

Мирослава Антонович
доктор права, доцент,
керівник Центру міжнародного захисту прав людини
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

**Відповідальність за порушення прав людини і міжнародного
гуманітарного права в умовах гібридної війни**

**Responsibility for Violations of Human Rights and International
Humanitarian Law during a Hybrid War**

Агресія Російської Федерації проти України спершу в Криму, а потім і на Сході України актуалізувала питання грубих порушень прав людини і міжнародного гуманітарного права та відповідальності за ці порушення. Оскільки РФ відмовляється від того, що вона є стороною збройного конфлікту і називає його громадянською війною, але не може заперечити присутності своїх військових та зброї в зоні конфлікту, а Україна наполягає на тому, що має місце антитерористична операція проти терористів, які є найманцями РФ, постає питання кваліфікації цього збройного конфлікту і відповідальності за порушення прав людини та міжнародного гуманітарного права в цьому контексті. Часто агресію РФ проти України в тій формі, в якій вона відбувається, іменують гібридною війною, однак дія міжнародного гуманітарного права поширюється і на такі збройні конфлікти. В статті *inter alia* буде проаналізовано особливості застосування міжнародного гуманітарного права до таких збройних конфліктів.

У контексті гібридних збройних конфліктів актуалізується питання територіальної юрисдикції держав щодо порушень прав людини і міжнародного гуманітарного права на територіях з невизначеним правовим статусом, тобто, яка держава буде нести відповідальність за такі порушення. Нині РФ визнала свою юрисдикцію над Кримом, однак коли Україна подавала свій перший позов проти РФ до Європейського суду з прав людини (надалі – ЄСПЛ), РФ свою

юрисдикцію щодо Криму ще не визнала, а тому ЄСПЛ повинен буде встановити, чи Росія відповідальна за порушення прав людини в Криму до офіційного визнання нею анексії Криму. Питання відповідальності за порушення прав людини і міжнародного гуманітарного права на Донбасі ще складніше, оскільки Росія не визнає своєї участі в цьому конфлікті та іменує його громадянською війною. Отже, в цій статті також буде проаналізовано, які території можна кваліфікувати як території з невизначеним правовим статусом, яким чином міжнародне право визначає юрисдикцію держав щодо територій з невизначеним правовим статусом і буде розглянуто міжнародну і національну судову практику щодо відповідальності держав за порушення прав людини і міжнародного гуманітарного права на таких територіях. Зокрема, буде проаналізовано декілька справ ЄСПЛ, в яких Суд вирішував питання юрисдикції щодо територій з невизначеним правовим статусом, в контексті можливого визначення територіальної юрисдикції на сході України, а саме на територіях, які знаходяться під контролем бойовиків-терористів, найманців і регулярних підрозділів збройних сил РФ, а також в районі бойових дій.

Оскільки за порушення міжнародного гуманітарного права до відповідальності слід притягти як державу-агресора, так і конкретних злочинців, я також коротко зупинюсь на можливих міжнародних та національних органах покарання за порушення норм міжнародного гуманітарного права.

Міжнародне гуманітарне право (надалі – МГП) – це не лише договірне право, а й звичаєве, що було підтверджено Міжнародним Судом Справедливості ООН (надалі – МСС) і самими державами. Зокрема, у Консультативному висновку МСС *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* 1996 року Суд зазначив, що “норми міжнародного гуманітарного права повинні дотримуватись усіма державами, незалежно від того, ратифікували вони конвенції, що вміщують дані норми, чи ні” (п. 79)¹. У справі *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* МСС підтвердив основні принципи міжнародного гуманітарного права і заперечив право США

¹ Див.: Международный журнал Красного Креста. – 1997. – № 14. – С. 20.

застосовувати силу проти Нікарагуа для забезпечення поваги до прав людини у цій країні відповідно до звичаєвого міжнародного права².

МГП діє в умовах міжнародних та неміжнародних збройних конфліктів, а також гібридних конфліктів, які почастишали в останні десятиліття. Це стосується і транснаціональних конфліктів між державами і недержавними угрупованнями, до яких також застосовується МГП, враховуючи нещодавні зміни, що відбулись в розвиток цього права. Як зазначають А. Паулюс і М. Вашакмадзе, «в той час як зростання кількості транснаціональних конфліктів між державами і недержавними угрупованнями створило численні проблеми для ідентифікації збройних конфліктів, докази свідчать, що ситуації, до яких застосовується МГП, легше ідентифікувати завдяки розвитку цього права»³. А саме, на думку А. Паулюса і М. Вашакмадзе, «після рішень Верховного Суду США у справах Хамдана і Бумедієн, здається, загально визнано, що збройні конфлікти з недержавними угрупованнями не є «вільною від закону» зоною чи «правовою чорною діркою» на кшталт тієї, яка була створена в Гвантанамо Бей, а є предметом дії МГП або захисту прав людини, що передбачений міжнародним чи внутрішньодержавним правом» (“Since the Hamdan and Boumediene rulings by the US Supreme Court, it seems universally accepted that armed conflicts with non-state groups do not constitute a ‘law-free zone’ or a ‘legal black hole’, but are subject to IHL or to human rights provided by international and/or domestic law”)⁴.

