

Т. Р. КОРОТКИЙ

**директор Института национального и международного права
Международного гуманитарного университета, доцент кафедры
международного права и международных отношений Одесской
национальной юридической академии, кандидат юридических наук**

К ВОПРОСУ О ПРАВОМЕРНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ТЕРМИНА «НЕЗАКОННЫЙ КОМБАТАНТ»

Любая область знания характеризуется устоявшейся терминологией. Специальная терминология является основой любой профессиональной информации. Только определенность смыслового значения употребляемых терминов позволяет избежать неясности доказываемого тезиса и его подмены в процессе дискуссии.

Вопросы единства терминологии имеют важное значение в прикладной юриспруденции, когда использование того или иного термина или понятия имеет важное, а иногда и определяющее значение для принятия правильного решения по делу. Как говорили римские юристы, *absoluta sentential expositore non indigent*¹.

Изменялось с течением времени и содержание категорий международного гуманитарного права. В юридической литературе, военных уставах и прецедентном праве с начала прошлого века часто использовались термины «незаконный комбатант», «не подпадающий под защиту конвенций комбатант/участник боевых действий»². Так же распространенным является термин «непривилегированные воюющие»³. Оттенки значения, придаваемые данным терминам, и их последствия для применяемого режима защиты не всегда абсолютно ясны⁴. Поэтому, на наш взгляд, является актуальным исследование как устоявшихся, базовых категорий «комбатант», «некомбатант», «гражданское население» в условиях возникновения новых видов вооруженных кон-

¹ Ясное значение не требует объяснений.

² Как указывает К.У. Уоткин, юридической литературе повсеместно встречаются такие термины как «воюющий», «некомбатант», «незаконный комбатант», «комбатант противника» и «непривилегированный воюющий» и «незаконный воюющий». См.: Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

³ Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

⁴ Дерман, К. Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов» // *Международ. журн. Красного Креста*: сб. ст. — 2003. — С. 51-52; Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

фликтов, их применение к наемникам, террористам и некоторым другим неклассическим категориям участвующих в вооруженном конфликте, а также возможность и правомерность использования новых категорий, в частности «незаконный комбатант».

Несомненно, международное гуманитарное право, как и любая область юриспруденции, развивается. Под влиянием объективных и субъективных факторов развивается и его категориальный аппарат. Особенностью этого развития является использование в праве терминов и понятий в соответствии с нормативными источниками, которые, как известно, обладают достаточной степенью консерватизма.

Говоря о консерватизме международного гуманитарного права, необходимо отметить, что в нем одновременно проявляется его сила – незыблемость, предсказуемость, общепризнанность регулирования защиты жертв войны. Этот консерватизм проявляется и в относительной неизменности Женевских конвенций от 12 августа 1949 г., дополнительные протоколы к которым принимались только в 1977 и 2005 гг. Но, наверное, в этом консерватизме договорных источников проявляется и их слабость, – не всегда высокая эффективность регулирования, отставание от фактически возникающих международных отношений. Ведь создание новых норм или их изменения происходит зачастую только после бесчеловечных и жестоких проявлений насилия и страданий, как, например, закрепление статуса военнопленных в Женевской конвенции об обращении с военнопленными 1929 г. лишь после Первой мировой войны, принятие Женевской конвенции от 12 августа 1949 г. о защите гражданского населения (далее Женевская конвенция IV) только после Второй мировой войны и т. д. Поэтому столь значительное внимание в международном гуманитарном праве уделяется принципам¹, и обычным нормам, особенно в последнее время². Обычные нормы остаются важным источником защиты жертв вооруженного конфликта в случаях, не предусмотренных договорами, или когда стороны конфликта не являются участниками договора.

Большинство обычных норм международного гуманитарного права формируются в результате фактических действий ограниченного числа воюющих сторон, практику которых трудно квалифицировать как общую или такую, которая формирует «признанную правовую норму». Именно поэтому проблематика статуса «незаконных комбатантов» получила такой резонанс в связи с практикой США в отношении членов «Аль-Каиды», и прежде всего – в результате дела Хамдан против Рамсфелда.

Интерес к терроризму в международном гуманитарном праве был прежде всего связан с проблематикой запрета актов террора в период вооруженного

¹ Пикте, Ж. Развитие и принципы международного гуманитарного права / МККК. – М., 1998; Ярмачи, В.Х. Принципы международного гуманитарного права // Актуальні проблеми політики: зб. наук. пр. – О.: Астропринт, 2001. – Вип. 10–11. – С. 66-72.

² Жан-Мари Хенкертс и Луиза Досвальд-Бек. Международное гуманитарное право. Том 1. Нормы. – МККК, 2006. – 818 с.; Гнатовський, Н. Нове народження звичаєвого міжнародного гуманітарного права / Український часопис міжнародного права. – 2006. – № 2. – С. 17-22.

конфликта¹. Сразу оговоримся, что в данной статье проблема запрета актов террора не рассматривается: мы констатируем однозначный запрет на акты террора в период вооруженного конфликта в международном гуманитарном праве, как договорном, так и обычном. В значительно большей степени интерес к проблемам, порождаемым международным терроризмом в международном гуманитарном праве возрос после событий 11 сентября 2001 г. Именно в конце XX – начале XXI века, когда терроризм приобрел новое качественное содержание, став международным, необходимость изменений в международном гуманитарном праве под влиянием глобальных террористических угроз стала вполне очевидной. Этим вопросам стало уделяться значительно больше внимания². Международный терроризм привел к переосмыслению ряда проблем, среди которых и статус членов международных террористических организаций³.

Хотелось бы сказать еще об одном существенном концептуальном аспекте рассмотрения приемлемости понятия «незаконный комбатант» (применительно к членам международных террористических организаций). Его рассмотрение на доктринальном, и далее нормотворческом уровне, всегда будет носить субъективный характер по причине идеологической ангажированности отношения к терроризму. Этим, кстати, и объясняются безуспешные попытки выработать единое понятие терроризма. Ведь в классическом понимании «терроризм» не требует закрепления за собой определенного статуса, и по внутригосударственному праву большинства государств классифицируется как преступление. Естественно, что для государств, имеющих значительные террористические проявления на собственной территории, не нужно и не приемлемо по политическим

¹ Гассер, Х.—П. Запрет на акты террора в международном гуманитарном праве / МККК. — 2-е изд. — М., 2000; Баймуратов, М.О. Терроризм у міжнародному гуманітарному праві / М.О. Баймуратов, С.В. Максименко // Актуальні проблеми держави та права: зб. наук. пр. — О.: Юрид. літ., 2000. — Вип. 8. — С. 53-62; Дремина, Н.В. Юридическая квалификация террора в условиях этнополитического конфликта (в контексте предметной юрисдикции Гаагского трибунала) // Социально-правовые аспекты терроризма: монография. — О.: Фенікс, 2003. — С. 117-150; Пономарьова, Г. Боротьба з тероризмом і міжнародне гуманітарне право / Український часопис міжнародного права. — 2005. — № 2. — С. 53-56; Adam Roberts, Counter-terrorism, Armed Force and the Law of War, Survival Vol. 44, № 1,7, 11-15 (Spring 2002).

