

ДИСКУССИЯ



Должны ли действительно быть равными обязательства государств и вооруженных групп в соответствии с международным гуманитарным правом?

Марко Сассоли и Юваль Шейни

Появление в Журнале новой рубрики «Дискуссия» — это стремление стимулировать размышления и обдумывание вызывающих в настоящее время разногласия вопросов этического, правового и практического порядка, которые связаны с гуманитарной деятельностью.

*Для этой первой дискуссии Журнал попросил двух членов редакционного совета, **профессора Марко Сассоли** и **профессора Юваля Шейни**, высказать свои мнения по вопросу равенства государств и вооруженных групп в соответствии с международным гуманитарным правом.*

Ключевой вопрос заключается в том, реалистично ли применять действующий в настоящее время правовой режим к негосударственным вооруженным группам. Как могут вооруженные группы, имея иногда очень ограниченные средства и низкий уровень организации, выполнять такие же обязательства, что и государства? Что может стимулировать вооруженные группы к соблюдению норм, которые были приняты их противниками? Почему они должны уважать какие-то правила, если сам тот факт, что они взяли за оружие, вступив в борьбу с государством, уже поставил их вне закона?

Все участники настоящей дискуссии движимы желанием обеспечить более эффективную правовую защиту всем лицам, затронутым вооруженными конфликтами. Профессора Сассоли и Шейни согласились изложить совершенно разные позиции: профессор Сассоли считает, что следует пересмотреть принцип равенства и заменить его скользящей шкалой обязательств, а профессор Шейни отвергает это утверждение.

Участники дискуссии упростили свои сложные юридические аргументы ради ясности и краткости. Читатели Журнала должны помнить о том, что в действительности правовые позиции участников дискуссии имеют более тонкие оттенки, чем это может показаться в ходе данного обсуждения.

⋮⋮⋮⋮⋮⋮



В поисках решения проблемы принципиального неравенства вооруженных групп и государств: скользящая шкала обязательств

Марко Сассоли*

Марко Сассоли является директором Департамента международного права и международных организаций, профессором международного права Университета г. Женевы и адъюнкт-профессором Университета Квебека в Монреале (Канада), он также член редакционного совета *Международного журнала Красного Креста*.

Когда возникает вопрос о том, есть ли и должны ли быть у государств (и, естественно, у правительственных вооруженных сил, которые их представляют) и негосударственных вооруженных групп равные обязательства по международному гуманитарному праву (МГП), тогда те, кто выступает за его строгое соблюдение в стремлении обеспечить лучшую защиту жертвам вооруженных конфликтов, оказываются перед дилеммой. С одной стороны, догма, заключающаяся в том, что все стороны в вооруженном конфликте равны перед МГП (далее — «догма»), является кардинальным принципом этого свода права, и есть убедительное теоретическое обоснование — и даже более весомые практические причины — того, что такой принцип следует равным образом применять и в немеждународных вооруженных

* Марко Сассоли хотел бы поблагодарить г-жу Линдси Кэмерон, магистра права, соискателя степени доктора наук в Университете г. Женевы, за ее ценные замечания и редактирование настоящего текста.

конфликтах (НМВК)¹. С другой стороны, законно задать вопрос: реалистичны ли такие ожидания? Это оправданное опасение: нереалистичные нормы никого не защищают, они, скорее, могут уничтожить желание соблюдать даже выполнимые нормы МГП. Как вооруженные группы, так и правительства оказываются в затруднительном положении. Вполне понятно, что правительственные силы хотят, чтобы их противник уважал те же нормы, которыми связаны и они. С другой стороны, сама мысль о том, что вооруженная группа (которую правительство всегда классифицирует как состоящую из преступников, если не «террористов») может в каком-либо отношении быть приравнена к суверенному государству, звучит как ересь для правительств, одержимых вестфальской концепцией государственного суверенитета. Что же касается самих вооруженных групп, некоторым из них, может быть, и нравится идея обладать теми же правами, что и их противники, но у большинства таких групп гораздо меньше желания — и, до определенной степени, возможностей — выполнять те же самые обязательства. Я, конечно, вижу и понимаю опасности, связанные с отказом от постулата, и признаю, что нелегко согласовать правила, которые были бы обязательными для вооруженных групп, если они не распространяются на обе стороны. Тем не менее здесь я выступаю за отказ от догмы, чтобы начать обсуждение, за инициативу которого я благодарен *Журналу*.

