

МЕЖДУНАРОДНОЕ ГУМАНИТАРНОЕ ПРАВО

Руководство Международного комитета Красного Креста по толкованию понятия «непосредственное участие в военных действиях»: *pro et contra*

*Русинова В.Н.**

Среди основных достоинств Руководства автор отмечает классификацию лиц в немеждународных вооруженных конфликтах, выделение цели как определяющего признака понятия «военные действия», расширение этого понятия за счет включения в его объем противоправных нападениях на гражданские цели, использование «адекватной теории причинности», отнесение к периоду «непосредственного участия» перемещения к месту совершения соответствующих деяний и возвращения обратно, а также ссылку на принцип военной необходимости как на одно из ограничений применения силы в отношении лиц, принимающих «непосредственное участие в военных действиях». Вместе с тем критически оценивается отказ составителей Руководства от применения минимальной планки к ущербу, причиняемому «военным целям», беспепелляционное суждение о невозможности квалификации нападений на лиц, находящихся «во власти» стороны конфликта, в качестве «военных действий», введение требования об обязательной связи между гражданским лицом и стороной вооруженного конфликта, а также уклонение от квалификации действий по общему планированию и руководству. В целом делается вывод о том, что процесс

* Русинова Вера Николаевна – к.ю.н., LL.M. (Göttingen), заведующая кафедрой международного и европейского права Балтийского федерального университета имени И. Канта. VRusinova@kantiana.ru.

детализации понятия «непосредственное участие в военных действиях» должен быть продолжен.

Ключевые слова: международное гуманитарное право; непосредственное участие в военных действиях; гражданское лицо; вооруженный конфликт.

Понятие «непосредственное участие в военных действиях» имеет принципиальное значение в системе норм международного гуманитарного права в силу действия правила о том, что гражданское население не может быть объектом нападения и гражданское лицо теряет свою защиту от нападения только в том случае и на то время, пока принимает непосредственное участие в военных действиях¹. Любая попытка применить это, на первый взгляд, достаточно понятное правило на практике с неизбежностью вызывает целый ряд сложных вопросов: что считать «военными действиями», где пролегает граница между «непосредственным» и «опосредованным» участием, как долго может длиться потеря защиты от нападения? Ответы на эти вопросы не дают ни международные договоры, ни *travaux préparatoires*, ни судебная практика.

Существование широкого поля для усмотрения при квалификации поведения гражданских лиц приводит к постоянному пополнению спорными случаями т.н. «серой зоны»². В частности, споры вызывает квалификация ношения оружия, перевозки военных грузов или оборудования, сбора и предоставления информации, политического руководства военными действиями, рекрутирования, тренировки, обучения и консультирования, осуществления компьютерных атак и управления беспилотными летающими аппаратами. Неслучайно авторы исследования об обычных нормах международного гуманитарного права пришли к выводу, что «ясного и единообразного определения непосредственного участия в военных действиях в практике государств не сложилось»³.

С целью пролить свет на квалификацию спорных случаев и выработать общие критерии, которые могли бы служить ориентирами для установления того, является ли конкретный поведенческий

¹ Пункт 3 ст. 51 Первого Дополнительного протокола 1977 г.; ст. 3, общая для четырех Женевских конвенций 1949 г.; п. 3 ст. 13 Второго Дополнительного протокола 1977 г.

² Cassese A. On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings // *Journal of International Criminal Justice*. 2007. Vol. 5. P. 343.

³ Henckaerts J.-M., Doswald-Beck L. *Customary International Humanitarian Law*. Vol. 1. Rules. Cambridge, 2005. P. 23.

акт «непосредственным участием в военных действиях», под эгидой Международного комитета Красного Креста (далее МККК) и голландского научно-исследовательского института имени Т.М.К. Ассера было разработано «Руководство по толкованию понятия “непосредственное участие в военных действиях” в соответствии с международным гуманитарным правом» (далее Руководство).

В науке международного права и в правительственных кругах многих государств появление Руководства вызвало массу отзывов, полных критики и скептицизма: опубликованные МККК рекомендации объявлялись нежизнеспособными и даже деструктивными⁴, а сам Комитет обвинялся в создании новых норм международного гуманитарного права и выходе за пределы своей компетенции⁵. Об обоснованности подобных оценок можно судить, только детально проанализировав содержание Руководства, и настоящая статья представляет собой авторский взгляд на его сильные и слабые стороны.

