

ВВЕДЕНИЕ

Картины сражения красивы только на расстоянии.

Испанская пословица

А. Общие характеристики

1. Самостоятельная отрасль права

1. Говорить о «праве вооруженных конфликтов» по поводу ситуации, которая a priori в самой основе своей, похоже, не подвластна нормам права, может показаться странным и даже парадоксальным. Нет ли противоречия между самими терминами, составляющими выражение «право вооруженных конфликтов»? Мыслимо ли связывать с правом поведение, которое кажется его отрицанием? Цицерон писал в 52 г. до н. э. в своей речи в защиту Милона (IV): «Когда гремит оружие, законы молчат». Для Клаузевица «законы международного права», относящиеся к войне, представляют собой «незаметные, едва достойные упоминания ограничения», а значит,

«введение принципа ограничения и умеренности в философию самой войны представляет полнейший абсурд»¹.

А в мае 1992 г. один из делегатов МККК констатировал:

«Все, кто пережил войну, особенно войну нашего времени, знают, что разгул насилия означает прежде всего искоренение норм поведения и правовых систем»².

Несколько дней спустя автор этих слов был застрелен близ Сараево людьми, которых не остановила эмблема Красного Креста, предназначенная для его защиты³.

В этих условиях рассуждения о «праве вооруженных конфликтов» должны казаться человеку несведущему предприятием столь же безнадежным, как и попытка соединить воду и пламя.

¹ CLAUSEWITZ, C. von, *De la guerre*, Paris, éd. de Minuit, coll. 10–18, pp. 40–41 (Цит. по: Клаузевиц, Карл. О войне); по поводу этих фраз Клаузевица см.: TORRELLI, M., *Le droit international humanitaire*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je?, 1985, p. 3; BEST, G., «The Restraint of War in Historical and Philosophical Perspective», in *Humanitarian Law of Armed Conflict — Challenges Ahead, Essays in Honour of F. Kalshoven*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 15.

² MAURICE, F., «L'ambition humanitaire», *RICR*, 1992, p. 386.

³ *RICR*, 1992, p. 377; *Bull. CICR*, juin 1992, n° 197, p. 3.

Однако этот парадокс — лишь кажущийся (ср. ниже, п. 1.9). Как и перемещения людей, торговля или... любовь, война есть человеческая (при всей своей бесчеловечности) деятельность и как таковая может поддаваться упорядочению... В конце концов, кодифицировать ведение военных действий между двумя вооруженными группировками не более абсурдно, чем делать то же самое по поводу союза двух любящих друг друга людей... Так что можно без всяких логических натяжек говорить о «праве вооруженных конфликтов» и рассматривать его как такую же полноправную *юридическую* дисциплину, как и торговое или семейное право.

2. Право, связанное с международным правом

2. Право вооруженных конфликтов, которое раньше называлось «право войны»¹, а сейчас более известно под наименованием «международное гуманитарное право» (МГП), прежде всего является отраслью международного публичного права и в этом качестве обладает всеми признаками последнего.

Как международное публичное право право вооруженных конфликтов в большей степени является правом координации, чем правом субординации. Это — право без настоящего «наднационального» законодателя, имеющее в качестве первоисточника соглашение, в какой бы форме оно ни выражалось: договор, обычай или акты международных организаций. Таким образом, это право относительно, «анархично» и слабо институционализировано, а судебная практика в течение длительного времени играла в нем ограниченную, хотя и качественно важную роль. Последняя укрепилась благодаря постановлениям, выносимым международными уголовными трибуналами.

Однако не следует недооценивать тот вклад, который вносит в него практика: она основывается, в частности, на документах международных организаций и ежедневно обогащает право вооруженных конфликтов, свидетельствуя о его эволюционном характере, а также способствуя в основном его гуманизации.

3. По этому поводу подчеркивалась относительная легкость, с которой юриспруденция квалифицировала отдельные договорные нормы права вооруженных конфликтов (например, Гаагского положения, см. ниже, п. 25) как обычные². Данное явление не присуще исключительно этой отрасли международного права: Международный суд — без колебаний и не вдаваясь в объяснения — рассматривает в качестве обычных отдельные договорные нормы общего международного права, ранее поступив так же по отношению к некоторым нормам Венской конвенции о праве международных договоров³.

¹ В качестве примера приравнивания МГП к праву войны см. толковательное заявление США по поводу ст. 15, § 2 (d), Межамериканской конвенции против терроризма от 3 июня 2002 г.: www.oas.org/juridico/english/signs/a-66.html

² GREENWOOD, C., «Customary Law States of the 1977 Geneva Protocols», *ibid.*, p. 98; ср. также: BRUDERLEIN, C., «De la coutume en droit international humanitaire», *RICR*, 1991, p. 618.

³ GREENWOOD, C., *loc. cit.*, p. 99 et les réf.

Однако не следует делать несколько поспешный вывод, что Суд был бы готов при рассмотрении какого-либо конкретного спора применить к одной из сторон *в качестве обычая* общие нормы договорного происхождения, которые данная сторона никогда не принимала. Действительно, можно констатировать, что теория систематического возражения¹, которую иногда пытались ограничить случаем местных обычаев², продолжает неявно истолковываться Судом, когда он предписывает выполнение обычной нормы, даже общего характера, одному из государств. Так, обратив внимание на тот факт, что ЮАР признала преемственность после 1945 г. норм и принципов режима мандатов, Суд вынес заключение, что эти нормы и принципы имеют юридическую силу для ЮАР³. Точно так же, именно после констатации того факта, что в 1970 г., в момент принятия Генеральной Ассамблеей ООН Декларации о дружественных отношениях (Рез. ГА ООН 2625 (XXV), 24 октября 1970 г.), США не сформулировали оговорок, выдвинутых ими в 1965 г. в отношении принципа невмешательства, утверждаемого резолюцией 2131 (XX), Суд счел, что данный принцип имеет юридическую силу для США⁴.

Дело не должно обстоять иначе для нормы права вооруженных конфликтов, в отношении которой то или иное государство всегда явным образом выражало свое несогласие. Однако если таковое не сформулировано ясно и четко, можно считать, что общие обычные нормы этого права, в том числе их логические следствия, связывают данное государство.

Это означает, что подход к данному праву и его изучение всегда будут основываться на приемах и методах, присущих международному публичному праву, правда, с учетом некоторых специфических черт (см. ниже, пп. 1.177, 1.206 и 3.1, *in fine*).

3. Специфическое право, сложное и богатое по содержанию

4. Право вооруженных конфликтов — отрасль международного публичного права, но оно обладает тем не менее специфическим содержанием (несмотря на некоторые частичные совпадения с правами личности). Оно сложно и богато, так как основной инструментарий — разнообразен и содержателен, а практика — обширна.

Как уже говорилось выше, настоящая книга не претендует на детальное освещение этого права. Следовательно, мы можем только бегло ознакомить читателя

¹ Ср.: *Pêcheries anglo-norvégiennes, arrêt, CIJ, Rec. 1951*, p. 131 (Дело о рыбных ресурсах. Великобритания против Норвегии).

² ABI-SAAB, G., «The 1977 Additional Protocols and General International Law: Some Preliminary Reflections», *Essays in Honour of F. Kalshoven, op. cit.*, pp. 124–125; comp. KWAKWA, E., *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Field of Application*, Dordrecht, Nijhoff-Kluwer, 1992, p. 61, n. 93.

³ *Namibie, avis consultatif, CIJ, Rec. 1971*, pp. 39 ss., §§ 74–78.

⁴ *Activités militaires et para-militaires au Nicaragua (Решение Международного суда ООН по делу о Действиях военного и полувоенного характера в Никарагуа и против нее)*, arrêt, fond, CIJ, Rec. 1986, p. 106, § 203; пример обратного, когда Суд не принял во внимание позицию государства, см.: *aff. du mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, CIJ, arrêt du 14 février 2002 (Решение от 14 февраля 2002 г. относительно постановления Бельгии об аресте Абдулая Веродии Ндомбаси (Республика Конго), вынесенного 11 апреля 2000 г.).

с предметом, особо выделяя его дух, его философию, основные положения, некоторые потенциальные возможности и конкретные проблемы. Если бы мы захотели пойти дальше, вскоре пришлось бы волей-неволей расширить границы комментариев, уже написанных юристами МККК только к четырем Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. и двум Дополнительным протоколам к ним от 8 июня 1977 г.¹, составивших около 4 тысяч страниц, так как нам пришлось бы добавить комментарии ко всем другим соглашениям, применяемым во время войны.

Это не является целью данной книги, которая ограничится тем, что обозначено в заголовке, — принципами права вооруженных конфликтов.

5. Сложность этого права объясняется не только обилием регламентаций, но и следствием формулировок, не всегда ясных, а также трудностью, с которой в отдельных случаях связана квалификация фактов в свете той или иной нормы. Мы проследим это на примерах.

Таким образом, если, как указывалось выше, это право «должно быть понятным и применимым непосредственно на поле боя, а не потом, при рассмотрении судами и трибуналами»², применение его *наиболее элементарных принципов гуманности* не требует подготовки дипломированного юриста: для этого достаточно немного великодушия в сочетании с минимальным здравым смыслом (см. ниже, п. 1.182). К сожалению, эти качества часто неравномерно распределены среди так называемых разумных существ...

4. Право насилия и оказания помощи

6. Право вооруженных конфликтов, ранее называвшееся «правом войны», а сегодня чаще именуемое «международным гуманитарным правом», охватывает обе ипостаси войны: ненависть и братство (предполагаемое...), регулируя, с одной стороны, способы, посредством которых люди могут уничтожать друг друга, а с другой — обязывая их уважать тех, кого они только что убили или ранили и кто оказался в их власти, а также оказывать им помощь.

Таким образом, имеется право насилия, регламентирующее ведение военных действий в интересах сохранения государства и находящееся на пересечении военной необходимости и требований гуманности. Даже если, как пишет Жан Пикте, речь идет о праве, «бесспорно гуманитарном по своему духу»³, именно его больше всего оснований называть «правом войны». Иногда его лаконично называют «гаагским правом» в честь города, где были приняты многие его нормы (см. ниже, п. 1.4).

¹ Для ознакомления с еще одним комментарием к Протоколам см. также: BOTHE, M., PARTSCH, K.J. and SOLF, W.A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, The Hague, Nijhoff, 1982, XXI et 746 p.

² MC COUBREY цит. по: WILHELM, R.-J., «Quelques considérations sur l'évolution du droit international humanitaire», in *Humanitarian Law of Armed Conflict — Challenges Ahead, Essays in Honour of F. Kalshoven, op.cit.*, p. 63.

³ PICTEТ, J., «Le droit international humanitaire: définition», in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Genève-Paris, Institut Henry Dunant — UNESCO — Pédone, 1986, p. 14; ср. также: BLIX, H., «Moyens et méthodes du combat», *ibid.*, pp. 163–164.

В то же время существует и право оказания помощи, которое в большей степени заслуживает названия «международного гуманитарного права», так как его основная цель — защита жертв конфликта, оказавшихся во власти противной стороны. Так же в честь города, где было принято большинство его норм, оно получило название «женевского права» (см. ниже, п. 1.4).

Право вооруженных конфликтов включает обе эти категории норм.

Хотя данные терминологические уточнения относятся скорее к доктрине, чем к праву, и не наполнены конкретным юридическим содержанием¹, мы их все же сохраним для удобства изложения, исходя из того что право вооруженных конфликтов является общим «родовым» названием, охватывающим и право войны (или гаагское право) и международное гуманитарное право (или женевское право) (см. ниже, п. 1.33).

5. *Право непреходяще актуальное*

7. Если для некоторых регионов мира право вооруженных конфликтов, к счастью, относится к сфере экстраординарного — в той мере, в какой данные регионы защищены от войны, в масштабах всей планеты это право, увы, приходится применять постоянно.

Нижеприведенные цифры свидетельствуют о жгучей — не побоюсь этого определения — актуальности данного явления: между 15 августа 1945 г. (дата капитуляции Японии) и 1 августа 1993 г. было зарегистрировано 130 конфликтов, а число затронутых ими стран составило примерно 83². К тому же в расчет принимались только конфликты определенного масштаба, то есть, с одной стороны, международные вооруженные конфликты, представляющие некоторую относительную непрерывность во времени, с другой — немеждународные вооруженные конфликты, характеризующиеся наличием противоборствующих сторон, каждая из которых контролировала ту или иную часть территории. Таким образом, из подсчетов были исключены как эпизодические и отдельные пограничные инциденты, так и ситуации беспорядков, внутренней напряженности, мятежей, вспышек терроризма, даже повторяющихся, силового подавления тех или иных политических движений...

Из этого доклада следует, что с 1945 г. наша планета никогда не знала ситуации мира или даже отсутствия войны и что по состоянию на 31 августа 1993 г. продолжали считаться активными, или продолжающимися, 40 вооруженных конфликтов, а 13 других оставались латентными, или неурегулированными³.

Даже если можно спорить о применимости к тому или иному конфликту критериев, принятых в данном докладе для подсчета, общий итог в любом случае показывает актуальность этих конфликтов, а следовательно, и права, которое к ним применяется.

¹ Бюньон, Франсуа. Право Женевы и право Гааги // МЖКК: Сборник статей. 2001. С. 137.

² PAYE, O., *Les conflits armés de 1945 à nos jours*, Université Libre de Bruxelles, Centre d'études des relations internationales et stratégiques, 1993, 142 p.

³ По данным Детского фонда ООН, в конце 2003 г. 23 конфликта находились в активной стадии, www.unicef.ca/portal/SmartDefault.aspx?at=1699

8. Это тем более верно, когда некоторые миссии ООН по поддержанию мира сами становятся стороной в вооруженном конфликте (например, в Сомали), что придает конфликту — в ограниченной степени — некое «мировое» измерение и позволяет констатировать, что данный вооруженный конфликт затрагивает уже не только государство или государства зоны конфликта, но и третьи страны, передающие свои силы в распоряжение ООН.

Таким образом, право вооруженных конфликтов остается актуальным, чтобы не сказать «насущным»...

В. Краткие исторические сведения

9. По всей видимости, изначально у войны не было никаких правил, кроме закона силы и принципа «горе побежденным» (*vae victis* — *лат.*) — эти слова, по преданию, произнес вождь галлов Бренн после победы над римлянами в 390 г. до н.э., бросив свой меч на чашу весов, где находились гири для взвешивания золота, которое римляне должны были ему уплатить за уход из их города¹.