Во время международных вооруженных конфликтов (МВК) догма проистекает из необходимости разделения между *ius ad bellum* (которое сегодня превратилось в *ius contra bellum*, право, запрещающее применение силы в международных отношениях) и *ius in bello* (правом, регулирующим то, каким образом такая сила может применяться). Время от времени, особенно когда государства убеждены, что у них особенно благородная задача, они пытаются поставить это разделение под вопрос, но они признали его в нормах договорного права. С практической точки зрения без этого невозможно добиться соблюдения гуманитарного права, поскольку — по крайней мере, для воюющих — всегда спорным остается вопрос, кто из них использовал силу в соответствии с *ius ad bellum*, а кто нарушает *ius contra bellum*. С гуманитарной точки зрения жертвам конфликта с обеих сторон нужна одинаковая защита, и вовсе не обязательно, что они несут ответственность за нарушения *ius contra bellum*, совершенные «их» стороной.

Для МГП немеждународных вооруженных конфликтов догма не столь очевидна. Конечно, общая статья 3 Женевских конвенций четко предписывает, что «каждая из находящихся в конфликте сторон» обязана соблюдать

1 Я и сам писал: «[Е]сли бы в МГП не соблюдался принцип равенства перед ним воюющих в период немеждународных вооруженных конфликтов, у него было бы еще меньше шансов на соблюдение». Marco Sassòli, Antoine Bouvier, and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, 3rd edn, ICRC, Geneva, 2011, p. 347.

ее положения. Протокол II намеренно ничего не говорит по этому вопросу. В ходе исследования обычного международного гуманитарного права, проведенного Международным Комитетом Красного Креста (Исследование обычного МГП), было обнаружено, что применение обширного свода норм обычного права к НМВК основывается исключительно на практике государств. Но почему вооруженные группы должны быть связаны нормами, созданными практикой и *opinio iuris* своих противников? Кроме того, технически не существует никакого международного *ius ad bellum* в НМВК, поскольку такие конфликты и не оправдываются, и не запрещаются международным правом. *Ius contra bellum* для НМВК состоит из национального законодательства. Монополия государственных органов на использование силы присуща самой концепции вестфальской модели государства. Национальное законодательство всех государств запрещает всем, кроме государственных органов, представляющих его, участвовать в вооруженном конфликте с кем-либо. МГП не обязывает государства принимать внутренние законы, которые предусматривают равное обращение с членами повстанческих сил и лицами из состава государственных вооруженных сил. Правительства и вооруженные группы глубоко неравноправны перед лицом национального права, и такие национальные законы не нарушают МГП. Оставляет ли подобное неустранимое неравноправие воюющих в НМВК возможность для равного применения гуманитарного права?

Даже для самого МГП возникает вопрос, реалистично ли равным образом относиться к таким принципиально неравноправным сторонам, как государства и вооруженные группы. В реальности считается — правильно или неправильно, — что большинство вооруженных групп игнорируют МГП, и потому что не знают его, и намеренно ведя военные действия методами, противоречащими его основным принципам, таким как принцип проведения различия. Действительно, многие вооруженные группы считают, что их единственный шанс одержать верх над несравнимо более сильными как в военном, так и в технологическом отношении правительственными силами, заключается в том, чтобы нападать на «легкодоступные цели», а именно на гражданских лиц, атакуя моральное состояние гражданского населения в надежде, что оно не будет поддерживать правительство. Более слабый в военном отношении «беззаконник» не уважает право, но рассматривает такие его нарушения, как террористические акты и акты вероломства, как единственную возможность избежать абсолютного поражения. Поставить вооруженные группы вне закона и навесить на них ярлык «террористов» оказывается иногда равнозначно самосбывающемуся пророчеству. Кроме того, сотрудники гуманитарных организаций на местах свидетельствуют о том, что иногда возможен с некоторыми хорошо организованными вооруженными группами, которые контролируют территорию, даже диалог о гуманитарных проблемах или получении доступа к жертвам войны. Но не диалог о соблюдении такими группами основных правовых норм. Для многих гуманитарных организаций безопасность их собственного персонала и признание их

деятельности являются такими важнейшими задачами, что диалог о нарушениях, совершенных этими группами, рассматривается как предприятие весьма рискованное. Конечно, неправительственные организации (НПО), такие как «Женевский призыв» (Geneva Call) сумели добиться принятия обязательств соблюдать нормы, касающиеся некоторых очень определенных вещей, например применения противопехотных мин или вербовки детей-солдат, а также следить за выполнением этих обязательств. Тем не менее гораздо труднее добиться у некоторых групп отказа от практики использования смертников для нападений на гражданских лиц, захвата заложников или использования «живых щитов» в качестве обычных методов ведения войны.