I. История разработки и общая характеристика Руководства

С 2003 по 2008 г. состоялось пять рабочих встреч, в которых в частном порядке приняли участие более пятидесяти экспертов-юристов из академических, военных и неправительственных кругов. Руководство, состоящее из десяти рекомендаций, сформулированных в виде лаконичных правил, и комментария к ним, было опубликовано МККК в 2009 г. Как указывается в самом Руководстве, ограничения проведенного исследования сводились к тому, что, во-первых, толкование понятия «непосредственное участие в военных действиях» давалось только в свете международного гуманитарного права; во-вторых, применялись исключительно действующие нормы права; и в-третьих, это понятие рассматривалось ограничительно: в смысле, в котором оно употребляется в контексте ведения военных действий.

Рекомендации, изложенные в Руководстве, представляют собой ответы на три вопроса: кто является «гражданским лицом», какое

⁴ Goodman R., Jinks D. The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law: An Introduction to the Forum // New York University Journal of International Law and Politics. 2010. Vol. 42. P. 638–639.

⁵ Parks H. Part IX of the ICRC “Direct Participation in Hostilities Study”: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect // New York University Journal of International Law and Politics. 2010. Vol. 42. P. 783–830.

поведение может быть квалифицировано как «непосредственное участие в военных действиях» и что ограничивает возможность нападения на гражданских лиц, «непосредственно участвующих в военных действиях». Насколько позволяют судить материалы работы экспертного коллектива, значительное число вынесенных на обсуждение вопросов вызвало оживленные дискуссии, по многим пунктам не было выработано единого мнения, а те положения, которые оказались включены в финальный текст, не всегда отражают позицию большинства или являются результатом компромисса. В итоге Руководство, хотя и базируется на работе группы экспертов, должно рассматриваться как выражение позиции МККК⁶. Вместе с тем можно высказать только сожаление по поводу решения не указывать имена участников проекта. Из подготовительных материалов и научных статей, авторы которых указывали на свое участие в работе экспертной группы, можно сделать вывод о том, что в ее состав среди прочих входили М. Боте, Б. Бусби, Е.-Ч. Гиллар, Й. Динштайн, Ж.-Ф. Кегинье, Н. Мельцер, Х. Паркс, К. Уоткин, У. Фенрик и М. Шмит.

II. Понятие «гражданское лицо» в вооруженном конфликте

В соответствии с Руководством «гражданским лицом» считается индивид, который не является членом вооруженных сил сторон конфликта или участником *levée en masse* – в международных конфликтах и не является членом правительственных вооруженных сил или неправительственных организованных вооруженных групп – в немеждународных. Одно из главных достоинств Руководства состоит в том, что составителям удалось предложить рациональный подход к классификации лиц в немеждународных конфликтах. Исключение членов организованных вооруженных групп из состава гражданских лиц, в свою очередь, позволило ограничить «непосредственное участие в военных действиях» отдельными специфическими актами, отказавшись от концепции «длящегося непосредственного участия». Таким образом, только к тем лицам, которые не являются членами вооруженных сил или организованных вооруженных групп, может быть применено правило «вращающейся двери», которое лишает их защиты от нападения на время непосредственного участия в конкретной военной

⁶ Melzer N. Melzer N. Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities // New York University Journal of International Law and Politics. 2010. Vol. 42. P. 835.

операции, включая перемещение к месту ее осуществления и обратно⁷. Тем самым исключается опасность утраты гражданским лицом защиты от нападения со ссылкой на его длительное участие в военных действиях. Напомним, что именно такой подход, когда перерыв после совершенного нападения рассматривается как подготовка к следующему, т.е. из предыдущего участия в военных действиях выводится умысел, направленный на дальнейшее участие, был применен Верховным судом Израиля в деле о целенаправленных убийствах⁸.

Учитывая специфику немеждународных вооруженных конфликтов, для определения членства в группе в Руководстве предлагается использовать концепцию «длящейся военной функции», состоящую в том, что только те индивиды, длящейся функцией которых является «непосредственное участие в военных действиях», могут считаться членами организованных вооруженных групп⁹. Этот подход отражает устоявшийся в доктрине международного права тезис о том, что сама принадлежность к группе не может автоматически считаться «непосредственным участием» и является доказательством лишь опосредованного участия в военных действиях¹⁰. Таким образом, для определения того, является ли лицо членом организованной вооруженной группы, необходимо выяснить, наделено ли оно «длящейся военной функцией». В результате акцент с длящегося непосредственного участия индивида в военных действиях смещается в сторону наличия у него военной функции¹¹.