² Гассер, Х.—П. Террористические акты, «терроризм» и международное гуманитарное право // Междунар. журн. Красного Креста: сб. ст. — 2002. — С. 235-268; Гнатовский, Н.Н. Правовые аспекты атак террористов-смертников, рассматриваемые нормами международного гуманитарного права / Український часопис міжнародного права. — 2005. — № 2. — С. 57-63; Емельянов, В.П. Проблемы ответственности за международный терроризм // Гос. и право. — 2000. — № 1. — С. 70-77; Прокофьев, Н.В. К вопросу о борьбе с международным терроризмом на территориях иностранных государств // Моск. журн. междунар. права. — 2003. — № 1; Хлестов, О.Н. Вооруженная борьба против международного терроризма / О.Н. Хлестов, М.Л. Мышляева // Моск. журн. междунар. права. — 2001. — № 4; Черкес, М.Е. Международное право после 11 сентября 2001 года // Международное право после 11 сентября 2001 года: сб. науч. ст. / под. ред. М.Ф. Орзиха, М.Е. Черкеса. — О.: Фенікс, 2004. — (Б-ка журн. «Юридический вестник»).

³ Дерман, К. Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов» // Междунар. журн. Красного Креста: сб. ст. — 2003. — С. 51-87; Тузмухамедов, Б.Р. Хамдан против Рамсфелда: уроки и параллели // Рос. ежегодник междунар. права. 2006. — СПб.: СКФ «Россия—Нева», 2008. — Спец. вып. — С. 129-139; Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

причинам наделять «террористов» новым статусом, в определенной степени расширяя их права. И думается, такая позиция вполне обоснованна. Но с появлением новой угрозы – международного терроризма, обладающего, на наш взгляд, совершенно иными качественными характеристиками, с фактическим признанием международным сообществом за некоторыми проявлениями международного терроризма характера вооруженного конфликта международного характера¹, возникает необходимость закрепления нового, и как следствие, определенного статуса лиц, участвующих в проявлениях международного терроризма. И понятно, что на переднем крае здесь находятся государства в большей степени столкнувшиеся с этой новой угрозой, и их позиция по вопросу незаконных комбатантов как на официальном, так и доктринальном уровне будет отличаться от позиции государств и соответствующих ученых.

Рассмотрение международной террористической организации в качестве стороны в вооруженном конфликте предполагает наделение ее членов определенным статусом. Однако, по нашему мнению, необходимо изначально определиться о каком конфликте идет речь. Как известно, в международном гуманитарном праве имеет определяющее значение классификация вооруженного конфликта. Причем развитие этого института свидетельствует о постепенном развитии видового разнообразия вооруженных конфликтов и, соответственно, их нормативного закрепления – война, а в современной интерпретации вооруженный конфликт международного характера; вооруженный конфликт немеждународного характера; смешанные конфликты (интернационализованные); асимметричные конфликты. Причем, как уже отмечалось, терроризм приобрел новое качество, став международным, и фактически отнесен (в конкретном случае) к вооруженным конфликтам международного характера. Следует отметить, что администрация Буша в качестве ответа на нападения Аль-Каиды стала трактовать борьбу с терроризмом в качестве «войны» в узком, правовом значении этого термина, что отразилось на практике обращения с заключенными, на решении вопроса о возможности применения пыток, на правовых гарантиях законности ареста и действии презумпции невиновности².

При этом классификация вооруженного конфликта не является самоцелью международного гуманитарного права. Цель – защита жертв войны, которая, однако, достигается, в том числе, посредством применения норм, рассчитанных именно на тот или иной вид вооруженного конфликта (а их

¹ Одним из оснований для такой квалификации является резолюция S/Res/1368(2001), в которой Совет Безопасности ООН признал «неотъемлемое право на индивидуальную или коллективную самооборону в соответствии с Уставом» и «рассматривает подобные действия, как и любые террористические акты, как угрозу международному миру и безопасности».

² См. Военный приказ от 13 ноября 2001 г., изданный президентом США Бушем, *Detention, Treatment, and Trail of Certain Non-Citizens in the War against Terror* // Greenberg K.J., Dratel J.L. (ed.), *The Torture Papers – The Road to Abu Ghraib*, Cambridge University Press, 2005, p. 25–28; *The Memo of US-President G.W. Bush on Humane Treatment of al-Qaeda and Taliban Detainees*, February 7, 2002 // M. Danner (ed.), *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York Review Books, New York, 2004, p. 105-106, и документацию по практике допросов, опубликованную в: M. Danner (ed.), *ibid.*, p. 108-215. Цит. по: Паулюс А. Заметки о решениях Европейского Суда по правам человека по делам Исаева и Исаева и другие против России / <http://www.mgimo.ru/alleurope/2006/23/big-paulus-pravo.html>

специализация зачастую определяет эффективность), а применение этих норм в других обстоятельствах может быть невозможной в силу сферы действия нормативного акта. Поэтому правильная квалификация вооруженного конфликта может иметь определяющее значение для эффективного применения соответствующих норм международного гуманитарного права.

Однако в настоящее время, несмотря на признанное и нормативно закрепленное видовое разнообразие вооруженных конфликтов, существуют определенные сложности при их квалификации, и соответственно приводят к снижению эффективности реализации норм международного гуманитарного права. Как указывает Н. Н. Гнатовский, сложный и подчас нетрадиционный характер современных вооруженных конфликтов, атипичность их субъектного состава (государства, негосударственные образования, индивиды), трудности при квалификации по стандарту «международный характер – немеждународный характер», усложнение средств и методов ведения вооруженного конфликта требуют принятия всех возможных мер для обеспечения соответствия новым условиям применимых норм международного права и механизма их реализации¹.