Зокрема, у Справі *Hamdan v. Rumsfeld* Верховний Суд США визнав, що спільна стаття 3 Женевських конвенцій, відповідно до якої «у випадку збройного конфлікту неміжнародного характеру на території однієї з договірних сторін кожна сторона конфлікту зобов’язана гуманно поводитись з особами, які не беруть активної участі у воєнних діях...», передбачає

² ICJ Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) Judgment of 27 June 1986 // ICJ Rep. – 1986.

³ Paulus A., Vashakmadze M. Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization [Text] / A. Paulus, M. Vashakmadze // International Review of the Red Cross. – 2009. – Vol. 91, N. 873. – P. 122.

⁴ See: Paulus A., Vashakmadze M. – Op. cit., p.123: Boumediene v. Bush, 128 SCt 2229 (2008), reprinted in 47 ILM 650 (2008); US Supreme Court, Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 633, 126 S.Ct. 2749, 2795, 2797 (2006), para. 2795 (majority opinion) and 2797 (Justice Stevens, plurality opinion); ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo, (Democratic Republic of Congo v. Uganda), Separate Opinion of Judge Simma, ICJ Reports 2005, paras. 26–28.

мінімальні норми для всіх збройних конфліктів. Думка більшості у цій справі полягала в тому, що стаття 75 Протоколу I також застосовується до всіх збройних конфліктів. Зокрема, пункт 4 ст. 75 Протоколу I передбачає: «Особі, визнаній винною у вчиненні кримінального правопорушення, пов'язаного зі збройним конфліктом, не може бути винесено жодного вироку, і вона не може бути піддана жодному покаранню, крім як за постановою неупередженого й відповідним чином створеного суду, що дотримується загальноновизнаних принципів звичайного судочинства...»⁵.

Що ж до недержавних угруповань, вони і надалі не можуть претендувати на привілеї комбатантів, які є законною воюючою стороною, а звідси на право застосовувати силу проти будь-кого. Таким чином, як зазначають А. Паулюс і М. Вашакмадзе, застосування МГП не залежить від «взаємності», а лише від зобов'язального характеру МГП для всіх сторін конфлікту⁶.

Питання кваліфікації збройного конфлікту тісно пов'язане з ідентифікацією територій з невизначеним правовим статусом і встановленням юрисдикції щодо них, зокрема, щодо таких територій, на яких проходять бойові дії. Стаття 2, спільна для всіх чотирьох Женевських конвенцій 1949 року, сформульована таким чином: «На додаток до положень, які втілюються в мирний час, ця Конвенція застосовується до всіх випадків оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше високими договірними сторонами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни». Збройний конфлікт, який триває на окупованій території Донбасу, характеризується тим, що Україна не визнає стану війни, а кваліфікує цей стан як антитерористичну операцію; інша сторона конфлікту – Росія, Президент якої підтвердив можливість присутності російських військових на території бойових дій на Донбасі, разом з тим заперечує участь регулярних військових сил РФ у цій війні.

Юристи Міжнародного Комітету Червоного Хреста дали цікавий

⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) [Electronic resource], 8 June 1977. – Mode of access: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=086F4BB140C53655C12563CD0051E027>. – Last access: 2016. – Title from the screen.

⁶ Andreas Paulus and Mindia Vashakmadze. – Op. Cit. – P. 124.

коментар щодо зазначеної ст. 2 чотирьох Женевських конвенцій 1949 року: «Будь який спір, що виникає між двома державами і викликає введення в дію збройних сил, є збройним конфліктом за ст. 2, навіть якщо одна зі сторін оспорує наявність стану війни. Ні тривалість конфлікту, ні ступінь руйнувань не відіграють жодної ролі. Повага до людської особистості не вимірюється числом жертв»⁷.

Виходячи з цього, до порушень прав людини, які мають місце на окупованому Донбасі, застосовуються положення Женевських конвенцій 1949 року, а також Гаазьких конвенцій, оскільки *de facto* має місце збройна агресія РФ проти України. В зазначених конвенціях, зокрема, йдеться про режим військової окупації, яку, без сумніву, маємо на підконтрольній Росії (через маріонеткові «уряди» бойовиків, терористів, російських найманців, регулярних військових РФ) території на Донбасі.

Суттєвими аспектами режиму військової окупації, які можна виділити на підставі зазначених міжнародних договорів, є такі:

- окупація не змінює правового статусу окупованої території, тобто не обумовлює переходу суверенітету над окупованою територією до окупаційної держави. Також варто додати, що оскільки нині на основі Статуту ООН легальними способами застосування сили в міжнародних відносинах є самооборона або на підставі резолюції Ради Безпеки ООН, будь-яке застосування збройної сили поза їхніми рамками слід однозначно розцінювати як агресію у відповідності до ст. 3 (а) Резолюції «Визначення агресії» – будь-яка військова окупація, який би тимчасовий характер вона не носила, що є наслідком вторгнення або нападу збройних сил держави на територію іншої держави⁸.