Одним из основных аргументов критиков подхода, основанного на «функциональном членстве», является то, что на практике чрезвычайно сложно получить необходимый уровень разведанных об отдельном члене группы для того, чтобы считать его наделенным «длящейся военной функцией»¹². Здесь следует отметить, что в ситуации вооруженного конфликта установление даже «общего членства» в вооруженной группе – не говоря уже о «функциональном членстве» – связано с серьезными проблемами. В то же время необходимость выяснять, наделен ли член группы «длящейся военной функцией», потребует дополнительных усилий по поиску информации, однако в этом как раз

⁷ Guidance. P. 45 (далее: Guidance).

⁸ See: Targeted Killings case. Judgment. Paras. 35, 39.

⁹ Guidance. P. 16.

¹⁰ See: Sassoli M. Combatants, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://www.mpepil.com>. Para. 37; Goodman R. P. 54–55.

¹¹ DPH under IHL. Expert Comments. 2008. P. 16.

¹² DPH under IHL. Summary Report. 2006. P. 25–26.

и заключается гарантия защиты гражданского населения от ошибочных нападений.

III. Содержание «непосредственного участия в военных действиях»

а) Общий подход к определению понятия «военные действия»

В основу определения понятия «военные действия» в Руководстве была положена цель совершаемых действий: «неблагоприятное воздействие на военные операции или военный потенциал стороны вооруженного конфликта или, в качестве альтернативы, причинение смерти или ранения лицам или разрушение объектов, защищенных от прямого нападения»¹³. Такая формулировка цели неоправданно расширяет объем понятия «военные действия». Многие деяния способны объективно оказывать неблагоприятное влияние на противника: к примеру, информационное, идеологическое, моральное, религиозное воздействие может затруднять военные операции противника или даже приводить к их срыву. Решить возникающую проблему можно, дефинируя понятие «военные действия» не только через их цель, но и вводя критерий, в соответствии с которым действие должно быть способно причинить ущерб, по своей тяжести достигающий определенной минимальной планки.

Между тем в Руководстве нашел отражение подход, состоящий в том, что тяжесть ущерба не имеет значения в случае нападения на военные цели¹⁴; минимальный порог ущерба вводится для определения, подпадают ли нападения на гражданских лиц или гражданские объекты под понятие «военные действия», и заключается в объективной способности совершенных действий повлечь последствия в виде причинения смерти, телесных повреждений или разрушений¹⁵. Предложение использовать такой дуалистичный подход является дискуссионным: действия, совершаемые одной стороной конфликта против другой, также должны достигать некой планки, установить которую возможно через тяжесть последствий, вызываемых соответствующими действиями. Это следует из явно более узкого значения понятия «военные действия» по сравнению с «действиями, наносящими ущерб противнику», равно как и из использования понятия «военные действия» в формулировке привилегии комбатантов, содержащейся в п. 2 ст. 43 Первого

¹³ Guidance. P. 47.

¹⁴ Guidance. P. 47; DPH under IHL. Summary Report. 2005. P. 14.

¹⁵ Guidance. P. 49.

Дополнительного протокола. Выйти на эту минимальную планку тяжести ущерба можно и отталкиваясь от основного содержания самих норм международного гуманитарного права, которые регулируют вопросы причинения ущерба противнику в виде убийства, ранений, уничтожения или повреждения имущества¹⁶.

б) Нападения на лиц, уже находящихся «в руках» или «во власти» стороны конфликта

В объем понятия «военные действия» в Руководстве обоснованно включены не только нападения на военные цели, но и противоправные нападения на гражданских лиц и гражданские объекты. При этом, однако, вводится ограничение: нападения на индивидов, уже находящихся «в руках» или «во власти» соответствующих гражданских лиц или стороны конфликта, как «военные действия» не интерпретируются¹⁷. Использование такого подхода обосновывается в Руководстве необходимостью соблюсти различие между «правом Гааги», регулирующим ведение военных действий, и «правом Женевы», которое содержит нормы обращения с лицами, которые находятся во власти стороны конфликта.

