**§8. Дискриминация**

Термин дискриминация обычно ассоциируется с чем-то плохим, в частности с нарушением одного из базовых принципов справедливости – равенства. Однако в теории справедливой войны этот термин имеет специфический, положительный смысл. Речь идет о дискриминации как различении (дифференцировании) между комбатантами и некомбатантами, объектами военной инфраструктуры и объектами гражданской инфраструктурами, законными и незаконными целями вооруженных атак. Подобное разграничение в европейской мысли получило развитие только в Средние Века (защита женщин и детей, запрет на применение неизбирательного оружия - зараженных чумой стрел, запрет нападения на источники продовольствия и т.п.), хотя в других традициях известно гораздо раньше. Например, индийский эпос Махабхарата запрещает убивать человека или лошадь, не участвующие в войне, а также посягать на плененных, безоружных или находящихся без сознания воинов. Классическая мусульманская доктрина войны также знает принцип различения[[1]](#footnote-1). А вот в еврейской традиции вообще нельзя говорить о четкой кристаллизации идеи защиты гражданского населения[[2]](#footnote-2), хотя сегодняшняя Армия обороны Израиля придерживается доктрины «чистоты оружия», запрещающей применять оружие против мирного населения и военнопленных.

Принцип дискриминации (различения) обычно относится к принципам jus in bello. Однако в той мере, в которой соразмерность и необходимость оцениваются нами уже на стадии развязывания войны, в такой же мере на этой стадии, по всей видимости, должен получить внимание и принцип дискриминации (а именно, должна оцениваться возможность его выполнения в ходе предстоящей войны, разрабатываться гарантии его выполнения). Принцип дискриминации, на наш взгляд, подразумевает предварительный сбор информации, оценку различных стратегий и средств, позволяющих защитить мирное население, и в том числе это должно происходить до начала войны. Таким образом, разграничения jus ad bellum и jus in bello весьма условно.

В Дополнительном протоколе №1 от 8 июня 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года принцип дискриминации назван «основной нормой» и сформулирован следующим образом: «Для обеспечения уважения и защиты гражданского населения и гражданских объектов стороны, находящиеся в конфликте, должны всегда проводить различие между гражданским населением и комбатантами, а также между гражданскими объектами и военными объектами и соответственно направлять свои действия только против военных объектов».

Н Фоушин так пишет относительно данного принципа: «Во время войны воюющие стороны призывают различать допустимые для нападения цели – такие, как солдаты, матросы, летчики и, возможно, рабочие военных заводов, и недопустимые – такие, как дети, владельцы магазинов, медицинские работники, духовенство. Принцип различения применяется не только к людям, но и к объектам. Аэропорты, дороги и железнодорожные объекты, интенсивно используемые военными, заводы, изготовляющие военное снаряжение, так же, как и объекты, предназначенные для военных нужд, – все это подлежит нападению, а госпитали, религиозные учреждения, школы и дома гражданского населения не подлежат»[[3]](#footnote-3).

Сегодня развитие технологий позволяет осуществлять вооруженные атаки всё более точечно, что в теории должно способствовать выполнению принципа дискриминации. Однако важно помнить, что технологии – это не панацея. В частности, в асимметричных войнах использование высокоточных вооружений может вызвать ответную реакцию противника, связанную с использованием местного населения в качестве «живых щитов». Поэтому никакое развитие технологий не сможет снять с человека морального бремени. Более того, на практике развитие технологий идет в ногу с увеличением доли гражданского населения среди жертв войны. Следовательно, дискриминация сегодня актуальна как никогда. Кроме того, один из основных аргументов пацифистов против моральной оправданности войн состоит в том, что раз любая война предполагает жертвы среди гражданских лиц, она уже несправедлива. Этот аргумент также демонстрирует особую значимость принципа различения.

Одним из общих мест, характерным для различных исследователей (М. Уолцер, Б. Оренд, А. Пирс, У. Дармош, Н. Фоушин, Х. Сисе и мн.др.)[[4]](#footnote-4), является осуждение экономических санкций. Дело в том, что негативные последствия таковых зачастую несет гражданское население, а не те люди, которые развязали войну, то есть принцип различения попирается. Для достижения необходимого эффекта экономические санкции должны быть масштабными и последовательными, но именно это и делает их очень похожими на блокаду. «Даже санкции, достигшие цели, - замечает Х. Сисе, - имели драматичные последствия для населения, примером чему является ЮАР»[[5]](#footnote-5). Сисе склонен относится к санкциям не менее скептично, чем к войне. И здесь приходится констатировать недостаточное внимание, которое уделяется этому вопросу в международном праве. Экономические санкции на практике являются одним из основных методов воздействия на недружественное государство. Но помимо неэффективности такой тактики, делающей население недружественного государства еще более недружественным, данная тактика еще и несправедлива, ведь ответственность несут все, хотя виновны лишь немногие. Действительно, в некотором смысле можно сказать, что в развязывании войны виновно всё население государства-агрессора, либо ненадлежащим образом контролировавшее своё политическое руководство, либо не сопротивлявшееся ведению им войны. Однако подобные обвинения в лучшем случае могут стать основанием лишь для не слишком суровых ограничений в отношении мирного населения, а также для участия мирного населения в выплате репараций по окончании войны, но не могут оправдать применение вооруженных сил в отношении такового. Между тем, проблема экономических санкций заключается в том, что порой они ещё более суровы, чем оружие.

Другим общим местом среди практически всех авторов, связанным с принципом различения, является осуждение терроризма. Именно рассматриваемый принцип делает терроризм несправедливым per se, ведь террорист изначально и намеренно нацеливается на «незаконные» цели войны (простых граждан и объекты мирной инфраструктуры).

Рассмотрим более подробно принцип различения и те дискуссии, которые ведутся относительно него в современной теории справедливой войны. Эти дискуссии показывают в первую очередь то, что принцип различения не так однозначен в толковании, как может показаться.

Итак, данный принцип предполагает, что гражданские лица и объекты мирной инфраструктуры не могут быть целью военных операций. В качестве причин, по которым военная этика предписывает различать военных и гражданских лиц, обычно указывается на то, что последние: не представляют непосредственной угрозы для противника, не могут защитить себя, невиновны в военных действиях[[6]](#footnote-6). Философы на протяжении веков высказывали и другие причины некомбатанского иммунитета, среди которых: отсутствие необходимости убивать некомбатантов, правило сокращения издержек войны, важность продолжения рода за счет сохранения жизней женщин и детей и т.д.[[7]](#footnote-7) Схожие причины касаются различения военных и гражданских материальных объектов.

Однако нельзя сказать, что приведенные доводы абсолютны. Например, военнослужащие, не принимающие непосредственного участия в боевых действиях, находящиеся в частях, не приведенных в полную боевую готовность, наряду с мирными жителями не имеют возможности для самозащиты и, можно сказать, не представляют непосредственной угрозы (по крайней мере, в данный момент), но, тем не менее, могут быть атакованы противником, поэтому беззащитность и безопасность не является определяющим критерием. Кроме того, рядовые солдаты могут быть невиновны в развязывании войны, они могут быть не согласны с теми приказами, которые им отдаются, но вынуждены их выполнять. Поэтому хотя виновность в целом важна, но не в этом контексте, а в контексте привлечения к ответственности за выполнение заведомо незаконных приказов. Также нельзя сказать, что причинение вреда некомбатантам недопустимо как излишнее, поскольку очевидно, что такое причинение вреда может быть эффективным, а не излишним средством ведения войны, и сильно способствовать победе. Так, история показывает, что даже массовое изнасилование женщин страны-противника на подконтрольной территории, мародерство и тактика «выжженной земли» могут успешно использоваться армией как средство запугивания и шантажа. Наконец, если бы мы пытались разграничить комбатантов и некомбатантов с точки зрения минимизации причинения вреда на войне, то речь скорее должна была бы идти о принципе необходимости или о принципе соразмерности, но никак не о принципе различения. Так каковы же действительные моральные основания различения комбатантов и некомбатантов?

Некоторые авторы, видя сложности с нахождением таких моральных оснований, полагают, что разграничение комбатантов и некомбатантов – это просто некоторое соглашение между воюющими сторонами, обусловленное эгоистичными утилитарными расчетами, и соблюдающееся лишь до тех пор, пока эти расчеты подтверждаются[[8]](#footnote-8). Но мы полагаем, что обоснование может быть и моральными доводами.