- відповідно до Гаазької конвенції (IV) щодо законів і звичаїв наземної війни (надалі – Гаазька конвенція IV), режим військової окупації розповсюджується лише на ту територію, яка перебуває під контролем ворожої армії, при чому, за умови, якщо така окупаційна влада на такій території не

⁷ Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов [Текст] / Э. Давид. – М.: Международный Комитет Красного Креста, 2011. – С. 122-123.

⁸ Марусяк О. Агресія, окупація та анексія Криму Російською Федерацією [Текст] : дис. ... докт. філософії в галузі права / Олександр Марусяк. – Мюнхен, 2016.

просто формально встановлена, а й є дієвою (ст. 42 Гаазької конвенції IV)⁹. Якщо ж на певній території продовжуються активні військові дії, які перешкоджають ефективному встановленню окупаційної влади, то вона автоматично відноситься до зони проведення бойових дій і не може мати статусу окупованої території. Варто зазначити, що правовий захист, наданий Четвертою Женевською конвенцією щодо захисту цивільних осіб під час війни (надалі – Женевська конвенція IV), не залежить від встановлення окупаційного режиму, а починає діяти з самого початку будь-якого конфлікту незалежно (абз. 1 ст. 6) і до загального припинення бойових дій (абз. 2 ст. 6), а на окупованій території — ще протягом одного року після загального припинення бойових дій (абз. 3 ст. 6)¹⁰.

- національне законодавство окупованої держави, чинне до моменту окупації, продовжує застосовуватися на окупованій території за відсутності непереборних перешкод (ст. 43 Гаазької конвенції IV), а уряд окупованої держави у вигнанні (в разі його формування) здійснює подальші функції щодо представництва цієї держави в міжнародних зносинах¹¹.

У Женевській конвенції IV особливу увагу також приділено питанню чинності законодавства про кримінальну відповідальність та про притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які проживають на окупованій території (статті 64–75). Зокрема, в ній зазначається таке:

1) закони про кримінальну відповідальність окупованої території залишаються чинними, за винятком випадків, коли їх дія скасовується або призупиняється окупаційною державою, якщо це законодавство становить загрозу безпеці окупаційної держави або є перешкодою виконання безпосередньо самої Конвенції, а суди окупованої території продовжуватимуть виконувати свої функції стосовно розгляду правопорушень, визначених цим законодавством (абз. 1 ст. 64);

⁹ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907 [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/195>. – Last access: 2016. – Title from the screen.

¹⁰ Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949 [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=C5031F972DD7E216C12563CD0051B998>. – Last access: 2016. – Title from the screen.

¹¹ Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов / Э. Давид. – М.: Международный Комитет Красного Креста, 2011. – С. 565-567.

2) положення про кримінальну відповідальність, які ухвалюються окупаційною владою, можуть набирати чинності лише після того, як їх опубліковано та доведено до відома населення їхньою рідною мовою, при цьому вони не повинні мати зворотної сили (ст. 65);

3) положення про кримінальну відповідальність, ухвалені окупаційною владою, можуть передбачати покарання у вигляді смертної кари лише у разі визнання особи винною у шпигунстві, здійсненні серйозних актів диверсії проти військових об'єктів окупаційної держави або скоєнні умисних злочинів, які призвели до смерті однієї чи більше осіб, у сукупності з умовою, що законодавство окупованої території, яке було чинним до початку окупації, передбачало покарання через смертну кару за скоєння таких злочинів (абз. 2 ст. 68);

4) окупаційна держава не має права здійснювати арешт, переслідування або висувати обвинувачення проти населення окупованої території за вчинки або переконання, скоєні або виражені ними до початку окупації або протягом періоду її тимчасового припинення, за винятком випадків порушення законів або звичаїв війни (абз. 1 ст. 70).

Окупаційна держава зобов'язана вжити всі залежні від неї заходи для того, щоб по мірі можливого відновити та забезпечити громадський порядок та безпеку на окупованій території, поважати права і свободи населення, яке проживає на ній, зокрема, сімейну честь і сімейні права, особисте життя, приватну власність, релігійні переконання та релігійні практики (статті 43, 46 Гаазької конвенції IV).