Проигрывая различные возможные сценарии развития событий, можно, тем не менее, обозначить несколько случаев, когда нападения на лиц, уже находящихся во власти стороны конфликта, по своей сущности должны рассматриваться не иначе как «военные действия». Во-первых, если в ситуации международного вооруженного конфликта гражданские лица, находящиеся «во власти» стороны конфликта, принимают «непосредственное участие в военных действиях», на это время они теряют защиту от нападения, значит, предполагается, что направленная на их нейтрализацию операция будет относиться к «военным действиям». Во-вторых, именно к «военным действиям», а не к «ненадлежащему обращению» будет разумно отнести случай бомбардировки лагеря военнопленных или интернированных в результате ошибки. В-третьих, реальные события: резня в Сабре и Шатиле, массовое убийство мужчин в Сребренице, расправы с лицами, согнанными в лагерь в Дарфуре, девятидневное вторжение израильских сил в лагерь беженцев Рафа, в ходе которого были убиты около сорока палестинцев, — это умышленные нападения на гражданских лиц, находившихся

¹⁶ See: Schmitt M. Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus in bello // International Review of the Red Cross. 2002. Vol. 84. № 846. P. 373.

¹⁷ Guidance. P. 61–62.

во власти или под контролем стороны конфликта, которые можно квалифицировать только как «военные действия».

Отметим, что в ситуации немеждународного вооруженного конфликта зачастую чрезвычайно сложно проследить разделение лиц на тех, кто находится «во власти» стороны конфликта, а кто нет: следует ли считать «зачистку», которая проводится в контролируемом одной из сторон конфликта районе и в ходе которой совершаются убийства, изнасилования, ненадлежащим обращением или это «военные действия»? Кроме того, применение правила в интерпретации, предлагаемой авторами Руководства, приведет к тому, что членов вооруженной группы, совершающих нападения на задержанных гражданских лиц, в силу действия концепции «функционального членства» нельзя будет считать лишенными защиты от нападения, потому что совершаемые ими акты не подпадают под «непосредственное участие в военных действиях»¹⁸. Так из числа сражающихся может быть исключена целая группа лиц, которые занимаются систематическими нападениями подобного рода. Представляется, что введение далеко не очевидного критерия при квалификации деяний как «непосредственного участия в военных действиях» может в значительной степени усложнить применение всего теста, предлагаемого в Руководстве, на практике.

в) Военная природа деяния

Для квалификации того или иного акта в качестве подпадающего под «военные действия» Руководство вводит условие: деяние должно быть направлено на причинение ущерба для поддержки одной стороны конфликта и одновременно на ослабление другой. Содержание этого критерия далеко не бесспорно. Отдельно взятое действие, наносящее ущерб одной из сторон вооруженного конфликта, как правило, автоматически приносит выгоду другой¹⁹. Указание на бинарность воздействия имеет смысл, только если учитывать субъективное отношение лица к совершаемому деянию, потому как отличить случай, когда, совершая враждебный по отношению к одной из сторон поступок, индивид стремится исключительно к тому, чтобы ослабить потенциал этой стороны, от случая, когда он поступает так, еще и осознанно поддерживая другую сторону конфликта, можно либо основываясь на умысле

¹⁸ See: DPH under IHL. Summary Report. 2006. P. 62.

¹⁹ See: Schmitt M. Deconstructing Direct Participation in Hostilities: the Constitutive Elements // New York University Journal of International Law and Politics. 2010. Vol. 42. P. 720.

актора – но это противоречило бы пронизывающей все Руководство установке на отказ от учета субъективной стороны, – либо устанавливая связь или определенную степень ассоциации гражданского лица с соответствующей стороной вооруженного конфликта²⁰.

Возникает вопрос: насколько правомерно подобное сужение сферы применения правила о «непосредственном участии в военных действиях» *ratione personae*? Из текста договорных норм следует, что если член организованной вооруженной группы, которая не связана со сторонами международного вооруженного конфликта, тем не менее сражается, он должен рассматриваться как гражданское лицо, но лишается защиты от нападения на время своего членства в такой группе. Когда лицо не является членом подобной группы, его действия должны оцениваться с позиции «непосредственного участия». Приняв в качестве исходного пункта положение о том, что в качестве «непосредственно участвующих в военных действиях» могут выступать только те лица, которые связаны с одной из сторон конфликта, мы будем вынуждены прийти к абсурдному выводу о том, что правило о потере гражданскими лицами защиты от нападения на время непосредственного участия в военных действиях будет практически не к кому применить.

Цель нормативного закрепления правила о возможности потери гражданским лицом защиты на время «непосредственного участия в военных действиях» вытекает из действия принципа различия: пока гражданское лицо не вмешивается в вооруженный конфликт, оно обладает иммунитетом от нападения. Для определения того, что гражданское лицо принимает «непосредственное участие в военных действиях», должно быть важно, что действия повлекли или объективно могут повлечь причинение ущерба одной из сторон и совершаются в связи с имеющим место вооруженным конфликтом, при этом не должно иметь значения, представляет это лицо другую сторону конфликта или нет²¹.