Мне могут возразить, что эта мрачная картина равным образом отражает и поведение многих правительственных вооруженных сил, которые ведут вооруженные конфликты. Мало кто из них может похвастаться строгим соблюдением МПП. Степень пренебрежения правом тем не менее гораздо выше у большинства вооруженных групп, а не у большинства правительственных сил. Кроме того, есть и еще очень важный момент: такое положение дел, видимо, объясняется не только нежеланием, но, в отношении некоторых норм, и отсутствием возможностей. Более того, хотя нападения правительственных сил на командиров вооруженных групп считаются вполне законными, их уничтожение лишь увеличивает неспособность группы соблюдать многие нормы, поскольку командиры часто являются единственными лицами, которые в состоянии обеспечить соблюдение норм права своими подчиненными.

НМВК по определению ведутся как вооруженными группами, так и правительственными вооруженными силами. Если применимое право принимает во внимание только потребности, трудности и желания последних, хотя заявляется о том, что оно применимо по отношению к обеим сторонам, оно будет еще более нереалистичным и неэффективным. Если правительственные силы и вооруженные группы равноправны, нам придется проверить каждую норму и посмотреть, могла ли вооруженная группа при наличии желания соблюдать эту норму и при этом не потерпеть неизбежного поражения в конфликте. Это справедливо в отношении не только существующих, заявленных и вновь предлагаемых норм МПП, но и в отношении любого толкования. Государства предпринимают эту проверку реальности сами, поскольку они являются законодателями. Для вооруженных групп такая проверка не проводится. Если некоторые нормы нереалистичны для вооруженных групп, а мы тем не менее заявляем, что они применимы по отношению к ним, это приведет не только к нарушениям этих норм — это подорвет доверие к *другим* нормам, которые вооруженные группы в состоянии выполнять, и снизит их защитный эффект.

Если применять одни и те же нормы к обеим сторонам, то сомнения в реалистичности некоторых правовых положений можно продемонстрировать на пяти примерах. Во-первых, тенденция, наблюдаемая в наше время в работе международных уголовных трибуналов, МККК и ученых, заключающаяся в сближении права НМВК с правом МВК, в основном, посредством

предполагаемых обычных норм, может иметь и негативный побочный эффект. Будет утверждаться, что вооруженные группы связаны нормами, которые выполнить в состоянии только государства и которые были предназначены для выполнения государствами в ходе конфликтов между ними. Во-вторых, к аналогичному результату может привести все усиливающаяся интеграция стандартов права прав человека в МГП. В-третьих, сочетание минимально допустимого 18-летнего возраста и широкого запрета вовлекать детей в вооруженные группы приводит к требованию, которое не позволит членам вооруженных групп оставаться со своими семьями и получать поддержку всего населения, от имени которого они (по их заявлениям) сражаются. В-четвертых, обычное определение ограбления — например, предлагаемое теми, кто борется с компаниями, разграбляющими природные ресурсы в зонах конфликтов, — оказывается дискриминационным в отношении вооруженных групп, потому что включает любое присвоение без согласия владельца. Поскольку определение владельца отсутствует в международном праве, считается, что он определяется в национальном праве. Однако в соответствии с национальным законодательством в большинстве стран владельцем является правительство (государство). Это означает, что вооруженные группы совершают военное преступление грабежа, продолжая эксплуатацию природных ресурсов на территории, находящейся под их контролем, возможно, даже на территории лиц, за которых они сражаются, даже если они используют вырученные средства в интересах местного населения или продолжают свою борьбу за этих людей. В-пятых, развитие таких понятий, как ответственность командования, в практике международных уголовных трибуналов и правозащитных НПО может привести к невыполнимым требованиям, предъявляемым лидерам вооруженных групп, в которых не принимается во внимание организация вооруженных групп (вынужденных часто действовать скрытно), принципиально отличающаяся от организации государств.