Важливо зазначити, що Гаазька конвенція IV і Женевська конвенція IV забороняють окупаційній державі:

1) примушувати населення окупованої території давати свідчення щодо їхньої армії або засобів оборони (ст. 44 Гаазької конвенції IV), давати присягу на вірність неприязельській державі (ст. 45 Гаазької конвенції IV), служити в збройних чи допоміжних силах окупаційної держави (ст. 51 Женевської конвенції IV). Відповідно до останньої статті окупаційна держава може залучати до примусових робіт лише тих осіб, яким виповнилося 18 років, і

лише до такої роботи, яка є необхідною для забезпечення потреб окупаційної армії або для належного забезпечення населення окупованої країни комунальними послугами, продуктами харчування, житлом, одягом, транспортом та медичними послугами;

2) вживати будь-яких заходів, що мають на меті спричинення безробіття чи обмеження можливості працевлаштування для робітників окупованої території, щоб примусити їх працювати на окупаційну державу (ст. 52 Женевської конвенції IV);

3) змінювати статус посадових осіб чи суддів на окупованих територіях або вживати стосовно них будь-яких заходів примусу, якщо вони утримуватимуться від виконання своїх обов'язків з етичних міркувань (ст. 54 Женевської конвенції IV);

4) незалежно від мотивів, здійснювати примусове індивідуальне чи масове переселення або депортацію населення з окупованої території на територію окупаційної держави або на територію будь-якої іншої держави, незалежно від того, окупована вона чи ні, а також здійснювати переміщення або депортацію частини свого цивільного населення на територію, яку вона окупувала (ст. 49 Женевської конвенції IV);

5) конфісковувати приватну власність (ст. 46 Гаазької конвенції IV), займатися пограбуванням населення (47 Гаазької конвенції IV), знищувати рухоме чи нерухоме майно, що є індивідуальною або колективною власністю приватних осіб чи держави, або інших громадських установ чи соціальних або кооперативних організацій, за винятком випадків, коли це є необхідним для проведення воєнних операцій (ст. 53 Женевської конвенції IV);

б) вивозити культурні цінності з окупованих територій (Протокол I до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей).

Порушення окупаційною державою будь-яких із вказаних вище заборон, а також невиконання будь-яких зазначених обов'язків по відношенню до населення окупованої території є військовим злочином, за який передбачається міжнародна відповідальність. Маємо безліч доказів порушень цих обов'язків окупаційною владою на окупованій території східної України, які потрібно

ретельно зберігати і використати при підготовці скарги проти агресора до міжнародних судових органів.

Разом з тим, відповідно до Женевської конвенції IV окупаційна держава має право створювати на окупованій території власні неполітичні військові суди, які розглядатимуть справи про порушення положень, ухвалених окупаційною державою в межах, необхідних для виконання нею зобов'язань, зокрема законодавства з питань підтримання ефективного управління територією, забезпечення безпеки окупаційної держави, особового складу та власності окупаційних сил та адміністрації, а також об'єктів та комунікаційних ліній, які ними використовуються (абз. 2 ст. 64), однак, за дотримання таких вимог:

1) на окупованій території повинні функціонувати апеляційні суди (ст. 66);

2) суди повинні діяти лише відповідно до тих законодавчих положень, які були чинними до моменту скоєння правопорушення і які відповідають загальним принципам права, зокрема принципу відповідності покарання правопорушенню (ст. 67);

3) компетентні судові органи окупаційної держави не мають права виносити будь-який вирок без розгляду справи відповідно до встановленого процесуального порядку (абз. 1 ст. 71);

4) державі-покровительці (Protecting Power) повинно бути повідомлено про будь-яке переслідування, розпочате окупаційною державою проти особи, що перебуває під захистом, у зв'язку зі скоєнням нею злочинів, за які передбачається покарання через смертний вирок або ув'язнення на строк понад два роки перед тим, як розпочати слухання по справі (абз. 2 і 3 ст. 71).

Що ж до права окупаційної держави стягувати податки, накладати реквізиції та грошові збори на населення окупованої території задля потреб армії або здійснення управління цією територією, це можна робити відповідно до Гаазької конвенції IV, за можливості узгоджуючи це з існуючими правилами оподаткування окупованої держави (ст.ст. 48-56).

Усі зазначені правові заходи, вжиті окупаційною державою на

окупованій території, припиняються з моменту закінчення окупації, яким слід вважати повне та беззастережне виведення іноземних збройних сил з окупованої території та відновлення де-факто і де-юре *status quo ante*.

Можемо констатувати, що зазначені положення Женевської конвенції IV повинні діяти на території окупованого Донбасу, де триває збройний конфлікт. Разом з тим, оскільки РФ заперечує свою військову присутність на Донбасі, а Україна не проголошує стан війни, називаючи це антитерористичною операцією, Гаазька конвенція IV в такій ситуації не повинна була б діяти. Однак *de facto* воєнний стан дає підстави для застосування також Гаазької конвенції IV, і свідчить про те, що всі зазначені положення Гаазької конвенції IV і Женевської конвенції IV окупаційна влада на Донбасі порушує, не залежно від того, яким чином кваліфікувати цю окупаційну владу – російські агресори чи терористичні угруповання з російськими регулярними військами і найманцями. Україна не здійснює на цій окупованій території ефективного контролю, а отже не може відповідати за грубі порушення прав людини і міжнародного гуманітарного права.