Таким образом, отсутствие связи с определенной стороной международного вооруженного конфликта не должно рассматриваться как основание для вывода о том, что действия индивида не являются «непосредственным участием в военных действиях».

г) Причинно-следственная связь между действием и причиненным ущербом

²⁰ DPH under IHL. Summary Report. 2006. P. 40.

²¹ See: Akayesu case. Judgment. Para. 444.

В соответствии с Руководством для того, чтобы действие подпадало под «непосредственное участие», причинно-следственная связь между совершенным деянием и ущербом, который наступил или мог наступить, должна быть настолько тесной, чтобы между ними мог уместиться только один шаг²². При этом непосредственные подготовительные действия включаются в состав «непосредственного участия»²³. Используемый в Руководстве подход часто подвергается критике как излишне ограничительный²⁴. В принципе, можно помыслить два пути установления границ «непосредственности» участия в военных действиях: можно ослабить требования к причинно-следственной связи, но не делить действия на основные или подготовительные, т.е. применять этот стандарт ко всем этапам деяния, либо ужесточить стандарт, применяемый к основным действиям, но при этом включать подготовительные действия к ним в состав «непосредственного участия». Выбор в пользу второго способа, сделанный в Руководстве, позволяет сузить круг действий, которые могут быть квалифицированы как «непосредственное участие в военных действиях», и в этом его достоинство. Тем не менее остается вопрос о наличии или отсутствии этой причинно-следственной связи в отдельных случаях. Остановимся на двух достаточно проблематичных примерах.

Первый – это квалификация перевозки людей, оружия, боеприпасов и военного оборудования в ходе вооруженного конфликта²⁵. Показательно, что в ходе работы группы экспертов над толкованием понятия «непосредственное участие в военных действиях» именно случай с квалификацией водителя грузовика с оружием стал камнем преткновения и побудил экспертов выработать общие критерии «непосредственного участия»²⁶. В итоге возобладала широко подкрепляемая судебными решениями²⁷ и мнениями ученых²⁸ точка зрения,

²² Guidance. P. 53.

²³ Guidance. P. 54.

²⁴ Schmitt M. Deconstructing P. 727-728.

²⁵ Разные подходы были, к примеру, избраны Верховным судом Израиля /Targeted Killings case. Judgment. Para. 35/ и Международным институтом гуманитарного права /The Sanremo Manual. Art. 1.1.2. Para. 3/.

²⁶ DPH under IHL. Summary Report. 2003. P. 3.

²⁷ Strugar case. Judgment. Paras. 164, 180–185.

²⁸ New Rules for Victims of Armed Conflicts. Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949 / Ed. by M. Bothe, K.J. Partsch, W.A. Solf. The Hague/ Boston/ London, 1982. P. 252; Schmitt M. “Direct Participation in Hostilities” and 21st Century Armed Conflict, in: Krisensicherung und Humanitärer Schutz – Crisis

в соответствии с которой доставка сражающихся, оружия, боеприпасов, военного оборудования к месту сражения и обратно является «непосредственным участием в военных действиях», в отличие от выполнения общих логистических функций, потому как составляет «неотъемлемую» часть операции²⁹.

Второй пример связан с квалификацией планирования и руководства военными операциями в качестве «непосредственного участия в военных действиях». Компромисс между экспертами, работавшими над толкованием понятия «непосредственное участие в военных действиях», сложился только по поводу того, что планирование конкретной операции можно считать «непосредственным участием», т.е. дальше тактического уровня «непосредственность» не идет³⁰. Итоговый текст Руководства не содержит даже упоминания о планировании, за что справедливо подвергается критике³¹.

Начать следует с того, что лицо, занимающееся планированием самих военных операций, как правило, не будет считаться «гражданским» в силу своего положения, то есть наличия либо статуса комбатанта в международном конфликте, либо статуса «сражающегося» в связи с членством в организованной вооруженной группе – в немеждународном. Таким образом, анализ необходимо ограничить рассмотрением случаев спорадического, предпринимаемого на неорганизованной основе участия гражданских лиц в военных действиях. Вопрос состоит в том, корректно ли рассматривать планирование в целом как подпадающее под «непосредственное участие» или все-таки нужно различать уровни планирования: стратегический, операционный и тактический?