Нужно сказать, что, сохранив римлянам жизнь и свободу, Бренн, по меркам того времени, проявил великодушие, ибо в древности война чаще всего носила тотальный характер, будь то конфликты между кланами, племенами, городами или странами. Победенное население или истреблялось, или в лучшем случае обращалось в рабство.

10. Уже египетские барельефы дают тому поразительные иллюстрации. Некоторые кампании времен фараонов описываются следующим образом:

«Это войско пошло с миром: оно сожгло все их нивы... Оно истребило мириады их воинов... множество мужчин, женщин и детей были угнаны как живые пленники...»².

Троянская война, если верить «Энеиде», завершилась истреблением защитников города и обращением в рабство тех из оставшихся в живых, кому не удалось спастись бегством.

Ксенофонт писал в «Киропедии» (VII, 5, 73):

«Всеобщим и вечным законом является то, что в городе, взятом у неприятеля во время войны, всё, и люди, и имущество, принадлежит победителю»³.

Платон в «Республике» (V, 468 а) делает следующий вывод:

«Того, кто оказывается в руках неприятеля живым, не нужно ли оставить в дар пленителям, чтобы они поступили с этим трофеем по своему усмотрению?»⁴

В Ветхом Завете Иегова устами Моисея дает следующую заповедь:

¹ *Тит Ливий*. История Рима от основания города. V, т. 48; REDSLOB, R., *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, 1923, p. 624; DETTER DE LUPIS, I., *The Law of War*, Cambridge Univ. Press, 1987, p. 121, 2nd ed., 2000, p. 151.

² Цит. по: LETOURNEAU, Ch., *La guerre dans les diverses races humaines*, Paris, 1895, p. 287.

³ Цит. по: GARLAN, Y., *La guerre dans l'Antiquité*, Paris, Nathan, 1972, p. 45.

⁴ *Ibid.*

«Когда подойдешь к городу, чтобы завоевать его, предложи ему мир. Если он согласится на мир с тобою и откроет тебе ворота, то весь народ, который найдется в нем, будет платить тебе дань и служить тебе. Если же он не согласится на мир с тобою и будет вести с тобою войну, то осадь его. И когда Господь, Бог твой, предаст его в руки твои, порази в нем весь мужской пол острием меча. Только жен и детей, и скот, и все, что в городе, всю добычу его возьми себе и пользуйся добычей врагов твоих, которых предал тебе Господь, Бог твой. Так поступай со всеми городами, которые от тебя весьма далеко, которые не из числа городов народов сих.

А в городах сих народов, которых Господь, Бог твой, дает тебе во владение, не оставляй в живых ни одной души; но предай их заклятию: Хеттеев и Аморреев, и Хананеев, и Ферезеев, и Евеев, и Иевусеев, (и Гергесеев), как повелел тебе Господь, Бог твой, дабы они не научили вас делать такие же мерзости, какие они делали для богов своих...»¹.

Рим, славный своими юристами и архитекторами, тоже не был образцом человечности: напомним о полном уничтожении страны Вольсков, истреблении населения Регии, Вакки, Нумидии и т. д.² Разве закон XII таблиц не провозглашает, что «по отношению к неприятелю допустимо все»? А когда в IV в. до н. э. диктатор Камилл призвал проявлять великодушие к раненым, римский сенат приговорил его за это к ссылке!³ Цезарь, который пользуется репутацией очень великодушного полководца, потому что он избегал бесполезной бойни, признает тем не менее истребление около 40 тысяч человек (мужчин, женщин, стариков и детей) во время взятия Аварики (Бурж) и то, что защитникам Укселлодунума, восставшим против его власти (52 г. до н. э.), отрубили руки⁴.

11. Однако развитие общественной мысли, осознание воюющими сторонами необходимости беречь свои людские ресурсы, а также иррациональности, бесполезности и даже экономической вредности⁵ тотального уничтожения и истребления, а также страх возмездия постепенно изменили отношение людей к побежденным.

Конечно, войны продолжались, принося, как обычно, ужас и разрушения, но начали раздаваться голоса в пользу умеренности и человечности. Таким образом, гуманитарная мысль развивается, но изменения происходят не одновременно и не в одной лишь Европе.

12. В Индии законы Ману⁶ требуют, чтобы победитель щадил побежденного, оставлял в живых раненых и сдавшихся, а также уважал особые законы покоренных наций⁷. Ману запрещает, кроме того, использовать стрелы с зазубренными наконечниками, отравленные или зажженные. Эти предписания присутствуют и во многих других религиозных,

¹ Второзаконие 20: 10–18. — Библия. Книги Священного Писания Ветхого и Нового Завета.

² LETOURNEAU, Ch., *op. cit.*, p. 466.

³ COURSIER, H., *Etudes sur la formation du droit humanitaire*, Genève, CICR, 1952, pp. 16–17.

⁴ CESAR, *Guerre des Gaules*, VII, 28 et VIII, 44, trad. M. Rat, Paris, Garnier-Flammarion, 1964, p. 9, 158, 214 (*Гай Юлий Цезарь. Записки о Галльской войне*).

⁵ Ср.: Библия, Второзаконие, 20: 19–20.

⁶ Эти законы, напоминающие по своей форме скорее изречения или религиозные наставления, датируются, по мнению одних, 1200 г. до н. э., или, по другим источникам, — от 200 г. до н. э. до 200 г. н. э.

⁷ L. VII, §§ 91 à 93, et 201 à 203; опубликовано: *Classiques Garnier*, Paris, 1979.

юридических и политических текстах, таких как Дхармашастры, Пураны, Упанишады, а также в эпических и легендарных повествованиях, подобных Рамаяне (300 г. до н. э.) или Махабхарате (200 г. до н. э.)¹.

В Китае мыслитель IV в. до н. э. Сыма Жан-цзюй осуждает бессмысленные разрушения и призывает заботиться о спасении граждан, воздерживаться от нападения на людей, которые не в состоянии защитить себя, и ухаживать за ранеными². Сунь-Цзы, китайский военный теоретик, живший примерно в ту же эпоху (сведений о нем не много)³, утверждал, что с пленными надо хорошо обращаться. Он писал:

«Во время войны лучшая политика — захватить государство, не нанося ему ущерба: убивать следует только никчемных его жителей. [...] Завладеть вражеским оружием лучше, чем его уничтожить. [...] Одержать сто побед в ходе ста битв — это не верх воинского мастерства»⁴.

В Японии в 200 г. н. э. императрица Дзингу запретила во время конфликта в Корее предавать смерти пленных, а различные стратеги — Соко Ямага (1622–1685), Огю Сорай (1688–1728), Нобухиро Сато (1789–1850) — уточнили и развили эти правила в научных трудах и трактатах о военном искусстве⁵.

Инки, похоже, проявляли по отношению к побежденным, особенно когда речь шла о чужеземных народах, прямо-таки отеческую заботу, стараясь их успокоить и заручиться их добрым расположением⁶.

Некоторые обычаи доколониальной Африки регламентировали ведение военных действий и обращение с лицами, оказавшимися во власти неприятеля: так, о начале военных действий должны были возвещать бой тамтамов, сигналы рогов, выстрелы из луков и мотивированные декларации, доставляемые гонцами⁷.

У пёлей, сухраев и народов Буркина Фасо запрещено нападать на женщин, детей и труженников полей, ибо, как уточняет Иоланта Диалло, сообщившая об этих обычаях,

«нужно, чтобы после войны жизнь продолжалась, а иначе кто стал бы обрабатывать поля, ведь богачи этого не делают?»⁸.

В Кении для воина считается позором поднять руку на женщину⁹. У некоторых народов Западной Африки запрещено использование стрел и копий с отравленными наконечниками¹⁰. В стране народности ибо запрещено применение огнестрельного оружия в некоторых межплеменных конфликтах, предусмотрены санкции за нарушение этого

¹ SINGH, N., «Armed Conflicts and Humanitarian Laws of Ancient India», *Mélanges Pictet*, Genève, CICR, Nijhoff, 1984, pp. 532–536; PENNA, L. R., «Conduite de la guerre et traitement réservé aux victimes des conflits armés, règles écrites ou coutumières en usage dans l'Inde ancienne», *RICR*, 1989, pp. 346–363.

² LETOURNEAU, *op. cit.*, p. 241.

³ SUN TZU, *L'art de la guerre*, Paris Flammarion, coll. «Champs», 1993, pp. 32–33 (*Сунь-Цзы. Искусство войны*).

⁴ *Ibid.*, pp. 106 et 108.

⁵ ADACHI, S., «La conception asiatique», in *Les dimensions internationales ... op. cit.*, pp. 35–36.

⁶ LETOURNEAU, *op. cit.*, p. 184.

⁷ NDAM NJOYA, A., «La conception africaine», in *Les dimensions internationales ... op. cit.*, p. 23.

⁸ DIALLO, Y., *Traditions africaines et droit humanitaire*, Genève, CICR, 1976, p. 8.

⁹ BELLO, E., *African Customary Humanitarian Law*, Geneva, ICRC, Oyez, 1980, p. 34.

¹⁰ DIALLO, *op. cit.*, p. 19.

запрета, налагаемые старостой деревни¹. В Восточной Африке пословица народностей банту гласит: «Бей, но не убивай!»². Список таких примеров можно было бы продолжить.

Конечно, эти заповеди далеко не всегда соблюдаются, но они все же представляют собой вехи на пути гуманитарного прогресса.

13. Вернемся на Запад

В Греции Полибий писал, что целью войны является не наказание неправого, а восстановление права, победитель должен проявить умеренность по отношению к побежденному и воздерживаться от всякой жестокости³. Любопытная деталь: на полях сражений запрещается воздвигать памятные знаки в честь победы из камня или бронзы; разрешены только памятники из дерева, так как они разрушаются со временем, не становясь вечными символами вражды⁴.

Европа и Средиземноморье испытывают влияние христианства и ислама. Христианская церковь очень быстро забыла свои изначальные призывы к отказу от насилия (вспомним о мученической смерти св. Морица, св. Георгия и св. Себастьяна, которые отказались служить в конце III в. в римском легионе и поднять оружие против других христиан⁵). Эти призывы, кстати, были не лишены некоторой двусмысленности, так как заповеди «Блаженны миротворцы, ибо они будут наречены сынами Божиими» (Евангелие от Матфея, 5:9) и «Любите врагов ваших, благотворите ненавидящим вас» (Евангелие от Луки, 6:27) соседствуют там с описанием изгнания торговцев из храма Иисусом *manu militari*...⁶. Но все же церковь осталась верна своему намерению обеспечить некоторую гуманизацию войн. Так, у блаженного Августина есть следующие слова:

«Если сражающийся враг и должен погибнуть, пусть это случится по необходимости, а не по твоей воле... побежденный или пленный имеют право на сострадание»⁷.

Соборы в Шарру (989), Нарбонне (990), Ансе (994) и Лиможе (997) провозгласили неприкосновенность и иммунитет церковей, монастырей, бедняков, духовных лиц, торговцев, паломников, земледельцев и их имущества. Это — правила Божьего мира, нарушение которых каралось отлучением от церкви⁸.

Божий мир, введенный Эльским собором (1027), запрещал военные действия во время христианских праздников и с 15:00 субботы до 6:00 понедельника⁹. Монтриондский собор (1041) продлил Божье перемирие с вечера среды до утра понедельника:

¹ DIALLO, *op. cit.*, p. 21.

² Цит. по: NDAM NJOYA, *loc. cit.*, p. 23.

³ GUILLERMAND, J., «Les fondements historiques de la démarche humanitaire», *RICR*, 1994, p. 222.

⁴ MARIN, M. A., «The Evolution and the Present Status of the Laws of the War», *RCADI*, 1957, II, t. 92, p. 652.

⁵ GUILLERMAND, *loc. cit.*, pp. 46–47.

⁶ См.: Евангелие от Матфея, 21:12; ср. также: BRANDON, S. G. F., *Jesus and the Zealots*, Manchester, University Press, 1967, p. 20, и примечания.

⁷ Цит. по: COURSIER, H., *op. cit.*, p. 26.

⁸ *Ibid.*, p. 35; MARIN, *loc. cit.*, p. 655.

⁹ *Ibid.*; GOYAU, G., «L'Eglise catholique et le droit des gens», *RCADI*, 1925, I, T. 6, pp. 150–151.

«Четверг — в память о вознесении Христа, пятница — в память о Его страданиях, суббота — по причине Его погребения и воскресенье — в память о Его воскресении»¹.

Кроме того, периоды, предшествующие некоторым христианским праздникам и следующие за ними, также подпадали под временное запрещение военных действий (с рождественского поста до дня Богоявления, а также 70 дней, предшествующих Пасхе)², так что примерно три четверти года стали днями обязательного мира! А в остальные дни ярость боев умерялась рыцарством (зародившимся во Франции в XI в.) и его правилами. Являвшееся изначально военным и светским институтом, который со временем церковь подчинила себе, рыцарство исповедовало кодекс поведения, основанный на доблести, верности и защите всех слабых³.

Латеранский собор 1139 г. запретил использование арбалетов как смертоносного и богомерзкого оружия⁴.

14. Ислам осуждает преступления, нанесение увечий, пытки и ставит целью защитить от воздействия войны стариков, женщин, детей, мусульманские монастырские комплексы и их имущество⁵. «Вигаат» (1280), представляющий собой настоящий свод законов войны, распространил эту защиту на душевнобольных, калек, парламентаров и, по понятным причинам, на источники и фонтаны, которые запрещалось отравлять⁶. Правда, некоторые суры Корана позволяют сделать вывод, что данные гуманитарные принципы не применимы к неверным, если те упорствуют в своей ереси⁷. Кстати, именно во имя и ислама, и христианства развязывались священные войны, которые обе стороны вели с беспримечной жестокостью (ср. назидательные описания взятия Иерусалима крестоносцами в 1099 г.)⁸, но были и примеры великодушного поведения, в частности со стороны Салах ад-Дина во время повторного захвата Иерусалима в 1187 г.⁹.

15. Естественно, не следует питать никаких иллюзий по поводу гуманитарного прогресса: речь идет об эволюции в форме ломаной линии, с пиками и провалами, когда воплощение самых благородных идей чередуется с самыми циничными предписаниями и гнусным варварством.

¹ GOYAU, *loc. cit.*, pp. 151–152.

² MARIN, *loc. cit.*, p. 655.

³ GOYAU, *loc. cit.*, pp. 155–156.