Важно то, что задача комбатантов и смысл военных объектов состоит в причинении вреда противнику. Даже если в краткосрочном периоде военнослужащий неспособен причинить такой вред, сам факт того, что военнослужащий был призван в действующую армию или подписал соответствующий контракт, принял присягу, надел военную форму и взял в руки оружие, говорит о том, что он потенциально опасен для противника. И даже если он попал на фронт недобровольно, тот факт, что он там, создает высокую вероятность того, что он причинит серьезный вред противнику, и уже поэтому является законной целью. В этом смысле М. Уолцер замечает, что справедливо было бы убить даже голого солдата, принимающего ванну[[9]](#footnote-9). Конечно, в т.н. «новых войнах», когда участники боевых действий зачастую не носят формы, бывает сложнее выявить тех, кто представляет реальную угрозу. Однако речь здесь скорее о практических трудностях. Таковые в определенной мере существовали и в классических войнах. В любом случае виновность образует базовый критерий правомерности убийства: если я не знал и не мог знать, что моя цель не являлась комбатантом, то я не могу быть обвинен в нарушении принципа различения (пусть объективно он и нарушен). Кроме того, представляется верным, что лицо, относительно которого достоверно известно, что в ближайшее время он примет участие в военном конфликте, становится законной целью для противника; одновременно военнопленные и тяжело раненые солдаты не могут рассматриваться в качестве комбатантов, наряду с медицинским и духовным персоналом, в той мере, в которой они не принимают участие в боевых действиях и не могут причинить вред даже потенциально[[10]](#footnote-10).

Сказанное позволяет заключить, что с точки зрения моральной теории комбатанты и некомбатанты различаются не столько по формальным признакам, таким как наличие военной формы, отличительных знаков, оружия и т.п. (т.е. здесь не применимо, например, классическое определение комбатанта, данное в ст. 4 Женевской конвенции об обращении с военнопленными), и даже не по их внутреннему отношению к военным действиям (виновности), сколько по их фактическим действиям и угрозе противнику (т.е. по объективным признакам). Вот почему многие ученые обращают внимание на потенциальную угрозу для противника со стороны лиц, которых формально можно причислить к «некомбатантам», но которые так или иначе потакают войне. Так, например, Д. МакМахан полагает, что иногда отдельные некомбатанты влияют на военные действия сильнее, чем отдельные комбатанты. На этом основании данный ученый по сути отвергает принцип различения, основанный на дифференциации комбатантов и некомбатантов, и предлагает другое разграничение – по степени ответственности[[11]](#footnote-11). Под ответственными лицами ученый понимает тех моральных агентов (т.е. вменяемых лиц), действия которых (виновные или невиновные) создают угрозы, являющиеся достаточным основанием для справедливого развязывания войны. Во избежание злоупотреблений необходимо презюмировать, что те лица, которые юридически определяются как комбатанты (а также наемники, партизаны и т.п.), ответственны, а лица, которые юридически определяются как некомбатанты, не ответственны, но может быть доказано и противоположное (в качестве примеров противоположного мы полагаем возможным назвать лиц, занимающих руководящие политические должности, а также финансирующие войну корпорации, военных промышленников, руководителей и участников частных военных компаний, и, возможно, пропагандистов). Указанную позицию оспаривает Д. Родин, который обращает внимание, что даже если какой-либо некомбатант существенно влияет на военные действия, непосредственными (1) и деликтоспособными (2) источниками вреда являются комбатанты[[12]](#footnote-12). И всё же, как мы полагаем, позиция Д. МакМахана не противоречит основной идее разграничения комбатантов и некомбатантов, а лишь уточняет ее. Так, в случае достаточных оснований отдельные некомбатанты могут быть расценены как организаторы или пособники военного преступления, либо как лица, фактически выполняющие функции военного командования, и на этом основании быть атакованы наряду с комбатантами. Общий вывод заключается в том, что моральное разграничение комбатантов и некомбатантов отличается от схожего юридического разграничения.

В целях оценки допустимости вооруженной атаки с точки зрения принципа ответственности МакМахан предлагает учитывать непосредственность причинно-следственных связей между действиями моральных агентов и возникающими угрозами («уровень моральной ответственности»), т.е. некоторый объективный критерий[[13]](#footnote-13). Вопрос причинно-следственной связи вызвал ожесточенные споры в литературе. В частности, весьма спорно, что комбатантом может считаться только лицо, непосредственно посягающее на противника (в конце концов, даже офицеры в армии действуют опосредованно, через своих солдат, но от этого сами не становятся некомбатантами; более сложные случаи – работники военной промышленности и политики). Так или иначе, МакМахан понимает, что не всякий вклад в несправедливую войну делает человека законной целью, поскольку иногда этот вклад настолько мал, что вооруженный ответ будет явно чрезмерным. Таким образом, для того, чтобы лицо стало законной целью, налицо должны быть не просто некоторые несправедливые действия, но и превышение некоторого порога, касающийся серьезности угроз и размера предполагаемого вреда.

Мы полагаем, что различие комбатантов и некомбатантов можно провести, ответив на вопрос: является ли причинение вреда тому или иному лицу отражением угрозы, которая исходит от этого лица, или же оно просто выгодно с точки зрения военной стратегии и тактики? В первом варианте речь идет об атаке на комбатантов, тогда как во втором – нет. В общем и целом можно сказать, что комбатант совершает или в ближайшее время наверняка совершит действия, благодаря которым разворачивается война, и которые порождают такие опасности, которые делают адекватным вооруженный ответ, в то время как некомбатант хоть и способствует войне в некоторой мере, но, во-первых, опосредованно (совершая действия, которые направлены на функционирование общества или государства в целом, а не армии как таковой), во-вторых, его действия явно незначительны для того, чтобы делать такого комбатанта законной целью атаки[[14]](#footnote-14). Формальное нахождение в вооруженных силах, членство в ЧВК и других организациях говорит очень многое о потенциальной угрозе тех или иных лиц, однако всё же оно не имеет абсолютного значения.

Итак, в теории справедливой войны, анализирующей моральные вопросы, комбатантов и некомбатантов следует разграничивать по критерию как «ответственных»/ «представляющих серьезную угрозу» и «не ответственных» / «не представляющих серьезную угрозу» лиц. Вообще, в соответствующей литературе все настойчивее раздаются голоса в пользу более гибких критериев, с помощью которых можно было бы оценивать роль конкретных солдат и мирных жителей в войне, и, соответственно, степень их ответственности за нее[[15]](#footnote-15). Нас не должно смущать, что разграничение между комбатантами некомбатантами, осуществляемое в моральной теории, не совпадает с тем, которое проводится в международном праве, поскольку первое производится с одними целями (понять, кто может стать целью вооруженной атаки), а второе – с другими (понять, кто может претендовать на статус военнопленного, обладает иммунитетом от судебного преследования за сам факт участия в боевых действиях и т.п.).

С нашей точки зрения, важно также не путать разграничение комбатантов и некомбатантов со шкалой виновности. Суждение о человеке как об «ответственном» за неправомерные действия в вышеуказанном смысле не означает, что этот человек субъективно виновен в них. Поскольку комбатант является законной целью лишь потому, что он создает угрозу, постольку не имеет никакого значения, делает он это умышленно или неосторожно. Более того, не важно, способен ли комбатант осознавать и контролировать свои действия. Все эти критерии становятся значимыми лишь при привлечении комбатанта к ответственности за совершение военных преступлений, но боевые операции, направленные на уничтожение вражеских комбатантов сами по себе не могут рассматриваться как привлечение к ответственности. Помимо этого, указанные критерии в отдельных случаях могут говорить кое-что об опасности угроз, создаваемых теми или иными субъектами, и в этом смысле учитываться принципом необходимости (например, при решении вопроса о том, стоит ли отпускать военнопленного). Тем не менее, в рамках принципа различения большинство авторов (М. Уолцер, Б. Оренд, Д. Роден, Т. Нагель, Г. Грехэм и др.) вполне обосновано предлагают различать комбатантов и некомбатантов именно по критерию создания угрозы вреда, а не по критерию их моральной виновности или невиновности[[16]](#footnote-16).

Такое разграничение ответственности (как создания реальной или потенциальной угрозы) и вины позволяет, в частности, уйти от вопросов наподобие того, почему комбатанты, воюющие не по своей воле, должны считаться законной целью, а некомбатанты, поддерживающие войну – нет. Так, например, следуя своей концепции разграничения между комбатантами и некомбатантами по уровню моральной ответственности, Д. МакМахан замечает, что данный уровень у всех комбатантов разный. В одном месте автор различает элитные части и призывников (участие в войне которых недобровольно), в другом – приводит в пример войско, целиком состоящее из детей, напичканных пропагандой и наркотиками (данное войско представляет реальную опасность для противника, и всё же, по мнению ученого, осознавая фактическую неделиктоспособность детей, мы должны стараться причинить им как можно меньше вреда)[[17]](#footnote-17). Данные примеры, впрочем, представляются неудачными. Важно понимать, что по логике самого же МакМахана лицо, переступившее некий порог «угрозы» для противника уже становится законной целью. Действует ли это лицо добровольно и осознанно, как представляется, не должно иметь никакого значения с точки зрения причисления его к законным целям войны (так, например, мое право на самооборону не зависит от того, с какими намерениями осуществляется посягательство на мою жизнь).