Я думаю, что эти вопросы заслуживают серьезного анализа, к которому желательно привлечь практиков (в нашем случае — членов вооруженных групп и солдат), что может привести к тому, что мы откажемся от аксиомы равенства воюющих в НМВК.

Захватывающее дух открытие обычных норм, применимых в период НМВК, которые соответствуют нормам договорного права, применимого во время МВК, и желание МККК провести консультации с правительствами о возможности развития договорного права, в частности права, применимого к НМВК², должны, конечно, приветствоваться с точки зрения всех многочисленных жертв насилия и произвола в ходе НМВК по всему миру. Кроме того, чем более сходными становятся нормы, применимые к МВК и НМВК, тем более спорным оказывается

2 См.: Якоб Келленбергер, Президент МККК, Усиление правовой защиты жертв вооруженных конфликтов, 12 мая 2011 г.: <http://www.icrc.org/rus/resources/documents/statement/ihl-development-statement-210910.htm> (последнее посещение 15 мая 2011 г.).

теоретически противоречивый и политически деликатный вопрос классификации некоторых вооруженных конфликтов (в частности, смешанных). Возможно, справедливо и то, что правительственные силы будут в состоянии прекрасно соблюдать те же самые правила в обеих категориях вооруженных конфликтов. Многие вооруженные группы, с другой стороны, никак не смогут выполнять весь свод норм, применимых к МВК.

Это может привести к тому, что мы будем применять скользкую шкалу обязательств по отношению к ним. Чем лучше организована вооруженная группа и чем стабильнее осуществляемый ею контроль над территорией, тем более близкими ко всему своду МГП международных вооруженных конфликтов будут применимые нормы. Во время гражданской войны в Испании, например, обе стороны могли бы соблюдать почти все эти нормы, потому что обе стороны контролировали территорию, осуществляли управление ею и сражались, в основном используя регулярные армии. В то же время, хотя контроль над территорией со стороны вооруженной группы не является обязательным требованием для применимости МГП НМВК, нельзя представить себе, как группа, вынужденная скрываться на территории, находящейся под контролем правительства, могла бы выполнять многие из позитивных обязательств, предусматриваемых МГП. Мне могут возразить, что многие из этих обязательств возникают только, если сторона осуществляет определенные виды деятельности. Таким образом, каждая вооруженная группа, просто никого не задерживая, фактически в состоянии соблюдать обычный запрет на произвольное задержание, который толкуется в исследовании обычного права, осуществленном МККК, как включающий необходимость того, чтобы основания для любого интернирования были предварительно установлены законным образом. Однако такое требование является нереалистичным и, скорее всего, приведет к суммарным казням противников, которые сдаются.

Какие нормы могут и, следовательно, должны соблюдаться и в каких обстоятельствах, — это, как совершенно очевидно, необходимо подробно изложить. Это не должно зависеть от способности данной вооруженной группы соблюдать определенные нормы, но должно определяться в общем плане (для конкретных категорий вооруженных групп) и *in abstracto*, кроме того, должен сохраниться гуманитарный минимум. Иначе слабой вооруженной группе будет позволено, например, преднамеренно нападать на гражданских лиц, если это является ее единственным реальным способом ослабления правительства.

Такая скользкая шкала обязательств не будет чем-то революционным. Порог применимости Дополнительного протокола II, который гораздо выше, чем порог применимости общей статьи 3 Конвенций, уже предусматривает подобную скользкую шкалу. По поводу такого высокого порога применимости часто высказываются сожаления, но, возможно, он реалистичен для вооруженных групп. Действительно, только вооруженные группы, которые контролируют территорию (что является одним из условий применения Протокола, но не статьи 3), могут быть в состоянии соблюдать определенные нормы Протокола.