⁴ MARIN, *loc. cit.*, p. 655.

⁵ *Ibid.*, p. 657; COURSIER, *op. cit.*, p. 32; SULTAN, A., «La conception islamique du droit international humanitaire dans les conflits armés», *Rev.ég. D. I.*, 1978, pp. 8, 15, 16; *id.*, «La conception islamique», in *Les dimensions internationales... op. cit.*, pp. 47–60; YAHD BEN ACHOUR, «Islam et droit international humanitaire», *RICR*, 1980, p. 59; ECONOMIDES, A. M., *Guerre et paix en Islam*, Thessalonique, Institut des Relations internationales, 1980, p. 148; об исламе и праве вооруженных конфликтов см. также: EL DAKKAK, S., «Le droit international humanitaire entre la conception islamique et le droit international positif», *RICR*, 1990, pp. 111–125; ZEMMALI, A., «De quelques idées humanitaires de l'Imam Al-Awzaï (707–774)», *ibid.*, pp. 126–134.

⁶ COURSIER, *op. cit.*, pp. 30 ss., 37; REDSLOB, R., *op. cit.*, p. 134.

⁷ LETOURNEAU, *op. cit.*, p. 316 ss.

⁸ COURSIER, *op. cit.*, p. 36; см. также: MAALOUF, A., *Les croisades vues par les Arabes*, Paris, Lattès, J'ai lu, 1983, pp. 68–70.

⁹ GUILLERMAND, *loc. cit.*, p. 57.

Так, с одной стороны, Земпахское соглашение (1393), заключенное между различными швейцарскими кантонами, запретило грабеж и посягательства на женщин и раненых; Дюгеклен и Жанна д'Арк требовали от своих войск уважения к женщинам, детям и землепашцам¹; в том же духе действовали и французские полководцы XVI в., которые запрещали также прибегать к вероломству (например, использовать неприятельскую военную форму) и иногда даже устанавливали правила, карающие смертью осквернение церковной собственности, грабеж и жестокое обращение с некомбатантами... без разрешения командующего²; в 1553 г. польский юрист Жак Пшилуцки выдвинул идею о том, что воюющие стороны должны уважать произведения искусства³; испанский специалист по каноническому праву Витория, к которому часто обращался за консультациями Карл V, осудил в своих «Relectiones Theologicae» (1557) убийство невинных, пленных, а также тех, кто сложил оружие⁴; монашеские ордена стали подбирать и выхаживать раненых и больных, похоже, не проводя при этом различия между своими и чужими: орден св. Иоанна Иерусалимского (госпитальеров), основанный в XI в. и ставший позднее Мальтийским орденом⁵; основанный в Риме в 1586 г. орден св. Камилла, члены которого первыми стали носить на своей одежде в качестве отличительного знака красный крест⁶, однако в отличие от теперешнего красного креста (см. ниже, п. 23) тот имел религиозное значение; начиная с конца XVI в. воюющие стороны стали практиковать заключение различных договоров («картелей», «капитуляций» и «перемирий»), предусматривавших меры по обмену пленными, уходу за больными и ранеными и т. д.⁷; в своем «Военном артикуле» шведский король Густав II Адольф вводит смертную казнь за изнасилование и запрещает сжигать города, деревни, церкви, больницы, мельницы и школы на неприятельской территории... без соответствующего приказа⁸; в 1749 г. Монтескье писал:

«Ясно, что раз завоевание совершено, завоеватель уже не имеет права убивать, потому что он уже не находится в положении естественной обороны и действует не в целях самосохранения»⁹.

В 1758 г. Ваттель развивает эту мысль, говоря о неприкосновенности некомбатантов и пленных¹⁰; он допускает, чтобы наказывали тех, кто «нарушил законы войны», но не приемлет коллективные наказания¹¹; он рекомендует также

¹ COURSIER, *op. cit.*, pp. 40 ss.

² GARDOT, A., «Le droit de la guerre dans l'œuvre des capitaines français du XVI^e siècle», *RCADI*, 1948, I, T. 72, pp. 450–454, 464–465, 469–471.

³ NAHLIK, S., «Protection des biens culturels», in *Les dimensions internationales ...*, *op. cit.*, p. 237; другие примеры см.: *ibid.*, p. 238.

⁴ О Витория см. исследования: S. Moratiel Villa, P. Haggemacher, A. Valencia Villa, F. Murillo Rubiera, L. Perena Vicente in *RICR*, 1992, pp. 430–506.

⁵ LARGER, D. et MONIN, M., «Quelques observations sur la nature juridique de l'Ordre de Malte», *AFDI*, 1983, p. 232; COURSIER, *op. cit.*, pp. 37 et 49.

⁶ COURSIER, *op. cit.*, p. 50.

⁷ *Ibid.*, pp. 51 ss.

⁸ Эгрен, Кеннет. Гуманитарное право в Военном кодексе, опубликованном в качестве декрета в 1621 г. королем Швеции Густавом II Адольфом // МЖКК. 1996. № 11, июль–август.

⁹ *De l'esprit des lois*, L. X, ch. III (Шарль Луи Монтескье. О духе законов).

¹⁰ *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, 1758, L. III, ch. VIII, §§ 140, 145–147, 149 (Ваттель, Эмер де. Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов).

¹¹ *Ibid.*

не подвергать репрессалиям безоружных пленнх¹ и говорит, что следует «сохранять здания, делающие честь человечеству»², осуждая применение отравленного оружия и задавая вопрос:

«Когда врага вывели из строя, должен ли он неизбежно погибать от ран?»³.

Наконец, Ж. Ж. Руссо пишет в 1762 г. в своем «Общественном договоре»:

«Война — это отношения не между людьми, но между государствами, и люди становятся врагами случайно, не как человеческие существа и даже не как граждане, а как солдаты; не как жители своей страны, а как ее защитники [...] Если цель войны — уничтожение враждебного государства, то другая сторона имеет право истреблять его защитников, пока они держат в руках оружие, но как только они бросают его и сдаются — они перестают быть врагами или инструментом в руках врагов и вновь становятся людьми, чьи жизни не позволено никому отнимать»⁴.

Конвент 25 мая 1793 г. принял декрет⁵, которым был введен в действие свод правил, касающихся обмена военнопленными. Они предусматривали обмен без выкупа по принципу один на одного, дополнительное освобождение военнопленных под честное слово, что они не возобновят участие в военных действиях, выплату пленным денежного довольствия, равного получаемому французскими солдатами, и т. д. (ст. 1, 2, 10, 18).

С другой стороны, ужасные войны продолжают раздирать Европу — Столетняя война, Тридцатилетняя война, религиозные войны — и ни одна из них не являет примеров особой гуманности по отношению к комбатантам и населению. Так, Франциск I, воевавший против Карла V, заявил, что все подданные последнего рассматриваются как враги и смогут стать объектом нападения для его войск⁶. Нужно ли удивляться тому, что Гроций впоследствии утверждал, опираясь на прецеденты из Ветхого Завета и греко-римской античности:

«Избиение женщин и детей... является частью права войны [...] То, что говорится в псалме, обещающем блаженство тем, кто разобьет о камень младенцев вавилонских (см. Псалтирь, 136:9), более способствует пониманию общего обычая наций»⁷.

О том же говорят и Уитон:

«Все члены неприятельского государства в публичной войне могут на законном основании считаться врагами»⁸.

Еще одно показательное высказывание. Автор — генерал Вестерманн. Написаны нижеприведенные строки сразу после окончания гражданской войны, которая разорила Вандею в 1793 г. и завершила победу революционных войск над силами роялистов:

¹ *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, 1758, L. III, ch. VIII, § 141.

² *Ibid.* ch. IX, § 168.

³ *Ibid.*, ch. VIII, § 156.

⁴ Пикте, Жан. Развитие и принципы международного гуманитарного права. М., МККК, 1994. С. 32.

⁵ Подлинный документ предоставил профессор Ж. Салмон, за что автор выражает ему свою признательность.

⁶ COURSIER, *op. cit.*, pp. 60–61.

⁷ Гроций, Гуго. О праве войны и мира. М., Ладомир, 1994.

⁸ Цит. по: COURSIER, *op. cit.*, p. 61.

«Вандеи больше нет. Она погибла от нашей несущей свободу шпаги вместе со своими женщинами и детьми. Я похоронил ее в болотах и лесах Савенэ согласно приказам, полученным от вас. Я потоптал детей копытами коней и истребил женщин, которые — уж эти-то во всяком случае — не будут больше рожать разбойников. Не могу себя упрекнуть во взятии хотя бы одного пленного. Я истребил всех; дороги усеяны трупами. Их столько, что во многих местах они образуют пирамиды»¹.

Тем не менее Конвент принял два декрета (от 25 мая и 2 августа 1793 г.), которые, в частности, предусматривали, что с пленными и некомбатантами следует обращаться гуманно².

А что же говорить о колониальных войнах?³

16. Как бы ни обстояло дело в реальности, очевидно, что гуманитарные доктрины существуют, что они имеют очень давние корни и что они содержат четыре фундаментальных принципа современного права вооруженных конфликтов, выраженных с той или иной степенью точности:

- обязанность всегда проводить различие между комбатантами и некомбатантами, а следовательно, соблюдать право некомбатантов на неприкосновенность;
- обязанность ограничивать себя в выборе средств ведения военных действий против неприятеля;
- возможность пресекать нарушения норм, применимых к военным действиям;
- отказ от какой-либо дискриминации при уходе за ранеными и больными.

Таким образом, право вооруженных конфликтов своими корнями уходит в глубокую древность, хотя настоящий его взлет начался в XIX в., с развитием норм права нейтралитета и с рождением движения Красного Креста.

17. Нормы нейтралитета могут рассматриваться как часть права вооруженных конфликтов и форма гуманизации войны в той мере, в какой они имеют целью избежать распространения вооруженного конфликта на территорию других государств. Однако нейтралитет зиждется в гораздо большей степени на коммерческой основе, нежели на гуманитарной, и вовсе не случайно, что этот институт, известный с древних времен⁴, получил развитие только в XIX в., ставшем «золотым веком нейтралитета»⁵.

Действительно, это — век машин; технический и промышленный прогресс облегчает передвижения и обмена; парусный флот улучшает свои показатели эффективности; появляются первые пароходы. Постоянное расширение международной торговли делает более

¹ Цит. по: *Le Soir* (Bruxelles), 6 octobre 1989, *Chronique de la Révolution française*, p. 8.

² GUILLERMAND, *loc. cit.*, p. 231.

³ См. очень показательную *Très brève relation de la destruction des Indes (c'est-à-dire, ce qui allait devenir l'Amérique latine)* («Краткая история покорения Вост-Индии» [то есть того, что вскоре станет Латинской Америкой], par Las Casas, écrite en 1531, цит. по: *L. M.*, 15 août 1991, p. 2.

⁴ REDSLOB, R., *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, 1923, p. 92.

⁵ DE VISSCHER, Ch., *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pédone, 1970, p. 344.

настоятельной необходимости ее защиты; эта цель достигается созданием норм права нейтралитета, и Парижская декларация от 16 апреля 1856 г. о праве морской войны — прекрасный тому пример: отныне каперство запрещено; нейтральный флаг защищает грузы, принадлежащие неприятелю, если они не являются военной контрабандой; грузы, принадлежащие нейтральным державам и перевозимые под неприятельским флагом, не подлежат захвату, за исключением военной контрабанды — то есть предметов, непосредственно предназначенных для войны, принадлежащих нейтралу или перевозимых нейтралом по поручению или в интересах воюющих сторон¹.

18. Нормы права нейтралитета, определенные в самом общем виде, были разработаны и кодифицированы на Второй мирной конференции, состоявшейся в Гааге в 1907 г. Отметим, что из 13 конвенций, принятых 18 октября 1907 г., 6 касались нейтралитета: прав и обязанностей нейтральных держав в случае сухопутной войны, регламентации режима «призов» и т. д. Эту кодификацию вскоре дополнили следующие документы:

— Лондонская декларация от 26 февраля 1909 г., регулирующая вопросы блокады, военной контрабанды, противных нейтралитету услуг и т. д. Декларация так и не вступила в силу, поскольку от ратификации отказалась Великобритания, хотя именно от нее исходила инициатива принятия этого документа: для нее оказалось неприемлемым то, что продукты питания, перевозимые в порт государства, находящегося в состоянии войны, могут рассматриваться как «условная контрабанда» (ст. 24); остальные государства, естественно, последовали примеру первой морской державы и тоже воздержались от присоединения к Декларации². Последняя, однако, открывалась положением, гласящим:

«Нормы, представленные в следующих разделах, отвечают по своему содержанию общепринятым принципам международного права».

Отсюда можно сделать вывод о том, что, за исключением норм, оспариваемых некоторыми государствами, общие принципы, провозглашенные в Декларации, носят обычный характер³;

— Гаванская конвенция от 20 февраля 1928 г. о морском нейтралитете. Она была подписана всеми американскими государствами, а ратифицирована только некоторыми из них. Эта конвенция очень близка по содержанию к XIII Гагской конвенции от 18 октября 1907 г. о правах и обязанностях нейтральных держав в случае морской войны.

19. Известно, что, в принципе, нормы права нейтралитета перестали применять с появлением универсальных систем коллективной безопасности, созданных

¹ Ср.: FAUCHILLE, P., *Traité de droit international public*, Paris, 1921, T. II, §§ 1538 ss.

² KALSHOVEN, Fr., in *The Law of Naval Warfare*, ed. by N. Ronzitti, Dordrecht, Nijhoff, 1988, p. 271.

³ Ф. Кальсховен менее категоричен: *ibid.*, p. 270; ср. также: CASTREN, G., *The Present Law of War and Neutrality*, Helsinki, 1954, p. 60.

сначала Лигой Наций в 1919 г., а затем ООН в 1945 г. Действительно, эти системы предполагают, что в случае агрессии одного государства против другого все государства придут на помощь жертве агрессии (Пакт Лиги Наций, ст. 16; Устав ООН, ст. 2, пп. 5, 39 и сл.). Однако данные системы срабатывали не всегда, и именно из-за возможного несоблюдения этих норм правила нейтралитета продолжают применяться¹.