Тактическое планирование военной операции, несомненно, относится к непосредственным подготовительным действиям и в качестве «неотъемлемой части» всей операции должно квалифицироваться как «непосредственное участие в военных действиях». Означает ли это, что здесь позволительно провести разделительную черту и отсеять планирование на других уровнях от «непосредственного участия»? При ответе на этот вопрос нельзя упускать из вида общую логику, стоящую за признанием лица потерявшим защиту от нападения. Дело в том, что

Management and Humanitarian Protection. Festschrift für Dieter Fleck / Ed. by H. Fischer, U. Froissart, W. Heintschel von Heinegg, Ch. Raap. Berlin, 2004. P. 508.

²⁹ Guidance. P. 56.

³⁰ DPH under IHL. Summary Report. 2005. P. 61, 26.

³¹ Schmitt M. Targeting, in: Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law. Cambridge, 2007. P. 142-143.

если признать подпадающим под «непосредственное участие в военных действиях» только тактическое планирование, то тогда мы приходим к парадоксальному выводу о том, что лидеров и руководителей организованных вооруженных групп, если они занимаются исключительно стратегическим планированием, нельзя будет рассматривать в качестве законных целей для нападения, за исключением только того случая, когда они будут подпадать под категорию комбатантов в международном конфликте. Этот вывод следует из того, что, если лица постоянно занимаются подобной деятельностью в рамках организованной вооруженной группы, их нельзя будет исключить из состава «гражданского населения», потому как для этого необходимо установить, принимает ли это лицо на себя выполнение «длящейся военной функции», которая, в свою очередь, должна состоять из «непосредственного участия в военных действиях»³². В результате подобных рассуждений круг замыкается. Отсюда следует только один вывод: применение к определению статуса «сражающихся» подхода, основанного на «функциональном членстве», предполагает, что планирование и стратегическое руководство должно включаться в состав «непосредственного участия в военных действиях».

IV. Ограничения применения силы в отношении лиц, «непосредственно участвующих в военных действиях»

а) Начало и завершение «непосредственного участия»

В процессе толкования правила о том, что гражданские лица пользуются защитой, за исключением случаев и на такой период, пока они принимают «непосредственное участие в военных действиях», иногда предпринимаются попытки развести по времени период «непосредственного участия» гражданских лиц в военных действиях и период потери этими лицами защиты от нападения³³. Заслуга составителей Руководства состоит в четком и последовательном проведении позиции, основывающейся на недопустимости разделения этих периодов.

При конкретизации периода «непосредственного участия» и, соответственно, потери защиты от нападения один из сложных вопросов представляет собой квалификация возвращения с места сражения или того места, где были совершены действия, направленные на причинение военного ущерба. С одной стороны, нападения после совершения

³² Guidance. P. 16, 33.

³³ Targeted Killings case. Judgment. Para. 39.

гражданским лицом соответствующего деяния не должны превращаться в акт наказания, соответственно, включение возвращения в состав «непосредственного участия» приведет к неоправданному расширению этого понятия; с другой – от такой квалификации неразумно отказываться, потому что на практике вовлечение индивида в военные действия зачастую можно установить только после того, как основные действия были совершены. Кроме того, нельзя забывать и о том, что нередки ситуации, когда в связи с присутствием гражданских лиц нападение на лицо в момент совершения акта, подпадающего под понятие «непосредственное участие в военных действиях», может быть запрещено в силу действия принципа пропорциональности³⁴. Вопрос квалификации возвращения как «непосредственного участия в военных действиях» нельзя рассматривать изолированно: поскольку трактовка участия комбатантов в «военных действиях» включает в себя, в частности, и возвращение с места сражения³⁵, постольку нельзя пытаться применить другой стандарт и в отношении участия гражданских лиц в военных действиях. Следовательно, возвращение после конкретной операции следует считать «непосредственным участием».

б) Принцип военной необходимости

Пожалуй, самой резкой критике в научной литературе подвергся раздел IX Руководства, в котором изложены ограничения применения силы в отношении гражданских лиц, принимающих «непосредственное участие в военных действиях»³⁶. В частности, помимо запретов и ограничений в отношении использования средств и методов ведения войны, в Руководстве указывается на то, что «вид и степень применяемой силы ...не должны превосходить того, что действительно необходимо для достижения легитимной военной цели в сложившихся обстоятельствах»³⁷. Камнем преткновения стало придание такого большого значения принципу военной необходимости: МККК

³⁴ DPH under IHL. Summary Report. 2006. P. 58, 61.

³⁵ Пункт 3 ст. 44 Первого Дополнительного протокола; ICRC Commentary to the I AP. P. 618. Para. 1943.