Применительно к теме нашего исследования возникает обоснованный вопрос: в полной ли мере международный терроризм подпадает под признаки и соответствующие нормы классических видов конфликтов, или же, при его развитии, человечество столкнется с необходимостью выделения нового вида вооруженных конфликтов (часто говорят об асимметричных конфликтах) и его нормативной регламентацией, как это было при принятии Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (далее Дополнительный протокол II)? Оставляя этот вопрос пока без прямого ответа, мы в дальнейшем будем касаться вопроса классификации международного конфликта как определенного вида вооруженного конфликта исходя из анализа существующих нормативных актов, поскольку этот вопрос является определяющим для предмета данной статьи.

Общепринято, что в международном гуманитарном праве выделяют беспорядки внутри страны и ситуации внутренней напряженности, которые, по сути, вооруженными конфликтами не являются; вооруженные конфликты международного характера; вооруженные конфликты немеждународного характера; смешанные конфликты. Акты террора в период беспорядков внутри страны и в ситуациях внутренней напряженности классифицируются в соответствии с внутригосударственным законодательством и не порождают правового статуса террористов по международному гуманитарному праву; что касается вооруженных конфликтов немеждународного характера, то в силу формального отсутствия в них термина «комбатант», естественно речь не может идти и о «незаконных комбатантах». Право, применимое в вооруженных конфликтах немеждународного характера, не предусматривает привилегий

¹ Гнатовский Н.Н. Международная ответственность государства и уголовная ответственность индивида за нарушение норм МГП: соотношение и взаимосвязь // Рос. ежегодник междунар. права. 2006. — СПб.: СКФ «Россия—Нева», 2008. — Спец. вып. — С. 101.

комбатанта (то есть права участвовать в военных действиях и отсутствия наказания в связи с законным участием в боевых действиях)¹. Более того, в отношении защиты этих лиц действуют четкие нормы: при захвате в плен или задержании все лица, не принимающие активное/непосредственное участие в военных действиях или прекратившие принимать в них участие, подпадают под действие соответствующих положений международного гуманитарного права (ст. 3, общей для всех Женевских конвенций от 12 августа 1949 г., ст. ст. 4-6 Дополнительного протокола II), а также соответствующих положений международного обычного права². Таким образом, понятие «незаконный комбатант» можно рассматривать только применительно к международным вооруженным конфликтам или интернационализированным (смешанным) конфликтам.

С другой стороны, если мы говорим о войне с международным терроризмом, то в этой войне (международном вооруженном конфликте) должны быть соответствующие стороны. Традиционно стороной международного вооруженного конфликта является государство (ст. 2, общая для всех Женевских конвенций 1949 г.) или народы, ведущие борьбу против колониального господства, как указано в п. 4 ст. 1 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (далее Дополнительный протокол I). Таким образом, договорные нормы международного гуманитарного права не предусматривают иных сторон международного вооруженного конфликта, чем указано выше.

Однако в соответствии с обычным правом, стороны вооруженного конфликта не должны быть обязательно государствами, хотя и должны владеть определенным международным статусом, хотя бы *de facto*. Это противоречие в настоящее время не нашло окончательного решения в договорном международном гуманитарном праве. Следовательно, можно говорить о том, что вооруженный конфликт с участием международной террористической организации в качестве стороны является международным³ исключительно на основании международного обычая.

Рассмотрение понятия «незаконный комбатант» применительно к членам международных террористических организаций невозможно без глубокого анализа понятий «комбатант», «гражданское население», «некомбатант», а также характеристики определенных категорий лиц, имеющих неоднознач-

¹ Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, para. 70.

² Дерман, К. Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов» // Междунар. журн. Красного Креста: сб. ст. — 2003. — С. 52.

³ Как указывает К.У. Уоткин, представление о том, что международный вооруженный конфликт происходит лишь между государствами, подверглось дальнейшему размыванию в связи с кампанией против терроризма, последовавшей за 11 сентября 2001 г. Международная природа этого конфликта получила признание в региональной кампании, которая ведется в осуществление права на самооборону, на основе резолюций Совета Безопасности ООН и последних судебных решений в США. См.: Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

ный статус в международном гуманитарном праве (шпионы, наемники, диверсанты и т. п.), и которых некоторые авторы относят к числу незаконных комбатантов.

В международном гуманитарном праве одной из основополагающих категорий является категория «комбатант». Его антонимом стал термин «гражданские лица». Комбатанты являются законными участниками войны, имеют право принимать непосредственное участие в военных действиях, и соответственно являются правомерным объектом нападения. В случае взятия в плен они обладают статусом военнопленного. Гражданские лица пользуются защитой от опасностей, возникающих в связи с военными действиями, и не должны становиться объектом нападений. Так, Ф. Ф. Мартенс указывает, что частные мирные и безоружные лица (выделено нами, Т. К.) не могут быть непосредственным предметом военных операций¹.

Принцип установления различия между комбатантами и гражданскими лицами является краеугольным камнем современного международного гуманитарного права². Этот принцип был признан не сразу, до XVIII века считалось, что война вовлекает в сражения не только государства и армии, но и народы. В кодификации норм обычного международного гуманитарного права этот принцип носит наименование Принципа различия³. Согласно Норме 1, стороны вооруженного конфликта всегда должны различать гражданских лиц и комбатантов. Нападение может быть направлено только против комбатантов. Нападение не может быть направлено против гражданских лиц⁴. В п. 3 ст. 44 Дополнительного протокола I, Принцип различия сформулирован следующим образом: «Для того чтобы содействовать усилению защиты гражданского населения от последствий военных действий, комбатанты обязаны отличать себя от гражданского населения в то время, когда они участвуют в нападении или в военной операции, являющейся подготовкой к нападению». Именно применение этого принципа встречает серьезные сложности в международном гуманитарном праве. На это обращает внимание К. У. Уоткин: «зна-

¹ Мартенс, Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2-х томах / Под ред. и с биографическим очерком доктора юридических наук, профессора В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2008. — (Серия «Русское юридическое наследие»). — С. 333.