Указанная логика может быть экстраполирована и на другие подобные попытки проводить какие-либо моральные различия внутри самих категорий комбатантов и некомбатантов. С нашей точки зрения, практическая польза таких классификаций, опять же, связана скорее не с принципом различения (поскольку для него важна лишь бинарная классификация на тех, кто может быть целью вооруженной атаки, и тех, кто не может), а с вопросами привлечения к ответственности. При этом, конечно же, остается в силе принцип необходимости, предписывающий причинять любой вред лишь в той мере, в которой это требуется для достижения «правого дела». Но формулируется он в отношении любых категорий лиц одинаково. Эта формулировка уже по своей сути подразумевает, что если одни комбатанты противника создают большую угрозу, чем другие, то в отношении первых противодействие более оправдано, чем в отношении вторых. С точки зрения же принципа различения и те и другие будут законной целью. Таким образом, различение комбатантов по степени угрозы имеет отношение скорее к принципу необходимости, и по сути предполагается им, а также к принципам привлечения к ответственности за военные преступления.

В итоге, и вменяемость/виновность, и подробная классификация степени опасности деяний тех или иных субъектов мало влияют на применение принципа различения, а касаются скорее вопросов привлечения к ответственности за военные преступления, а также применения принципа военной необходимости.

Вышеуказанное разграничение комбатантов и некомбатантов, однако, не разрешает ряда сложных случаев.

Так, например, если солдат и офицеров, ведущих боевые действия, мы однозначно зачисляем в комбатанты, а тех гражданских лиц, которые не оказывают никакого влияния на войну или оказывают минимальное влияние на нее (в том числе те, кто морально поддерживает войну), мы смело зачисляем в некомбатанты, то что делать, например, с работниками военной промышленности? Дискуссии на эту тему, как представляется, показывают, что даже если мы понимаем принцип различения как принцип ответственности, не всегда просто понять, кто является комбатантом, а кто не является, потому что сам характер деятельности может носить смешанный характер: человек на войне, с одной стороны, может делать ту же работу, которую он делал в мирное время, но, с другой стороны, эта работа прямо связана с обеспечением комбатантов военной техникой, вооружением и боеприпасами, отданием приказов комбатантам и т.д. Так или иначе, относительно работников военной промышленности существует доминирующая позиция, согласно которой они являются легитимными целями. Так, М. Уолцер допускает атаки в отношении гражданского населения, непосредственно занятого на военном производстве, в случае «военной необходимости»[[18]](#footnote-18). Аналогично этому Н. Фоушин указывает, что работники заводов, производящих военное снаряжение и боеприпасы, а также работники железной дороги, помогающие доставить их к фронту, могут быть (например, в затяжной войне) законными целями войны[[19]](#footnote-19). Х. Сисе вводит здесь дополнительные требования: когда атаке подвергаются объекты военной инфраструктуры, на них не должно быть гражданских лиц, либо они должны быть предварительно извещены об опасности, чтобы получить возможность укрыться, либо их жизни по возможности должны быть сохранены иным образом[[20]](#footnote-20). (По всей видимости, эти соображения могут быть обоснованы принципом необходимости, а не принципом различения.) Не следует забывать и то, что нюрнбергские процессы, проходившие после Второй мировой войны, касались не только политического руководства нацистской Германии и военных чинов, но и немецких промышленников, занимавшихся эксплуатацией оккупированных территорий («Дело №13» в отношении Рёхлингов). В общем и целом, теоретики считают подобные цели законными, поскольку они являются составной частью военной мощи противника.

Но почему бы тогда не сделать законной целью любые гражданские объекты, ведь снабжение и сила армии так или иначе причинно зависят от каждого из них? Например, боеспособность армии зависит от поставок продовольствия, от работы электростанций и т.д. Но атака на фермы и электростанции, очевидно, является нелегитимной с точки зрения господствующих моральных представлений. Наиболее частым ответом на этот вопрос в научной литературе (Д. Мерфи, М. Уолцер, Т. Нагель и др., в целом эта точка зрения восходит к Гроцию) сводится к тому, что законной целью является лишь тот объект, который обеспечивает солдат именно как солдат, а не как людей, то есть покрывает их потребности как бойцов, а не их общечеловеческие потребности. Но не выглядит ли такой довод скорее как аргумент ad hoc? Другим вариантом решения проблемы могло бы стать указание на то, что объекты военной промышленности обеспечивают потребности только солдат, а не гражданских лиц, и потому уничтожение таких объектов не будет нарушать принцип различения. В конечном счете, если для нейтрализации противника необходимо воспрепятствовать удовлетворению базовых потребностей его солдат (а такие действия, надо сказать, могут оказаться гораздо более эффективными, чем попытки нарушить снабжение вражеской армии военной техникой и боеприпасами), то это кажется морально допустимым, если при этом не задеваются аналогичные потребности гражданских лиц (или, по крайней мере, не создается угрозы нарушения основных прав человека для гражданских лиц), но основная проблема состоит в том, что такие объекты, как фермы, электростанции и железные дороги и мосты, в отличие от военных заводов, обеспечивают не только армию (а в ряде случаев атаки в отношении объектов, снабжающих армию, не отвечают принципу необходимости, так как указанные объекты всё равно легко заменяются другими, и законная цель атаки не достигается).

Сказанное подводит нас к проблеме объектов двойного назначения, которые предположительно или фактически обеспечивают потребности не только армии, но и мирного населения. Казалось бы, тот факт, что данные объекты могут служить гражданским лицам, делает их незаконной целью. Но они играют огромное значение и для армии. Поэтому правильнее всё же говорить, что объекты двойного назначения по определению занимают промежуточное положение между законными и незаконными целями. В совокупности с тем фактом, что количество таких объектов невероятно велико, имеются основания выработать в отношении них отдельные правила. Например, считать всех лиц, работающих на таких объектах или обслуживающих их – некомбатантами, однако сами материальные объекты в некоторых случаях сделать законной целью атаки. Высказывается, например, точка зрения, согласно которой если атака в отношении данных объектов не влечет существенного вреда для гражданских лиц (не приводит к невозможности удовлетворения их основных потребностей, в т.ч. в еде и воде, жилье и тепле, а также медицинском уходе), то такая атака является допустимой[[21]](#footnote-21). Это замечание представляется важным, поскольку в его отсутствие законной целью становится практически любой объект, так как практически всё можно использовать как для нужд армии, так и для мирных целей.

Итак, принцип различения предполагает, что хотя уничтожение и комбатантов и некомбатантов противника может способствовать некоторой благой цели, но лишь атака на комбатантов морально оправдана. Здесь возможна аналогия с мерами государственного принуждения[[22]](#footnote-22). Представим, что полиция, пытаясь задержать особо опасного преступника (например, лидера террористической организации), способного причинить вред большому количеству людей, вынуждена открывать огонь на поражение. А теперь представим, что в этой ситуации полиция знает лишь то, что преступник спрятался в здании (захватив там несколько заложников), и сотрудники полиции принимают решение с целью ликвидировать преступника открыть огонь по всем лицам, находящимся в этом здании, или вообще взорвать его. Вряд ли мы посчитаем такое действие полиции правильным. Вопрос в том, почему мы так посчитаем. Конечно мы ожидаем от полиции таких действий, при которых причиняемый вред будет минимизирован, а по своему объему окажется меньше, чем вред предотвращаемый. Применительно к боевым действиям аналогичные требования покрываются принципами необходимости и соразмерности. Но, по всей видимости, этих обоснований самих по себе недостаточно. Ведь тогда считалось бы совершенно нормальным, например, пожертвовать хотя бы заложниками, и обезвредить террориста, чтобы избежать дальнейших его преступлений. Но мы обычно сопротивляемся такому пренебрежению к правам и законным интересам заложников. Вот почему нужен еще и принцип дискриминации. Обосновать этот принцип можно путем прямой отсылки к таким ценностям, как равенство и человеческое достоинство, запрещающие отношение к человеку лишь как к средству: ни один человек не должен приноситься в жертву ради других людей, если только он не виновен в бедах последних. Полагаем, что сложно обвинить кого-либо в том, что он относится к другим людям лишь как к средству достижения своих целей, если он и не хотел причинять этим людям вред, а также предпринял все разумные действия, чтобы исключить этот вред. Но это именно то, чего требует принцип различения. В литературе по этике в этой связи нередко обсуждается гипотетическая ситуация «бомбы замедленного действия» (ticking time bomb scenario), при которой правоохранительным органам известно о террористическом акте, который неминуемо должен произойти, и только получение соответствующей информации от задержанного способно предотвратить гибель людей. При этом возникает моральная дилемма по поводу того, возможно ли в такой чрезвычайной ситуации применить к задержанному пытку, чтобы получить от него эту информацию. Многие авторы экстраполируют указанную гипотетическую ситуацию на теорию справедливой войны, и обсуждают, возможно ли применять пытку к противнику на войне. Принцип различения показывает, почему пытка и здесь является недопустимой: задержанный и безоружный противник уже не является комбатантом, так как не может причинить никому вред, и его нельзя рассматривать лишь как средство[[23]](#footnote-23).