Применять такую скользящую шкалу по отношению к обеим сторонам было бы абсурдным. Напротив, чем слабее противники, тем легче правительственным силам соблюдать МГП. Поэтому мы должны отказаться от фикции равноправия воюющих и обязывать полностью соблюдать обычные и конвенционные нормы МГП только правительства, от их противников требовать соблюдения лишь в зависимости от их возможностей. Это соответствует реальным ожиданиям современных правительственных сил, сражающихся с вооруженными группами. Какой солдат Международных сил содействия безопасности (ISAF) ожидает (в смысле «полагает»), что талибы будут соблюдать те же нормы, соблюдения которых требует от него его командир? Информирование правительств и их солдат о том, что их противники не связаны теми же нормами, также уменьшает опасность нарушений, совершаемых под предлогом принципа взаимности, если противник нарушает нормы. И хотя нарушения МГП на основании этого принципа взаимности повсеместно считаются незаконными деяниями, он по-прежнему используется в качестве аргумента и оправдания для многих нарушений — и может привести к эскалации варварства во многих вооруженных конфликтах.

В заключение оговорка: значение отказа от принципа равенства воюющих нельзя переоценивать. В основном, страдания людей во время НМВК не являются результатом пренебрежения теми нормами, которые отдельные негосударственные вооруженные группы могут не соблюдать из-за вполне объективных трудностей. К ним приводят нарушения — обеими сторонами — тех норм, которые каждый человек способен соблюдать в любой ситуации: не насиловать, не применять пыток, не убивать тех, кто находится во власти противника или является беспомощным. Приспособить некоторые нормы к тому, что сторона действительно может сделать, просто лишает ее возможности оправдать свое непризнание режима в целом. Равенство воюющих является фикцией в НМВК. Это подрывает МГП. Поскольку этот корпус права применяется к (нежелательной) реальной ситуации, он должен принимать во внимание последствия такой реальности и принимать это во внимание во всех своих нормах и принципах, если мы хотим, чтобы МГП и дальше имело реальное воздействие.



Отвечая Марку Сассоли: контраргументы

Юваль Шейни*

Юваль Шейни — сотрудник кафедры им. Херша Лаутерпахта, специалист в области публичного международного права на юридическом факультете Еврейского университета Иерусалима. Он также является членом редакционного совета *Международного журнала Красного Креста*.

Призыв профессора Марко Сассоли пересмотреть существующую «догму» МГП — принцип равенства воюющих в асимметричных конфликтах, в которых участвуют как государства, так и негосударственные акторы, конечно, можно назвать стимулирующим (если не провокационным) по своему характеру. Не возникает вопросов относительно того, что МГП страдает от хронических проблем с его соблюдением во время НМВК, в которых с одной стороны участвуют сильные государства, а с другой — слабые вооруженные группы с ограниченными возможностями; очевидно и то, что проблемы с соблюдением права тесно связаны с вопросами возможностей и военными соображениями (то есть стороны, которые окажутся в невыгодном с военной точки зрения положении, если они будут соблюдать нормы МГП, способны скорее пойти на нарушения МГП). Эти проблемы с соблюдением права могут усугубляться идеологическими склонностями отдельных негосударственных акторов, которые отвергают моральные ценности, лежащие в основе МГП, и тем фактом, что нормы МГП стали более строгими с течением лет: чем выше поставлена нормативная планка в ходе НМВК (в результате распространения

* Юваль Шейни хотел бы выразить благодарность г-ну Яли Шерешевскому и профессору Габриэлле Блюм за их ценные комментарии к более раннему варианту статьи.

норм МГП, регулирующего МВК, на условия немеждународных конфликтов и дополнительной ролью в этом международного права (права человека и международного уголовного права), тем больше разрыв — разрыв между нормами и тем, как негосударственные акторы могут и готовы себя вести. Таким образом, Сассоли прав, критикуя распространение сферы действия норм как контрпродуктивное для соблюдения МГП.