20. Хотя правила нейтралитета и способствуют гуманизации войны, ограничивая ее распространение пределами воюющих держав, главным источником этой гуманизации все-таки остается право вооруженных конфликтов в строгом смысле, и именно в XIX в. это право получило развитие с зарождением движения Красного Креста и заключением многосторонних конвенций, которые впервые в истории гуманитарного права носили универсальный характер. В данном случае такая гуманизация уже не обусловлена материалистическими и коммерческими интересами; она вдохновляется, в первую очередь, чувствами жалости, сострадания, великодушия и активного неприятия бессмысленного ужаса войны. Да и сама война изменилась: с конца XVIII — начала XIX в. рекрутский набор и ополчение дали в распоряжение генералов обильный и постоянно пополняемый источник военной «рабочей силы». Вот что пишет М. Торелли:

«До Французской революции война между государствами велась профессиональными армиями ограниченного состава. Если оставить в стороне разграбление нескольких городов, то война прямо не затрагивала население, в том случае, когда оно находилось вдали от театра военных действий. Это была война короля, а не нации.

Декрет Конвента от 23 августа 1793 г. о вооруженной нации («Все французы считаются мобилизованными на постоянную военную службу») перенес войну в массы. С его принятием пришел черед тотальной войны с полной мобилизацией людских и материальных ресурсов.

Этот декрет положил начало «эре пушечного мяса». Ни один генерал старого режима никогда бы не осмелился бросать под огонь неприятеля своих солдат в колоннах, вытянутых в глубину, а генералы Революции и Империи не скупятся: источник, из которого они черпают, — вся нация»².

21. Разумеется, общественное мнение не оставалось равнодушным к такому положению вещей, однако искра, которая вызовет наконец ответные действия, будет высечена только в середине XIX в.

В июне 1859 г.³ Пьемонт в союзе с Францией предпринимает попытку отобрать у Австрии часть Италии, которая еще находилась под властью Габсбургов.

¹ Ср.: DAVID, E., *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Ed. de l'Univ. de Bruxelles, 1978, pp. 30–31.

² TORRELLI, M., *Le droit international humanitaire*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je?, 1985, p. 4. Ср. с опереточными войнами, которые вели кондотьеры в XV в.: LOT, F., *L'art militaire et les armées du Moyen-âge en Europe et dans le Proche-Orient*, Paris, Payot, 1946, vol. 1, pp. 371–434.

³ Если не указано иначе, данные, приведенные ниже, заимствованы из следующих источников: BOREL, E., «L'organisation internationale de la Croix-Rouge», *RCADI*, 1923, T. 1, pp. 575–577; PICTET, J., «La Croix-Rouge et les Conventions de Genève», *ibid.*, 1950, I, T. 76, pp. 7–10; RUEGGER, P., «L'organisation de la Croix-Rouge internationale sous ses aspects juridiques», *ibid.*, 1953, I, T. 82, pp. 377–385; MAZA, H., *Neuf meneurs internationaux: de l'initiation individuelle dans l'institution des organisations internationales*, Paris, Sirey, 1965, pp. 89–120.

Армии сошлись в Сольферино 24 июня. Это зрелище предстало потрясенному взору молодого швейцарского коммерсанта Жана-Анри Дюнана, которому тогда исполнился 31 год. Он прибыл в Сольферино с единственной целью добиться аудиенции у Наполеона III, чтобы заручиться его поддержкой для осуществления инвестиций в Алжире. Вечером того дня Дюнан был потрясен зрелищем 40 тысяч жертв, оставленных практически без ухода и помощи на поле битвы. Естественно, армейские санитарные службы делали что могли, однако при соотношении один врач на 500 раненых они были крайне перегружены, и многие раненые, которые могли бы выжить при соответствующем уходе, погибли из-за того, что его не получили. Тогда, собрав нескольких добровольцев, Дюнан на месте организовал оказание помощи раненым, невзирая на то, к какой стороне они принадлежали.

Через три года он поведает о своих впечатлениях в книге «Воспоминание о битве при Сольферино». Он сформулирует два предложения: во-первых, организовать во всей Европе общества помощи, призванные оказывать в случае возникновения войны — с согласия воюющих сторон — помощь и поддержку всем раненым, независимо от их подданства; и, во-вторых, сделать так, чтобы государства подписали

«какие-нибудь международные, договорные и обязательные правила, которые, раз принятые и утвержденные, послужили бы основанием для создания *Обществ помощи раненым* в разных государствах Европы»¹.

Первое предложение не отличалось особой новизной. Оставив в стороне деятельность ордена иоаннитов в Иерусалиме и ордена св. Камилла в Риме, которая носила профессиональный характер, отметим, что одна из первых светских форм помощи раненым появилась во время Крымской войны (1854–1856), когда великая княгиня Елена Павловна и англичанка Флоренс Найтингейл собрали несколько сотен сестер милосердия для добровольного оказания помощи жертвам этого конфликта².

22. Книгу Дюнана читала вся Европа. Переведенная на несколько языков, она пробудила общественное сознание, произведя настоящий переворот в умах, сделав то же, что ранее совершила в отношении рабства «Хижина дяди Тома» Г. Бичер-Стоу. Главным результатом стало осознание несколькими видными представителями общественности Швейцарии необходимости изменить сложившуюся практику. Этим занялся Гюстав Муанье, юрист, член правительства и председатель «Женевского общества поощрения общественного блага». Благодаря своим организаторским способностям, он вдохнул жизнь в идеи Дюнана, в изложении которых практицизма было явно меньше, чем пылкости и романтизма. «Женевское общество», не мешкая, создало комиссию, состоявшую из Муанье, Дюнана и государственного деятеля, победителя в швейцарской гражданской войне, так называемой войне Зондербунда, генерала Дюфура, известного тем, что

¹ Дюнан, Анри. Воспоминание о битве при Сольферино. М., МККК, 2009. Издание 3-е, без изменений. С. 105.

² Об ограниченных возможностях санитарных служб в том конфликте см.: Мак-Кубри, Хилэр. До «права Женевы»: английский хирург — участник Крымской войны // МЖКК. 1995. № 2, январь–февраль. С. 90.

он приказал своим войскам проявлять уважение к некомбатантам и пленным, а также ухаживать за ранеными из неприятельской армии¹, докторов Монуара и Аппиа (на счету последнего к тому времени уже был опыт первого гражданско-го врача, по крайней мере первого известного в истории, предложившего свои услуги армии иностранного государства).

23. Эта комиссия собралась в феврале 1863 г. и сразу же объявила себя «Международным и постоянным комитетом по оказанию помощи раненым воинам». В августе комитет решил созвать в Женеве международную конференцию с участием представителей различных государств. Конференция увенчалась успехом: 62 делегата из 16 стран, в том числе военные врачи, приняли решения, заложившие фундамент движения Красного Креста:

- создание в каждой стране комитетов помощи раненым, признанных правительством данной страны (Бельгийский Красный Крест, основанный 4 февраля 1864 г., стал первым таким комитетом);
- признание центральной роли Женевы;
- принятие эмблемы красного креста²; выбор данной эмблемы был случайным: первоначально предполагалось остановиться на белой повязке, но, так как белый цвет являлся цветом парламентаров и капитуляции, один из делегатов конференции предложил добавить красный крест, дабы избежать путаницы; только в 1870 г. была предпринята попытка «обосновать» эту эмблему признанием заслуг Швейцарии в виде обратного расположения цветов ее флага³ (ср. Женевскую конвенцию 1864 г., ст. 7, и Женевскую конвенцию 1906 г., ст. 18, Конвенцию 1929 г., ст. 28 и Первую Женевскую конвенцию 1949 г., ст. 38). Хотя эмблема не несла в себе никакого религиозного содержания, Османская империя сочла во время русско-турецкой войны (1876–1878), что она (эмблема) «оскорбляет чувства мусульманского солдата»,⁴ и сообщила швейцарскому правительству, которое было депозитарием Конвенции 1864 г., что она и впредь будет уважать эмблему красного креста, но для защиты своих лазаретов примет эмблему красного полумесяца⁵. Эта эмблема, используемая сегодня примерно 25 странами, где преобладает мусульманское население, получила признание в ст. 38, ч. 2 Первой Женевской конвенции 1949 г.

¹ Война Зондербунда вспыхнула в ноябре 1847 г. между протестантскими кантонами плоскогорья и католическими альпийскими и предальпийскими кантонами, противившимися превращению Конфедерации в федеративное государство, в котором им пришлось бы поступиться частью своей независимости и своего влияния. Об этом и рекомендациях генерала Дюфура швейцарской армии см.: REVERDIN, O., «Le général Guillaume-Henri Dufour, précurseur d'Henri Dunant», *Mélanges Pictet, op. cit.*, pp. 951–958.

² Текст соответствующих резолюций см.: *Manuel de la Croix-Rouge internationale*, Genève, CICR, 12^e éd., 1983, pp. 564–565; эмблема красного креста предусматривается в ст. 8 резолюций.

³ PICTET, J., «La première Convention de Genève», *RICR*, 1989, pp. 291–292.

⁴ Цит. по: BUGNION, F., «Vers une solution globale de la question de l'emblème», *RICR*, 2000, p. 434.

⁵ SOMMARUGA, C., «Unité et pluralité des emblèmes», *RICR*, 1992, p. 348; *Бюльон, Франсуа*. Международный Комитет Красного Креста и защита жертв войны. М., МККК, 2005. С. 49.

24. В феврале 1864 г., во время войны, в ходе которой Дания противостояла Пруссии и Австрии, эмблема красного креста впервые появилась на полях сражений¹.

В августе 1864 г. в результате демаршей Женевского комитета Швейцарский Федеральный Совет направил приглашения 25 государствам, с тем чтобы они собрались вместе для закрепления в договорной форме резолюций, принятых год назад на конференции. Это и станет предметом Женевской конвенции от 22 августа 1864 г. об улучшении участи раненых и больных воинов в действующих армиях. Одним из наиболее важных добавлений к резолюциям Конференции 1863 г. стало признание обязанности подбирать раненых и оказывать им помощь, «к какой бы нации они ни принадлежали» (ст. 6). В период между 1864 и 1907 гг. эту конвенцию ратифицировали 57 государств — рекорд для той эпохи!

С этого момента современное право вооруженных конфликтов реально существует и, так сказать, поставлено на рельсы. Оно не является более продуктом исключительно обычаев общего характера и единичных двусторонних соглашений, заключенных воюющими сторонами практически в полевых условиях, но вытекает отныне из многосторонних конвенций, задуманных как применимые к любому конфликту.

С. Договорные источники

25. Так же, как и Женевская конвенция 1864 г., явившаяся косвенным следствием франко-австрийской войны 1859 г., различные конвенции, принятые впоследствии, были своего рода реакцией на ужасы того или иного конкретного конфликта: источником Брюссельской декларации оказалась франко-прусская война 1870 г., Женевский протокол 1925 г. и Женевские конвенции 1929 г. увидели свет в результате Первой мировой войны, Женевские конвенции 1949 г. стали ответом на Вторую мировую войну, а Дополнительные протоколы 1977 г. были вызваны к жизни национально-освободительными войнами и войной во Вьетнаме 1960–1970 гг.²

Более точный хронологический перечень основных документов, принятых после Женевской конвенции 1864 г., выглядит следующим образом:

- Санкт-Петербургская декларация от 29 ноября — 11 декабря 1868 г.: первый документ, регламентирующий методы и средства ведения военных действий. Она наложила запрет на:
 - нападения на некомбатантов;
 - применение оружия, которое «по нанесении противнику раны без пользы увеличивает страдания людей... или делает смерть их неизбежной»;
 - использование боеприпасов весом менее 400 граммов, которые имеют «свойство взрывчатости или снаряжены ударным или горючим составом»;

¹ Бюньон, Франсуа. Международный Комитет Красного Креста и защита жертв войны, *цит. соч.* С. 36.

² WILHELM, R.-J., *op. cit.*, in *Essays in Honour of F. Kalshoven, op. cit.*, pp. 40 ss.

- Декларация связывает 19 государств, но считается текстом, излагающим обычное право¹;
- Брюссельская декларация от 27 августа 1874 г. Под ней поставили подписи 15 государств, но она так и не была ратифицирована из-за невозможности достичь консенсуса в то время. Тем не менее большинство ее норм, относящихся к ведению военных действий и обращению с лицами, оказавшимися во власти неприятеля, вошло в Положение, прилагаемое ко II Гаагской конвенции 1899 г., пересмотренный текст этого документа включен в Положение, прилагаемое к IV Гаагской конвенции 1907 г.² (см. ниже);
- Гаагские конвенции и декларации от 29 июля 1899 г. Среди тех из них, которые не были пересмотрены в 1907 г., упомянем декларации, запрещающие, с одной стороны, применение удушливых газов, а с другой — использование пуль «дум-дум»³, то есть пуль, которые «легко разворачиваются или сплющиваются в человеческом теле»;
- Женевская конвенция от 6 июля 1906 г. об улучшении участи больных и раненых в действующих армиях (она будет заменена I Женевской конвенцией от 27 июля 1929 г.);
- 13 Гаагских конвенций от 18 октября 1907 г., в которых пересмотрены и дополнены новыми положениями Конвенции 1899 г. Они касаются:
 - мирного урегулирования международных конфликтов (I);
 - ограничения применения силы при взыскании долгов по договорам (II) (более не применяется);
 - открытия военных действий (III) (более не применяется);
 - законов и обычаев войны (IV) (далее — Гаагское положение 1907 г.);
 - прав и обязанностей нейтральных держав и лиц в случае сухопутной войны (V);
 - режима торговых судов в начале военных действий (VI);
 - превращения торговых судов в военные (VII);
 - установки автоматических контактных подводных мин (VIII);
 - артиллерийских обстрелов, производимых военно-морскими силами во время войны (IX);
 - применения к морской войне начал Женевской конвенции (X);
 - некоторых ограничений в пользовании правом захвата в морской войне (XI);
 - учреждения Международного призового суда (XII);
 - прав и обязанностей нейтральных держав в случае морской войны (XIII);
 - запрещения метания снарядов и взрывчатых веществ с воздушных шаров (XIV) (более не применяется).

¹ ROBERTS, A. and GUELFF, R., *Documents on the Laws of the War*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 30.

² SCHINDLER, D. et TOMAN, J., *Droit des conflits armés*, Genève, CICR et Institut Dunant, 1996, pp. 25 ss.

³ Дум-дум — название британского арсенала недалеко от Калькутты, где производились эти пули. ROBERTS and GUELFF, *op. cit.*, p. 39.