² В заявлении, которое сделал Президент МККК Якоб Келленбергер 5 сентября 2002 г. на XXVI Круглом столе в Сан-Ремо, касающемся текущих проблем международного права, говорилось, что краеугольный камень Дополнительного протокола I — это принцип, требующий, чтобы стороны в вооруженном конфликте во все времена проводили различие как между гражданским населением и комбатантами, так и между гражданскими объектами и военными целями. Г-н Келленбергер заявил также, что «этот принцип имеет первостепенное значение, поскольку законное нападение может быть направлено только против комбатантов и военных целей». См. Dr. Jacob Kellenberger, *International Humanitarian Law at the Beginning of the 21st Century, Statement at the 26th Round Table in San Remo on the Current Problems of International Humanitarian Law: «The Two Additional Protocols to the Geneva Conventions: 25 Years Later—Challenges and Prospects»* (Sep. 5, 2002), at <http://www.icrc.org/eng>. Цит. по: Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

³ Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми. / Український часопис міжнародного права. — 2006. — № 2. — С. 7.

⁴ Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми. / Український часопис міжнародного права. — 2006. — № 2. — С. 7.

чительная доля разногласий, касающихся состоятельности международного гуманитарного права, возникает вокруг принципа проведения различия»¹.

В некоторых случаях в качестве антонима «комбатант» используют термин «некомбатант»², однако, как известно, это отдельная категория лиц, входящих в состав вооруженного сил, но не принимающих участие в конфликте³. Ф. Ф. Мартенс определяет их как несражающихся, но входящих в состав вооруженных сил, и указывает, что «все эти лица называются некомбатантами в специальном смысле этого слова»⁴. Для определения возможности выделения в качестве самостоятельной группы⁵ «незаконных комбатантов» является важным вопрос о том, относятся ли некомбатанты в специальном смысле, к одной из двух основных категорий – комбатантам или гражданским лицам, либо же они являются самостоятельной категорией. Анализ Норм 3 и 5⁶ обычного международного права⁷ позволяет сделать вывод о самостоятельном, но вторичном, характере этой группы⁸, не входящей в состав ни комбатантов, ни гражданского населения. Что касается Женевских конвенций от 12 августа 1949 г., то исходя из абз. 4 ст. 4 Женевской конвенции IV, некомбатанты не относятся к гражданскому населению, т. к. они подпадают под покровительство Женевских конвенций I-III. Применительно к категории некомбатантов в Женевских конвенциях I-III используются понятия «санитарный и духовный персонал» (ст. ст. 4, 7 Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12 августа 1949 г.), санитарный личный со-

¹ Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

² См.: Гнатовский, Н.Н. Правовые аспекты атак террористов-смертников, рассматриваемые нормами международного гуманитарного права / Український часопис міжнародного права. — 2005. — № 2. — С. 61; Жан Пикте. Развитие и принципы международного гуманитарного права. Международный Комитет Красного Креста. — С. 67; Мартенс, Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2-х томах / Под ред. и с биографическим очерком доктора юридических наук, профессора В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2008. — (Серия «Русское юридическое наследие»). — С. 342.

³ На неоднозначность использования термина «незаконный комбатант», и на изменение в его содержание в различные периоды указывает К.У. Уоткин. См.: Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

⁴ Мартенс, Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2-х томах / Под ред. и с биографическим очерком доктора юридических наук, профессора В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2008. — (Серия «Русское юридическое наследие»). — С. 345.

⁵ Мы согласны с мнением К.У. Уоткина о том, что вопрос сводится не к тому, есть ли третья категория, а скорее к тому, достаточно ли полно и реалистично учитывает международное гуманитарное право гражданских лиц, принимающих участие в военных действиях. Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

⁶ Все лица, которые входят в личный состав вооруженных сил стороны конфликта, являются комбатантами, кроме медицинского и духовного персонала (Норма 3); Гражданские лица — это лица, которые не входят в личный состав вооруженных сил (Норма 5).

⁷ Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми. / Український часопис міжнародного права. — 2006. — № 2. — С. 8.

⁸ Перечень лиц, относящихся к некомбатантам, перечислен в ст. 33 Женевской конвенции от 12 августа 1949 г. об обращении с военнопленными.

став (ст. 24 Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12 августа 1949 г.), медицинский и духовный персонал (Глава IV Женевской конвенции III), однако непосредственно термин «некомбатант» не используется.

Положения ст. 50 Дополнительного протокола I по этому вопросу носят не столь однозначный характер, поскольку ссылка на ст. 43 указанного Протокола предполагает неотнесение к гражданским лицам лиц, перечисленных в том числе, и в ст. 43 Дополнительного протокола I. Но некомбатанты там не перечислены, а только указано, что они хоть и входят в состав вооруженных сил, но комбатантами не являются.

На самостоятельный характер этой группы, как уже подчеркивалось, указывает то, что ее защита осуществляется Женевскими конвенциями I-III, а не Женевской конвенцией IV, и Частью 2 Дополнительного протокола I. Но если мы выделяем в качестве самостоятельной, но на наш взгляд, вторичной (по отношению к основным группам – гражданское население и комбатанты), группу некомбатантов, почему недопустимо выделить в качестве отдельной, не относящейся ни к гражданским лицам, ни к комбатантам группу незаконных комбатантов, тем более предпосылки для этого существуют. Тем более, как это показано в отношении некомбатантов, и будет проанализировано в отношении комбатантов и гражданского населения, абсолютно однозначной и единой терминологии в отношении категорий покровительственных лиц ни в Женевских конвенциях от 12 августа 1949 г., ни в Дополнительных протоколах к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., нет. На наш взгляд, это связано с особенностями развития нормативного регулирования в международном гуманитарном праве, не всегда полным соответствием между договорными нормами, принятыми в разное время, часто их компромиссным характером, а также между договорными нормами и обычными нормами международного гуманитарного права.

Таким образом, мы исходим из следующей классификации – две основные группы – гражданские лица и комбатанты, и наличие вторичных, дополнительных групп – некомбатанты, возможно незаконные комбатанты. Существует и другой подход, согласно которому выделяются две основные группы – гражданские лица и комбатанты (между которыми распределено все население), в составе которых можно выделить подгруппу, как, например, «непривилегированных воюющих»¹. Различие в этих подходах состоит в следующем. Во-первых, это наличие/отсутствие более чем двух групп, на которые подразделяется население в случае вооруженного конфликта. Во-вторых, это сближение лиц, незаконно участвующих в вооруженном конфликте, с комбатантами – «незаконные комбатанты», или с гражданскими лицами – «непривилегиро-

¹ Такого подхода придерживается К.У. Уоткин. Непривилегированный воюющий, является гражданским лицом (т.е. лицом, не имеющим статуса комбатанта), принимающим участие в боевых действиях, то есть совершающим враждебный акт и лишенным как защиты от нападения, предоставляемой гражданским статусом, так и привилегии стать военнопленным. См. Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

ванные воюющие», «непривилегированные комбатанты». Правда, исходя из логики, тогда необходимо говорить и об «непривилегированных гражданских лицах».