Найважливішими міжнародними органами, які розглядають міждержавні скарги щодо агресії, злочинів проти людяності, фінансування тероризму та інших міжнародних злочинів, нині залишаються МСС ООН та регіональні суди, серед яких ЄСПЛ. Створений для покарання за злочини геноциду, воєнні злочини, злочини проти людяності, а з 2017 року і за злочин агресії (за умови необхідної кількості ратифікацій), Міжнародний кримінальний суд (надалі – МКС) є органом притягнення до індивідуальної відповідальності конкретних злочинців, які після набрання чинності Римським Статутом МКС вже не можуть сховатись за суверенітетом держави і своїм імунітетом. Грубі порушення Женевських конвенцій 1949 року, порушення законів і звичаїв війни, геноцид і злочини проти людяності є міжнародними злочинами, юрисдикцію щодо яких має Міжнародний *ad hoc* трибунал щодо колишньої Югославії, притягаючи до індивідуальної відповідальності за серйозні

порушення МГП, вчинені на території колишньої Югославії¹². Інший Міжнародний *ad hoc* трибунал щодо Руанди, який мав предметну юрисдикцію щодо злочинів геноциду, злочинів проти людяності і порушень статті 3, спільної для Женевських конвенцій і Додаткового Протоколу II¹³, вже припинив свою діяльність.

Окрім цих міжнародних судових органів було створено декілька «гібридних» судів і трибуналів – судових органів, до складу яких входять як міжнародні, так і національні судді. Серед них можна назвати:

- Спеціальний Суд для Сьєра Леоне (Special Court for Sierra Leone), який розслідує злочини під час громадянської війни в Сьєра Леоне;
- Надзвичайні палати в судах Камбоджі (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia), які розслідують злочини часів Червоних Хмерів;
- Спеціальний Трибунал щодо Лівану (Special Tribunal for Lebanon), який розслідує вбивство Рафіка Харірі;
- Особливі колегії Суду Ділі (Special Panels of the Dili District Court, які розслідують особливо важкі злочини в Східному Тиморі;
- Палати щодо розслідування воєнних злочинів Суду Боснії і Герцеговини (War Crimes Chamber of the Court of Bosnia and Herzegovina);
- Суд для розслідування воєнних злочинів у Косово (The War Crimes Court at Kosovo), для розслідування серйозних воєнних злочинів, вчинених проти етнічних та політичних опонентів.

Юрисдикцію щодо порушень міжнародного гуманітарного права мають і національні суди держав. Зокрема, до судів Боснії і Герцеговини були подані численні заяви щодо насильницьких зникнень, свавільних страт, катувань і сексуального насильства під час югославської війни. Ці заяви були подані не лише жертвами війни, а й правозахисними організаціями, зокрема

¹² Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. September, 2009 [Electronic resource]. – Mode of access: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. – Last access: 2016. – Title from the screen.

¹³ Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between January 1, 1994 and December 31, 1994 [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-nations-statute-ict-rwanda-case-study.htm>. – Last access: 2016. – Title from the screen.

Адвокатським центром “Trial” починаючи з 2008 року, коли було відкрито його офіс в Сараєво. Крім того, численні заяви щодо насильницьких зникнень, свавільних страт, катувань і сексуального насильства були подані Центром “Trial” до ЄСПЛ і до Комітету ООН з прав людини.

У 1993 році в Бельгії було прийнято Закон щодо покарання за грубі порушення міжнародного гуманітарного права, який було доповнено Законом 1999 р. Стаття 7 цього Закону встановлювала універсальну юрисдикцію бельгійських судів щодо порушень МГП. У квітні 2000 р. на основі цього Закону бельгійський суддя видав ордер на арешт міністра закордонних справ Демократичної республіки Конго (ДРК) Ндомбасі, вимагаючи затримати його та видати Бельгії за підозрою в злочинах, що становили грубі порушення МГП. У відповідь на це ДРК звернулась до МСС зі скаргою проти Бельгії, оскільки злочини, в яких підозрювався міністр закордонних справ, були вчинені на території Конго громадянином цієї ж держави¹⁴. ДРК звинуватила Бельгію у порушенні суверенітету іншої держави, що гарантується ст. 2 Статуту ООН, та порушенні дипломатичного імунітету міністра закордонних справ суверенної держави, що гарантується ст. 41 Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 р. У своєму рішенні від 14 лютого 2002 р. МСС визнав, що видання Бельгією ордеру на арешт було порушенням імунітету від кримінальної юрисдикції та недоторканності міністра закордонних справ Конго згідно з міжнародним правом.

Схожою була справа МСС *«Ліберія проти Сьєра Леоне»*, в якій Ліберія в 2003 році звернулась до МСС щодо міжнародного ордеру на арешт ліберійського президента, виданого Спеціальним судом для Сьєра Леоне. У 2002 році ДРК звернулась до МСС з позовом проти Франції з проханням визнати незаконними розслідування і кримінальне переслідування президента ДРК, міністра внутрішніх справ ДРК та інших громадян ДРК, розпочаті французькими судовими органами, у зв'язку зі звинуваченням вказаних осіб у злочинах проти людяності та катуваннях.

¹⁴ *Arrest Warrant* of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=121&p3=4>. – Last access: 2016. – Title from the screen.