Среди этих документов наиболее важными остаются сегодня Конвенции I, IV и V; Конвенции IV и V, как правило, считаются кодифицирующими международный обычай¹, правда, нормы нейтралитета, как они сформулированы в V Конвенции, несомненно, не могли бы быть приняты в том же виде сегодня. К тому же обычный характер IV Конвенции был признан Международным военным трибуналом в Нюрнберге², Международным судом ООН³ и решениями арбитражных судов⁴.

Следует упомянуть и многие другие документы по МГП:

- Гаагские правила ведения воздушной войны (февраль 1923 г.): этот свод правил, по сей день остающийся единственным для войны в воздухе, так и не стал конвенцией. Тем не менее Правила эти создавались по заказу государств: действительно, именно Вашингтонская конференция по ограничению вооружений 1921–1922 гг. приняла решение поручить комиссии, состоящей из юристов США, Великобритании, Франции, Италии, Японии и Нидерландов, изучить вопрос и доложить о результатах соответствующим правительствам;
- Женевский протокол от 17 июня 1925 г. о запрещении применения на войне удушливых, ядовитых или других подобных газов и бактериологических средств. По состоянию на 31 августа 2007 г. он связывал 134 государства. Данный Протокол рассматривается как источник обычных норм⁵, однако многие государства (в том числе Бельгия) сформулировали оговорки, ставящие соблюдение Протокола в зависимость от его соблюдения неприятелем;
- обе Женевские конвенции от 27 июля 1929 г. о раненых и больных в действующих армиях (I) и о военнопленных (II). Эти две конвенции были заменены четырьмя Женевскими конвенциями от 12 августа 1949 г.;
- Лондонский протокол от 6 ноября 1936 г., запрещающий уничтожение любого торгового судна до обеспечения безопасности пассажиров и экипажа, а также сохранности бортовых документов. Он связывает 39 государств;
- четыре Женевские конвенции от 12 августа 1949 г.:
 - об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (I);
 - об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (II);

¹ ROBERTS and GUELF, *op. cit.*, pp. 44, 61.

² Jugement du 30 septembre — 1^{er} octobre 1946, *Procès des grands criminels de guerre devant le T.M.I.*, Doc. off., Nuremberg, 1947, vol. 1, p. 267; см. также: Trib. milit. internat. pour l'Extrême-Orient, Tokyo, 12 novembre 1948, in *Ann. Dig.*, 1948, vol. 15, pp. 365–366; CASTREN, *op. cit.*, p. 59; ROUSSEAU, Ch., *Le droit des conflits armés*, Paris, Pédone, 1983, p. 24 et les réf.; Germany Reichsgericht in criminal matters, 4 Apr. 1922, *Ann. Dig.*, 1, p. 433. Nur., U.S. Mil. Trib., 28 octobre 1948, *Von Leeb et al.*, (*German High Command Trial*), A. D., 1948, 384; Bologna, *Crt. of App.*, 4 May 1947, *Maltoni v. Camponini*, *ibid.*, 616; Nur., U.S. Mil. Trib., 30 June 1948, *Krupp et al.*, *ibid.*, 622.

³ Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, 8 июля 1996 г., док. ООН A/51/218 от 19 июля 1996 г., п. 75; Консультативное заключение Международного суда относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него, 9 июля 2004 г., п. 89; Постановление Международного суда «Боевые действия в ДРК», § 217.

⁴ Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Central Front Eritrea's Claims 2*, 4, 6–8 & 22, 28 Apr. 2004, § 22; *id.*, *Partial Award, Central Front Eritrea's Claims 2*, 28 Apr. 2004, § 16, www.pca-cpa.org/.

⁵ ROBERTS and GUELF, *op. cit.*, pp. 138–139.

- об обращении с военнопленными (III);
- о защите гражданского населения во время войны (IV).

Эти конвенции, именуемые далее «Женевские конвенции 1949 г.», на 31 августа 2007 г. связывали 194 государства;

- Гаагская конвенция от 14 мая 1954 г. о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта и оба Протокола к ней — соответственно от 14 мая 1954 г. и от 26 марта 1999 г. Конвенцию ратифицировали 118 государств, а Протокол 1954 г. — 96 государств (по состоянию на 31 августа 2007 г.); Протокол II (1999) (56 государств-участников на 14 сентября 2010 г.) вступает в силу при присоединении к нему 20 государств. Протокол 1954 г. запрещает вывоз культурных ценностей с оккупированных территорий и требует возвращения в страну происхождения ценностей, помещенных в другое государство; Протокол 1999 г. усиливает юридическую защиту культурных ценностей (далее эти Конвенция и Протоколы к ней именуются «Гаагская конвенция 1954 г.», «Гаагский протокол 1954 г.» и «Гаагский протокол 1999 г.»);
- Московская, Лондонская и Вашингтонская конвенция от 10 апреля 1972 г. о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении. Эта Конвенция, связывающая — по состоянию на 31 августа 2007 г. — 155 государств, стала первым настоящим документом по разоружению. Она не запрещает явным образом применение бактериологического или токсинного оружия, но этот запрет вытекает из запрещения обладания им;
- оба Дополнительных протокола от 8 июня 1977 г. к Женевским конвенциям 1949 г. о защите жертв международных вооруженных конфликтов (I) (далее — «Дополнительный протокол I») и немеждународных вооруженных конфликтов (II) (далее — «Дополнительный протокол II»). Эти два Протокола, ратифицированные соответственно 167 и 163 государствами (на 31 августа 2007 г.), были приняты в результате Дипломатической конференции по вопросу о подтверждении и развитии международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, четыре заседания которой состоялись в Женеве в 1974–1977 гг. Как вытекает из самого ее названия, эта Конференция, с одной стороны, кодифицировала (в порядке «подтверждения») обычные нормы, с другой — ввела (в порядке «развития») новые нормы, относящиеся к праву вооруженных конфликтов. Среди первых присутствуют, в частности, нормы, относящиеся к методам ведения боевых действий и защите гражданского населения непосредственно от военных действий; среди вторых — такие нормы, как интернационализация национально-освободительных войн, распространение статуса военнопленного в некоторых условиях на новые категории комбатантов¹, определение действий, которые отныне относятся к нарушениям права вооруженных конфликтов, и т. д.;

¹ Ср.: GASSER, H.-P., «Negotiating the 1977 Protocols: Was it a Waste of Time?», *Essays in Honour of F. Kalshoven*, *op. cit.*, pp. 85 ss.; GREENWOOD, C., «Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols», *ibid.*, pp. 104 ss.; ABI-SAAB, G., «The 1977 Additional Protocols and General international Law: Some Preliminary Reflections», *ibid.*, pp. 119 ss.

- что касается Дополнительного протокола II, то он стал первым договорным инструментом, полностью посвященным вооруженным конфликтам немеждународного характера. При этом принятый текст оказался значительно слабее первоначального проекта, подготовленного МККК в 1973 г. для Дипломатической конференции. От 39 статей исходного проекта после прохождения через горнило Конференции осталось только 18 (не считая заключительных положений);
- изъятие из первоначального проекта более половины содержащихся в нем положений произошло в результате жесткого неприятия государствами третьего мира текста, который воспринимался ими как слишком выгодный для всякого рода повстанцев и ставящий под вопрос суверенитет государства. Именно по этой причине все статьи и части статей, которые могли быть истолкованы (неправильно!) как признание в той или иной форме повстанческих движений, были опущены или предельно упрощены. Так, систематической цензуре подвергся термин «стороны в конфликте»¹;
- группа представителей стран третьего мира энергичнее всех отстаивала гуманитарные ценности, когда речь шла о Дополнительном протоколе I, но заняла обструкционистскую и реакционную позицию в отношении Дополнительного протокола II (ср. ниже, п. 3.8). Ирония судьбы: это изъятие из текста документа всего, что могло быть сочтено подрывом государственного суверенитета, не помешало одному из самых горячих его поборников — главе пакистанской делегации — несколько лет спустя погибнуть в результате покушения, организованного политической оппозицией;
- Конвенция Организации Объединенных Наций от 10 октября 1980 г. о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (далее — «Конвенция ООН 1980 г.»). По состоянию на 31 августа 2007 г. ее участниками были 103 государства.

В Конвенцию входят:

- основной документ, включающий заключительные статьи и различные положения, касающиеся сферы применения Конвенции, ее связи с другими международными соглашениями, порядка ее пересмотра и тех, к кому она обращена;
- пять Протоколов, касающихся тех видов оружия, применение которых она ограничивает, запрещает или регламентирует. Речь идет об оружии, основное действие которого заключается в нанесении повреждений осколками, которые не обнаруживаются в человеческом теле с помощью рентгеновских лучей (Протокол I), о минах и минах-ловушках (Протокол II, который был пересмотрен и изменен 3 мая 1996 г.), о зажигательном оружии (Протокол III), о лазерном ослепляющем оружии (Протокол IV) и о взрывоопасных пережитках войны (Протокол V). По состоянию на 30 ноября 2007 г. Протокол I ратифицировало 101 государство, Протокол II с поправ-

¹ *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, éd. et coord. par Y. Sandoz, Chr. Swinarski et Br. Zimmerman, Genève, CICR — Nijhoff, pp. 1358–1359.

ками — 88 государств, Протокол III — 96 государств, Протокол IV — 87 государств и Протокол V — 35 государств.

Такая структура Конвенции была принята для того, чтобы облегчить добавление новых протоколов, ограничивающих или запрещающих применение других систем вооружений¹. Так, 13 октября 1995 г. Конвенция была дополнена Протоколом IV о лазерном ослепляющем оружии, а 28 ноября 2003 г. — Протоколом V о взрывоопасных пережитках войны.

На Второй конференции по рассмотрению действия Конвенции 21 декабря 2001 г. государства-участники внесли в нее изменения с тем, чтобы она могла применяться к вооруженным конфликтам немеждународного характера, о которых говорится в ст. 3, общей для всех четырех Женевских конвенций². По состоянию на 31 августа 2007 г. Конвенцию с соответствующими поправками ратифицировали 56 государств.

- Конвенция Осло-Оттава от 18 сентября 1997 г. о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении. По состоянию на 31 августа 2007 г. к ней присоединились 155 государств;
- принятый в Нью-Йорке 25 мая 2000 г. Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах (119 государств-участников на 31 августа 2007 г.);
- Третий Дополнительный протокол от 8 декабря 2005 г. (далее именуемый «Дополнительный протокол III») к Женевским конвенциям 1949 г. о принятии дополнительной отличительной эмблемы, которую иногда называют «красным кристаллом» (24 государства-участника на 30 ноября 2007 г.);
- Конвенция по кассетным боеприпасам от 30 мая 2008 г. (40 государств-участников на 14 сентября 2010 г.).

Данный список не является полным. Мы не включили в него некоторые менее употребительные тексты, носящие скорее региональный характер, а также тексты, впоследствии замененные другими документами. Мы воздержались и от включения в список текстов, сформулированных в резолюциях Лиги Наций, ООН или Международных конференций Красного Креста, и документов, одновременно касающихся права вооруженных конфликтов, с одной стороны, и с другой — прав личности или международного уголовного права (например, Уставов Нюрнбергского и Токийского международных военных трибуналов, принятых соответственно в 1945 и 1946 гг., Уставов Международных трибуналов по бывшей Югославии и по Руанде (соответственно 1993 г. и 1994 г.), Статута Международного уголовного суда, принятого в 1998 г., — 105 государств-участников на 31 октября 2007 г.). Различные соглашения, не упомянутые в вышеприведенном списке, тем не менее являются в том или ином качестве частью права вооруженных конфликтов, и мы будем на них ссылаться на всем протяжении данной книги.

¹ «Rapport du CICR pour la Conférence d'examen de la Convention de 1980 des Nations Unies», *RICR*, 1994, pp. 137–138.

² MARESCA, C., «Second Review Conference of the Convention on Certain Conventional Weapons», *RICR*, 2002, pp. 255–262.

Бельгия, в частности, является участником следующих международно-правовых актов:

- Парижская декларация 1856 г. (МВ, 8 июня 1856 г.);
- Санкт-Петербургская декларация 1868 г. (МВ, 23 января 1869 г.);
- Гаагские конвенции 1899 г. (МВ, 13 сентября 1900 г.);
- Женевская конвенция от 6 июля 1906 г. (МВ, 19 сентября 1907 г.);
- Гаагские конвенции 1907 г. (МВ, 6 ноября и 16 декабря 1910 г.);
- Женевский протокол от 17 июня 1925 г. (МВ, 17 марта 1929 г.);
- Женевские конвенции 1929 г. (МВ, 15 октября 1932 г.);
- Лондонский протокол от 6 ноября 1936 г. (МВ, 20 марта 1937 г.);
- Женевские конвенции 1949 г. (МВ, 26 сентября 1952 г.);
- Гаагские конвенции и Протокол 1954 г. (МВ, 16–17 ноября 1960 г.);
- Лондонская, Московская и Вашингтонская конвенция от 10 апреля 1972 г. (МВ, 6 июля 1979 г.);
- Женевская конвенция от 18 мая 1977 г. (МВ, 20 октября 1982 г.);
- Дополнительные протоколы от 8 июня 1977 г. (МВ, 7 и 22 ноября 1986 г.);
- Конвенция ООН 1980 г., Протоколы I и II к ней (в редакции 1980 г.), Протокол III (МВ, 26 февраля 1998 г.), Протокол II (в редакции 1996 г.) (МВ, 11 декабря 1999 г.), Протокол IV (МВ, 21 октября 1999 г.) и поправка к статье 1-й Конвенции, внесенная 21 декабря 2001 г. (МВ, 18 марта 2004 г.);
- Конвенция Осло–Оттава от 18 сентября 1997 г. (МВ, 18 декабря 1998 г.);
- Статут Международного уголовного суда от 17 июля 1998 г. (МВ, 1 декабря 2000 г.);
- Факультативный протокол от 25 мая 2000 г. к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах (МВ, 17 сентября 2002 г.);
- Протокол от 26 марта 1999 г. к Гаагской конвенции 1954 г.

Д. Обычные источники

26. Таким образом, состоялся переход от права по большей части обычного к праву, в основном кодифицированному многосторонними договорами. Однако это не значит, что классические обычные нормы отныне не более чем призрачные правила, единственным прибежищем которых остались труды XIX в.

В действительности обычай продолжает жить рядом с писаными правилами, но он трансформируется и даже развивается.

27. Обычай остается в той мере, в какой писаное право не может предусмотреть всего и, в случае какого-либо пробела в нем, само ссылается на обычай. Таков смысл оговорки Мартенса, которая присутствует в многочисленных конвенциях, касающихся права вооруженных конфликтов (см. ниже, п. 3.1).