Тем не менее, бесспорно, что две основные категории – гражданские лица и комбатанты носят «статусный» характер, и именно они прямо или опосредованно¹ определяют объем прав и обязанностей индивидов в период вооруженного конфликта. Рассмотрим содержание этих категорий подробнее.

Комбатанты, согласно п. 2 ст. 43 Дополнительного протокола I, – это лица, входящие в состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте, и они, исходя из этого статуса, имеют право принимать непосредственное участие в военных действиях. Таким образом, должен наличествовать вооруженный конфликт, его стороны, вооруженные силы стороны, и только после этого можно говорить о наличии комбатантов. При этом, на основе положения ст. 50 Дополнительного протокола I о том, что гражданскими лицами являются лица, не принадлежащие ни к одной из категорий лиц, указанных в ст. 4 А 1, 2, 3, 6 Женевской конвенции III и ст. 43 Дополнительного протокола I, можно сделать вывод, что к комбатантами² являются только лица, перечисленные в указанных статьях (хотя они не названы «комбатантами», а указано только, что они не принадлежат к гражданскому населению)³.

Следует обратить внимание еще на одну особенность выделения категории комбатант. Это категория групповая, основанная на характеристике и принадлежности лица группе, обладающей соответствующими признаками (критериями). На эту особенность указывает К. У. Уоткин⁴, а Mallison, отмечает, что все шесть критериев, определяющих принадлежность к комбатантам – организация, связь со стороной в конфликте, военное командование, отличительный знак, открытое ношение оружия и соблюдение законов и обычаев войны являются коллективными критериями, а последние три относятся как к группе, так и к отдельным лицам⁵. Т. е. при отсутствии этих групповых признаков лицо не будет относиться к комбатантам, и даже при непосредственном

¹ Например, через комбатантов определяется перечень лиц, относящихся к раненым и больным, военнопленным, находящимся под покровительством соответствующих Женевских конвенций 1949 г.

² В работе Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* 111, п. 44 105 (2nd ed. 1990) (1993) выражена точка зрения о том, что военнопленные, раненые, больные, лица, потерпевшие кораблекрушение, и другие лица, вышедшие из строя, имеют право на то, чтобы с ними обращались как с комбатантами, хотя уже не действующими активно. См.: Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

³ Таким образом, в Дополнительном протоколе I заложена концепция о дихотомической структуре субъектного состава в период вооруженного конфликта, подразделении его на гражданское население и комбатантов.

⁴ Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

⁵ W.T. Mallison & S.V. Mallison, *The Judicial Status of Irregular Combatants under International Humanitarian Law*, 9 *Case W. Res. J. Int'l L.* 39, 62 (1977). Цит. по: Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

участии в вооруженном конфликте комбатантом не является, как впрочем на время такого участия и не пользуется общей защитой от последствий военных действий, которая предоставляется гражданскому населению (п. 3 ст. 51 Дополнительного протокола I). О проблемах, связанных с их переходом в статус гражданских лиц мы скажем ниже, однако возникает вопрос, связана ли противная сторона нормами относительно средств и методов ведения войны по отношению этих лиц, принимающих непосредственное участие в военных действиях, но комбатантами не являющихся, и на период такого участия фактически не являющихся и гражданскими лицами?

Что касается определения понятия «гражданское население», то его главным признаком является неучастие в вооруженном конфликте. На это указывает В. В. Алешин: «К гражданскому населению относятся лица, не принадлежащие ни к одной категории участников боевых действий и непосредственно не принимающие участия в вооруженном конфликте»¹. Однако, как указано выше, в Женевских конвенциях от 12 августа 1949 г. и ст. 43 Дополнительного протокола I несколько иной подход к категории «гражданские лица», который к тому же несколько различается в этих документах.

Анализ положений ст. 50 Дополнительного протокола I позволяет сделать вывод, что основным критерием, по которому лица относятся к гражданскому населению, является неотнесение их к категории комбатант, а не неучастие в вооруженном конфликте. Как указывает К. У. Уоткин, в различных международных соглашениях делалась попытка дать определение понятию комбатант², при этом все остальные считались гражданскими лицами³. Предлагалось считать такой подход более предпочтительным, потому что он охватывает все категории лиц без исключения. Более того, все было сделано для того, чтобы сохранить простоту и однозначность этих норм. Цель такого подхода – повысить вероятность соблюдения норм международного гуманитарного права⁴.

Поэтому лица, которые принимают фактическое участие в вооруженном конфликте, но к комбатантам не относятся, исходя из ст. ст. 43, 46, 47 Дополнительного протокола I, относятся к гражданскому населению. Таким образом, к гражданскому населению по смыслу ст. 50 Дополнительного протокола I, относятся и шпионы, и наемники, что в принципе противоречит смыслу общепринятому понятию «гражданское население»⁵. Согласно п. 3 ст. 51 Дополни-

¹ Алешин В.В. Правовое регулирование вооруженных конфликтов и его роль в обеспечении безопасности Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2007. — С. 6.

² См.: ст.ст. 1-3 Гаагского положения о законах и обычаях сухопутной войны, ст. 4 Женевской конвенции от 12 августа 1949 г. об обращении с военнопленными, и ст.ст. 43-44 Дополнительного протокола I.

³ Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

⁴ A.P.V. Rogers, *Law on Battlefield* 7-9, (Manchester University Press 1996). Цит. по: Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

⁵ К.У. Уоткин обращает внимание на то, что использовать термин «гражданское лицо» при описании правового статуса группы боевиков, которые не соответствуют статусу комбатанта, по мень-

ного протокола I эти лица находятся под защитой как гражданское население, за исключением случаев и на такой период, пока они принимают непосредственное участие в военных действиях. Этот критерий применяется и в Норме 6 обычного международного гуманитарного права.

На наш взгляд, внутреннее противоречие заложено в перечислении в ст. 50 Дополнительного протокола I категорий, относящихся к гражданским лицам без учета особенностей статуса шпионов и наемников (особо выделенных в Женевской конвенции об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г.), предусмотренного в ст. ст. 46, 47 Дополнительного протокола I. Именно их было бы целесообразно выделить в качестве отдельной категории и отнести к незаконным комбатантам (дополнив этот перечень диверсантами, и как мы укажем далее, членами международных террористических организаций при определенных условиях), и предоставив им определенный, специальный правовой статус, отличный как от статуса гражданского населения, так и от статуса комбатантов. Однако, при нынешней ситуации, в рамках современного права Женевы¹, все они относятся к гражданскому населению.