Кримінальне законодавство України передбачає покарання за порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу (КК) України), застосування зброї масового знищення (ст. 439 КК України) і розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення (ст. 440 КК України). Зокрема, згідно зі ст. 438, «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій – караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років. Ті самі діяння, якщо вони поєднані з умисним вбивством, – караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі».

Агресія РФ проти України потягла за собою як міждержавні скарги України проти Росії до ЄСПЛ, так і численні індивідуальні заяви стосовно порушень прав людини в Криму і на окупованому Донбасі. Заяви подані як проти Росії і України, так і проти обох держав одночасно. ЄСПЛ ще вирішує, чи розглядати їх *on the case-by-case basis*. В більшості з цих справ застосовано превентивні тимчасові заходи, що означає, що вони будуть на комунікації з урядом і будуть мати пріоритет над іншими заявами, поданими до ЄСПЛ. Однак слід зазначити, що комунікація з урядом не є автоматичною чи формальною частиною процедури і не кожна індивідуальна заява надсилається урядові держави-відповідача для комунікації. Якщо ЄСПЛ вирішить, що заява є неприйнятною, вона відразу ж буде відхилена.

Вочевидь, ситуація в Україні поставить перед ЄСПЛ дуже складні питання, і одним з найцікавіших і найважчих питань буде питання територіальної юрисдикції договірних сторін згідно зі ст. 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (надалі – Європейська конвенція), тобто яка держава буде відповідальною за порушення прав людини на території з невизначеним правовим статусом в Криму після початку агресії

РФ проти України і до того моменту, коли Росія анексувала Крим, а також на Донбасі – як на окупованій РФ частині Донбасу, так і в районі бойових дій. Це питання ускладнене тим, що РФ, як зазначалось вище, завжди заперечувала свою офіційну військову присутність на Донбасі. Отже, перед ЄСПЛ стоїть важке питання встановлення юрисдикції над територією, яка є за географічними кордонами держави-відповідача. В минулому такі питання розглядались ЄСПЛ щодо Придністров'я, Північного Кіпру і навіть Іраку. Той факт, що держава заперечує свою участь у певних подіях, не означає, що ЄСПЛ погодиться з цим. ЄСПЛ в своїх попередніх справах розробив тест, згідно з яким договірною стороною Європейської конвенції матиме юрисдикцію над територією, якщо вона здійснює «ефективний контроль» над цією територією. І хоч, як зазначає К. Дзехтярьов, цей тест досить простий, «його застосування до фактичних сценаріїв значно складніше не лише в термінах юридичного тлумачення, але в більшій мірі в термінах пошуку фактів і доказів. Суду доведеться встановити, що Росія мала ефективний контроль над Кримом і Східною Україною, і це може виявитись дуже скрупульозним завданням» (a meticulous task) ¹⁵.

Ще складнішим буде встановити юрисдикцію на територіях, де триває військовий конфлікт. На думку К. Дзехтярьова, оскільки розробники Європейської конвенції передбачали, що попередження війни і припинення широкомасштабних порушень прав людини будуть найважливішими завданнями для ЄСПЛ, Суд, вочевидь, не достатньо забезпечений (ill-equipped) для розгляду основних гуманітарних криз в Європі. Важко погодитись з цією думкою К. Дзехтярьова, оскільки агресія РФ в Криму, а потім і на Сході України і є тією широкомасштабною кризою в Європі, яка потягла за собою порушення Ялтинської системи світової безпеки, створеної після Другої світової війни. І саме ЄСПЛ повинен стати тим вирішальним суперарбітром, який всупереч політичному тиску має бути почутим усіма державами, і в першу

¹⁵ Dzehtsiarou K. The European Court of Human Rights and the Armed Conflict between Russia and Ukraine, Do 27 Nov 2014 / Kanstantsin Dzehtsiarou [Electronic resource]. – Mode of access: http://www.verfassungsblog.de/european-court-human-rights-armed-conflict-russia-ukraine/#.Vj74Y4F_tBk. – Last access: 2016. – Title from the screen.

державою-агресором. Тоді зросте репутація ЄСПЛ. Водночас не можна не погодитись з К. Дзехтярьовим у тому, що ЄСПЛ повинен дуже ретельно і зважено підійти до розгляду цієї дуже чутливої ситуації тривалого збройного конфлікту, в якій сторони легко можуть звинуватити ЄСПЛ в застосуванні подвійних стандартів чи в упередженості¹⁶.

Варто звернутись до практики розгляду ЄСПЛ подібних конфліктів у Придністров'ї та на Північному Кіпрі. Заперечення Росією своєї участі в конфлікті на Донбасі зовсім не означає, що Суд прийме цю позицію. Зокрема, у справах щодо Північного Кіпру на кінець 2011 року Суд виніс 62 рішення, в 51 з яких виявив хоча б одне порушення Європейської конвенції, в першу чергу ст. 6 (тривалість судового розгляду) і в 5 справах не знайшов жодного порушення. Зокрема у справах пов'язаних з турецькою окупацією, *Cyprus v. Turkey*¹⁷, *Loizidou v. Turkey*¹⁸ ЄСПЛ вирішив, що скарги підпадають під територіальну юрисдикцію Туреччини в рамках статті 1 Європейської конвенції, і таким чином це тягне за собою відповідальність Туреччини, оскільки Туреччина здійснювала ефективний контроль над Північним Кіпром через присутність своїх військових сил.