Другая важная проблема касается вопроса о том, допустимо ли непреднамеренное причинение вреда невоенным целям. Указанная проблема в связи с переосмыслением известной еще со Средних Веков доктрины двойного эффекта, согласно которой запрещается лишь преднамеренное причинение вреда гражданским лицам и объектам гражданской инфраструктуры. Данная доктрина может быть сформулирована следующим образом: 1) запрещаются намеренные «негативные» действия (даже как средства для «позитивных» действий), но при этом дозволяются ненамеренные «негативные» действия (их ненамеренность подразумевает, что они являются лишь сопутствующими по отношению к «позитивным» действиям); 2) последствия (намеренных) «позитивных» действий и ненамеренных «негативных» действий должны в сумме быть позитивными; 3) последствия ненамеренных «негативных» действий должны быть минимизированы[[24]](#footnote-24). Среди «негативных» действий в рамках этой доктрины называется также причинение вреда гражданским лицам, объектам мирной инфраструктуры, окружающей среде и т.п. Не вдаваясь в нюансы, достоинства и недостатки этой доктрины, отметим лишь то, что она подразумевает недопустимость лишь намеренного причинения подобного вреда. Но является ли доктрина двойного эффекта морально обоснованной? И если нет, то каковы действительно справедливые требования к комбатантам в части защиты гражданского населения и мирной инфраструктуры? Чтобы ответить на тот вопрос, необходимо уделить особое внимание такой правовой категории, как формы вины.

В российской науке уголовного права и в действующем уголовном законе РФ различаются две формы вины: умысел и неосторожность. Умысел, в свою очередь, делится на прямой и косвенный (ст. 25 УК РФ), но в любом случае субъект, имеющий умысел, осознает фактический характер и общественную опасность своего деяния, а также предвидит возможность наступления общественно опасных последствий, либо желая их наступления (прямой умысел), либо просто допуская их или относясь к ним безразлично (косвенный умысел). Применяя категории прямого и косвенного умысла по отношению к действиям на войне, следует заметить, что принцип различения даже в той трактовке, которая разрешает причинение только неумышленного вреда некомбатантам и гражданским объектам, означает не безразличие к их судьбе (безразличное отношение, согласно ст. 25 УК РФ, есть признак косвенного умысла!), не игнорирование возможности причинения им «случайного» вреда (ибо подобное игнорирование уже показывает, что вред не случаен), а стремление предпринять некоторые меры, чтобы исключить причинение вреда. Уже здесь мы сталкиваемся с более требовательным критерием, чем тот, который предлагает доктрина двойного эффекта (которая, по-видимому, сводится к тому, что запрещено причинение вреда гражданским целям лишь в форме прямого умысла). Вместе с тем, обращают на себя внимание также неосторожные формы вины (ст. 26 УК РФ). Так, неосторожность в форме легкомыслия означает, что хотя преступник и имел некий расчет на предотвращение негативных последствий своих действий, но этот расчет был самонадеянным, то есть не имел достаточных оснований. Неосторожность в форме небрежности предполагает, что преступник хотя и не осознает общественной опасности своего деяния, не предвидит возможность наступления общественно опасных последствий и не желает их наступления, но при необходимой внимательности и предусмотрительности всё же должен был и мог предвидеть эти последствия. Экстраполяция данных определений легкомыслия и небрежности на ситуацию применения вооруженных сил на войне означала бы, что ограничения на причинение вреда гражданским лицам и объектам ещё более строгие, чем те, которые вытекают из понятия косвенного умысла. Легкомысленное причинение вреда, в частности, имеет место в том случае, когда лицо хотя и предвидит наступление такого вреда, но предпринимает некие минимальные меры предосторожности, однако эти меры не считаются достаточными с точки зрения обычных для такой ситуации стандартов (применительно к войне эти стандарты, очевидно, будут иметь свою специфику). Небрежное причинение вреда, в свою очередь, означало бы, что виновным в нарушении принципа различения будет даже тот солдат, который не предвидел причинение вреда гражданским целям, но в силу своего статуса должен был и в силу имеющихся у него средств и методов мог предвидеть таковое. Вопрос, который мы можем здесь поставить, таков: при какой форме вины допустимо причинение вреда гражданским целям?[[25]](#footnote-25)

С нашей точки зрения, такой вред должен считаться недопустимым при любой форме вины. Конечно, национальное уголовное право предусматривает уголовную ответственность как за умышленную, так и за неосторожную форму вины далеко не в отношении всех деяний (ср., напр., ст.ст. 105 и 109, 111 и 118, 167 и 168 УК РФ). Однако даже там, где уголовная ответственность наступает лишь за умышленные деяния, за аналогичные неумышленные деяния предусмотрены иные вины юридической ответственности, то есть они в любом случае считаются противоправными с точки зрения национального права. Согласно гражданскому праву (см. ст. 1064 ГК РФ), причинение вреда, как правило, считается противоправным (за немногими исключениями, рассмотрение которых увело бы нас далеко от темы). Таким образом, если рассуждать по аналогии, то применимое на войне право должно запрещать причинение вреда некомбатантам и мирной инфраструктуре независимо от формы вины, в которой это происходит, а вопрос может стоять лишь относительно суровости и вида ответственности за нарушение этого запрета.

Опять же, нет никаких оснований слепо экстраполировать национальное право на международные отношения, а правила, применяемые в отношениях между индивидами, на отношения коллективов. Но те различия, которые здесь кажутся разумными, связанны скорее не с допустимыми формами вины, а скорее с нюансами толкования терминов «легкомыслие» и «небрежность» в условиях войны. Например, мы могли бы задаться следующими вопросами:

- Что следует считать самонадеянным, а что – достаточным в качестве мер по предотвращению вреда жизни, здоровью и имущества некомбатантов? (Ответ на этот вопрос влияет на наше понимание легкомыслия.)

- Какие последствия своих действий комбатанты обязаны предвидеть уже в силу своего статуса? (Ответ на этот вопрос влияет на наше понимание небрежности.)

Постановка данных вопросов не отменяет того факта, что основанием юридической (и моральной) ответственности, по общему правилу, является вина как таковая, а не конкретные формы вины (последние влияют лишь на юридическую квалификацию деяния, но не на сам факт наступления юридической ответственности). В уголовном праве (которое ближе всего ситуациям, возникающим на войне, так как устанавливает ответственность за наиболее опасные деяния) безвиновная ответственность считается недопустимой. Соответственно, руководствуясь общеправовыми принципами и аналогией с уголовным правом, можно заключить что недопустимым является любое виновное причинение вреда гражданским целям. С этой точки зрения доктрина двойного эффекта представляется в корне неверной в силу своей чрезмерной дозволительности (по сути, она запрещает причинение такого вреда лишь в форме прямого умысла).

Приведенную точку зрения пытается опровергнуть, например, С. Натансон. Указанный ученый также считает доктрину двойного эффекта слишком дозволительной, но предлагает два возможных критерия, которые могли бы составить ей конкуренцию, а именно критерий предвидимости и критерий предосторожности. Согласно критерию предвидимости, должен быть запрещен даже неумышленный, но разумно предсказуемый вред мирным жителям и невоенным объектам. По сути, данный критерий запрещает любое виновное причинение вреда гражданским целям, поскольку вина предполагает либо то, что субъект предвидел наступление такого вреда, либо то, что он должен был это предвидеть. Критерий предосторожности, в свою очередь, более слабый, и предполагает лишь то, что лицо, причиняющее вред, должно предпринять все разумно необходимые действия для предотвращения вреда гражданскому населению и объектам мирной инфраструктуры, и принятие этих мер будет достаточно, даже если они не исключают полностью причинение указанного вреда. Натансон отдает предпочтение именно критерию предосторожности, однако добавляет, что нападения, которые предсказуемо приведут к гибели мирных жителей, морально оправданы только в случае, если: 1) целью нападения являются военные объекты (на них направлен умысел); 2) избежать причинения вреда мирным жителям невозможно; 3) были предприняты разумные меры, направленные на минимизацию такого вреда; 4) военные выгоды от нападения больше, чем прогнозируемый ущерб гражданскому населению.