И все же надо быть очень осторожным, чтобы не выплеснуть из ванны ребенка вместе с водой. Отделавшись от принципа равенства воюющих, мы рискуем открыть ящик Пандоры, что может подвергнуть опасности легитимность и эффективность МГП и привести к еще худшему — а не лучшему — соблюдению его норм. Во-первых, тесное увязывание объема обязательств по МГП с организационными возможностями и военными соображениями, как это предлагает Сассоли, представляет собой опасную уступку практическим обстоятельствам, что может ослабить стимулы к соблюдению и поставить под вопрос применимость МГП к изменяющейся обстановке поля боя. Хотя и разумно создать некоторую степень корреляции между ожидаемым поведением, которое подразумевается нормами МГП, и возможностями любых конкретных воюющих, надо помнить, что основной *raison d'être* МГП является не полное соблюдение всех его норм, но, скорее, защита гуманитарных ценностей (высокие показатели соблюдения являются средством для достижения цели, а не самой целью). И, снижая число нарушений, скользящая шкала обязательств не будет стимулировать стороны к наращиванию их потенциала для соблюдения права таким образом, чтобы это могло привести к более эффективной гуманитарной защите. Напротив, в соответствии со схемой, предлагаемой Сассоли, стороны получают сильный стимул не расширять свои возможности (например, путем создания лагерей для военнопленных или приобретения более избирательного оружия), поскольку это не только отвлечет скудные ресурсы от их военных операций, но и наложит на эти операции новые правовые ограничения. Далее, если наличие возможностей действительно является решающим фактором при определении объема обязательств в соответствии с МГП, тогда трудно понять, почему это соображение не будет применяться к асимметричным межгосударственным конфликтам, в которых будут участвовать развитые и развивающиеся страны. Таким образом, привязывание объема обязательств к возможности выполнять их может вызвать злополучную «гонку вниз», что приведет к значительной эрозии гуманитарной защиты во многих вооруженных конфликтах, если не в большинстве таковых.

В том же ключе представляется, что Сассоли, полагая, будто «нереалистично» ожидать от негосударственных акторов выполнения обязательств по МГП (например, принципа проведения различия), поскольку это поставит их в невыгодную ситуацию с военной точки зрения, придает слишком большое значение военным соображениям за счет гуманитарной миссии МГП, которая ограничивает пространство для *raison d'état* при планировании и осуществлении военных операций. Признав, что стороны

в вооруженном конфликте — как государства, так и негосударственные структуры — могут поставить на первое место победу, а соблюдение МГП — на второе, мы нанесем жестокий удар по репутации МГП как не подлежащему обсуждению набору дополнительных ограничений, которые сужают имеющиеся у воюющих сторон возможности для ведения военных действий. Итак, вместо того, чтобы требовать от воюющих сторон направлять насилие, которое они применяют, в законное русло и создавать для этого соответствующий потенциал и военную стратегию, мы приходим к тому, что молчаливо смиряемся с тактикой боя, которая грубо попирает гуманитарные ценности. Более того, как только принцип равенства воюющих будет принесен в жертву военным соображениям, станет очень трудно не допустить аналогичных уступок военной необходимости в других условиях конфликтов. Здесь снова, как только исключения из принципа равенства воюющих будут допущены в отдельных случаях, законность требования применять этот принцип в других ситуациях будет скомпрометирована.

Во-вторых, отход от принципа равенства воюющих может лишить МГП силы закона в глазах заинтересованных групп внутри государств, участвующих в асимметричных конфликтах, и ослабить стимулы этих государств к выполнению своих обязательств в соответствии с МГП. Конечно, государства, участвующие в асимметричных конфликтах, уже жалуются на эрозию принципа равенства воюющих, потому что негосударственные акторы плохо выполняют свои обязательства по МГП, институт репрессалий воюющих выхолащивается и те, кто соблюдает МГП, попадают в невыгодное положение с оперативной точки зрения, сражаясь с нерегулярными силами, которые действуют, находясь среди гражданского населения. Кроме того, соблюдение права государствами чаще привлекает более пристальное внимание и чаще оказывается объектом коллективных усилий по принуждению, чем поведение их негосударственных противников. Тем не менее принцип равенства воюющих и некоторое обещание — хотя и символическое — взаимности при соблюдении, которое он содержит, играет положительную роль в поощрении государств к соблюдению права. Принцип, или миф, равенства воюющих символизирует связь между МГП и понятиями рыцарства, профессионализма, «честной игры» и справедливости, которые являются историческими строительными блоками, создающими легитимность МГП в глазах комбатантов и широкой общественности. Он также объясняет желание государств — что очень важно — распространить применение МГП к НМВК (как это продемонстрировано подготовительной работой (*travaux préparatoires*) и официальными комментариями к общей статье 3 Женевских конвенций, статье 43 Дополнительного протокола I и статье 1 Дополнительного протокола II). Следует заметить, что даже в условиях одностороннего соблюдения государства-участники все же могут считать, что полезно выполнять свои обязательства по МГП, поскольку это может помочь им поддерживать высокий моральный дух, противостоя своим негосударственным и нарушающим право противникам. Нарушение

существующего равновесия «соблюдение — легитимность» требованием того, чтобы государства соблюдали более высокие стандарты, не ожидая взаимности или дивидендов от прекрасного послужного списка в области соблюдения права, может лишить их важного стимула соблюдать право и привести к тому, что они попытаются избежать выполнения своих обязательств совсем (например, отрицая применимость МГП или характеризуя его ключевые нормы как «непонятные»).