Більше того, в міждержавній скарзі *Cyprus v. Turkey* ЄСПЛ визнав, що в результаті «ефективного загального контролю Туреччини над північним Кіпром, її відповідальність не можна прив'язувати лише до дій турецьких солдатів чи службовців у північному Кіпрі, але також до дій місцевої адміністрації, яка вижила за рахунок турецької військової та іншої підтримки» (as a result of Turkey's "effective overall control over northern Cyprus, its responsibility cannot be confined to the acts of its own soldiers or officials in northern Cyprus but must also be engaged by virtue of

¹⁶ Dzehtsiarou K. The European Court of Human Rights and the Armed Conflict between Russia and Ukraine, Do 27 Nov 2014 / Kanstantsin Dzehtsiarou [Electronic resource]. – Mode of access: http://www.verfassungsblog.de/european-court-human-rights-armed-conflict-russia-ukraine/#.Vj74Y4F_tBk. – Last access: 2016. – Title from the screen.

¹⁷ ECHR *Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, Judgment, 10 May 2001 [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/echr-cyprus-turkey-case-study.htm>. – Last access: 2016. – Title from the screen.

¹⁸ ECHR, *Loizidou v. Turkey*, Application No. 15318/89, Judgment, 18 December 1996 [Electronic resource]. – Mode of access: http://www.geneva-academy.ch/RULAC/international_judicial_decisions.php?id_state=46. – Last access: 2016. – Title from the screen.

the acts of the local administration which survives by virtue of Turkish military and other support" (§ 77)¹⁹.

Подібний ефективний загальний контроль здійснює РФ на окупованій частині Донбасу, оскільки її відповідальність не лише за дії російських військових і найманців та службовців на цій території України, але також за дії місцевої адміністрації, яка вижила і функціонує за рахунок російської військової та іншої підтримки.

Схожі справи ЄСПЛ розглянув і в контексті Придністровського конфлікту. Зокрема, у справі *Ilascu and others v. Moldova and Russia*²⁰ 2004 р. ЄСПЛ констатував ефективний контроль РФ над Придністров'ям, що потягло за собою юрисдикцію ЄСПЛ згідно зі ст. 1 Європейської конвенції.

Отже, на територіях з невизначеним правовим статусом міжнародні та регіональні судові органи, зокрема, ЄСПЛ на основі тесту ефективного та загального контролю визначають державу, яка буде нести відповідальність за порушення прав людини. Оскільки Україна ефективного загального контролю на територіях, підконтрольних бойовикам, які включають найманців та регулярних військових РФ, не здійснює, то, вочевидь, за логікою подібних попередніх справ, ЄСПЛ не визнає Україну винною в порушеннях прав людини.

Підсумовуючи, ще раз підкреслюю, що МГП застосовується не лише до міжнародних і неміжнародних збройних конфліктів, а й до гібридних («несиметричних») конфліктів між збройними силами держави і недержавними угрупованнями, які включають іноземних найманців і терористів. Механізми класичного права війни і МГП застосовуються до сучасних ситуацій, коли держави часто воюють одна з одною через посередництво недержавних угруповань. Можна стверджувати, що сучасне міжнародне право ототожнює

¹⁹ ECHR *Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, Judgment, 10 May 2001. – Para 77 [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/echr-cyprus-turkey-case-study.htm>. – Last access: 2016. – Title from the screen.

²⁰ ECHR *Case of Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, Application no. 48787/99, Judgment, 8 July 2004 [Electronic resource]. – Mode of access: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61886&utm_source=www.russianpulse.ru&utm_medium=link&utm_campaign=article#{\"itemid\":\[\"001-61886\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61886&utm_source=www.russianpulse.ru&utm_medium=link&utm_campaign=article#{\). – Last access: 2016. – Title from the screen.

occupatio bellica та *occupatio quasi bellica* і не розрізняє відмінностей в окупаційному режимі, який виникає під час обох видів окупації, а також не звільняє окупаційну державу від зобов'язань, накладених на неї міжнародним гуманітарним правом. Як в результаті окупації та анексії Криму, так і в ситуації агресії на сході України та окупації частини території України, Російська Федерація відповідальна за порушення прав людини і міжнародного гуманітарного права на цих територіях, оскільки на даний час вона здійснює там не лише ефективний контроль, а й загальний контроль.