Точка зрения названного ученого выглядит убедительной. Но по сути она сводится к отстаиванию того, что в российском уголовном праве называется причинением вреда в состоянии крайней необходимости (ст. 39 УК РФ), и не рассматривается в качестве преступления. Поэтому фактически, как мы полагаем, точка зрения Натансона может быть выражена совмещением критерия предвидимости (т.е. недопустимости любого виновного нарушения принципа различения) с тем исключением, которое обуславливается критериями крайней необходимости. В этой трактовке те возражения, которые высказываются в литературе против жесткой формулировки недопустимости любого виновного нарушения принципа различения, в сущности, затрагивают уже не столько данный принцип, сколько его соотношение с другими принципами справедливой войны (и здесь мы, в частности, обращаемся к понятиям необходимости, соразмерности и т.д., как это имеет место у Натансона). Таким образом, в своем чистом виде запрет любого виновного причинения вреда мирному населению играет на руку пацифистам, утверждающим, что никакая война недопустима в принципе, ибо история ясно показывает, что любая война влечет гибель мирного населения[[26]](#footnote-26). Но Натансон в этом отношении предлагает в целом весьма убедительный ответ на пацифизм. Но его ошибка видится в том, что он пытается сформулировать свою позицию осмысление различных форм вины, тогда как здесь аналогии с уголовным правом связаны скорее не с виной как элементом состава преступления, а с основаниями, исключающими преступность деяния (хотя бы формально и содержащего все элементы состава преступления).

В любом случае отметим, что в современной теории справедливой войны доктрина двойного эффекта обоснованно критикуется. Это проявляется, например, в дискуссии о распределении рисков между сторонами военного конфликта. Речь идет о том, что даже в ситуациях, когда комбатанты одной стороны причиняют непреднамеренный вред некомбатантам другой стороны (т.е. когда эти некомбатанты не являются непосредственной целью атаки), считается правильным, когда комбатанты берут на себя определенные риски с целью минимизировать указанный вред. Рассмотрим проблему распределения рисков подробнее.

М. Уолцер пытается обосновать тезис о том, что солдаты в силу их статуса должны брать на себя некоторую ответственность за жизни мирных жителей (неважно, с чьей стороны, поскольку права человека универсальны), стремясь минимизировать наносимый последним урон (например, предоставляя гражданским лицам возможности покинуть место боевых действий). Военные задачи должны решаться, в первую очередь, безопасными для мирного населения способами, за счет отнесения рисков на самих солдат[[27]](#footnote-27). Например, когда пилоты выполняют безрисковую для себя бомбардировку с больших высот, они рискуют задеть мирное население, поэтому их тактика в зависимости от конкретных обстоятельств может быть поставлена под сомнение. "Принцип заключается в следующем: когда наши действия подвергают риску невинных людей, даже если эти действия оправданы, мы обязаны сделать все возможное, чтобы уменьшить указанные риски, даже если это связано с рисками для наших собственных солдат… Конечно, вполне законно сбалансировать риски; мы не можем требовать от наших пилотов выполнения суицидальных миссий"[[28]](#footnote-28). Д. Любэн, согласившись с этим принципом, обосновал его так: по общему правилу риски должны нести те, кто их создает[[29]](#footnote-29). Таким образом, у данного автора общая интенция также сводится к тому, что распределение рисков между некомбатантами и комбатантами должно происходить к выгоде первых. Конечно, достаточно сложно определить конкретную степень риска каждой из сторон (в частности, определенную ответственность за защиту гражданского населения несет не только атакующая, но и обороняющаяся сторона). Но, так или иначе, схожего мнения относительно ответственности комбатантов за жизни некомбатантов придерживается множество других авторов (при этом кто-то делает акцент на требованиях к стадии планирования операций, кто-то – только на наступательных операциях, но общая интенция всё же едина)[[30]](#footnote-30).

Проблема распределения рисков особо остро встает при обсуждении т.н. «новых войн» с их асимметричностью, ведь разные возможности воюющих сторон (их комбатантов), очевидно, порождают и разную ответственность.

Представляется, что именно в этом направлении мыслит и М. Уолцер относительно партизанской войны, в которой не так просто отличить комбатантов от некомбатантов. Ученый определенно утверждает: солдаты в силу их положения обязаны предпринимать все возможные меры по разграничению партизан и мирных жителей. Если же войска не могут этого сделать, не прибегая к террористическим мерам, и единственный способ выиграть войну заключается в том, чтобы начать атаки на мирных жителей, то значит война должна быть прекращена: если война не может быть выиграна (посредством соблюдения справедливых правил ведения войны), то она и не должна быть выиграна[[31]](#footnote-31). В отечественной науке высказывается схожая позиция: «Бремя доказывания участия представителей местного населения в партизанском движении целиком и полностью лежит на противостоящей стороне, т.е. все местное население предполагается не воюющим, до тех пор, пока объективные факты не свидетельствуют об ином. Только при условии убежденности оккупационного военного командования в том, что кто-то из местных жителей является партизаном, последний, как комбатант противной стороны, может стать объектом военного нападения. Несомненно, что такая убежденность обязательно должна иметь под собой достаточные фактические основания»[[32]](#footnote-32). Указанные положения корреспондируют с общим принципом, закрепленным в Дополнительном протоколе №1 от 8 июня 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года: «В случае сомнения относительно того, является ли какое-либо лицо гражданским лицом, оно считается гражданским лицом… Присутствие среди гражданского населения отдельных лиц, не подпадающих под определение гражданских лиц, не лишает это население его гражданского характера». Проблемы, очевидно, возникают не только применительно к партизанам[[33]](#footnote-33). Так или иначе, общий вывод состоит в том, что все ссылки на сложность определения в "новых войнах" морального статуса поражаемой цели говорит лишь о практических трудностях, но не о несовершенстве теории[[34]](#footnote-34).

Уолцер также замечает, что обязанность по ограждению гражданского населения от рисков лежит и на партизанах. По мнению данного автора, далеко не всегда партизаны имеют значительную поддержку населения, и в этом случае гибель мирных жителей ввиду того, что солдаты не могут отличить их от партизан, будет на совести партизан, ведь они по сути специально подставляют мирных жителей, прячась за их спинами. Таким образом, если нерегулярные воюющие группы («слабая» сторона конфликта) предпринимают действия, направленные на то, чтобы сделать себя менее отличимыми от гражданских лиц, и делают это без надлежащей поддержки последних, то они также несут за нарушение принципа различения противником.

Но как тогда разграничить ответственность обеих сторон, «сильной» и «слабой»? Здесь нам представляется, что каждая сторона должна нести свою ответственность за нарушение принципа различения, которая зависит от ее реальных способностей.

Действительно, некоторые участники боевых действий, используя тактику смешения с гражданским населением, в той или иной степени подставляют последнее под удар. Вот почему так важна их легитимность в глазах народа. Без такой легитимности партизаны, мятежники и т.п. субъекты превращаются в обычных бандитов. Пример терроризма[[35]](#footnote-35) особенно красноречиво говорит, что принцип различения обязателен в том числе и для формально более слабой стороны. Так, террористы, понимая, что они не будут иметь успеха в прямых боестолкновениях с регулярными армиями государств, предпринимают устрашающие атаки на мирное население этих стран. И конечно, терроризм не может быть оправдан только на том основании, что другие способы ведения войны заведомо неэффективны. Атаки террористов на гражданские цели, использование повстанцами и мятежниками гражданского населения как «живого щита», вероломство и привлечение детей к участию в военных акциях морально недопустимы.

Но и регулярная армия противника должна предпринимать все возможное, чтобы отличить комбатанта от некомбатанта. Крайне неоправданной была бы попытка переложить это бремя на самих некомбатантов (мирное население) противника, ведь последние не имеют достаточно ресурсов для того, чтобы противостоять вооруженным отрядам партизан, мятежников или террористов. В конечном счете, даже если партизаны и мятежники пользуются поддержкой населения, это еще не означает, что всё население следует записать в комбатанты. Возможно, наличие среди гражданского населения «скрытых комбатантов» и является оснований для некоторых ограничений, налагаемых на все население в военное время, но оно точно не является основанием для нарушения принципа различения, то есть покушения на жизнь и безопасность мирного населения.

В целом можно сказать, что ответственность солдат «сильной» стороны не означает отсутствие ответственности иррегулярных формирований «слабой» стороны, и наоборот. В некоторых ситуациях причинения вреда мирным жителям могут быть виновны обе стороны, но в разной мере. Об этом же говорит, например, п. 7 ст. 51 Дополнительного протокола №1 от 8 июня 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г.

