что тот, кто присягает на верность государству, не имеет права на статус военнопленного и может преследоваться в судебном порядке как обычный преступник.

¹⁹ **Booyesen H.** Op. cit. – P. 248 – 249 (перевод автора с африкаанс).

²⁰ **S.V. Mampumulo and others.** Case No. CC 93/85.

²¹ См. **Wilson H.A.** Op. cit. – P. 39.

²² **ICRC Commentary.** – P. 46.

²³ См. **Wilson H.A.** Op. cit. – P. 38.

²⁴ См. **Allot P.** Eunomia: New Order for a New World. – Oxford, 1990.