Анотація

В статті проаналізовано характер збройного конфлікту, який відбувається на сході України і розглядаються питання відповідальності за порушення прав людини і міжнародного гуманітарного права (МГП) під час цього конфлікту. Зроблено висновки щодо можливої кваліфікації його як гібридної війни. Відповідно до статті 2, спільної для чотирьох Женевських конвенцій, а також тлумачень Міжнародного Комітету Червоного Хреста, будь-який спір, що виникає між двома державами і викликає введення в дію збройних сил, є збройним конфліктом за ст. 2, навіть якщо одна зі сторін оспорує наявність стану війни. При цьому дія міжнародного гуманітарного права поширюється і на такі гібридні («несиметричні») конфлікти між збройними силами держави і недержавними угрупованнями, які включають іноземних найманців і терористів. Механізми класичного права війни і МГП застосовуються до сучасних ситуацій, коли держави часто воюють одна з одною через посередництво недержавних угруповань.

Авторка доводить, що положення Женевської конвенції IV щодо захисту цивільних осіб під час війни, а також Гаазької конвенції (IV) щодо законів і звичаїв наземної війни повинні діяти на території окупованого Донбасу, де триває збройний конфлікт. Разом з тим, оскільки РФ заперечує свою військову присутність на Донбасі, а Україна не проголошує стан війни, називаючи це антитерористичною операцією, Гаазька конвенція IV в такій ситуації не повинна була б діяти. Однак *de facto* воєнний стан свідчить про те, що є всі

підстави для застосування також Гаазької конвенції IV, а також про те, що всі зазначені положення Гаазької конвенції IV і Женевської конвенції IV окупаційна влада на Донбасі порушує, не залежно від того, яким чином кваліфікувати цю окупаційну владу – російські агресори чи терористичні угруповання з російськими регулярними військами і найманцями. Україна не здійснює на цій окупованій території ефективного контролю, а отже не може відповідати за грубі порушення прав людини і міжнародного гуманітарного права.

Проаналізовано міжнародні органи, які розглядають міждержавні скарги щодо порушень законів і звичаїв війни, злочинів проти людяності, фінансування тероризму та інших міжнародних злочинів, серед яких залишаються Міжнародний Суд Справедливості ООН та регіональні суди, зокрема Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ); а також гібридні суди і трибунали, які були створені для розслідування і покарання за порушення міжнародного гуманітарного права та інших міжнародних злочинів.

Розглядається практика ЄСПЛ щодо подібних до збройного конфлікту на Донбасі конфліктів у Придністров'ї та на північному Кіпрі. Зроблено висновок про те, що оскільки Україна ефективного загального контролю на територіях, підконтрольних бойовикам, які включають найманців та регулярних військових РФ, не здійснює, то, вочевидь, за логікою подібних попередніх справ, ЄСПЛ не визнає Україну винною в порушеннях прав людини.

Ключові слова: міжнародне гуманітарне право, права людини, міжнародні та не міжнародні збройні конфлікти, гібридна війна, територія з невизначеним правовим статусом, територіальна юрисдикція, ефективний та загальний контроль, відповідальність за порушення прав людини і міжнародного гуманітарного права.

Abstract

This article deals with the character of the armed conflict ongoing in the East of Ukraine and responsibility for violations of human rights and International Human Law (IHL) during this conflict. The author makes conclusions concerning possible qualification of this conflict as a hybrid war. Under article 2 common to four Geneva Conventions and following the interpretation of the International Red Cross Committee, any conflict emerging between two states which causes the use of armed forces, is an armed conflict under article 2, even if one of the parties to the conflict questions the existence of the state of war. In such cases IHL applies to hybrid 'asymmetrical' conflicts between the armed forces of a state and non-state groups, which include foreign mercenaries or even terrorists. The mechanisms of the 'classic' law of war and IHL are used in the current conflicts where states go to war against each other through such non-state groups.

The author argues that provisions of the Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, as well as of the Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land should act on the territory of the occupied Donbas where the armed conflict goes on. However, while Russian Federation (RF) denies its military presence in Donbas, and Ukraine does not declare the state of war, calling it anti-terrorist operation instead, the Hague Convention (IV) presumably might not be applied. Still *de facto* state of war proves that there are all grounds to apply the Hague Convention (IV) and testifies that all the provisions of the Hague Convention (IV) and the Geneva Convention (IV) are violated by the occupational power in Donbas, no matter how to qualify this occupational power – Russian aggressors or terrorist forces with Russian regular militaries and mercenaries. Ukraine does not exercise effective control over this occupied territory and thus may not be responsible for grave violations of human rights and international humanitarian law.

The author analyzes international bodies dealing with interstate claims concerning violation of laws and customs of war, crimes against humanity, financing terrorism and other international crimes, among which there are the International Court of Justice and regional courts, in particular the European Court of Human

Rights (ECHR); as well as hybrid courts and tribunals created for investigating and punishing for violations of IHL and other international crimes.

The article also deals with ECHR cases concerning conflicts in Transdniestria and Northern Cyprus which were similar to the armed conflict in Donbas. The author draws to the conclusion that while Ukraine does not exercise effective overall control over the occupied territories in Donbas, the ECHR most likely will not recognize its responsibility for human rights

Key Words: International Humanitarian Law, human rights, international and non-international armed conflicts, a hybrid war, the territory with unclear legal status, territorial jurisdiction, effective overall control, responsibility for violations of human rights and International Humanitarian Law.