Итак, дискуссии в рамках современной теории справедливой войны показывают, во-первых, что комбатанты не должны перекладывать риски на некомбатантов, а во-вторых, что ответственность комбатантов каждой из сторон конфликта, связанная с принципом различения, зависит от их реальных способностей по различению комбатантов и некомбатантов, мирной и военной инфраструктуры противника (и эти способности различны у сторон в асимметричных конфликтах).

По нашему мнению, когда теоретики справедливой войны подчеркивают необходимость максимального снижения рисков для гражданского населения даже в случае, если последнее не является целью атаки, а также повышенную ответственность «сильной» стороны конфликта в части принципа различения, они зачастую склонны считать недопустимым любой виновный (умышленный или неумышленный) причинения вреда некомбатантам, и разрешают только причинение полностью невиновного вреда. По крайней мере, такая трактовка принципа различения позволяет схватить очень важные моральные интуиции, связанные с распределением рисков (ведь если солдат предвидит тот факт, что его действия повлекут гибель мирного населения, почему он вообще совершает эти действия?). Конечно, здесь могут быть выдвинуты возражения. Тот же Уолцер утверждает, что мы не должны отправлять солдат на суицидальные миссии: не является ли это исключением из правила о недопустимости виновного вреда? Мы полагаем, что такое стремление найти баланс между рисками свидетельствует о возможности уточнения понятий легкомыслия и небрежности применительно к войне. В частности, отказ от направления комбатантов на «суицидальные» миссии исключительно ради снижения рисков для гражданских лиц можно оправдать следующим образом. Гражданские лица не создают риски по определению. Но их создают войска обеих сторон. А значит на них обеих лежат обязанности по минимизации рисков. Отсюда, в некоторых случаях для атакующей стороны может оказаться разумным предполагать, что обороняющаяся сторона предприняла меры по эвакуации гражданского населения с территории боевых действий. И тогда гражданские жертвы в результате неизбирательной атаки могут быть виной защищающейся, а не нападающей стороны. Таким образом, запрет на виновное поражение «незаконных» целей остается, но виновной оказывается другая сторона. Так или иначе, стремлением перенести риски с некомбатантов на комбатантов, а также ставя ответственность в зависимость от способности стороны предвидеть даже неосторожное причинение вреда, современная теория справедливой войны , по сути, отстаивает более жесткие критерии, чем те, которые предлагались ранее доктриной двойного эффекта.

Современная критика доктрины двойного эффекта не удивительна, ведь само представление о том, что существует подразделение на законные и незаконные цели атаки, было очень слабо развито в Средние Века, и когда оно появилось – средневековые моральные критерии, связанные с защитой населения и невоенных объектов пошатнулись. Так, в Средние Века теория справедливой войны имела теологический характер, а война рассматривалась в основном как наказание грешников (св. Августин, Фома Аквинский и др.). Это, в свою очередь, способствовало тому, что «сопутствующий ущерб», хотя и не считался желательным, но легко оправдывался религиозными целями. Одновременно с этим были сильны представления о коллективной ответственности, поэтому зачастую простой народ считался ответственным за прегрешения правителей. Лишь в Новое Время (Г. Гроций, Э. де Ваттель) постепенно очищаемое от теологии учение о естественных правах вкупе с индивидуализацией ответственности сделали более сложным оправдание причинения вреда мирным жителям[[36]](#footnote-36). Со временем новые представления об ответственности и правах, особенно с учетом увеличения числа жертв и разрушений на войне, вылились также в концепцию гражданского (невоенного) иммунитета.

Что касается действующего международно-правового регулирования, то в соответствии с Дополнительном протоколе №1 от 8 июня 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года неизбирательным (и потому запрещенным) нападением считается, в том числе, такое нападение, «которое, как можно ожидать, попутно повлечет за собой потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам, или то и другое вместе, которые были бы чрезмерны по отношению к конкретному и непосредственному военному преимуществу, которое предполагается таким образом получить» (ст. 51). По нашему мнению, выражение «как можно ожидать» должно трактоваться таким образом, что даже если субъект не предвидит некоторых негативных последствий атаки, но фактически мог бы их предвидеть, уже означает его вину (пусть и не непосредственно в причинении вреда гражданским лицам и объектам, но в допущении такой ситуации, при которой возможность этого вреда не была должным образом просчитана). Следовательно, допустимым в международном праве признается только невиновный вред. В том же документе установлено, что «те, кто планирует нападение или принимает решение о его осуществлении:.. делают все практически возможное, чтобы удостовериться в том, что объекты нападения не являются ни гражданскими лицами, ни гражданскими объектами… принимают все практически возможные меры предосторожности при выборе средств и методов нападения, с тем чтобы избежать случайных потерь жизни гражданского населения, ранения гражданских лиц и случайного ущерба гражданским объектам и, во всяком случае, свести их к минимуму… воздерживаются от принятия решений об осуществлении любого нападения, которое, как можно ожидать, вызовет случайные потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и нанесет случайный ущерб гражданским объектам, или то и другое вместе, которые были бы чрезмерными по отношению к конкретному и прямому военному преимуществу, которое предполагается получить». Таким образом, во всех случаях, когда только «можно ожидать» случайное причинение вреда, оно должно быть предотвращено. Тем самым существующее международно-правовое регулирование очень близко критерию предосторожности (в терминологии Натансона), запрещающему любое виновное причинение вреда гражданским объектам и лицам. Но процитированные нормы содержат также требование «сведения к минимуму» и «недопустимости несоразмерности» гражданских потерь. И тогда возникает вопрос: как можно требовать от солдат стараться в ходе боевых действий свести к минимуму или сделать соразмерными гражданские потери притом, что допускается лишь такой вред, который для солдат является «случайным», т.е. подразумевается, что в ходе боевых действий солдаты не могут даже и помыслить о каких-либо гражданских потерях? Подобная двусмысленность (требование учитывать то, что невозможно учесть) также открывает простор для толкований и показывает, что запрет виновного причинения вреда некомбатантам должен сочетаться с некоторыми исключениями. Это заставляет нас задуматься о совершенствовании международного права.

В заключение отметим проблему, которая ранее поднималась нами при характеристики принципов соразмерности и необходимости, и теперь должна быть рассмотрена также применительно к принципу дискриминации, а именно возможности применить данный принцип в отрыве от принципа правого дела. М. Уолцер утверждает, что комбатанты не должны иметь больше или меньше прав в зависимости от того, выступают ли они на стороне государства, борющегося справедливо[[37]](#footnote-37). Одним из основных принципов ведения войны является, таким образом, принцип морального равенства комбатантов с каждой из сторон, который противостоит принципу «скользящей шкалы» (согласно которому чем более справедлива война, тем больше прав у комбатантов и наоборот), упоминаемому, в частности, Дж. Ролзом[[38]](#footnote-38). По поводу принципа «скользящей шкалы» Уолцер пишет, что его последствия более далеко идущие, чем хотелось бы сторонникам этого принципа. Сегодня позиция Уолцера всё ещё популярна, но серьезные попытки оспорить ее предпринимает Д. МакМахан. Он утверждает, что солдаты государства-агрессора, как правило, вообще не могут соблюсти принцип дискриминации. Так, если солдаты воюют несправедливо, то как комбатанты, так и некомбатанты противника являются для них незаконными целями! Действительно, обычно мы считаем, что прибегающая к необходимой обороне жертва не теряет своих прав ввиду своих оборонительных действий, а потому у преступника не появляется право причинять своей жертве вред в ответ на её оборонительные действия. Аналогично мы не считаем, что преступника есть право на самооборону от пытающегося его схватить полицейского. Но если так, то и комбатанты страны-агрессора не имеют право на самозащиту, то есть не имеют право убивать комбатантов страны-жертвы (конечно, за исключением случаев, когда они пытаются помешать комбатантам страны-жертвы совершить военное преступление)[[39]](#footnote-39).

Представляется, что в этой позиции МакМахана имеется большая доля истины. И всё-таки важно подчеркнуть следующее. Мы очевидно нуждаемся в некоторых правилах ведения даже несправедливо начатой войны (по крайней мере, чтобы действия солдат страны-агрессора не стали еще более несправедливыми). Это означает, что даже если комбатанты воюют на несправедливо начавшей войну стороне, они всё ещё могут соблюдать некоторые моральные требования, делающие их действия менее злыми (например, убивать только комбатантов противника, но не причинять вред некомбатантам, использовать только разрешенное международным правом оружие, и не использовать запрещенные виды вооружений, не превышать пределы необходимости, т.е. не причинять вред, который чрезмерен даже с точки зрения несправедливых целей агрессора и т.д.). Сам МакМахан понимает это, и чтобы преодолеть данное затруднение, вводит новую категорию «законов войны». Но не является ли это лишь попыткой вернуть требования jus in bello для несправедливых комбатантов через заднюю дверь? В частности, даже если уолцеровская идея «морального равенства комбатантов» неверна, нарушение принципа дискриминации является как минимум отягчающим обстоятельством, поэтому данный принцип остается релевантным для всех сторон.