Кроме того, поскольку государства не связаны всеми договорными документами, применимыми в случае вооруженных конфликтов (см. ниже, п. 1.185 и сл.), или могут денонсировать некоторые из них (см. ниже, п. 3.22), обычай продолжает применяться к вооруженным конфликтам, которые по той или иной причине не регулируются конкретной конвенцией.

Так, Комиссия по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии, констатируя, что во время конфликта, имевшего место между этими двумя государствами в 1998–2000 гг., Эритрея не являлась участником Женевских конвенций 1949 г., сочла, что она тем не менее была связана положениями конвенций, отражающими обычай:

«Правом, применимым к настоящей жалобе, является обычное международное право, в том числе обычное международное гуманитарное право, как оно выражено в соответствующих частях четырех Женевских конвенций 1949 г.»¹.

Комиссия также отнесла к обычному международному праву ст. 75 ДП I². Как считает Верховный Суд Израиля, несмотря на то что Израиль и не является участником ДП I, он связан обязательствами, вытекающими из обычных норм, содержащихся в этом договоре³.

Кроме этого, поскольку договорное МГП не связывает или связывает в крайне незначительной степени международные организации и негосударственные образования, обычай компенсирует отсутствие норм, формально применимых к тем и другим.

28. Таким образом, идет ли речь о восполнении пробелов в договорном праве или о том, чтобы компенсировать неприменение некоторых договоров, обычай играет роль одновременно дополнения к договорным нормам и их субститута. В деле о проливе Корфу Суд констатировал, что обязанность государства, граничащего с проливом, предупреждать суда о минировании последнего основывается не на Гаагской конвенции VIII, применимой исключительно во время войны,

«а на некоторых общих и широко признанных принципах, таких как элементарные соображения гуманности, носящих еще более абсолютный характер в мирное время, чем в военное, принцип свободы сообщений и обязанность, действительная для каждого государства, не позволять использовать свою территорию в целях совершения действий, нарушающих права других государств»⁴.

Рассматривая дело о действиях военного и полувоенного характера в Никарагуа и против нее (1986), когда возникли некоторые проблемы права вооруженных

¹ Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Ethiopia's claim 4*, § 32; *Eritrea's claim 17*, § 41, 1 July 2003, www.pca-cpa.org/

² *Id.*, Partial Award, Civilian Claims, Eritrea's Claims, 15, 16, 23 & 27–32, Dec. 17, 2004, § 30.

³ Cp. Israel Supr. Crt., *Beit Sourik Village Council*, 30 June 2004, HCJ 2056/04, §§ 23–24.

⁴ CIJ, *Rec.* 1949, p. 22; см. также: OBRADOVIC, K., «Les règles du droit international humanitaire relatives à la conduite des hostilités en période de conflits armés non internationaux», *Ybk of the International Inst. of Humanitarian Law* (San Remo), 1989, Milano, Giuffrè, 1992, p. 96.

конфликтов, Международный суд не мог применить никакой многосторонний договор из-за оговорки США относительно компетенции Суда¹, но без колебаний применил к данному конкретному случаю обычные нормы, нашедшие, кстати, свое выражение в отдельных конвенциях. Так, Суд сослался на отдельные положения VIII Гагской конвенции 1907 г. и ст. 3, общую для всех четырех Женевских конвенций 1949 г., как на «конкретное выражение» «общих принципов гуманитарного права»².

Естественно, не следует путать эти «общие принципы» с «общими правовыми принципами, признанными цивилизованными нациями», о которых идет речь в ст. 38, п. 1 с, Устава Международного суда³, однако не следует и предполагать, что эти «принципы» являются новым источником права; это все те же обычные нормы, квалифицированные как «принципы», главным образом для того, чтобы подчеркнуть их фундаментальную значимость⁴.

29. Обычай продолжает существовать, но не остается неизменным. Как всякая правовая норма, он трансформируется и развивается, в частности посредством... договорного права. Обычай действительно является источником договоров, которые его кодифицируют, однако договоры, в свою очередь, могут стать источником обычая, видоизменяя, уточняя и развивая содержание какой-либо обычной нормы. Этот непрерывный цикл взаимодействия «обычай — договор — обычай» может быть проиллюстрирован на примере Гагского положения 1907 г., изначально имевшего целью «определить и установить обычай сухопутной войны», в частности «в целях более точного их определения»⁵, но впоследствии, как мы могли это констатировать (см. выше, п. 25), квалифицированного Нюрнбергским трибуналом как «кодифицированное выражение законов и обычаев войны»⁶.

То же можно сказать и по поводу Устава Международного военного трибунала в Нюрнберге, который характеризуется следующим образом:

«Устав не является произвольным осуществлением власти со стороны победивших народов, но с точки зрения Трибунала [...] он является выражением международного права, которое уже

¹ CIJ, *Rec.* 1986, pp. 92 ss., §§ 172 ss.

² *Ibid.*, p. 114 § 220; см. также: p. 112, § 215 et p. 113, § 218; в том же смысле: TPIY, Chbre; II, aff. IT-95-16-T, *Kupreskic*, 14 janv. 2000, § 534.

³ VERDROSS, A., «Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public», *Mélanges Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 523 ss.

⁴ Ср.: OBRADOVIC, *loc. cit.*, p. 97; для ознакомления с другими примерами ссылок Суда на принципы международного права см.: *Intérêts allemands en Haute Silésie*, *id.*, 25 mai 1926, *Série A n° 7*, p. 42; *Usine de Chorow*, *id.*, 26 juillet 1927, *Série A n° 9*, pp. 21, 27–29; *Lotus*, C.P.J.I., 7 sept. 1927, *Série A n° 10*, pp. 16–17; *Socobel*, *id.*, 15 juin 1939, *Série A/B, n° 78*, p. 199.

⁵ IV Гагская конвенция, преамбула, абзацы 3 и 4. См. также: *Международное право. Ведение военных действий: Сборник Гагских конвенций и иных международных документов*. М., МККК, 2004. С. 18.

⁶ *Jugement du 30 sept. — 1^{er} oct. 1946*, *loc. cit.*, p. 267; в том же смысле: Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, п. 75; Консультативное заключение Международного суда относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг него, п. 89.

существовало ко времени его создания, и в этом смысле сам является вкладом в международное право»¹.

Таким же образом по поводу геноцида Международный суд заметил:

«Принципы, лежащие в основе Конвенции [о предупреждении преступления геноцида и наказании за него], являются принципами, признанными цивилизованными нациями как связывающие государства даже вне любого договора»² (курсив автора).

Эти принципы были некоторым образом кодифицированы, а следовательно, и уточнены Конвенцией от 9 декабря 1948 г., а последняя «рассматривается сегодня как составная часть обычного международного права...»³.

30. На практике часто бывает так, что обычное международное право и, среди прочего, обычное право вооруженных конфликтов действует через авторитарные утверждения судебной практики, и никто не берет на себя труд как-то это обосновать. Так, утверждая, что «обычное международное право» не предусматривает исключений из иммунитета действующих министров иностранных дел, даже когда они обвиняются в преступлениях, предусмотренных МГП, Международный суд счел достаточным заявить, что он «изучил практику государств, в том числе национальные законодательства и несколько решений, вынесенных высшими судебными инстанциями государств», и что ему «не удалось сделать на основании этой практики заключение о существовании» исключения, на которое ссылается Бельгия⁴. Столь же «экономично» действует Апелляционная камера Трибунала по бывшей Югославии, заявляя без какой-либо аргументации, что

«принципы, запрещающие нападения на гражданских лиц и незаконные нападения на гражданские объекты, которые установлены в ст. 51 и 52 Дополнительного протокола I и ст. 13 Дополнительного протокола II, являются принципами обычного международного права. Согласно обычному международному праву нарушение этих принципов влечет за собой индивидуальную уголовную ответственность»⁵.

Решение, вынесенное в первой инстанции, было лишь ненамного более аргументированным⁶, а сама аргументация страдала неточностью⁷.

Напротив, Комиссия по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии проявила большую основательность, показывая, что Женевские конвенции 1949 г. могут применяться в качестве обычая (Эритрея не была участником ЖК 1949 г.

¹ *Loc. cit.*, p. 230; эта цитата приводится в *Can. Fed. Ct. of App.*, 1 May 1992, *Rudolph*, *ILR*, 104, p. 201.

² *CJ, Rec.* 1951, p. 23; *id.*, *Rec.* 1996, p. 616, § 31; ТПИУ, *Chbre.* I, aff. IT-95-10-T, *Jelusic*, 14 déc. 1999, § 60.

³ *Rapport du Secrétaire général établi conformément au § 2 de la rés. 808 (1993) du C.S.* (commentaire du statut du tribunal international chargé de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie), doc. ONU S/25704, 3 mai 1993, p. 13 § 45.

⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *CJ, Rec.* 2002, § 58.

⁵ Aff. IT-01-42-AR72, *Strugar et al.*, 22 Nov. 2002, § 10.

⁶ Aff. IT-01-42-PT, 7 June 2002, § 17.

⁷ Например, когда Апелляционная камера утверждает, что Международный суд ООН ссылаясь на резолюцию 2444 (XXIII) Генеральной Ассамблеи ООН, *ibid.*

в момент конфликта) в силу их практически универсального принятия того факта, что они кодифицируют существующие нормы, и признания их обычного характера самими высокими инстанциями¹. Похоже, что она исходит из посылки, что Женевские конвенции в целом относятся к обычному праву, поскольку она вменяет в обязанность любой стороне, оспаривающей обычный характер того или иного положения, доказать свою правоту².

31. Взаимоотношения «обычай — договор — обычай» вызывают своего рода взаимный резонанс. В настоящее время некоторые резолюции основных органов ООН или Международных конференций Красного Креста способствуют выявлению, развитию и закреплению обычая. Это относится, например, к резолюциям 2444 (XXIII) и 2675 (XXV) Генеральной Ассамблеи ООН о защите гражданского населения в случае вооруженного конфликта³ (см. ниже, п. 2.8).

В своем докладе о создании Международного трибунала для суда «над лицами, предположительно виновными в серьезных нарушениях международного гуманитарного права, совершенных на территории бывшей Югославии» с 1991 г., Генеральный секретарь ООН назвал несколько конвенций, которые, по его мнению, являются частью обычного международного права, а именно Гагское положение 1907 г., Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге 1945 г., Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 г. и Женевские конвенции 1949 г.⁴ Эта констатация Генеральным секретарем обычного характера различных соглашений может рассматриваться как имеющая юридическое значение для всех государств, поскольку Совет Безопасности полностью одобрил доклад Генерального секретаря⁵.

Международный суд высказал такую же точку зрения в Консультативном заключении о законности угрозы ядерным оружием или его применения (1996) (ГА ООН): он констатирует, что к Гагскому положению и Женевским конвенциям 1949 г. «присоединилось большое количество государств», и подчеркивает:

«Впрочем, эти основополагающие нормы должны выполняться всеми государствами, независимо от того, ратифицированы ли ими или нет международные соглашения, в которых данные нормы содержатся, потому что они выражают нерушимые принципы обычного международного права»⁶.

В отношении норм, содержащихся в Дополнительном протоколе I, Суд уточняет:

¹ *Ethiopia's claim 4*, §§ 30–32; *Eritrea's claim*, §§ 39–41, *loc. cit.*

² *Id.*, § 32; *id.*, § 41, *loc. cit.*

³ Ср.: *Rapport intérimaire de la Commission d'experts constitué conformément à la rés. 780 (1992) du C. S.*, 26 janv. 1993, Doc. ONU S/25274, p. 13 § 40; ТПИУ, App., aff. n° IT-94-1-AR 72, 2 octobre 1995, *Tadic*, §§ 110–112; *id.*, aff. n° IT-95-11-R61, 8 mars 1996, *Martic*, § 12.

⁴ *Rapport du S. G. établi conformément au § 2 de la rés. 808 (1993) du C. S.*, Doc. ONU S/25704, 3 mai 1993, p. 11 § 35 (Доклад Генерального секретаря ООН, представленный во исполнение п. 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности).

⁵ Рез. СБ ООН 827, 25 мая 1993 г., п. 2.

⁶ Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, п. 79.

«Все государства связаны обязательствами, вытекающими из норм, содержащихся в Дополнительном протоколе I, которые в момент их принятия были всего лишь выражением ранее существовавшего обычного международного права»¹.

Международные уголовные трибуналы также считают, что «Женевские конвенции являются частью обычного международного права»², в особенности ст. 3, общая для этих конвенций³.

Обращаясь в 1994 г. к сторонам в ангольском конфликте, МККК призвал их соблюдать ст. 3, общую для всех четырех Женевских конвенций, равно как и «обычные нормы, относящиеся к конфликтам немеждународного характера»⁴. Далее МККК перечислил ряд положений, выходящих за рамки предписаний ст. 3, образцом для которых в большой мере послужили нормы Дополнительного протокола II.

Материальное право Статута МУС тоже, по-видимому, отражает *opinio juris* государств, о чем свидетельствует большое число стран, проголосовавших за Римский статут⁵.

Комиссия по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии считает, что договорные нормы, касающиеся противопехотных мин, были приняты слишком недавно, а практика государств — слишком разнообразна для того, чтобы квалифицировать соответствующие нормы как обычные. Но в то же время она пришла к выводу, что обязанность регистрации и запрещение неизбирательного применения мин, зафиксированные в Протоколе II к Конвенции ООН 1980 г., являются обычными нормами⁶.

Произведя детальную компиляцию положений, содержащихся в ст. 3, общей, Женевских конвенций 1949 г., в Дополнительном протоколе II 1977 г., Уставах Международных трибуналов, Статуте Международного уголовного суда и ряде других источников, Международная следственная комиссия по Дарфуру вывела два десятка обычных норм, регулирующих ведение боевых действий и положение лиц, оказавшихся во власти неприятеля в случае вооруженного конфликта немеждународного характера⁷. По ее мнению, нарушение этих норм влечет за собой индивидуальную уголовную ответственность по международному праву⁸.

¹ Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, п. 84.

² ТПИУ, Chambre II, aff. IT-94-I-T, 7 mai 1997, *Tadic*, p. 210, § 577; *id.*, aff. IT-95-9-PT, *Simic et al.*, 27 juillet 1999, § 48; *id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, § 113.