Следовательно, я выступаю против отмены догмы равенства воюющих, поскольку такой шаг может несколько улучшить соблюдение права некоторыми негосударственными акторами, но может и способствовать тому, что другие воюющие — как государства, так и негосударственные структуры — поставят под вопрос легитимность и применимость важных принципов МГП. Таким образом, отказ от принципа может принести больше вреда, чем пользы. И все же Сассоли прав, заметив, что стандарты МГП должны быть реалистичными и учитывать условия поля боя и материальные возможности. Итак, как можем мы примирить догму с реальным несоответствием между военными потребностями и возможностями, которые характерны для асимметричных конфликтов? Я бы предложил три возможных пути для поисков решения этой головоломки: принятие рамки «общих, но дифференцированных обязанностей» для некоторых стандартов МГП³, дополнение МГП правом прав человека и несколько различные методы принуждения, учитывающие вышеупомянутую разницу в возможностях. Вместе и по отдельности эти методы приспособления признают необходимость некоторой скользящей шкалы обязательств (или ожиданий соблюдения), не отказываясь от принципа равенства воюющих в целом.

Прежде всего, можно сказать, что МГП уже содержит разные стандарты для воюющих, если говорить о таких стандартах, как необходимость принять «практически возможные меры предосторожности» для предотвращения сопутствующего ущерба (статья 57 Дополнительного протокола I), принятие «практически возможных мер» для предотвращения или пресечения нарушений (статья 86 Дополнительного протокола I) или «всех возможных мер» для розыска погибших и раненых (статья 8 Дополнительного протокола II). Поскольку то, что практически возможно, зависит от условий и связано с имеющимися возможностями, справедливо предположить, что от вооруженных сил богатого воюющего государства ожидать будут большего, чем от разношерстного негосударственного ополчения. Поэтому профессор Габриэлла Блум из Гарварда справедливо замечает, что МГП, как и международное экологическое право, может включать доктрину «общих, но дифференцированных обязанностей» (ОДО), при некоторых различиях в конкретных обязательствах, налагаемых на воюющие стороны. Например, она утверждает, что «общий-но-дифференцированный принцип проведения

3 См. об этом: Gabriella Blum, 'On a Differential Law of War', in *Harvard International Law Journal*, Vol. 52, No. 1, 2011, p. 163.

различия и обязанность принимать меры предосторожности при нападении могут налагать ответственность значительно более высокого уровня на более богатые или более технологически развитые страны, чем на бедные»⁴.

Следует, однако, заметить, что подход по принципу ОДО, представленный здесь, является одновременно и шире и уже по объему, чем подход, за который выступает Сассоли. Он шире, потому что применяется не исключительно к НМВК; напротив, делается заявление, что эта доктрина является неотъемлемой частью МГП, которая применима ко всем конфликтам между несопоставимыми по мощи вооруженными силами. Он уже, потому что не включает большинство норм МГП — принимаются во внимание только некоторые стандарты, зависящие от условий. Вот почему его отрицательное воздействие на основные гуманитарные ценности ограничено. Если посмотреть глубже, можно сказать, что подход по принципу ОДО не ставит под вопрос принцип равенства воюющих; он, скорее, является применением этого принципа: реальное равенство требует от нас по-разному обращаться с субъектами права, находящимися в разных обстоятельствах.

Вторая мера по приспособлению, которую я бы предложил, связана с дополнением стандартов МГП нормами международного права прав человека. Сассоли прав, предупреждая нас о распространении сферы действия норм — то есть навязывании сторонам в НМВК обязательств (и стандартов международного уголовного права), которые они никак не могут выполнить сейчас или в обозримом будущем. Однако не столь понятно, существует ли действительно необходимость в дополнении минимальных обязательств в соответствии с МГП, которые подлежат выполнению всеми сторонами, нормами МГП, которые бы применялись только к государству — стороне в конфликте (в нарушение принципа равенства воюющих сторон). Более удачным подходом могло бы быть сохранение *inter partes* принципа равенства воюющих — что, как сказано ранее, является фактором, придающим легитимность нормам МГП, и может способствовать соблюдению сторонами в конфликте их взаимных обязательств по МГП. Это позволяет также рассмотреть другие аспекты поведения государств, которые могут посягнуть на гуманитарные ценности, применяя стандарты, вытекающие из международного права прав человека (в той степени, в которой они применимы к нашим обстоятельствам). В отличие от МГП право прав человека не основывается на понятии равенства или взаимности; поэтому его несимметричное применение (предположив, что негосударственные акторы имеют меньше обязательств по правам человека, чем государства) вызывает меньше доктринальных возражений, чем отход от принципа равенства воюющих в МГП. Поскольку право прав человека не обременено «багажом» взаимности, который сопровождает нормы МГП, оно является более благоприятной правовой территорией для разработки асимметричных обязательств, чем последний свод правовых норм.

4 Там же, р. 194.

Более того, привлечение права прав человека можно рассматривать как корректирующую меру, которая компенсирует некоторое неравенство, свойственное статусу воюющих в НМВК. Как отмечает Сассоли, негосударственная сторона в конфликте является субъектом уголовного права государства, на чьей территории она действует; таким образом, действия членов ополчения, которые, к примеру, и не нарушали МГП, могут тем не менее повлечь за собой персональную уголовную ответственность в соответствии с национальным правом. Требование соблюдения государствами норм международного права прав человека также вводит внешние правовые стандарты, которые могут иногда быть более строгими, чем стандарты МГП. Таким образом, сохраняется, а не нарушается принцип равенства воюющих: обе стороны должны соблюдать те же самые нормы МГП (смягченные вышеупомянутым принципом ОДО), и обе стороны подчиняются дополнительным правовым стандартам, вытекающим из иных источников, нежели МГП.

И последнюю меру приспособления, которую я предлагаю рассмотреть, можно обнаружить в области правоприменения. Даже если мы отвергаем предложение Сассоли о том, что разные обязательства по МГП должны быть у государств и негосударственных акторов, мы все же можем обратить внимание на практическую пользу применения разных правоприменительных ресурсов для рассмотрения нарушений со стороны государств и негосударственных структур. Может случиться так, что в некоторых ситуациях конфликта обеспечение соблюдения норм МГП государствами представляет собой более эффективную стратегию для правоприменительных органов третьих сторон, если учесть многочисленные рычаги, которые можно задействовать в отношении государств (но не против негосударственных акторов). Более того, международное сообщество может иногда — хотя не обязательно всегда — занять менее терпимую позицию по отношению к правонарушениям одного из своих членов, чем по отношению к нарушениям незаконной группировки с шаткими правоприменительными институтами (так же, как национальные правоприменители могут предпочесть уделить больше времени и энергии расследованию коррупции на высоком, а не на низком уровне правительств). В таких случаях избирательное правоприменение может рассматриваться в качестве корректирующей меры, что несколько нейтрализует высокий статус государств по сравнению с негосударственными акторами в международной жизни и большое влияние, которое первые имеют на законодотворчество в области МГП. В любом случае, избирательное обеспечение соблюдения права (которое в свою очередь ставит множество проблем, связанных с легитимностью и эффективностью), открыто не бросает вызов принципу или мифу равенства воюющих. И далее, пока можно сохранять «разделение звука» между реальными и потенциальными действиями по обеспечению соблюдения норм права, можно сообщить всем участвующим в конфликте сторонам, что от них ожидается полное и равное соблюдение права.

Подводя итог, можно сказать, что принцип равенства воюющих играет важную роль в легитимизации МГП и в содействии соблюдению правовых

норм. Хотя Сассоли прав, предупреждая о нормативном распространении сферы действия норм и о том, что неправильно ожидать, что негосударственные акторы могут сделать больше, чем они действительно могут, вопрос о разнице между возможностями государств и негосударственных акторов может быть решен путем применения принципа ОДО в некоторых областях МГП с использованием стандартов права прав человека с тем, чтобы у государства были более строгие нормы поведения и — там, где это необходимо, — избирательное обеспечение соблюдения МГП. Вместе или по отдельности эти корректирующие методы представляются более перспективными для решения существующих вопросов, нежели прямой отказ от принципа равенства воюющих.