К тому же, надо понимать, что вряд ли комбатант вообще может быть привлечен к ответственности за участие в войне на неправой стороне, ведь он всего лишь исполняет волю своего командования, и в этом состоит его долг. Как отмечает Г. Шу, запрет на участие в несправедливых войнах является бесполезным, так как если солдат участвует в войне, значит он уже, по-видимому считает ее справедливой[[40]](#footnote-40). Но если солдат не может быть привлечен к ответственности за участие в несправедливой войне, то не проще сказать, что такое участие для него допустимо? Однако если солдат виновно убивает мирных жителей, он выходит за пределы своего долга. Поэтому на практике солдаты (в т.ч. страны-агрессора) обычно привлекаются к ответственности именно за нарушения принципа дискриминации.

1. Blankinship Kh.Y. Parity of Muslim and Western Concepts of Just War. // The Muslim World. 2011. №101 (3). P. 416; Аl-Dawoody А. Op.cit. P. 78-79. [↑](#footnote-ref-1)
2. Walzer M. War and peace in Jewish tradition. // The ethics of war and peace. Religious and secular perspectives. Ed. by Nardin T. Princeton, 1996. P. 95-114. Надо сказать, что еврейская традиция в части осмысления справедливости объявления и ведения войн (и выработке каких-то четких запретов в этом отношении) вообще не является достаточно сформированной по той причине, что долгое время евреи были лишены собственного государства, и потребности в выработке единой доктрины попросту не было. И даже те ограничения, которые накладываются данной традицией на способы ведения войны, касаются лишь категории «разрешенных», но не категории «предписанных» (Богом) войн. [↑](#footnote-ref-2)
3. Фоушин Н. Указ.соч. С. 175. Указанные правила на данный момент уже стали правовыми обычаями. См. Хенкертс Ж.-М. Указ.соч. [↑](#footnote-ref-3)
4. Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario), 2000. P. 195; Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М., 2002. С. 167. [↑](#footnote-ref-4)
5. Сисе Х. Указ.соч. С. 96-98. [↑](#footnote-ref-5)
6. Сисе Х. Указ.соч. С. 113. [↑](#footnote-ref-6)
7. См.: McKeogh C. Innocent civilians: the morality of killing in war. Basingstoke, NY. 2002. P. 5. Сегодня эти причины выражаются через принципы военной необходимости, соразмерности и гуманизма. [↑](#footnote-ref-7)
8. Mavrodes G. Conventions and the morality of war. // *Philosophy and Public Affairs*. 1975. No. 4 (2). P.117–131. [↑](#footnote-ref-8)
9. Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. NY, 2006. P. 138-143. [↑](#footnote-ref-9)
10. Относительно оснований иммунитета медицинского персонала в научной литературе ведутся дискуссии. Врач, помогающий комбатанту страны-агрессора встать на ноги и снова обрести способность воевать, формально вносит свой вклад в продолжение агрессии. Однако, во-первых, нейтральность медперсонала можно рассматривать как условие, при котором ему вообще будет предоставлена возможность помогать кому бы то ни было, поэтому в целом (принимая во внимание принципы соразмерности и необходимости) оказывается, что лучше помогать солдатам каждой из сторон конфликта (уменьшая их страдания), чем не помогать никому. Во-вторых, нет никаких оснований полагать, что прошедшие лечение комбатанты страны-агрессора с учетом характера их травм смогут снова вернутся на поле боя, и это обстоятельство уже оправдывает по крайней мере презумпцию иммунитета медработников. [↑](#footnote-ref-10)
11. McMahan J. The Ethics of Killing in War // Ethics, vol. 114, no. 4, 2004. Р. 722-729. [↑](#footnote-ref-11)
12. Just and Unjust Warriors. The Moral and Legal Status of Soldiers. / ed. by Rodin D. and Shue H. NY, 2008. P. 47-51. [↑](#footnote-ref-12)
13. В более поздних работах он также оговаривается, что если лицо совершало несправедливые действия, дающие основания для справедливого вооруженного противодействия, но делало это невиновно, то за исключением случая, когда речь идет о рисковой деятельности (позволяющей привлекать к ответственности без вины), он не является законной целью. Таким образом, фактор вины всё-таки оказывается значимым наряду с объективными признаками деяния. McMahan, J. The Basis of Moral Liability to Defensive Killing. // Philosophical Issues 15, 2005. P. 386–405. С нашей точки зрения, поскольку война не является наказанием, важны лишь те действия, которые люди совершают здесь и сейчас во имя несправедливой войны, и останавливать их стоит независимо от того, виновно ли они способствуют несправедливой войне. Кроме того, МакМахан дополнительно указывает, что нужно учитывать последствия атаки по «ответственному лицу» (будет ли причиняемый вред сокращен?), а также наличие «более ответственных» лиц в соответствующей цепочке причинно-следственных связей. См. McMahan J. Who is Morally Liable to be Killed in War. // Analysis. № 71 (3). P. 544-559. Мы полагаем, что эти обстоятельства действительно являются определяющими. [↑](#footnote-ref-13)
14. Применительно к данной проблеме интересны рекомендации, подготовленные Международным Комитетом Красного Креста относительно толкования юридического термина «непосредственное участие в военных действиях». Дело в том, что согласно Дополнительным протоколам I и II к Женевским конвенциям 1949 г. гражданские лица пользуются защитой от нападения лишь если и пока они не принимают непосредственное участие в военных действиях. По мнению МККК, такое участие должно быть выражено в конкретном акте (в том числе являющемся частью коллективного действия, напр. тактической операции), который удовлетворяет следующим критериям. Во-первых, акт должен быть нацелен на причинение вреда одной из сторон конфликта и помощь другой стороне конфликта. Так, например, по мнению МККК, вред, причиненный в результате индивидуальной самозащиты или подавления властями гражданских беспорядков, сам по себе не связан с содействием или препятствием какой-либо из сторон конфликта. МККК пытается выразить эту идею через термин «объективная цель акта» (?), противопоставляя его «субъективному намерению», что, как представляется, не вполне удачно. В результате оказывается, что (по мнению МККК) недееспособные «дети-солдаты» могут считаться непосредственными участниками конфликта, а человек, не знающий, что перевозит дистанционно управляемую бомбу (т.е. дееспособный, но невиновный) – не может. Во-вторых, вероятный вред должен превышать известный «порог». С точки зрения МККК, это означает, что вред либо носит военный характер, т.е. влияет на военные операции и военный потенциал одной из сторон, либо выражается в смертях, ранениях и разрушениях лиц и объектов, пользующихся защитой от военного нападения. По сути, здесь подразумевается, что «военный» вред считается априори прошедшим «порог», в отличие от вреда, причиненного гражданским, что представляется не вполне логичным. При этом добровольные (!) «живые щиты», образуемые гражданскими лицами, МККК не всегда считает непосредственным участием в боевых действиях, так как они не всегда достигают «порога вреда». Наконец, в-третьих, важным требованием является наличие непосредственной связи между актом и вредом. По мнению МККК, это означает, (А) что от непосредственного участия в военных действиях следует отличать общие военные усилия и иную деятельность в поддержку войны, которые лишь «опосредовано» способствуют наступлению вреда, (Б) что необходимость той или иной деятельности для причинения вреда не является ни обязательной, ни достаточной характеристикой (?), и (В) пространственная и временная близость деятельности к причинению вреда также не являются определяющими). Эти критерии, безусловно, могут вызывать вопросы. Например, подвоз пищи к сражающимся войскам МККК не считает непосредственным участием в боевых действиях, а подвоз снарядов (в т.ч. загрузку их в самолеты, которые будут осуществлять бомбардировку) – считает (при этом изготовление снарядов на заводе, опять же, не считает). Кроме того, пренебрежение категорией необходимости у МККК противоречит общепринятому пониманию причинности. См. Мельцер Н. Непосредственное участие в военных действиях. Руководство по толкованию понятия в свете международного гуманитарного права. 2009. Для изучения дискуссий см.: Русинова В.Н. Руководство Международного комитета Красного креста по толкованию понятия «непосредственное участие в военных действиях»: pro et contra. // Московский журнал международного права. 2011. № 4. В целом, позиция МККК несвободна от критики, но предоставляет известную пищу для размышлений. [↑](#footnote-ref-14)
15. Gross М.L. Moral Dilemmas of Modern War: Torture, Assassination, and Blackmail in an Age of Asymmetric Conflict. NY, 2009. P. 39-42. [↑](#footnote-ref-15)
16. Schulzke M. Op.cit. P. 31-38. [↑](#footnote-ref-16)