³⁶ Parks H. Part IX of the ICRC “Direct Participation in Hostilities Study”: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect // New York University Journal of International Law and Politics. 2010. Vol. 42. P. 783-830, Fenrick W.J. ICRC Guidance on Direct Participation in Hostilities // Yearbook of International Humanitarian Law. 2009 (2010). Vol. 12. P. 296-300, Pomper S. Direct Participation in Hostilities: Operationalizing the International Committee of the Red Cross’ Guidance // American Society of International Law Proceedings. 2010. Vol. 103.P. 310.

³⁷ Guidance. P. 77.

был обвинен как в выходе за пределы международного гуманитарного права, потому как принцип необходимости, как полагают многие, относится к международному праву в области прав человека, так и в использовании *lex ferenda*.

Насколько справедлива эта критика? Существует ли в современном международном гуманитарном праве принцип военной необходимости и, если да, то каково его содержание? Обращение к истории становления корпуса норм международного гуманитарного права показывает, что изначально принцип военной необходимости как один из ограничителей поведения воюющих прямо упоминался в источниках, на базе которых были разработаны действующие международные договоры³⁸. Забвение этого принципа во многом объясняется тем, что в конце XIX в. немецкие юристы трансформировали его, приспособив под творение фон Клаузевица – доктрину *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*, которая обосновывала право сражающихся применять любые меры, которые могли способствовать победе над противником, даже если они были запрещены законами и обычаями войны³⁹. Тем самым нивелировалась изначально заложенная в договорное международное гуманитарное право конструкция, в соответствии с которой писанные правила понимались как уже учитывающие военную необходимость.

Несмотря на предание принципа военной необходимости острокризму в научной и учебной литературе, он остался имманентно заложенным в нормы международного гуманитарного права. Отметим, что во многих авторитетных источниках этот принцип был все же «реабилитирован»⁴⁰. Исходя из того, что в договорных нормах международного гуманитарного права принцип необходимости уже учтен, если только в самих правилах не указано иное, условием применения этих норм является наличие «военной потребности», продиктованной имеющим место вооруженным конфликтом. Из этого следу-

³⁸ Art. 16 of the Lieber Code; преамбула Санкт-Петербургской декларации об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль.

³⁹ Garner J.W. The German War Code // University of Illinois Bulletin. 5 August 1918. Vol. XV. № 49. P. 12.

⁴⁰ Pictet J. Development and Principles of International Humanitarian Law. Geneva, 1985. P. 76; Sassoli M. Sassoli M. Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht: mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten. Basel/Frankfurt a.M., 1990.. S. 344; Draper G.I.A.D. Military Necessity and Humanitarian Imperatives // Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre. 1973. Vol. 12. P. 135; Solis G. The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War. Cambridge, 2010. P. 258-269

ет, что, хотя в самих международных договорах по международному гуманитарному праву сфера их действия обозначается как вооруженные конфликты, сами нормы этих договоров по своей сущности предназначены для регулирования ситуаций, которые вытекают из военных потребностей, то есть не только наличие вооруженного конфликта как такового, но и специфика ситуации, в которой присутствует та самая военная потребность, должны приводить к «включению» норм международного гуманитарного права. В этом значении военная необходимость действительно имеет общее значение для всего международного права, применимого в период вооруженных конфликтов, и может выступать в качестве одного из общих принципов.

V. Выводы

Двух лет, прошедших с момента опубликования Руководства, еще недостаточно, чтобы судить о том, насколько предложенные МККК модели и концепции будут восприняты на практике, тем не менее, исходя из того, что эти рекомендации по толкованию «непосредственного участия» существенно ограничивают возможности противостоящих сторон конфликта трактовать конкретный акт или нормативно квалифицировать тот или иной вид деятельности как «непосредственное участие», уже можно прогнозировать, что судьба Руководства вряд ли будет однозначна. Резко отрицательная реакция на эти рекомендации, в первую очередь со стороны американских и израильских исследователей, является красноречивым тому доказательством. Между тем необходимо дать позитивную оценку процессу уточнения направлений для толкования такого центрального понятия международного гуманитарного права, каковым является «непосредственное участие в военных действиях», в целом, и Руководству – в частности. Однако, как показал проведенный анализ, наряду с удачными и выверенными предложениями, в некоторых аспектах опубликованные МККК рекомендации могут быть подвергнуты критике, и на основе этого следует сделать вывод, что начатый процесс детализации понятия «непосредственное участие в военных действиях» должен быть продолжен.

Библиографический список

Санкт-Петербургская декларация об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль. 29 ноября 1868 г. / Ведение военных

действий. Сборник Гаагских конвенций и иных международных документов. МККК, 2004.