Следует отметить, что согласно Норме 6, гражданские лица находятся под защитой от нападений, кроме случаев, когда и пока они принимают непосредственное участие в вооруженных действиях². Т. е. различие фактически проводится, но по отношению к гражданскому населению оно не носит институционального характера, за исключением выделения шпионов и наемников в Дополнительном протоколе I. Причем, исходя из смысла Нормы 6, непосредственное участие гражданских лиц в вооруженных действиях не меняет их статуса – они продолжают оставаться гражданскими лицами.

Однако в Женевских конвенциях от 12 августа 1949 г. заложено несколько иное соотношение понятий «гражданское население» и «комбатанты», чем в Дополнительных протоколах к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. В Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. прямо не определяется понятие гражданское население, а используется понятие «под защитой Конвенции состоят лица», «лицо, находящееся под покровительством Конвенции». Причем указанием на круг покровительствуемых лиц (в отношении дифференциации на комбатант/покровительствуемое лицо) является абз. 4 ст. 4 Женевской конвенции IV, согласно которому лица, находящиеся под защитой Женевских конвенций I-III не рассматриваются в качестве лиц, пользующихся покровительством по смыслу Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. При этом в ст. 5 Женевской конвенции IV прямо указывается, что если лицо задержано в качестве шпиона, диверсанта, или подозреваемого

шей мере, неловко. См.: Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

¹ Именно право Женевы, а не в целом международного гуманитарного права, хотя положение об единстве права Женевы и права Гааги в рамках международного гуманитарного права не вызывает сомнений.

² Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми. / Український часопис міжнародного права. — 2006. — № 2. — С. 8.

в деятельности, враждебной для безопасности государства, то такое лицо не будет иметь право претендовать на такие права и преимущества, предоставляемые Конвенцией, которые наносили бы ущерб безопасности этого государства, если бы они предоставлялись данному лицу (абз. 1 ст. 5); либо данное лицо может быть лишено прав на связь, предоставляемых Женевской конвенции IV (абз. 2 ст. 5).

Таким образом, согласно Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., можно выделить лиц, находящихся под защитой Женевских конвенций I-III (а это далеко не всегда комбатанты, о чем свидетельствуют положения ст. 4 Женевской конвенции об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г., а также распространение их на некомбатантов), и остальных лиц, находящихся под покровительством Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г., с учетом особого статуса лиц, перечисленных в ст. 5 указанной Женевской конвенции IV. Именно в эту схему, на наш взгляд вполне укладывается (по крайней мере, ей не противоречит) понятие незаконный комбатант – как лицо, участвующее в вооруженном конфликте без права на это. И исходя из логики деления на покровительствуемых лиц, незаконные комбатанты подпадают под защиту Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г., что на наш взгляд в определенной степени дискредитирует понятие «гражданское лицо» и снижает эффективность защиты гражданского населения. Т. е. подчеркнем, что по нашему мнению применение в международном гуманитарном праве понятия «незаконный комбатант» и его институализация приведет к усилению защиты гражданского населения в собственном смысле этого слова, и гарантированию минимальных стандартов для лиц, отнесенных к числу незаконных комбатантов.

Исходя из вышеизложенного, трудно не согласиться с К. У. Уоткиным о наличии многочисленных сложностей в применении четкого различия между комбатантом и гражданским лицом: в формулировании ясных и полных критериев для статуса комбатанта; в определении достаточного количества критериев, позволяющих считать, что гражданское лицо принимает участие в военных действиях; в применении принципа различия по всему спектру конфликта; учет присутствия гражданских лиц в зоне боевых действий или их участия в военных усилиях государства¹.

Исследовав приемлемость самого понятия «незаконный комбатант», его соотношение с базовыми категориями международного гуманитарного права и основное содержание, остановимся на анализе категорий лиц, применительно к которым допустимо использовать анализируемое понятие.

Особой категорией в международном праве являются наемники². В настоящее время наемничество не только сохранено, но и произошло расшире-

¹ Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc

² См.: Алешин, В.В. Понятие и противоправность наемничества // Моск. журн. междунар. права. — 1998. — № 3. — С. 60-73;

ние масштабов и диверсификация наемнической деятельности, особенно в сфере деятельности частных компаний, оказывающих военные консультационные услуги и услуги в области военной помощи и безопасности¹. Наемники непосредственно участвуют в вооруженном конфликте, могут обладать большинством признаков комбатантов, однако при этом комбатантами не являются, и исключаются из сферы действия норм, направленных на закрепление статуса комбатантов и защиту производных категорий. Об этом свидетельствует как норма обычного права, согласно которой: «наемники...не имеют права на статус комбатанта или военнопленного»². В ст. 47 Дополнительного протокола I³ постулируется: «Наемник не имеет права на статус комбатанта или военнопленного». Можно прийти к неоднозначному выводу о том, что поскольку норма о статусе наемников содержится в Разделе II «Статус комбатантов и военнопленных», наемники не относятся ни к комбатантам (что вполне обоснованно), ни к гражданским лицам (что оспоримо). Фактически их статус носит специальный характер и определяется нормами Дополнительного протокола I и положениями Международной конвенции о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников 1989 г.

При этом следует иметь в виду, что наемники могут выступать в качестве шпионов, диверсантов, террористов⁴, лиц, подозреваемых в совершении действий, направленных против безопасности государства или оккупирующего государства, либо участвующих в их совершении⁵. Более того, как указа-

¹ п. 70 Доклада, представленного Специальным докладчиком г-ном Энрике Берналесом Бальестересом, Использование наемников как средство нарушения прав человека и противодействие осуществлению права народов на самоопределение, E/CN.4/2004/15, 24 декабря 2003 г. / <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rrprtselfdetermination2004.html>

² Норма 108. Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми. / Український часопис міжнародного права. — 2006. — № 2. — С. 13.