17. McMahan J. Killing in War: A Reply to Walzer. // Philosophia. 2006. №34. P. 48-49. [↑](#footnote-ref-17)
18. Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. NY, 2006. P. 146. [↑](#footnote-ref-18)
19. Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М., 2002. С. 37. [↑](#footnote-ref-19)
20. Сисе Х. Указ.соч. С. 116. Приведенные на сайте Международного Комитета Красного Креста правила обычного международного гуманитарного права во многом совпадают с указанными рекомендациями, напр. нормы 15, 20 и 24. Но по сути это можно расценивать как отсылку к принципу необходимости, а не признание за работниками военной промышленности статуса некомбатантов. [↑](#footnote-ref-20)
21. Schulzke M. Op.cit. P. 53-57. [↑](#footnote-ref-21)
22. Многим также захочется провести аналогию между разграничением комбатантов и некомбатантов и моральными принципами наложения наказания. Так, хотя теоретически стабильному правопорядку может служить наказание как виновных, так и невиновных (как тех, кто совершал преступление, так и тех, кто не совершал), мы добиваемся превенции наказанием лишь преступников, а не законопослушных граждан. Но правильно ли отождествлять войну и наказание? Мы полагаем, что войну нельзя рассматривать как наказание. Поэтому проводим аналогию с такой мерой государственного принуждения, как задержание. На самом деле задержание преступника обычно предполагает, что преступник в данный момент уже не совершает какого-либо преступления (но совершил его в недавнем прошлом). Но война – это осуществляемое в данный момент преступление. Поэтому еще более точная аналогия - это необходимая оборона. Но в принципе рассматриваемую нами ситуацию задержания преступника можно рассматривать и с точки зрения необходимой обороны сотрудниками полиции граждан от преступных посягательств. Поэтому здесь проблема лишь терминологическая. [↑](#footnote-ref-22)
23. Впрочем, хотя сам принцип различения и не позволяет использовать человека как средство, но далее мы будем рассматривать исключения из этого принципа. Так или иначе, надо понимать, что все исключения из запрета на пытки, как правило, настолько умозрительны, что на практике невозможны. См. Luban D. Unthinking the Ticking Bomb. Georgetown Law Faculty Working Papers. 2008. [↑](#footnote-ref-23)
24. См., напр.: Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М., 2002. С. 186. Любопытно, что три названных условия отсылают соответственно к принципу различения, принципу соразмерности и принципу необходимости. Но если так, то правильнее было бы говорить, что позитивными в сумме должны быть последствия абсолютно всех видов действий (а не только тех двух видов – намеренных позитивных и ненамеренных негативных – которые рассматриваются доктриной двойного эффекта), а минимизированы должны быть любые потери (т.е. в т.ч. комбатантов, военной техники и сооружений, а не только гражданские потери). [↑](#footnote-ref-24)
25. Предварительно отметим, что в зарубежной науке аналогичная попытка ревизии доктрины двойного эффекта была предпринята С. Натансоном. Данный автор строит свои рассуждения на основе Модельного уголовного кодекса, который был разработан в США в 1962 г. и содержит схожую с российским уголовным законом классификацию форм вины (purposely, knowingly, recklessly, negligently). Таким образом, в той мере, в которой выделяемые формы вины схожи в различных правопорядках, рассмотрение проблем принципа различения через эту категорию имеет ценность не только для внутрироссийских дискуссий. См. Nathanson S. Terrorism and the Ethics of War. Cambridge, 2010. P. 256-258. [↑](#footnote-ref-25)
26. Помимо прочего, С. Натансон в подтверждение своей позиции приводит следующую аналогию: строители автодорог и разработчики вакцин вполне предвидят различные побочные эффекты (в том числе смертельные) результатов своей деятельности, но неизбежность таких эффектов, конечно же, еще не означает, что нам следует перестать строить дороги или разрабатывать вакцины. Х. Фроу считает данную аналогию некорректной, так как в случае дорог и вакцин группа выгодоприобретателей совпадает с группой риска, тогда как на войне воюют одни (комбатанты), а рискуют другие (некомбатанты). См. Frowe H. The Ethics of War and Peace: An Introduction. London&NY, 2016. P. 151-154. [↑](#footnote-ref-26)
27. Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. NY, 2006. P. 151. [↑](#footnote-ref-27)
28. Walzer M. The Triumph of Just War Theory (and the Dangers of Success). // Social Research, Vol. 69, No. 4, International Justice, War Crimes, and Terrorism: The U.S. Record (winter 2002). P. 937. [↑](#footnote-ref-28)
29. Luban D. Human Rights Thinking and the Laws of War. // Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Right. Ed. by Ohlin J. Cambridge, 2016. Р. 75-77. [↑](#footnote-ref-29)
30. Принимая во внимание существующие в западной научной литературе дискуссии о распределении рисков, в целом тяжело согласиться с проводимым М. Калдор разграничением полицейской и военной логик на том основании, что в полицейских акциях жизнь невиновного прохожего имеет первостепенное значение, а в военных акциях считается нормальным, когда солдат ставит свою жизнь выше жизни вражеских некомбатантов. См. Калдор М. Новые и старые войны: организованное насилие в глобальную эпоху. М., 2015. С. 271. В политической и военной практике мы действительно часто сталкиваемся с пренебрежением жизнями гражданских лиц, но для большинства теоретиков справедливой войны эти жизни столь же ценны для военных, сколь и для полицейских. М. Калдор с помощью своего разграничения пытается подчеркнуть особый статус «новых войн», в котором солдат должен уметь быть полицейским, но, как представляется, даже в регулярной войне у солдата есть строгие обязанности по отношению к вражеским некомбатантам. Противоположное отстаивается крайне редко. [↑](#footnote-ref-30)
31. Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. NY, 2006. P. 195-196. Уолцер, правда, апеллирует здесь к тому, что невозможность разграничить партизан и мирное население означает такую поддержку партизан народом, что война против партизан фактически представляет собой войну против всего народа (будь то иностранная интервенция или тирания собственного правительства). Ученый не ставит здесь вопрос о том, может ли весь народ считаться виновным в развязывании или ведении несправедливой войны, и всегда ли война против всего народа будет несправедливой (и наоборот, всегда ли «народная война» против интервентов справедлива). [↑](#footnote-ref-31)
32. Садовников Д.В. Статус участников неправительственных вооруженных формирований по международному праву. М, 2013. [↑](#footnote-ref-32)
33. Например, в условиях асимметричных войн вообще сложно отличить законную цель от незаконной, если мы принимаем во внимание тот факт, что статус комбатанта/некомбатанта зависит не от формального наличия военной формы, а от реального влияния на ход боевых действий. Обычно предполагается, что существует некий «порог», после которого такое влияние считается непосредственным и серьезным, и тем самым превращает субъекта из некомбатанта в комбатанта. Однако асимметричные войны делают определение такого порога более трудным: есть искушение применить силу против тех, кто не представляет достаточной угрозы. [↑](#footnote-ref-33)
34. То же самое можно сказать о практических трудностях по определению соразмерности и необходимости мер по нейтрализации врага – указанные трудности не освобождают от обязанности соблюдать сами принципы. [↑](#footnote-ref-34)
35. В части определения терроризма заслуживает внимания позиция С. Натансона, который утверждает, что терроризм – это направленный на достижение политических целей акт серьезного насилия (или угроза такового), применяемого в отношении относительно небольшой группы заведомо невиновных лиц в расчете повлиять на большую группу, к которой они принадлежат и/или политических лидеров, принимающих решения за нее. Nathanson S. Op.cit. P. 9-74. Впрочем, представляется, что размеры указанных групп (первая – которая подвергается насилию, вторая – на которую террорист пытается повлиять) могут быть самыми разными. [↑](#footnote-ref-35)
36. Schulzke M. Op.cit. P. 20-31. [↑](#footnote-ref-36)
37. Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. NY, 2006. P. 136. [↑](#footnote-ref-37)
38. См., напр.: Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 332. [↑](#footnote-ref-38)
39. См., напр.: McMahan J. Morality, Law, and the Relation Between Jus Ad Bellum and Jus in Bello. // Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), vol. 100, 2006. P. 112-114.  [↑](#footnote-ref-39)
40. Just and Unjust Warriors. The Moral and Legal Status of Soldiers. / ed. by Rodin D. and Shue H. NY, 2008. P. 87-111. [↑](#footnote-ref-40)