Женевские конвенции 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 вооруженных сил на море; об обращении с военнопленными; о защите гражданского населения во время войны // Действующее международное право. Т. 2. С. 603, 625, 634, 681.

Дополнительный протокол I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов, от 8 июня 1977 г. // Действующее международное право / Сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. В 3-х т. М., 1999. Т. 2. С. 731.

Дополнительный протокол II к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера, от 8 июня 1977 г. // Действующее международное право. Т. 2. С. 793.

Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863 // Schindler D. and Toman J. The Laws of Armed Conflicts. Dordrecht, 1988.

Cassese A. On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings // Journal of International Criminal Justice. 2007. Vol. 5.

Draper G.I.A.D. Military Necessity and Humanitarian Imperatives // Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre. 1973. Vol. 12.

Fenrick W.J. ICRC Guidance on Direct Participation in Hostilities // Yearbook of International Humanitarian Law. 2009 (2010). Vol. 12.

Garner J.W. The German War Code // University of Illinois Bulletin. 5 August 1918. Vol. XV. № 49.

Goodman R. The Detention of Civilians in Armed Conflict // American Journal of International Law. 2009. Vol. 103.

Goodman R., Jinks D. The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law: An Introduction to the Forum // New York University Journal of International Law and Politics. 2010. Vol. 42.

Henckaerts J.-M., Doswald-Beck L. Customary International Humanitarian Law. Vol. 1. Rules. Cambridge, 2005.

Commentary to the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 / Ed. by C. Pilloud, Y. Sandoz, Ch. Swinarsky. ICRC, 1987.

International Institute of Humanitarian Law, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*. Sanremo, 2006.

Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law. ICRC, 2009.

Melzer N. Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities // *New York University Journal of International Law and Politics*. 2010. Vol. 42.

Targeting, in: *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, 2007.

New Rules for Victims of Armed Conflicts. Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949 / Ed. by M. Bothe, K.J. Partsch, W.A. Solf. The Hague/ Boston/ London, 1982.

Melzer N. Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities // *New York University Journal of International Law and Politics*. 2010. Vol. 42.

Parks H. Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities Study": No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect // *New York University Journal of International Law and Politics*. 2010. Vol. 42.

Pictet J. *Development and Principles of International Humanitarian Law*. Geneva, 1985.

Pomper S. Direct Participation in Hostilities: Operationalizing the International Committee of the Red Cross' Guidance // *American Society of International Law Proceedings*. 2010. Vol. 103.

Sassoli M. Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht: mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten. Basel/Frankfurt a.M., 1990.

Sassoli M. Combatants, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>.

Schmit M.N. Targeting, in: *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, 2007.

Schmitt M. "Direct Participation in Hostilities" and 21st Century Armed Conflict, in: *Krisensicherung und Humanitärer Schutz – Crisis Management and Humanitarian Protection*. Festschrift für Dieter Fleck / Ed. by H. Fischer, U. Froissart, W. Heintschel von Heinegg, Ch. Raap. Berlin, 2004.

Schmitt M. Deconstructing Direct Participation in Hostilities: the Constitutive Elements // New York University Journal of International Law and Politics. 2010. Vol. 42.

Schmitt M. Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus in bello // International Review of the Red Cross. 2002. Vol. 84. № 846.

Solis G. The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War. Cambridge, 2010.

Interpretive Guidance of the International Committee of the Red Cross on the Notion of Direct Participation in Hostilities: pro et contra (Summary)

*Vera N. Rusinova**

Among the main advantages of the Guidance the author distinguishes a classification of persons in non-international armed conflicts, use of the purpose as a defining feature of the notion of “hostilities”, inclusion of unlawful attacks against the civilian purposes in this notion, application of the principle of military necessity as one of the restrictions of the use of force. Several issues of the Guidance are subjected to criticism: a limited scope of application of the minimum threshold requirement to the harm, a dogmatic position on absolute impossibility of qualification of attacks on the persons under authority of a party to the conflict as “hostilities”, a requirement of existence of a link between a civilian and a party to the conflict, elusion from qualification of general planning and leadership. Finally, the author comes to the conclusion that the process of clarification of the notion “direct participation in hostilities” should be continued.

Keywords: international humanitarian law; direct participation in hostilities; civil population; warfare.

* Vera N. Rusinova – Ph.D. in Law, LL.M. (Göttingen), Head of the Chair of International and European Law, Baltic Federal Immanuel Kant University. VRusinova@kantiana.ru.