³ Анализируя ст. 47 Дополнительного протокола I Энрике Берналесом Бальестересом указывает, что: «В реальном же плане, в силу его характера как документа в области международного гуманитарного права, в нем не содержится надлежащих юридических положений в отношении наемника, а лишь допускается возможность его появления в ходе вооруженного конфликта. Таким образом, данный документ ограничивается регулированием конкретной ситуации, в привязке к которой и трактуется понятие «наемник»; в этой статье перечисляется целый ряд кумулятивных элементов, которые в своей совокупности и должны позволить определить, кто является наемником, а кто таковым не является. См.: п. 38 Доклада, представленного Специальным докладчиком г-ном Энрике Берналесом Бальестересом, Использование наемников как средство нарушения прав человека и противодействие осуществлению права народов на самоопределение, E/CN.4/2004/15, 24 декабря 2003 г. / <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rrprtselfdetermination2004.html>

⁴ На использование наемников при осуществлении террористических актов указывает Специальный докладчик г-н Энрике Берналесом Бальестересом: «Ничто не удерживает наемника от того, чтобы за материальное вознаграждение принять участие в совершении террористического акта, квалифицируемого как преступное деяние, которое продиктовано идеологическими соображениями, претендующими на политическую законность, и которое совершается с целью нагнетания атмосферы тотального страха. При расследовании любого террористического нападения нельзя исключать возможность причастности к нему наемников». См.: п. 35 Доклада, представленного Специальным докладчиком г-ном Энрике Берналесом Бальестересом, Использование наемников как средство нарушения прав человека и противодействие осуществлению права народов на самоопределение, E/CN.4/2004/15, 24 декабря 2003 г. / <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rrprtselfdetermination2004.html>

⁵ Доклад, представленный Специальным докладчиком г-ном Энрике Берналесом Бальестересом, Использование наемников как средство нарушения прав человека и противодействие осуществлению права народов на самоопределение, E/CN.4/2004/15, 24 декабря 2003 г. / <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rrprtselfdetermination2004.html>

но в вербальной ноте Постоянного представительства Российской Федерации при Отделении Организации Объединенных Наций в Женеве от 7 августа 2003 года, в последние годы проблема наемников неразрывно связана с международным терроризмом. Ее важность определяется широким масштабом и глобальным характером деятельности боевых экстремистских формирований, имеющимися у них значительными финансовыми средствами¹.

По мнению Энрике Берналесом Бальестересом, международно-правовые документы, касающиеся наемников, являются неполными и имеют серьезные пробелы, что затрудняет их применение и поэтому назрела необходимость пересмотра норм международного законодательства в этой области, и им было предложено новое, более точное юридическое определение понятия «наемник»². На наш взгляд, это касается и определения понятия и статуса наемника в нормах международного гуманитарного права.

Что касается отнесения к категории «незаконных комбатантов» членов международной террористической организации, то здесь наибольший «опыт» имеют США. Практика надления членов международной террористической организации самостоятельным статусом нашла отражение в принятом 28 сентября 2006 г. Конгрессом США Законе о военных комиссиях (Military Commissions Act, 2006). Указанный Закон был принят в ответ на решение Верховного суда США по делу Хамдан против Рамсфелда от 29 июня 2006 г. Суд признал незаконными учрежденные указом президента США от 13 ноября 2001 г. военные комиссии.

Следовательно, целесообразно последовательно рассматривать изменения в классификации лиц согласно законодательства США, участвующих в вооруженном конфликте, одной из сторон которого является международная террористическая организация, до и после принятия Закона 2006 г.

Военные комиссии – это квази-судебный орган для уголовного преследования лиц, обвиняемых в причастности к террористическим актам против США, в котором подсудимый не может пользоваться рядом основных прав, обязательных в гражданских судах общей юрисдикции или в военных трибуналах³.

До принятия Закона 2006 г. члены «Аль-Каиды» классифицировались как «вражеские комбатанты» и их дела в особом порядке рассматривались военной комиссией. После принятия Закона 2006 г. перед трибуналом в Гуантанамо могут представлять только те задержанные, которые классифицируются соответствующими трибуналами по рассмотрению статуса узников Гуантанамо

¹ См.: п. 14 Доклада, представленного Специальным докладчиком г-ном Энрике Берналесом Бальестересом, Использование наемников как средство нарушения прав человека и противодействие осуществлению права народов на самоопределение, E/CN.4/2004/15, 24 декабря 2003 г. / <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rrprtselfdetermination2004.html>

² См.: Раздел V Доклада, представленного Специальным докладчиком г-ном Энрике Берналесом Бальестересом, Использование наемников как средство нарушения прав человека и противодействие осуществлению права народов на самоопределение, E/CN.4/2004/15, 24 декабря 2003 г. / <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rrprtselfdetermination2004.html>

³ Тузмухамедов, Б.Р. Хамдан против Рамсфелда: уроки и параллели // Рос. ежегодник междунар. права. 2006. — СПб.: СКФ «Россия—Нева», 2008. — Спец. вып. — С. 130.

или «иным компетентным трибуналом» как «незаконные вражеские комбатанты».

Таким образом, любое лицо, в том числе из числа гражданского населения, может быть признано по законодательству США «незаконным вражеским комбатантом». Если при рассмотрении статуса лица не подтверждается его статус «незаконного вражеского комбатанта», то они не подлежат суду в соответствии с Законом 2006 г. Так, например, были сняты обвинения с гражданина Канды О. Хадра за убийство американского солдата во время боя на предполагаемой базе «Аль-Каиды» в 2002 г., поскольку по Закону 2006 г. он не мог быть классифицирован как «незаконный вражеский комбатант». Однако, в соответствии с ранее действовавшей системой, регулировавшей деятельность трибуналов, О. Хадр назывался «вражеским комбатантом»¹.

Этот закон распространяет понятие комбатанта на любых лиц, которые оказывают «целенаправленную и материальную» поддержку военным действиям против США, даже если они сами не принимают в них непосредственного участия, а арест происходит на значительном отдалении от театра военных действий. При этом трактовка понятия «вражеский комбатант», применяемая статусными трибуналами в Гуантанамо, шире предусмотренной законодательством и распространяется даже на тех, кто из добросовестных побуждений перечислял деньги благотворительному подразделению террористической организации, не подозревая о противозаконном характере последней. Известен, по меньшей мере, один случай, когда задержанный был признан вражеским комбатантом именно по этой причине².