³ ТПИР, aff. ICTR-96-4-T, *Akayesu*, 2 sept. 1998, § 608; ТПИУ, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, § 301; *id.*, aff. IT-95-10-T, *Jelisić*, 14 déc. 1999, § 34; *id.*, aff. IT-95-16-T, *Kupreskic*, 14 janv. 2000, § 534; *id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 166.

⁴ МЖКК, 1997, сентябрь–октябрь, № 18. С. 586.

⁵ ТПИУ, aff. IT-94-1-A, *Tadic*, 15 juillet 1999, § 281; *id.*, aff. IT-95-17/1-T, *Furundzija*, 10 déc. 1998, § 227; *Rapport de la comm. Internat. d'enquête sur le Darfour*, doc. ONU S/2005/60, 1^{er} févr. 2005, § 162.

⁶ Partial Award, Central Front, *Eritrea's Claims 2, 4, 6-8 & 22*, 28 Apr. 2004, § 24; *id.*, Central Front, *Ethiopia's Claim 2*, 28 Apr. 2004, § 18, *ILM*, 2004, pp. 1255 et 1280.

⁷ *Rapport...*, *op.cit.*, doc. ONU S/2005/60, 1^{er} févr. 2005, § 166.

⁸ *Ibid.*, § 167.

Квалифицируя Женевские конвенции и Дополнительные протоколы к ним как «фундамент правовой основы для защиты гражданских лиц в вооруженных конфликтах», Совет Безопасности ООН приравнивает их к договорам, содержащим нормы обычного МПП¹.

32. XXVI Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца обратилась к МККК с просьбой подготовить доклад об обычных нормах международного гуманитарного права.

Это исследование, результаты которого были представлены в 1999 г. на XXVII Международной конференции Красного Креста, было опубликовано в 2005 г. на английском языке² и в 2007 г. на французском языке.

Исследование, беспрецедентное по объему подготовки, было проведено юристами МККК (а не самим МККК) с помощью приглашенных экспертов. Оно носит чисто теоретический характер, но уже признано полезным, поскольку на него ссылаются международные³ и национальные⁴ судебные органы. Оно позволяет уточнить содержание *opinio juris* государств относительно обычного МПП, хотя содержащиеся в нем нормы (в количестве 161), конечно, не претендуют на то, чтобы представлять всю совокупность обычных норм МПП.

Одно из достоинств исследования состоит в том, что оно актуализирует все более многочисленные нормы МПП, которые в настоящее время применяются во внутренних вооруженных конфликтах. В настоящей книге мы будем регулярно ссылаться на данное исследование (именуемое в дальнейшем «Обычное МПП»). При этом следует помнить о том, что сам по себе факт отсутствия ссылки на ту или иную норму, зафиксированную в исследовании, не обязательно означает, что эта норма не является обычной или что она не применяется во внутренних вооруженных конфликтах: повторим еще раз, что данная кодификация не претендует на исчерпывающий характер.

33. Однако исследование стало объектом критики в методологическом плане. Так, в письме от 3 ноября 2006 г., адресованном МККК, США высказали мнение, что авторы исследования несколько поторопились объявить обычными некоторые положения, поскольку:

- практика недостаточно обширна;
- преувеличенное значение придается военным наставлениям, необязательным к исполнению резолюциям ГА ООН, заявлениям НПО, в том числе МККК;

¹ Рез. СБ ООН 1894, 11 ноября 2009 г., преамбула, п. 4.

² Хенкертс, Ж.-М., Досвальд-Бек, Л. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. Т. I. М., МККК, 2006.

³ О понятии «депортация» см. ссылки МТБЮ на обычное МПП в деле Стакича: aff. IT-97-24-A, 22 mars 2006, §§ 296–297.

⁴ US Supr. Ct., June 29, 2006, *per* Justice Stevens, *ILM*, 2006, pp. 1135 et 1154; см. также решения, приведенные в работе: Хенкертс, Жан-Мари. «Обычное международное гуманитарное право»: ответ на комментарии США. Выдержка из МЖКК. № 866, июнь 2007.

- в недостаточной степени в исследовании учитывается оперативная практика государств, в особенности тех из них, которые больше всего затронуты вооруженными конфликтами;
- в исследовании имеет место смешение практики и *opinio juris*;
- некоторые нормы сформулированы слишком упрощенно;
- распространение действия норм на вооруженные конфликты немеждународного характера недостаточно обосновано практикой и *opinio juris*.

В качестве примера США излагают свои критические замечания к четырем нормам, нашедшим отражение в исследовании, обычный характер которых США оспаривают: обязанность уважать и защищать персонал по оказанию помощи (норма 31), запрещение применять средства ведения военных действий, могущие причинить обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде (норма 45), применение разрывных пуль (норма 78) и право государств осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении военных преступлений (норма 157).

Эта критика неубедительна, и не следует тратить время на подробный анализ ее несостоятельности. Мы ограничимся здесь лишь констатацией того, что сама ее методологическая основа вызывает некоторое недоумение.

Так, упрек в том, что исследование недостаточно учитывает оперативную практику государств, может привести к мысли, что худшие зверства, совершенные в ходе вооруженного конфликта, следует рассматривать как основу обычая!

Говорить, что военные наставления не выступают ни как практика, ни как *opinio juris* государств, значит игнорировать один из главных источников предмета.

Что до утверждения, согласно которому резолюции ГА ООН не имеют никакого веса, потому что они не обязательны к исполнению, оно представляется небезукоризненным с логической точки зрения построением, которое необходимо проверять в каждом конкретном случае и оценивать исходя из содержания и формы текста. Кроме этого, даже не имея согласно Уставу обязывающего характера, резолюция пленарного органа международной организации часто является самым наилучшим выражением *opinio juris* (см. примеры ниже).

Далее. Критики исследования, указывающие на упрощенность отдельных формулировок, которые не передают всю сложность реальности, игнорируют тот факт, что исследование не претендует на исчерпывающий характер, и не учитывают трудностей, связанных с подробным разбором каждой конвенционной нормы.

Наконец, в связи с утверждением, что практика недостаточна, возникает неразрешимая проблема порога: с какого момента можно считать, что практика достигла необходимого объема? Сколько государств должны следовать в своих действиях определенной линии поведения, чтобы можно было заключить, что последняя является выражением обычая? Право не дает ответа на эти вопросы. То, что покажется недостаточным одним, вполне удовлетворит других — тут все зависит от субъективного индивидуального восприятия. Очень часто утвержде-

ние обычного характера той или иной нормы основывается на как бы разлитом в воздухе ощущении, имеющем источником практику государств, которое проникает в доктрину, не встречая реального сопротивления. И именно на основе этих нескольких фактов юриспруденция затем утверждает, никогда не беря на себя труд, как это сделали авторы исследования, подробнейшим образом проанализировать практику, что та или иная норма носит обычный характер. Такой подход трудно назвать научным, но он существует и часто встречается. И не сосчитать случаи, когда юриспруденция с разной степенью категоричности утверждала, что определенная норма является обычной, не заботясь особенно о том, чтобы продемонстрировать ее соответствие обширной практике. Но можно ли на этом основании оспаривать классификацию в качестве обычных норм выводов Нюрнбергского трибунала, запрещения геноцида, Женевских конвенций 1949 г. (см. выше, пп. 29–30), определения агрессии¹ или принципа невмешательства?²

34. Правда, есть в методологии исследования и момент, который кажется спорным: авторы не консультировались с государствами по мере продвижения своей работы, как это обычно делает Комиссия международного права, когда она производит какую-либо кодификацию. Если бы государства были в большей мере подключены к исследованию, им было бы труднее ставить под вопрос его результаты.

Во всем остальном государство, желающее оспорить обычный характер той или иной нормы, включенной в исследование, имеет все возможности для этого — только ему нужно доказать, что оно неизменно возражало против ее квалификации в качестве обычной. Если понятие настойчиво возражающего государства признается международным правом, оно применимо и к МГП, которое является отраслью международного права (см. выше, п. 2).

С учетом этого момента мы будем регулярно ссылаться в настоящем издании на исследование об обычном международном гуманитарном праве.

35. Из вышесказанного следует, что государство, которое не связано или перестало быть связанным той или иной договорной нормой, применимой к тому или иному конкретному случаю, все равно не оказывается в правовом вакууме. Право, как и природа, не терпит пустоты: вместо договорной нормы государство воспользуется обычными нормами права вооруженных конфликтов, причем такими, какими они стали в результате эволюционного развития, а не такими, какими они были, скажем, век назад! Эти нормы продолжают регулировать поведение данного государства (ср. ниже, п. 3.24).

Так же обстоит дело для субъектов международного права, которые не связаны непосредственным образом той или иной договорной нормой, применимой к определенному конкретному случаю, в том числе для подгосударствен-

¹ Решение Международного суда ООН по делу о действиях военного и полувоенного характера в Никарагуа и против нее. CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Recueil* 1986, p. 103, § 195.

² *Ibid.*, p. 106, § 203.

ных и парагосударственных образований¹ или международных организаций (см. ниже, п. 1.191 и сл.). Так, МТБЮ, являющийся вспомогательным органом Совета Безопасности, признал себя связанным обязательствами, вытекающими из норм обычного международного гуманитарного права².

Частные лица тоже связаны международным обычаем, о чем свидетельствуют многочисленные дела, в которых обвиняемые в военных преступлениях привлекались к ответственности за нарушение обычных норм. Достаточно вспомнить Нюрнбергский процесс (см. выше, п. 29): обвиняемые предстали перед судом и были наказаны за нарушения Гаагского положения 1907 г., которые были квалифицированы как «военные преступления», хотя в нем не содержится ничего похожего на состав преступления³. Судебная практика также многократно подтверждала возможность привлечения лиц к уголовной ответственности за нарушения обычного международного права⁴. Учреждение международных уголовных трибуналов и привлечение обвиняемых к ответственности на основании устава, который еще не был принят в момент совершения инкриминируемых им деяний, свидетельствуют о том же. В докладе Генерального секретаря ООН о Международном трибунале по бывшей Югославии, в частности, говорится:

«По мнению Генерального секретаря, для применения принципа *nullum crimen sine lege* требуется, чтобы Трибунал применял нормы гуманитарного права, которые, *без всякого сомнения*, относятся к обычному праву»⁵ (курсив автора).

То же можно сказать и по поводу преступлений против человечности.

36. Довольно любопытно, что, хотя этим принципам уже более полувека, и сегодня еще существует тенденция отвергать любую возможность криминализации преступлений на основе международного обычая, поскольку в этом случае уголовно-правовая норма окажется непредсказуемой, отражая только «мнение «теоретиков», «не сможет гарантировать строгости, необходимой в уголовном праве» и в любом случае будет представлять собой лишь «моду или тенденцию»⁶. Вряд ли стоит вступать в полемику по этому вопросу. Достаточно констатировать, что, за вычетом нескольких исключений⁷, практика не идет по этому пути, когда имеются в виду преступления, уже предусмотренные внутренним законодательством всех стран мира, законами, на которые международный обычай лишь накладывает. Один из военных трибуналов союзников после Второй мировой войны

¹ Так, для Палестинской администрации (для тех, кто не считает, что она представляет государство) см.: *Rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/10 de l'Assemblée générale*, 1^{er} août 2002, § 13.

² Aff. IT-95-9-PT, *Simic et al.*, 27 juillet 1999, § 42.

³ *Procès, doc. off.*, vol. 1, pp. 232–233; см. также: p. 266.

⁴ US Mil. Crt., *List*, 10 Febr. 1948, A. D., 1948, 634–635; в том же смысле: Neth., Spec. Crt. of Cass., 12 Jan. 1949, A. D., 1949, 542.

⁵ Rapport du S. G. établi conformément au § 2 de la rés. 808 (1993) du Conseil de sécurité, Doc. ONU S/25704, 3 mai 1993, p. 10 § 33.

⁶ HENZELIN, M., «Droit international pénal et droit pénaux étatiques. Le choc des cultures», in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, publ. par M. Henzelin et R. Roth, Paris-Genève-Bruxelles, LGDJ-Georg-Bruylant, 2002, pp. 91 ss.

⁷ В частности, приговор, вынесенный 20 марта 2001 г. Кассационным судом Сенегала по делу Хиссена Хабре (*H. Habré*) (www.hrw.org/french/themes/habre-cour_de_cass.html) цит. там же.

в ответ на аналогичную критику по поводу криминализации преступлений против человечности, в частности, заявил:

«Несомненно, никто не может сколько-нибудь серьезно утверждать, что в законодательстве об убийстве присутствует хоть какой-то намек на приверженность законам *ex post facto* [...] нельзя сказать, что до принятия Закона № 10 Контрольного совета не существовало закона, наказывающего за убийство. Убийство человека всегда было потенциально преступным деянием, требующим разбирательства»¹.

Что касается МТБЮ, его способность применять составы преступления, основанные исключительно на обычае, не вызывает сомнений:

«Обязанность основываться на обычном международном праве, вмененная Трибуналу, освобождает его от необходимости ссылаться на договорное право, когда он уже использует в качестве обоснования обычное международное право. Вопреки утверждениям апеллянтов, ничто в докладе Генерального секретаря, к которому был приложен проект Устава Трибунала, не требует, чтобы криминализация основывалась одновременно на обычном праве и договорном праве»².

37. Таким образом, обычай остается живым источником права вооруженных конфликтов, который эффективно заполняет пробелы в договорном праве, особенно в отношении вооруженных конфликтов немеждународного характера, которые, как мы увидим далее, значительно слабее регулируются договорным правом.

Хотя обычное МПГ скорее призвано помогать осуществлять волю государств, когда в договорном МПГ не оказывается соответствующих положений, обычное МПГ может также изменять договорное МПГ, когда последнее явно отстает от развития практики.

*

* *

ЛИТЕРАТУРНАЯ ИЛЛЮСТРАЦИЯ

Битва наполеоновских времен

Нижеприведенное повествование составлено из отрывков романа Эркмана и Шатриана «Рекрут 1813 года», опубликованного в Париже в 1864 г. (éd. du Livre de Poche, 1989). Хотя

¹ NUR. U.S. Milit. Trib., 10 Apr. 1948, *Ohlendorff (Einsatzgruppen Trial)*, A.D., 1948, 658; айнцац-команды были военизированными формированиями численностью от 500 до 800 человек на службе СС, СА и гестапо, *ibid.*, 656; в том же смысле: Australia, High Ct., *per* Judges Dawson et Toohey, 14 Aug. 1991, *I.L.R.*, 91, pp. 105, 131–132, 143.

² ТРИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 45.

авторы и не являются современниками Первой империи, данный текст все же — очень ценное свидетельство о войне той эпохи, так как непосредственной основой для него послужили рукописные «Путевые заметки» капитана Видаля, старого друга семьи Эркман, содержащие его военные воспоминания за период с 1 января 1813 г. по 31 октября 1820 г.

Отобранные нами фрагменты рассказывают о впечатлениях и переживаниях участника Саксонской кампании 1813 г.: его боевом опыте и ранении, а также о сражениях при Вайсенфельсе и Грос-Горшен, где противниками Великой армии были прусские, российские и австрийские войска (более подробная информация содержится в комментариях Огюста Дезале к указанному выше изданию).

«Между городом и нами пролегла глубокая складка местности. Первым желанием маршала Нея, который тоже только что прибыл, было узнать, что же там, внизу. Две роты 27-го полка были развернуты в стрелковый боевой порядок, и каре двинулись вперед походным маршем: офицеры, саперы и барабанщики внутри, пушки в промежутках, а снарядные ящики — за последним рядом.

Овраг этот всем казался подозрительным: ведь куда-то же девались многочисленные кавалеристы, замеченные нами накануне, а уйти за пределы обширной равнины, которая хорошо просматривалась во всех направлениях, они просто не могли. Так что я был, как никогда, настороже — чужал: вот-вот что-то должно произойти. Однако вид стройных рядов наших войск, которые с заряженными ружьями продвигались обычным походным маршем, печатая шаг, знамя впереди, генералы, излучающие уверенность, за ним — все это здорово придавало храбрости. В конце концов я подумал: «А что, если, увидев нас, они повернут назад? Это было бы наилучшим выходом и для них, и для нас».

Я был во втором ряду боевого порядка, за Зебеде, в центре боевого порядка, так что, уж поверьте, ворон не считал. Время от времени краем глаза я поглядывал на соседнее каре, шедшее на одной линии с нами, и видел маршала в окружении штабных офицеров. Все они всматривались вдаль, сдвинув набор головные уборы, чтобы те не мешали обзору.

Наши стрелки приблизились к зарослям кустарника и живым изгородям на краю оврага. За несколько секунд до этого я заметил вдалеке, на противоположной стороне, какое-то движение и отблеск, ну вроде как колосья под ветром. Я еще подумал: а не русские ли это там со своими пиками и саблями? Но все как-то не верилось. Однако в момент, когда стрелки вплотную приблизились к зарослям вереска и сразу в нескольких местах вспыхнула ружейная пальба, я ясно увидел, что это и вправду пики. Тут же прямо перед нами блеснуло, и раздался пушечный выстрел. У русских была артиллерия, и они открыли по нам огонь. Уж не знаю, какой звук заставил меня повернуть голову, только я успел увидеть, как в наших рядах слева образовалась брешь.

В тот же момент полковник Запфель спокойно скомандовал:

— Сомкнуть ряды!

Все произошло так быстро, что я и подумать ни о чем не успел. Однако через пятьдесят шагов опять блеснуло, в наших рядах раздался тот же звук, похожий на сильнейший порыв ветра, и снова образовалась пустота, только на этот раз справа.

Поскольку после каждого пушечного выстрела русских полковник неизменно командовал: «Сомкнуть ряды!», я понял, что брешь появлялась каждый раз. От этой мысли мне стало совсем неуютно, но ведь надо было продолжать идти вперед.

Я изо всех сил заставлял себя думать о чем-нибудь другом, когда генерал Шемино, только что вошедший в наше каре, громогласно скомандовал:

— Стой!

Подняв голову, я увидел, что на нас валом накатывали русские.

— Первый ряд, на колено... примкнуть штыки... товсь! — крикнул генерал.

Когда Зебеде встал на одно колено, я как бы оказался в первом ряду. У меня и сейчас перед глазами эта стремительно надвигающаяся кавалерийская лава, русские с саблями, пригнувшиеся к конским гривам, и я явственно слышу спокойный голос генерала, который из-за наших рядов отдавал приказы, как на учениях:

— Стрелять по команде. Целься... Пли!

И мы выстрелили, все четыре каре разом. Гром раздался, словно небо обрушилось. Едва дым немного рассеялся, мы увидели русских, скакавших в обратном направлении во весь опор. Но наши пушки продолжали стрелять, и наши ядра настигали их лошадей.

— В атаку! — скомандовал генерал.

Мне кажется, что в жизни я не испытывал такого удовольствия. «Ага, они удирают!» — говорил я сам себе.

Со всех сторон слышались возгласы: «Да здравствует император!»

Ошалев от радости, я кричал вместе со всеми. Так продолжалось с минуту. Затем наши каре снова пришли в движение. Нам уже казалось, что все позади, однако за двести или триста шагов до оврага мы услышали какой-то сильный шум, и генерал во второй раз скомандовал:

— Стой!.. На колено!.. В штыки!

Русские валом валили из оврага и с ходу обрушивались на нас. От конского топота дрожала земля. Никто уже не мог расслышать приказов, но, повинувшись здравому смыслу, французские солдаты стреляли в гущу неприятеля. Огонь был таким беглым, что напоминал барабанную дробь во время больших парадов. Тот, кто никогда этого не слышал, не может себе этого представить. Какое-то количество русских докатывалось до нас; на секунду их силуэты возникали в дыму и сразу же исчезали.

Мы, не помня себя, заряжали и стреляли, заряжали и стреляли, и вот раздался зычный голос генерала Шемино, который приказал: «Прекратить огонь!»

Никто не торопился выполнить приказ: каждый старался успеть пальнуть хотя бы еще раз. Наконец, когда дым рассеялся, мы увидели, как множество кавалеристов поднимаются по противоположному склону оврага.

Каре сразу же перестроилось в колонны и двинулось вперед. Барабаны били сигнал к атаке, наши пушки гремели.

(...) (с. 102–105).

Мы потеряли Грос-Горшен; но на этот раз, между Кляйн-Горшеном и Раной, все обернулось для нас еще хуже.

Я не мог думать ни о чем, кроме мести. Меня просто душили ярость и негодование против тех, кто хотел отнять у меня жизнь — достоиние, которое каждый человек защищает, как может. Я испытывал что-то вроде ненависти к пруссакам: их крики и наглый вид мне просто душу переворачивали. А вот видеть рядом с собой старину Зебеде по-прежнему доставляло мне истинное удовольствие. Я пожал ему руку, пока мы стояли, ружье у ноги, в ожидании новых атак.

[...]

Наши барабаны начали бить в каре, предупреждая о приближении неприятеля. Их дробь была едва слышна, как жужжание мухи в грозу, а в глубине ложбины пруссаки все вместе кричали: «Фатерланд! Фатерланд!»¹

Ветер дул в нашу сторону, и дым от стрельбы их батальонов, поднимавшийся по склону, скрывал от нас противника. Мы все же открыли ураганный огонь. С четверть часа или больше невозможно было ни разглядеть, ни расслышать друг друга из-за грохота и дыма, и вдруг каким-то непонятным образом прямо в нашем каре оказались прусские гусары. Склоняясь со своих низкорослых коней, они вились среди нас, рассыпая безжалостные удары палашами. Мы кололи их штыками, кричали, а пруссаки стреляли в нас из пистолетов. Все это было ужасно. Мы держались вместе — Зебеде, сержант Пинто и еще человек двадцать из нашей роты. Всю жизнь у меня перед глазами будут стоять их бледные лица с усами, заведенными за уши, под маленькими киверами на подбородочных ремнях; лошади, с ржанием встающие на дыбы над горами мертвых и раненых. А в ушах будут раздаваться крики, кричали и по-французски и по-немецки: пруссаки обзывали нас «Schweinpelz», а старый сержант Пинто как заведенный кричал: «Смелей! Смелей, ребята, смелей!»

Как мы выбрались оттуда, ума не приложу. Мы наудачу бродили в дыму среди ружейной пальбы и сабельной рубки. Помню только, что Зебеде все время кричал мне: «Давай! Давай!» В конце концов мы оказались на каком-то неровном поле за еще державшимся каре с сержантом Пинто и еще семью или восемью ребятами из нашей роты.

Мы выглядели как мясники.

— Заряжай! — приказал сержант.

И тогда, перезаряжая свое ружье, я вдруг увидел на своем штыке кровь и волосы. Это значит, что в ярости, не помня себя, я колот направо и налево.

Старый Пинто помолчал с минуту, а затем сказал:

— Полк разгромлен... Эти мерзавцы пруссаки порубили половину наших... Мы потом найдем тех, кто остался в живых... Сейчас главное — не дать неприятелю войти в деревню. В колонне по одному, налево, марш!

(...) (с. 114–117).

Проснулся я среди ночи. Стояла тишина. По небу плыли облака, а на оставленную деревню, перевернутые пушки и горы трупов глядела луна, как она глядит с начала времен на текущую воду, растущую траву или на осенний листопад. Люди — ничто перед лицом вечности, и на пороге смерти осознаешь это особенно остро.

Двигаться я не мог, боль была мучительная, и только правая рука еще немного меня слушалась. Все же мне удалось приподняться, опершись на локоть, и я увидел, что улочка до самого конца завалена горами мертвецов. Луна светила сильно, и они казались белыми как снег. У одних были открыты глаза и рты, другие лежали ничком, патронница и мешок за спиной, продолжая сжимать оружие в окоченевших руках. Зрелище было таким, что у меня от ужаса застучали зубы.

Я попытался позвать на помощь. Услышав вместо крика нечто, напоминающее детский плач, я в отчаянии снова свалился на землю. Однако в тишине и этот слабый звук заставил других раненых выйти из оцепенения. Все подумали, что идет помощь, и те, кому голос еще повиновался, стали звать. Крики продолжались недолго, затем все стихло, и только рядом, за изгородью, храпела лошадь. Пытаясь встать, она поднимала голову на длинной шее и снова роняла ее.

¹ «Отчизна! Отчизна!» — нем.

От напряжения рана снова открылась, и я почувствовал, как под рукой опять потекла кровь. Когда я закрыл глаза, смирившись со скорой смертью, на меня нахлынули далекие воспоминания из самого раннего деревенского детства: я увидел свою бедную мать — она баюкала меня на руках, напевая колыбельную, нашу маленькую комнатку, старый альков, собаку Помье, которая со мной играла и валяла меня по земле; довольное лицо отца, когда он вечером возвращался домой с топором на плече и поднимал меня своими сильными руками, чтобы поцеловать... Все это прошло перед моими глазами, как во сне!

(...) (с. 128–129).

Я очнулся в каком-то большом сарае, похожем, из-за множества столбов-подпорок, на крытый рынок. С наслаждением почувствовал, что кто-то поит меня вином с водой. Открыв глаза, я видел склонившееся надо мной лицо старого солдата с седыми усами, который, приподняв мне голову, держал у моих губ стакан.

— Ну что, вроде получше стало? — спросил он приветливо.

А я непроизвольно улыбнулся ему от одной мысли, что еще жив. Грудь и левое плечо мое были туго забинтованы и горели как в огне, но меня это не заботило — ведь я был жив!

Я стал рассматривать перекрестья толстых балок над головой и черепицу, через которую во многих местах проникал свет. Потом начал вертеть головой и понял, что нахожусь в одном из больших амбаров, где местные пивовары хранят бочки и повозки. Крутом, на матрацах и соломе, — бесчисленные раненые, а в середине, на большом кухонном столе, военный хирург с двумя помощниками в рубашках с засученными рукавами отпиливали ногу какому-то стонущему страдальцу. За ними возвышалась целая гряда рук и ног. Можете вообразить, какие мысли это навевало.

Пять или шесть солдат-пехотинцев поили раненых из кружек и стаканов.

Но все же самое сильное впечатление на меня произвел хирург, тоже в рубашке с засученными рукавами, который резал и резал, не глядя по сторонам. У него был большой нос и впалые щеки, и он все время бранил за медлительность своих помощников, которые подавали ему нож, щипцы, корпию, бинты и не поспевали стирать кровь губкой. Ругался он зря, потому что работа у них шла бойко: меньше чем за четверть часа они отрезали две ноги.

Сзади, за столбами, стояла большая повозка с соломой.

Когда на стол положили русского в мундире, как у карабинера, молодца ростом, по крайней мере, шесть футов, с пулевым ранением шеи около уха, а наш хирург потребовал ножи поменьше, чтобы что-то сделать с раненым, мимо прошел кавалерийский военный врач с бумажником в руке — маленький, толстый и весь рябой. Он остановился у повозки.

— Эй! Форель! — весело крикнул он.

— А, это ты, Дюшен? — ответил наш, обернувшись. — Сколько раненых?

— Семнадцать или восемнадцать тысяч.

— Ничего себе! С утра все нормально?

— Ну да. Я ищу какой-нибудь кабак.

Наш хирург вышел из амбара, чтобы позвать руку собрату по профессии. Они стали спокойно беседовать, а помощники, воспользовавшись передышкой, решили выпить по стакану вина. Русский на столе только ворочал глазами, с видом отчаяния.

— Ну вот, Дюшен, вам нужно спуститься до конца улицы, а там... напротив колодца... вы его видите?

— Конечно.

— Точно напротив — столовая.

— Понял, спасибо. Ну, ладно, я пошел!

Наш крикнул ему вслед:

— Приятного аппетита, Дюшен!

Затем он вернулся к русскому, который его дожидался, и сразу сделал ему разрез на шее от затылка до плеча. Работал он с недовольным видом, подгоняя помощников:

— Ну давайте же, господа, давайте!

Русский, естественно, стонал, но хирург не обращал на него никакого внимания. Наконец он достал пулю, бросил ее на пол, сделал перевязку и скомандовал:

— Убрать!

Русского унесли со стола и положили на соломенную подстилку рядом с другими, а на стол принесли его соседа.

Я никогда не думал, что такое возможно, но мне довелось увидеть и другие сцены, которые мне не забыть.

Через пять или шесть подстилок от моей сидел старый капрал с забинтованной ногой. Он, подмигнув, сказал своему соседу, которому только что ампутировали руку:

— Рекрут, взгляни-ка на ту грудь: спорим, что не узнаешь свою руку.

Тот, очень бледный, но державшийся весьма достойно во время операции, посмотрел туда и почти сразу потерял сознание.

Капрал засмеялся и сказал:

— Он таки узнал свою руку... Это та, нижняя, с вытатуированным синим цветочком. На всех действует.

Он прямо лопался от гордости за свое открытие, но никто не засмеялся вместе с ним».

(...) (с. 132–135).