Следовательно, можно говорить как минимум о двух новых категориях в американской правовой системе: «вражеский комбатант» и «незаконный вражеский комбатант». Причем категория «вражеский комбатант» претерпела определенные метаморфозы после принятия Закона 2006 г., а категория «незаконный вражеский комбатант» была введена после принятия Закона 2006 г. При этом, некоторые лица, содержащиеся в Гуантанамо, не подпадают ни под категорию «вражеский комбатант» и «незаконный вражеский комбатант», и на наш взгляд, могут быть квалифицированы как комбатанты, исходя из признания международного характера рассматриваемого конфликта³.

Анализ термина «незаконный комбатант» приводит к вопросу: «незаконным» является комбатант, который незаконно, в нарушение международного права, участвует в вооруженном конфликте, то есть изначально комбатантом **не является**, и соответственно не является законным участником войны (вариант 1); или не являясь комбатантом, не соблюдая определенные нормы международного гуманитарного права, им **не становится**, а в другой ситуации им бы ставший (вариант 2); либо он является комбатантом, т. е. законным участником войны, но нарушающим определенные нормы, в частности междуна-

¹ С канадца из Гуантанамо сняты обвинения ЛІГАБізнесІнформ Інформаційне агентство / www.liga.net

² Американский закон о военных комиссиях 2006 г. // <http://www.hrw.org/russian/backgrounders/2003/usa/law.html>

³ С канадца из Гуантанамо сняты обвинения. 05.06.2007. ЛІГА БізнесІнформ Інформаційне агентство // www.liga.net

родного гуманитарного права, и поэтому становится «незаконным комбатантом» (вариант 3).

Существуют и другие вариации определения понятия «незаконный комбатант», как комбатант, не подпадающий под защиту конвенций¹. Достаточно подробно статус последней категории лиц проанализировал Курт Дерман в своей статье «Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов»», именно в контексте права на правовую защиту «незаконных/не подпадающих под защиту конвенций комбатантов», предоставляемой международным гуманитарным правом².

1. Рассмотрим случай незаконного участия в военных действиях определенных категорий лиц, комбатантами не являющимися, но фактически не являющимися и гражданском населением. С определенной долей условности к ним можно отнести шпионов и диверсантов, а также лиц, подозреваемых в совершении действий, направленных против безопасности государства или оккупирующего государства, либо участвующих в их совершении.

Как уже отмечалось, однако, эти лица, на которых не распространяются Женевские конвенции I-III, пользуются покровительством Женевской конвенции IV в качестве отдельной категории лиц (ст. 5 Женевской конвенции IV). Именно этот специальный характер норм позволяет исключить эти лица из состава гражданского населения, пользующегося общей защитой Женевской конвенции IV, и выделить их в отдельную группу. На это указывает К. Дерман, утверждая, что как понятие «действия, направленные против безопасности государства/оккупирующей державы», так и понятие «диверсионная деятельность», безусловно, подразумевают непосредственное участие (при отсутствии на то права) в военных действиях. Таким образом, ст. 5 Женевской конвенции IV, применима, в частности, к лицам, которые не отвечают требованиям Женевских конвенций I-III, и принимают непосредственное участие в военных действиях, то есть к лицам, называемым «незаконными комбатантами»³. Розенблад так же отмечает, что диверсант, который является **незаконным комбатантом**, с одной стороны, несет наказание в соответствии с Женевской конвенцией IV⁴.

2. Наиболее общепринятое понимание термина «незаконный комбатант» понимается как относящийся ко всем лицам, принимающим непосредственное участие в боевых действиях, но не имеющих на это право, которых по этой причине, в случае их попадания во власть противника, нельзя отнести к военнопленным⁵. Например, под ним обычно понимаются гражданские лица,

¹ Дерман, К. Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов» // *Международ. журн. Красного Креста*: сб. ст. — 2003. — С. 51–87.

² Дерман, К. Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов» // *Международ. журн. Красного Креста*: сб. ст. — 2003. — С. 51.

³ Дерман, К. Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов» // *Международ. журн. Красного Креста*: сб. ст. — 2003. — С. 54.

⁴ См. E. Rosenblad, «Guerrilla warfare and international law». 1973, pp. 110. Цит. по Дерман, К. Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов» // *Международ. журн. Красного Креста*: сб. ст. — 2003. — С. 54.

⁵ G. Aldrich, «The Taliban, Al Qaeda, and the determination of illegal combatants». *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 892; Report on Terrorism and Human Rights, op.cit (примечание

принимающие непосредственное участие в боевых действиях, а также члены народного ополчения и других добровольных формирований – в том числе участники организованных движений сопротивления, – не входящие в состав регулярных вооруженных сил, однако принадлежащие стороне в конфликте, при условии, что они не соблюдают требований, содержащихся в п. 2 ст. 4А Женевской конвенции III¹ (вариант 2). Думается, и к этой категории допустимо применять термин «незаконный комбатант».

3. Что касается лиц, которые являются комбатантами, но не соблюдают в период вооруженного конфликта нормы международного гуманитарного права, то на этот вопрос дает однозначный ответ п. 2 ст. 44 Дополнительного протокола I – нарушение норм международного права, применяемого в период вооруженных конфликтов не лишают комбатанта его права считаться комбатантом или, если он попадает во власть противной стороны, его права считаться военнопленным² (вариант 3). К этой категории применение термина «незаконный комбатант» не соответствует положениям Дополнительного протокола I.

Хотя, наверное, не все столь однозначно. Именно на неоднозначность статуса этой категории лиц обращает внимание К. У. Уоткин «Проблемы, возникающие в связи с отказом в статусе комбатанта³, – одна из сложностей, с которыми мы сталкиваемся при проведении различия исключительно на основе двух категорий: комбатантов и гражданских лиц»⁴.

5), para. 69. Цит. по: Дерман, К. Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов» // *Международ. журн. Красного Креста*: сб. ст. – 2003. – С. 53.

¹ Дерман, К. Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов» // *Международ. журн. Красного Креста*: сб. ст. – 2003. – С. 52–53.

² Однако, следует иметь в виду, что ряд государств сделали оговорки, в соответствии с которыми они не обязаны распространять применение Женевской конвенции III на тех военнопленных, которые осуждены за военные преступления или преступления против человечности. См. *Commentary to Additional Protocol I, para. 1689 footnote 19.* / www.icrc.org

³ Речь идет о лицах, не соответствующим таким критериям, как: открыто носят оружие, не обеспечивают соблюдение норм международного права, применимого во время вооруженного конфликта, имеют различимый на расстоянии постоянный отличительный знак и т.п.

⁴ Уоткин, К.У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века. Материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27-29 июня 2003 г. / http://www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc