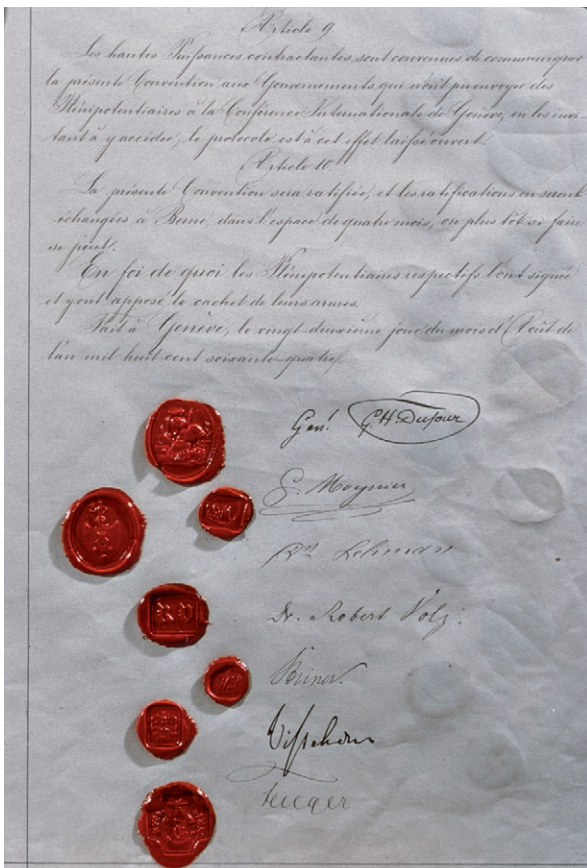


Глава 1

Вступ до МГП



ICRC

Передостання сторінки Женевської конвенції від 22 серпня 1864 р.

СКОРОЧЕННЯ

Гаазька декларація 1899 року про кулі, що розгортаються	Декларація (IV, 3) про незастосування куль, що легко розгортаються і сплющуються, Гаага, 29 липня 1899 року
Гаазька декларація 1899 року про задушливі гази	Декларація (IV, 2) щодо задушливих газів, Гаага, 29 липня 1899 року
Гаазька конвенція V (ГК V)	Конвенція V про права та обов'язки нейтральних держав та осіб у разі сухопутної війни, Гаага, 18 жовтня 1907 року
Гаазька конвенція XIII (ГК XIII)	Конвенція XIII про права та обов'язки нейтральних держав у разі морської війни, Гаага, 18 жовтня 1907 року
Гаазька конвенція про культурні цінності	Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, Гаага, 14 травня 1954 року
Гаазьке положення	Конвенція IV про закони і звичаї ведення війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі, Гаага, 18 жовтня 1907 року
Додатковий протокол I (ДП I)	Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), 8 червня 1977 року
Додатковий протокол II (ДП II)	Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв неміжнародних збройних конфліктів (Протокол II), 8 червня 1977 року
Додатковий протокол III (ДП III)	Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми (Протокол III), 8 грудня 2005 року
Додаткові протоколи 1977 року	Додаткові протоколи I і II
Дослідження звичаєвого МГП	Дослідження звичаєвого міжнародного звичаєвого гуманітарного права, здійснене Міжнародним Комітетом Червоного Хреста
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини

Женевський протокол про газ	Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних та інших подібних газів та бактеріологічних засобів, 17 червня 1925 року
Женевські конвенції 1949 року (ЖК I, II, III і IV)	Конвенція (I) про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях, 12 серпня 1949 року (Перша Женевська конвенція) Конвенція (II) про поліпшення долі поранених, хворих і осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі, 12 серпня 1949 року (Друга Женевська конвенція) Конвенція (III) про поводження з військовополоненими, 12 серпня 1949 року (Третя Женевська конвенція) Конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни, 12 серпня 1949 року (Четверта Женевська конвенція)
ЗМГП	Звичаєве міжнародне гуманітарне право
Конвенція про касетні боеприпаси	Конвенція про касетні боеприпаси, 30 травня 2008 року
Конвенція про вплив на природне середовище ЕНМОД	Конвенція про заборону військового або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище, 10 грудня 1976 року
Конвенція про заборону біологічної зброї	Конвенція про заборону розробки, виробництва та накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) та токсинної зброї та про їх знищення, 10 квітня 1972 року
Конвенція про заборону протипіхотних мін	Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхне знищення, 18 вересня 1997 року
Конвенція про заборону хімічної зброї	Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення, 13 січня 1993 року
Конвенція про конкретні види звичайної зброї	Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію, 10 жовтня 1980 року
Конвенція проти катувань	Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, 10 грудня 1984 року

МАКПЛ	Міжамериканська комісія з прав людини
МГП	Міжнародне гуманітарне право
МЖЧХ	Міжнародний журнал Червоного Хреста
Міжнародна Федерація	Міжнародна Федерація Товариств Червоного Хреста та Червоного Півмісяця
МКТЮ	Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії
МКЧХ	Міжнародний комітет Червоного Хреста
МС ООН	Міжнародний Суд ООН
МТР	Міжнародний трибунал щодо Руанди
НАТО	Організація Північноатлантичного договору
Національні товариства	Національні товариства Червоного Хреста та Червоного Півмісяця
ООН	Організація Об'єднаних Націй
Протокол I до Конвенції про конкретні види звичайної зброї	Протокол I до Конвенції про конкретні види звичайної зброї від 10 жовтня 1980 року про осколки, які неможливо виявити (Протокол I), 10 жовтня 1980 року
Протокол II до Конвенції про конкретні види звичайної зброї	Протокол II до Конвенції про конкретні види звичайної зброї від 10 жовтня 1980 року про заборону або обмеження застосування мін, мін-пасток та інших пристроїв (Протокол II), 10 жовтня 1980 року
Протокол II з поправками до Конвенції про конкретні види звичайної зброї	Протокол II до Конвенції про конкретні види звичайної зброї від 10 жовтня 1980 року (Протокол II із поправками), зміни були внесені 3 травня 1996 року
Протокол III до Конвенції про конкретні види звичайної зброї	Протокол III до Конвенції про конкретні види звичайної зброї від 10 жовтня 1980 року про заборону або обмеження застосування запалювальної зброї (Протокол III), 10 жовтня 1980 року
Римський статут	Римський статут Міжнародного кримінального суду, 17 липня 1998 року
Рух	Міжнародний рух Червоного Хреста та Червоного Півмісяця
Санкт-Петербурзька декларація	Декларація про скасування застосування вибухових та запалювальних куль, 29 листопада / 11 грудня 1868 року
Спільна стаття 1	Стаття 1, що є спільною для Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року
Спільна стаття 2	Стаття 2, що є спільною для Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року

Спільна стаття 3	Стаття 3, що є спільною для Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року
Статут МС ООН	Статут Міжнародного Суду ООН, доданий до Статуту Організації Об'єднаних Націй, 26 червня 1945 року
Статут ООН	Статут Організації Об'єднаних Націй, Сан-Франциско, 26 червня 1945 року

Структура

- I. Визначення та основні принципи МГП
- II. Джерела МГП
- III. МГП у міжнародному правопорядку
- IV. Коротка історія розвитку МГП та деякі виклики сучасності

Резюме

- Метою МГП є захист жертв збройних конфліктів та регулювання бойових дій на основі балансу між військовою необхідністю та гуманністю.
- МГП необхідно відрізнити від правових режимів та норм, що можуть застосовуватися паралельно, але мають інші об'єкти та цілі, як-от: Статут ООН, право нейтралітету, право прав людини та міжнародне кримінальне право.
- Сторони конфлікту повинні виконувати свої гуманітарні зобов'язання за будь-яких обставин незалежно від поведінки супротивника та характеру або причин конфлікту.
- Незважаючи на те, що сьогодні МГП є однією з найбільш кодифікованих та ратифікованих галузей міжнародного права, його норми також можуть виводитись з міжнародних звичаїв та загальних принципів права.
- Нещодавні політичні, соціальні, економічні та технічні напруження кидають нові виклики для основних досягнень та правильної імплементації МГП.

I. ВИЗНАЧЕННЯ ТА ОСНОВНІ ПРИНЦИПИ МГП

1. Визначення МГП

МГП – це сукупність норм, спрямованих на обмеження гуманітарних наслідків збройних конфліктів. Його іноді також називають правом збройних конфліктів або правом війни (*jus in bello*). Основна мета МГП полягає в обмеженні засобів і методів ведення війни, що можуть застосовувати сторони конфлікту, а також у забезпеченні захисту та гуманного поводження з особами, які не беруть або припинили брати безпосередню участь у бойових діях. Загалом, МГП охоплює ті норми міжнародного права, що встановлюють мінімальні стандарти гуманності, яких необхідно дотримуватися у будь-якій ситуації збройних конфліктів.

→ Інформацію про відмінність між поняттями «війна» та «збройний конфлікт» див. у Главі 2.ІІІ.3.

2. Рівність сторін конфлікту та відсутність принципу взаємності

МГП спеціально призначене для застосування в ситуаціях збройного конфлікту. Тому сторони збройного конфлікту не можуть виправдовувати невиконання МГП, посилаючись на жорстоку природу конфлікту; вони повинні виконувати свої гуманітарні зобов'язання *за будь-яких обставин*.¹ Це також означає, що МГП однаковою мірою є обов'язковим для всіх учасників збройного конфлікту, незалежно від їх мотивів, характеру або причин конфлікту.² Держава, що здійснює своє право на самооборону чи законно намагається відновити правопорядок на своїй території, повинна настільки ж точно застосовувати МГП, як і держава-агресор або недержавна збройна група, що вдалися до застосування сили з порушенням міжнародного чи національного права (*рівність сторін конфлікту*). Крім того, сторони повинні дотримуватись МГП, навіть якщо його порушує їх супротивник (*відсутність принципу взаємності щодо гуманітарних зобов'язань*).³ Воєнні репресалії дозволяються лише за надзвичайно суворих умов і ніколи не можуть бути спрямовані проти осіб або об'єктів, що мають право на гуманітарний захист.

→ Інформацію про воєнні репресалії див. у Главі 7.VII.5.

1 ЖК I–IV, Спільна ст. 1; ЗМГП, Норма 139.

2 ДП I, Преамбула, пункт 5.

3 ЖК I–IV, Спільна ст. 1; ЗМГП, Норма 140.

3. Встановлення балансу між військовою необхідністю та гуманністю

МГП базується на балансі між міркуваннями військової необхідності та гуманності. З одного боку, воно визнає, що для перемоги над супротивником у воєнний час, військова необхідність може вимагати заподіяння смерті, поранень та руйнувань, а також запровадження більш суворих заходів безпеки, ніж це було б дозволено у мирний час. З іншого боку, МГП також чітко встановлює, що військова необхідність не дає сторонам, що воюють, карт-бланш на ведення нічим не обмеженої війни.⁴ Навпаки, міркування про гуманність накладають певні обмеження на засоби та методи ведення війни і вимагають, щоб із тими, хто потрапив до рук супротивника, поводитися гуманно за будь-яких обставин.⁵ Баланс між військовою необхідністю та гуманністю знаходить конкретніше вираження в низці основних принципів, коротко викладених нижче.⁶

4. Розрізнення

Наріжним каменем МГП є принцип розрізнення. Він заснований на визнанні того, що «єдина законна мета, яку повинні переслідувати держави під час війни, полягає в послабленні збройних сил супротивника»⁷, тоді як «[ц]ивільне населення й окремі цивільні особи користуються загальним захистом від небезпек, що виникають у зв'язку з воєнними операціями».⁸ Отже, сторони збройного конфлікту зобов'язані «завжди розрізняти цивільне населення й комбатантів, а також цивільні об'єкти та військові цілі та відповідно спрямовувати свої дії тільки проти військових цілей».⁹

→ Інформацію про принцип розрізнення див. у Главі 3.

4 ДП I, Ст. 35(1); Гаазьке положення, Ст. 22. Додаткову інформацію див. у праці Françoise Hampson, "Military necessity," в "Crimes of War" webpage, 2011. Доступ за посиланням: <http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/military-necessity/>

5 Див. Главу 1, П.3, в якій обговорюються «елементарні міркування гуманності» як загальний принцип права. Додаткову інформацію див. також у праці Robin Coupland, "Humanity: What is it and how does it influence international law?", *IRRC*, Vol. 83, No. 844, December 2001, pp. 969–990.

6 Див. також: Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of June 1997 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC/Martinus Nijhoff, Geneva/Dordrecht, 1987, paras 1389–1397.

7 Санкт-Петербурзька декларація, Преамбула.

8 ДП I, Ст. 51(1); ЗМГП, Норма 1.

9 ДП I, Ст. 48; ЗМГП, Норми 1 та 7.

5. Запобіжні заходи

Принцип розрізнення також включає обов'язок уникати або, у будь-якому випадку, мінімізувати заподіяння випадкової смерті, поранень та знищення людей і об'єктів, захищених від прямого нападу. Відповідно, МГП вимагає, що «[п]ри проведенні воєнних операцій повинна постійно виявлятися турбота про те, щоб оберігати цивільне населення, цивільних осіб і цивільні об'єкти»¹⁰. Це стосується і сторони, що здійснює напад, яка повинна зробити все можливе, щоб уникнути завдання випадкової шкоди внаслідок своїх операцій (запобіжні заходи під час здійснення нападу),¹¹ і сторони, на яку здійснюється напад, і яка, наскільки це можливо, повинна вжити всіх необхідних заходів для захисту цивільного населення під своїм контролем від наслідків нападів супротивника (запобіжні заходи від наслідків нападу).¹²

→ Інформацію про принцип здійснення запобіжних заходів див. у Главі 3.ІІІ.2–4.

6. Принцип пропорційності

У ситуаціях, за яких неможливо уникнути завдання випадкової шкоди цивільним особам чи цивільним об'єктам, діє принцип пропорційності. Відповідно, ті, хто планують чи приймають рішення про напад, повинні не починати або припинити будь-який «напад, що, як можна очікувати, попутно потягне за собою втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб та завдасть шкоду цивільним об'єктам, або те й інше разом, які були б надмірними у порівнянні з конкретною і безпосередньою військовою перевагою, яку передбачається таким чином досягти».¹³

→ Інформацію про принцип пропорційності наведено у Главі 3.ІІІ.1.

7. Зайві страждання

МГП не лише захищає цивільних осіб від наслідків бойових дій, а також забороняє або обмежує засоби та методи ведення бойових дій, що, як вважається, призводять до зайвих страждань або надмірних ушкод-

10 ДП I, Ст. 57(1); ЗМГП, Норма 15.

11 Там само.

12 ДП I, Ст. 58; ЗМГП, Норма 22.

13 ДП I, Статті 51(5)(б) та 57(2)(а)(iii) і (б); ЗМГП, Норми 14, 18 та 19.

жень комбатантам. Ще в 1868 році в Санкт-Петербурзькій декларації було визнано:

«що єдина законна ціль (...) під час війни, полягає в послабленні військових сил ворога;

що для досягнення цієї цілі буде достатнім вивести зі строю найбільш можливу кількість осіб;

що застосування такої зброї, котра збільшує страждання осіб, вибулих зі строю, або робить їхню смерть неминучою, повинно визнаватися як таке, що не відповідає вказаній цілі;

що застосування такої зброї суперечить законам людяності».

Відповідно, під час ведення бойових дій забороняється «застосовувати зброю, снаряди, речовини й методи ведення воєнних дій, здатні завдати надмірних ушкоджень або зайвих страждань¹⁴.

→ Інформацію про заборону зайвих страждань наведено у Главі 3.V.1.

8. Гуманне поводження

Одна з основних норм МГП полягає в тому, що всі особи, які потрапили під владу супротивника, мають право на гуманне поводження незалежно від їхнього статусу та попередньої функції або діяльності. Відповідно, спільна стаття 3, що, як вважається, відображає звичаєвий «мінімальний рівень» захисту, що є обов'язковим у будь-якому збройному конфлікті, встановлює: «З особами, які не беруть активної участі в бойових діях, включно з особами зі складу збройних сил, які склали зброю, а також із тими, хто виведений зі строю (*hors de combat*) унаслідок хвороби, поранення, затримання чи з будь-якої іншої причини, поводяться гуманно, без будь-якої ворожої дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, релігії чи вірування, статі, походження чи майнового стану чи будь-яких інших подібних критеріїв».¹⁵ Незважаючи на те, що МГП прямо дозволяє сторонам конфлікту «вживати [до осіб, що перебувають під їхнім контролем], таких заходів контролю чи безпеки, які будуть визнані за необхідні під час ведення війни»¹⁶, право на гуманне поводження є абсолютним і застосовується не лише до осіб, позбавлених волі, а й загалом до мешканців територій під контролем супротивника.

14 ДП I, Ст. 35(2); Гаазьке положення, 23(д); ЗМГП, Норма 70.

15 ЖК I–IV, Спільна ст. 3(1); ЗМГП, Норми 87 та 88.

16 ЖК IV, Ст. 27(4).

→ Інформацію про обов'язок гуманного поводження наведено у Главах 4–6.

Дізнатися більше (Визначення та основні принципи МГП)¹⁷

- *Rules of war (in a nutshell)*, film, ICRC, 2014. Доступ за посиланням: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/audiovisuals/video/2014/rules-of-war.htm>. Також російською мовою: <https://www.icrc.org/ru/document/korotko-o-pravilah-voyny-0>
- ICRC e-learning module, What is international humanitarian law? Доступ за посиланням: <http://www.icrcproject.org/elearning/en/ihl/M1/index.html>
- Jean Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Nijhoff Law Specials No. 2, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, 586 pp. Також російською мовою: Пикте, Жан. Развитие и принципы международного гуманитарного права. Москва, МККК, 1994.

II. ДЖЕРЕЛА МГП

Як і будь-яка інша галузь міжнародного права, МГП базується на трьох окремих джерелах: міжнародні договори, звичаєве право та загальні принципи права¹⁸. Крім того, прецедентне право, доктрина та «м'яке право» на практиці відіграють все більш важливу роль у тлумаченні окремих норм МГП.

1. Договірне право

Сьогодні МГП є однією з найбільш кодифікованих галузей міжнародного права. Тому на практиці найбільш значимими джерелами МГП є міжнародні договори, що застосовуються до відповідного збройного конфлікту. Наприклад, у ситуаціях міжнародного збройного конфлікту найважливішими джерелами з застосовного МГП будуть чотири Женевські конвенції 1949 року, Додатковий протокол I до них та договори про зброю, як-от Конвенція про конкретні види звичайної зброї 1980 року або Конвенція про касетні боеприпаси 2008 року. Договірне МГП, що застосовується у збройних конфліктах неміжнародного характеру,

17 Усі фільми, бази даних, документи та звіти, матеріали на прочитання та приклади були взяті з праці M. Sassòli, A. Bouvier and A. Quintin, *How Does Law Protect if War?*, ICRC, Geneva, 2011 [також доступно російською мовою: Сассоли, Марко и Бувьє, Антуан. *Правовая защита во время войны*. Москва, МККК, 2008], а також статей із МЖЧХ, які доступні на вебсайті МКЧХ: www.icrc.org. Усі гіперпосилання, що містяться в цьому підручнику, востаннє перевірялися 28 січня 2016 року.

18 Статут Міжнародного Суду ООН, Ст. 38(1).

значно менше розвинене, оскільки найважливішими джерелами цього права є спільна стаття 3 чотирьох Женевських конвенцій 1949 р. та, за певних обставин, Додатковий протокол II.¹⁹ Зважаючи на те, що більшість сучасних збройних конфліктів не є міжнародними, зростає рівень усвідомлення того, що певні сфери договірного МГП, що регулює такі ситуації, можуть вимагати подальшого зміцнення, розвитку або роз'яснення.

→ Див. також Текстовий блок 9: Ініціатива МКЧХ та Швейцарії щодо посилення імплементації МГП (Глава 7.III.4.б.).

Перевага договірного МГП полягає в тому, що воно є відносно однозначним. Сфера застосування договору визначається в самому тексті, відповідні права та обов'язки викладені в детально узгоджених положеннях, які можуть бути доповнені чіткими застереженнями або домовленостями, а держави-учасниці чітко визначаються через ратифікацію або приєднання. Проте, цілком імовірно, що пізніше можуть з'явитися питання щодо тлумачення викладеного, зокрема у зв'язку зі змінами в політичній та військовій ситуації, проте договір забезпечує надійну основу для визначення прав та обов'язків сторін, що воюють, та для діалогу з ними щодо дотримання вимог МГП.

2. Звичаєве право

Попри те, що договірне право є найбільш вагомим джерелом МГП, його норми та принципи часто беруть свій початок у звичаєвому праві, тобто загальній практиці держав (*usus*), що розглядається як право (*opinio juris*).²⁰ Така практика перетворюється на звичаєве право, що існує паралельно із договірним і незалежно від нього. Звичаєве право не обов'язково повинно передувати договірному праву; воно також може розвиватися після укладення договору або викристалізовуватись у момент його укладення. Наприклад, держава, що воює, не ратифікувала ані Конвенцію про конкретні види звичайної зброї 1980 року, ані Додатковий протокол I 1977 року, що забороняє використання «зброї, снарядів, речовин і методів ведення воєнних дій, які здатні заподіяти надмірних ушкоджень або зайвих страждань». Проте, існує загальноприйнята за-

19 Інші застосовні договори включають Римський статут 1998 р., Гаазьку конвенцію про культурні цінності 1954 р. та Другий протокол до неї 1999 р., а також низку спеціальних договорів про зброю, а саме Конвенцію про конкретні види звичайної зброї від 10 жовтня 1980 р. та її статтю 1 зі змінами, внесеними 21 грудня 2001 р., Конвенцію про заборону протипіхотних мін 1997 р., Конвенцію про заборону хімічної зброї та Конвенцію про касетні боеприпаси 2008 р.

20 Статут Міжнародного Суду ООН, Ст. 38(1)(б).

борона на такі засоби і способи ведення війни²¹. Отже, цій державі буде заборонено використовувати такі боєприпаси за звичаєвим МГП.

Перевага звичаєвого МГП полягає в тому, що це динамічний набір норм права, що постійно розвивається разом із практикою держав та думкою правознавців. Отже, звичаєве право може набагато швидше адаптуватися до нових викликів та подій, порівняно з договірним правом, будь-які зміни або розвиток якого вимагають організації міжнародних переговорів, після яких відбувається офіційне прийняття та ратифікація узгодженого тексту. Крім того, якщо договори зобов'язують лише ті держави, які їх ратифікували, то звичаєве МГП є обов'язковим для всіх учасників збройного конфлікту, незалежно від їхніх договірних зобов'язань. Звичаєве право має значення не лише тоді, коли вже існуюче договірне МГП не було ратифіковано державою, що є стороною міжнародного збройного конфлікту; воно є особливо актуальним у ситуаціях збройних конфліктів неміжнародного характеру, оскільки, як було вказано вище, вони регулюються набагато меншою кількістю договірних норм, ніж міжнародні збройні конфлікти. Недоліком звичаєвого права є те, що воно не ґрунтується на письмовій угоді, та, відповідно, нелегко визначити, наскільки певна норма досягла характеру звичаю. Насправді, національні та міжнародні судові установи під час тлумачення та імплементації міжнародного права мають тенденцію вивчати практику держав та визначати звичаєві норми. Всебічне дослідження МКЧХ щодо звичаєвого МГП також є широко визнаним джерелом з цього погляду (див. Текстовий блок 1, Глава 1.П.2 нижче).

Той факт, що звичаєве право не є прописаним, не означає, що воно є менш важливим, аніж договірне право. Різниця полягає в характері джерела, а не в обов'язковій силі зобов'язань, що впливають із нього. Наприклад, Міжнародний військовий трибунал у Нюрнберзі під час судових слухань після Другої світової війни встановив не лише, що Гаазька конвенція IV 1907 року набула звичаєвого характеру, а її дотримання стало обов'язковим для всіх держав, незалежно від ратифікації та взаємності, а й те, що особи повинні нести кримінальну відповідальність та покарання за порушення її положень як звичаєвого міжнародного права. Аналогічно, МКТЮ ухвалював багато своїх рішень відповідно до норм та принципів МГП, не зазначених у договірному праві, що застосовується до конкретної справи, проте обов'язкових до виконання як звичаєвих.

21 ЗМГП, Норма 70.

Текстовий блок 1. Дослідження МКЧХ щодо звичаєвого міжнародного гуманітарного права

У грудні 1995 року під час 26-ої Міжнародної Конференції Червоного Хреста та Червоного Півмісяця МКЧХ було офіційно доручено підготувати звіт про звичаєві норми МГП, що застосовуються у збройних конфліктах міжнародного та неміжнародного характеру²². У 2005 році, після ґрунтовних та масштабних досліджень та консультацій з експертами зі всього світу, МКЧХ опублікував свій звіт, що тепер має назву «Дослідження звичаєвого МГП».²³ Фактично, Дослідження дає короткий огляд того, що МКЧХ вважало звичаєвим МГП на момент публікації. Тоді як звичаєве МГП має таку ж обов'язкову силу для держав та інших сторін збройних конфліктів, як і договірне МГП, власне, Дослідження не є обов'язковим. Однак, воно ґрунтується на авторитеті організації, спеціально призначеної міжнародним співтовариством «працювати на розуміння міжнародного гуманітарного права та поширення знань про нього».

Дослідження не має на меті аналіз кожної норми договірного МГП щодо наявності у неї звичаєвого характеру; радше, воно має на меті встановити, якою мірою певні практичні питання регулюються звичаєвим МГП. Том I Дослідження містить 161 норму, яку МКЧХ вважає обов'язковою в межах звичаєвого МГП, і пояснює підстави для визначення такого характеру; Том II описує практику, відповідно до якої наведено висновки в Томі I. Дослідження показує, що певні норми та принципи договірного МГП досягли звичаєвого характеру або істотно вплинули на формування звичаєвого права. Дослідження також вказує на те, що 143 норми договірного права, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах, також є обов'язковими для неміжнародних збройних конфліктів, як і загальноприйняте МГП, і що лише 13 із них застосовуються винятково під час міжнародних збройних конфліктів.²⁴ Нарешті, у Дослідженні визначаються сфери, у яких МГП є недостатньо чітким, і вказуються питання, що потребують подальшого розгляду. Загалом, Дослідження МКЧХ щодо звичаєвого МГП повинно розглядатися не як завершення, а як початок процесу, спрямованого на покращення розуміння та забезпечення більш широкої узгодженості щодо норм та принципів МГП.

- Перелік норм, визначених МКЧХ звичаєвими, та відповідну практику і її постійне оновлення можна переглянути в *онлайн-базі даних МКЧХ* щодо звичаєвого права, доступний за посиланням: <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>

22 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 3–7 December 1995, Resolution 1, “International humanitarian law: From law to action; Report on the follow-up to the International Conference for the Protection of War Victims,” IRRC, No. 311, 1996, p. 58. Також російською мовою: XXVI Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца, Женева, 3–7 декабря 1995 г., Резолюция 1 «Международное гуманитарное право: от права к действию. Отчет о деятельности по выполнению решений Международной конференции по защите жертв войны». Приложение II – Рекомендация II Встречи Межправительственной группы экспертов по защите жертв войны // Международный журнал Красного Креста. 1996. № 8, январь–февраль. С. 58–59.

23 J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules and Vol. II: Practice, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Також російською мовою: Хенкерцс, Жан-Мари и Досвальд-Бек, Луиза. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. Москва, МККК, 2006.

24 Там само.

3. Загальні принципи права

Третє джерело міжнародного права, поряд із договірним та звичаєм правом, це – «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями»²⁵. Немає узгодженого визначення або переліку загальних принципів права. Фактично, термін належить до правових принципів, які визнано у всіх розвинутих національних правових системах, таких як обов'язок діяти добросовісно, право на самозбереження та відсутність зворотної сили кримінального законодавства. Загальні принципи права важко визначити з достатньою точністю, і тому вони не відіграють помітної ролі в реалізації МГП. Водночас, якщо вони отримають точне та авторитетне визначення, загальні принципи права можуть мати вирішальне значення, оскільки вони породжують окремі міжнародні зобов'язання.

Зокрема, МС ООН неодноразово виводив зобов'язання за МГП із загального принципу права, а саме – «елементарних міркувань гуманності», в яких «виникає ще більша потреба у мирний час, ніж під час війни». На підставі цього принципу МС ООН стверджував, що зобов'язання держав відповідно до МГП повідомляти про місця розташування морських мінних полів під час війни, застосовується також в мирний час,²⁶ а також, що гуманітарні принципи, закріплені у спільній статті 3, є обов'язковими в будь-якому збройному конфлікті, незалежно від його юридичної класифікації та договірних зобов'язань сторін конфлікту.²⁷ Крім того, МКТЮ стверджував, що «елементарні міркування гуманності» є «відображенням загального принципу міжнародного права» і «повинні всебічно використовуватися при тлумаченні та застосуванні нечітко сформульованих міжнародних норм» договірного права.²⁸

У цьому контексті необхідно згадати Декларацію Мартенса, зміст якої зводиться до того, що у випадках, не врегульованих договірним правом, «населення та воюючі залишаються під охороною і дією принципів міжнародного права, оскільки вони впливають зі звичаїв, що існують між цивілізованими народами, із законів людяності та вимог суспільної свідомості»²⁹. Декларація Мартенса була вперше прийнята на Першій

25 Статут Міжнародного Суду ООН, Ст. 38.

26 ICJ, *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment (Merits), 9 April 1949, ICJ Reports 1949, p. 22.

27 ICJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Nicaragua case)*, Judgment (Merits), 27 June 1986, para 218.

28 ICTY, *The Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Case No. IT-95-16-T-14, Judgment (Trial Chamber), January 2000, para 524.

29 Конвенція (II) про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі, 29 липня 1899 року (Гаазька конвенція II), Преамбула.

Гаазькій мирній конференції 1899 року і згодом була переформульована та включена до численних міжнародних документів³⁰. Хоча обсяг конкретних юридичних зобов'язань, що базуються на положеннях Декларації Мартенса, залишається предметом дискусій, усе ж ця декларація, безумовно, спростовує припущення, що все, категорично не заборонене МГП, обов'язково є дозволенним.

4. Роль «м'якого права», судової практики та доктрини

Хоча договори, звичаї та загальні принципи права є єдиними джерелами міжнародного права, норми та принципи, що випливають з цих джерел, часто потребують більш детального тлумачення перед їх застосуванням на практиці.³¹ Наприклад, хоча з права чітко випливає той факт, що МГП застосовується лише в ситуаціях «збройного конфлікту», точне значення цього терміну необхідно визначити за допомогою юридичного тлумачення. Аналогічно, МГП передбачає, що цивільні особи мають право на захист від прямого нападу «за винятком того часу, коли вони беруть безпосередню участь у бойових діях». Знову ж таки, рішення про те, чи втратила певна цивільна особа захист, залежить від змісту терміну «безпосередня участь у бойових діях».

Звичайно, вказівки щодо тлумачення МГП можуть бути надані самими державами як суб'єктами нормотворення у міжнародному праві. Це може мати форму односторонніх застережень чи декларацій або резолюцій багатосторонніх організацій, а також виражатися у підтримці документів, котрі не мають обов'язкової сили. До переліку таких документів «м'якого права», що мають значення для тлумачення МГП, належать «Керівні принципи ООН з питань внутрішнього переміщення» (1998 р.) та «Основні принципи та керівні положення ООН, що стосуються права на правовий захист і відшкодування шкоди для жертв грубих порушень міжнародних норм у галузі прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права» (2005 р.).³²

30 Гаазьке положення, Преамбула; ЖК I, Ст. 63; ЖК II, Ст. 62; ЖК III, Ст. 142; ЖК IV, Ст. 158; ДП I, Ст. 1(2); ДП II, Преамбула; Конвенція про конкретні види звичайної зброї, Преамбула.

31 Про загальне правило тлумачення міжнародних договорів див. Віденську конвенцію про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року (Віденська конвенція про право міжнародних договорів), Ст. 31.

32 Огляд внеску МКЧХ в створення цих документів див. у працях J.-P. Lavoie, "Comments on the guiding Principles on Internal Displacement," *IRRC*, № 324, September 1998; J. Kellenberger, "Relations of the ICRC with the humanitarian system of the UN," Statement, San Remo, 8 September 2005. Також російською мовою; Лавуайе, Жан-Филипп. Руководящие принципы по вопросу о перемещении лиц внутри страны. Несколько замечаний о вкладе международного гуманитарного права // *Международный журнал Красного Креста*. 1998. № 22, сентябрь. С. 563.

За відсутності таких вказівок від держав, завдання тлумачення МГП покладається, передусім, на міжнародні суди та трибунали, яким надається право вирішувати справи, пов'язані з МГП, як-от спеціальним міжнародним кримінальним трибуналом, створеним для розгляду справ, пов'язаних з конкретним конфліктом, Міжнародному кримінальному суду і, звичайно, МС ООН. Крім того, доктрина найбільш кваліфікованих спеціалістів з публічного права також визнається допоміжним засобом для визначення норм права.³³ Зазначимо також, що, з огляду на спеціальний мандат МКЧХ, його коментарі до Женевських конвенцій 1949 року та Додаткових протоколів до них розглядаються як особливо авторитетне тлумачення цих договорів.

→ Про особливу роль МКЧХ стосовно МГП див. у Главі 8.

Дізнатися більше (Джерела МГП)³⁴

- ICRC e-learning module, *What are the sources of international humanitarian law?* Доступ за посиланням: <http://www.icrcproject.org/elearning/en/ihl/M3/index.html>
- Хронологічний перелік всіх договорів, що стосуються МГП та їх держав-учасниць, можна переглянути в онлайн-базі даних МКЧХ, доступній за посиланням: <https://www.icrc.org/ihl>
- Повний перелік норм, визначених МКЧХ як частина звичаєвого МГП, див. в онлайн-базі звичаєвого МГП, доступній за посиланням: <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>. Також доступно російською мовою: Хенкертс, Жан-Мари и Досвальд-Бек, Луиза. Обычное международное гуманитарное право. Москва, МККК, 2006, доступно по адресу: <https://www.icrc.org/rus/resources/documents/publication/pcustom.htm>
- Marco Sassòli, Antoine Bouvier and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, ICRC, Geneva, 2011, Vol. I, Chapter 4: Sources of contemporary international humanitarian law, pp. 149–162. Доступно також російською мовою: Сассоли, Марко и Бувье, Антуан. Правовая защита во время войны. Москва, МККК, 2008. Т. I, ч. I, гл. 4: Источники современного международного гуманитарного права.
- Jean-Marie Henckaerts, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict,” IRLC, Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 175–212. Також російською мовою: Хенкертс, Жан-Мари. Исследование, посвященное

33 Статут Міжнародного Суду ООН, Ст. 38.

34 Документи МКЧХ доступні за посиланням: www.icrc.org

обычному міжнародному гуманітарному праву: лучше понимать и полнее соблюдать нормы права во время вооруженного конфликта // Международный журнал Красного Креста. 2005. Т. 87, № 857, март. С. 229–280.

Як право захищає під час війни?

- Справа № 43, МКЧХ, Звичаєве міжнародне гуманітарне право.
- Справа № 211, МТКЮ, Прокурор проти Тадіча, пп. 94-134.
- Справа № 215, МКТЮ, Прокурор проти Купрешкича та ін., пункти 525-540.

ІІІ. МГП У МІЖНАРОДНОМУ ПРАВОПОРЯДКУ

МГП є галуззю міжнародного права, яка регулює ситуації збройного конфлікту. Отже, її слід відрізнити від інших галузей міжнародного права, зокрема тих, що можуть застосовуватися одночасно з МГП, але мають інші об'єкти та цілі. Найбільш важливими комплексами норм в цьому контексті є: (1) Статут ООН та заборона агресії у міждержавних відносинах; (2) міжнародне право прав людини; (3) міжнародне кримінальне право; та (4) право нейтралітету. Слід зазначити, що, залежно від ситуації, інші галузі міжнародного права, які тут детально не розглядаються, також можуть мати відношення до цієї теми. Зокрема, до них належать морське право, право зовнішніх відносин, екологічне право та право біженців.

1. МГП та заборона застосування сили у міждержавних відносинах

МГП регулює ситуації збройних конфліктів у разі їх виникнення. Проте, воно не встановлює правомірність застосування сили однією державою проти іншої. Ця функція права, що регулює застосування сили у відносинах між державами, яке має назву *jus ad bellum* (у цьому контексті можна використати й більш точну назву *jus contra bellum*), основні положення якого викладені в Статуті ООН та відповідному звичаєвому праві. Стаття 2(4) Статуту ООН передбачає, що держави «утримуються у своїх міжнародних відносинах від погрози силою або її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і якимось іншим чином, несумісним із цілями Об'єднаних Націй». Фактично, це означає повну заборону застосування сили чи погрози її застосування в міжнародних відносинах між державами. Хоча, для МГП це не має жодного значення, питання про те,

чи порушено заборону застосування сили у відносинах між державами, є важливою частиною правового та політичного контексту будь-якого збройного конфлікту, що охоплює і транскордонні операції на території іншої держави.

У Статуті ООН передбачено лише два винятки із заборони застосування сили у відносинах між державами. По-перше, стаття 51 зазначає, що заборона не обмежує «невід'ємного права на індивідуальну або колективну самооборону у випадку збройного нападу». Фактично, це означає, що держава може на законних підставах з метою самооборони вдаватися у міждержавних відносинах до такої сили, яка є необхідною і співмірною збройному нападу. По-друге, у статті 42 зазначено, що Рада Безпеки може застосовувати або дозволяти застосування сили у відносинах між державами, «наскільки це може бути необхідним для підтримання або відновлення міжнародного миру та безпеки». Однак, варто наголосити, що обидва винятки стосуються лише заборони Статуту щодо застосування сили між державами, але вони не можуть припинити, зменшити або іншим чином змінити абсолютні зобов'язання воюючих сторін щодо дотримання МГП (*рівність сторін конфлікту*).³⁵

2. МГП та міжнародне право прав людини

Якщо МГП регулює ведення бойових дій та захист осіб у ситуаціях збройних конфліктів, то міжнародне право прав людини захищає особу від протиправного чи деспотичного використання владних повноважень органами держави. Хоча ці дві галузі права містять безліч подібних положень, між ними є також і значні відмінності.

Сфера застосування: застосування щодо осіб, матеріальне й територіальне застосування МГП, фактично, залежать від існування зв'язку зі збройним конфліктом, а застосування права прав людини залежить від того, чи перебуває конкретна особа в межах юрисдикції відповідної держави. Наприклад, під час міжнародного збройного конфлікту МГП застосовується не тільки на територіях держав, що воюють, а й практично там, де відбувається зіткнення їх збройних сил, включно з територією третіх держав, міжнародним повітряним простором, відкритим морем і навіть кіберпростором. Відповідно до найпоширенішого тлумачення, право прав людини застосовується лише тоді, коли особи перебувають на території, контрольованій певною державою, включно з окупованою територією (*територіальна юрисдикція*), або ж на території, де певна держава встановлює ефективний контроль, який найчастіше полягає у фізичному утриманні під вартою, над особами, які знаходяться за межами її територіальної

35 Про рівність сторін конфлікту див. у Розділі I.2.

юрисдикції (*особиста юрисдикція*)³⁶. Висловлювалися також варіанти більш широкого тлумачення поняття юрисдикції, за яким право прав людини поширювалось би на будь-яку особу, яка зазнала негативно-го впливу з боку певної держави, проте таке тлумачення й досі залишається спірним.

Сфери захисту та обов'язки: МГП іноді помилково визначається як «право прав людини в збройних конфліктах». На відміну від права прав людини, МГП взагалі не надає особам прав, забезпечення яких вони б могли вимагати через процедури подання індивідуальних скарг. Крім того, право прав людини зосереджене саме на людях, тоді як МГП також безпосередньо захищає, наприклад, худобу, цивільні об'єкти, культурні цінності, природне середовище та політичний устрій окупованих територій. Нарешті, право прав людини є обов'язковим лише для держав, тоді як МГП є обов'язковим для всіх учасників збройного конфлікту, включно з недержавними збройними групами.

Можливість відступу (дерогації): насамперед МГП застосовується лише у збройних конфліктах і було розроблене саме для регулювання таких ситуацій. Тому, якщо це прямо не передбачено у відповідних договірних положеннях, норми та принципи МГП не допускають відступлення від них. Наприклад, не дозволяється ігнорувати заборону нападів на цивільне населення, посиляючись на військову необхідність, право на самооборону або на стихійне лихо. З іншого боку, право прав людини застосовується незалежно від наявності збройного конфлікту. Однак, у разі виникнення надзвичайної ситуації, право прав людини допускає відступлення (дерогацію) від захищених прав тією мірою, якою це дійсно вимагається внаслідок такої ситуації. Наприклад, під час збройного конфлікту або стихійного лиха уряд може законно обмежувати свободу пересування, щоб захистити населення на вражених територіях та сприяти діяльності уряду, спрямованій на відновлення громадської безпеки та правопорядку. Лише визначена низка основоположних прав людини, таких як право на життя, заборона катувань та нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання, а також заборона рабства не допускають обмежень чи відступлення навіть під час надзвичайних ситуацій.

Взаємозв'язок: незважаючи на ці принципові відмінності, МГП та право прав людини, як було справедливо зазначено, мають «спільне ядро

36 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) (*The Wall Opinion*), 9 July 2004, *ICJ Reports 2004*, para 109. See also ECHR, *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), App. No. 15318/89, 23 February 1995, Series A no. 310, paras 62-63; ECHR, *Öcalan v. Turkey*, App. No. 46221/99, Judgment of 12 March 2003 (Chamber), para 93 and ECHR, *Öcalan v. Turkey*, App. No. 46221/99, Judgment of 12 May 2005 (Grand Chamber), para 91.

невід'ємних прав і загальну мету – захист життя та гідності людини».³⁷ Зазвичай, коли МГП та право прав людини застосовуються одночасно до тієї самої ситуації, їх відповідні положення не перебувають у суперечності, а навпаки – взаємно доповнюють одне одного. Отже, як МГП, так і право прав людини забороняють катування та нелюдське, а також таке, що принижує людську гідність, поводження й надають гарантії справедливого судового розгляду будь-якій особі, яку звинувачують у вчиненні злочину.

У деяких сферах взаємозв'язок між МГП та правом прав людини може бути менш простим. Наприклад, щодо осіб, які не беруть безпосередньої участі або більше не залучені до бойових дій, МГП забороняє будь-яке насилля, спрямоване проти їхнього життя і фізичної недоторканності за будь-яких обставин, включно з вбивством. Однак, з очевидних причин воно не забезпечує такий захист комбатантам та цивільним особам, які беруть безпосередню участь у бойових діях. З іншого боку, універсальне право прав людини захищає всіх людей від «свавільного» позбавлення життя, у такий спосіб припускаючи, що однакові стандарти застосовуються до всіх осіб, незалежно від їхнього статусу в межах МГП. У таких випадках відповідні положення, зазвичай, узгоджуються за принципом *lex specialis*, який передбачає, що спеціальні норми, більшою мірою розроблені для вирішення конкретної ситуації, котра склалася (*lex specialis*), мають перевагу над конкуруючими нормами більш загального характеру (*lex generalis*). Тому МС ООН постановив, що хоча заборона свавільного позбавлення життя, що міститься в праві прав людини, застосовується й під час бойових дій, визначення того, що становить свавільне позбавлення життя в контексті бойових дій, визначається згідно з МГП як *lex specialis*, яке спеціально призначене для регулювання таких ситуацій.³⁸ Аналогічно, питання про те, чи інтернування громадянина або військовополоненого державою, що є стороною міжнародного збройного конфлікту, визнається незаконним затриманням, що заборонено відповідно до права прав людини, слід визначати відповідно до Третьої та Четвертої Женевської конвенцій, які є *lex specialis* та конкретно призначені для регулювання інтернування в таких ситуаціях.

В інших сферах питання співвідношення МГП та права прав людини може бути складнішим. Наприклад, хоча договірне МГП дозволяє затримання з міркувань безпеки й під час збройних конфліктів немож-

37 IACHR, *Juan Carlos Abella v. Argentina (La Tablada case)*, Case No. 11.137, Report No. 55/97, 18 November 1997, para 158. See also ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija* (Trial Judgment), IT-95-17/1-T, 10 December 1998, para 183.

38 ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), 8 July 1996, ICJ Reports 1996, para 25.

народного характеру, воно не містить жодних процесуальних гарантій для інтернованих осіб, і так порушується питання про те, як слід тлумачити заборону в контексті права прав людини на незаконне затримання в таких ситуаціях.

Нарешті, хоча в збройних конфліктах МГП та право прав людини загалом застосовуються паралельно, деякі питання також можуть регулюватися винятково однією чи іншою галуззю права. Наприклад, гарантії справедливого судового розгляду для особи, яка здійснила пограбування банку в районі, де відбувається збройний конфлікт, але з причин, не пов'язаних із цим конфліктом, будуть регулюватися не МГП, а винятково правом прав людини та національним кримінальним процесуальним законодавством. З іншого боку, повітряне бомбардування території поза територіальним контролем держави, яка здійснює напад, або будь-які бойові дії, здійснювані організованими збройними групами, що не належать державі, будуть регулюватися не правом прав людини, а винятково МГП.

Текстовий блок 2. Засідання експертів МКЧХ з питань МГП та застосування сили в збройних конфліктах

Сфера застосування та практична актуальність проблеми

У ситуації збройного конфлікту застосування сили військовими формуваннями та працівниками правоохоронних органів регулюється двома різними парадигмами: парадигмою ведення бойових дій, що впливає з МГП, і парадигмою правозастосування, що базується, переважно, на праві прав людини. Дедалі частіше в багатьох сучасних збройних конфліктах, особливо на окупованих територіях та в контексті збройних конфліктів неміжнародного характеру, очікується, що військові формування вестимуть не лише бойові дії проти супротивника, але також здійснюватимуть правоохоронну діяльність для підтримання або відновлення громадської безпеки та правопорядку. Ці дві парадигми також можуть співіснувати в конфліктах, у яких присутнє іноземне втручання за згодою держави територіальної юрисдикції (тобто держави, на території якої відбувається конфлікт) або за мандатом міжнародної спільноти. На практиці досить складно визначити, які саме парадигми регулюють ті чи інші ситуації. Наприклад, держава, що бере участь у збройному конфлікті неміжнародного характеру, розглядатиме озброєних представників іншої сторони конфлікту не лише як законні військові цілі за МГП, але також як злочинців за національним законодавством. Отже, збройні сили держави, котра застосовує силу проти цих бойовиків, можуть вважатися одночасно як такі, що ведуть бойові дії та водночас підтримують правопорядок. Складні ситуації можуть також виникати, коли протести мирного населення збігаються з

бойовими операціями, або коли особи, які беруть участь у бойових діях, приєднуються до групи цивільних, які протестують, чи демонстрантів. Вибір відповідної парадигми може мати суттєві юридичні та гуманітарні наслідки, оскільки парадигма ведення бойових дій, зазвичай, дозволяє більш широке коло дій, ніж парадигма правоохоронних органів, особливо з погляду умисного застосування сили на ураження та завдання випадкової шкоди цивільному населенню.

Засідання та звіт експертів МКЧХ

Оскільки роз'яснення цих питань має практичне значення, МКЧХ скликав 26-27 січня 2012 року в Женеві засідання експертів з метою виявлення межі між парадигмами ведення бойових дій та правозастосування в ситуаціях збройного конфлікту. Згідно з правилом «Чатем-хауса», у засіданні взяли участь 22 відомих юристи та науковці з 16 різних країн, кожен з яких виступав у особистій якості. У листопаді 2013 року МКЧХ опублікував звіт щодо питань, які обговорювались на цьому засіданні, з кількома підсумковими зауваженнями.

- Більш детальна інформація наведена в статті Gloria Gaggioli (ed.), *The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms – Expert Meeting, Report*, ICRC, Geneva, November 2013, 92 pp.
- Див. також: *Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*, ICRC webinar recording, November 2014. Доступ за посиланням: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/event/2014/webinar-use-of-force.htm>

3. МГП та міжнародне кримінальне право

У процесі регулювання ведення бойових дій та захисту жертв збройного конфлікту МГП накладає певні обов'язки на тих, хто бере участь у конфлікті, і забороняє їм вчиняти певні дії. Для забезпечення виконання цих обов'язків та заборон МГП зобов'язує всіх учасників конфлікту вжити необхідних заходів для запобігання та припинення порушень МГП, включно з притягненням до кримінальної відповідальності та санкціями. Женевські конвенції 1949 року та Додатковий протокол I також визначають низку особливо грубих порушень, що йменуються «грубими порушеннями» в Женевських конвенціях 1949 року, а в Додатковому протоколі I – як «воєнні злочини», що породжують універсальну юрисдикцію. Це означає, що будь-яка держава, незалежно від її участі в конфлікті або її зв'язку з підозрюваними або потерпілими від стверджуваного злочину, бере на себе міжнародне зобов'язання прово-

дити розслідування, а також або притягувати затриманих підозрюваних до кримінальної відповідальності, або видавати їх іншій державі, що висловлює бажання притягнути їх до кримінальної відповідальності.³⁹

Інакше кажучи, МГП зобов'язує держави запобігати грубим порушенням МГП та притягати до кримінальної відповідальності за такі порушення, проте не визначає санкцій за ці порушення, не описує їх достатньо докладно, щоб вони стали підставою для кримінальної відповідальності, встановленої судом, і не встановлює жодних процедур для здійснення юрисдикції над окремими підозрюваними. Це роль кримінального права на національному чи на міжнародному рівні. Інакше кажучи, кримінальне право, на відміну від МГП, не визначає обов'язків воюючих сторін, а створює правову базу, необхідну для притягнення осіб до кримінальної відповідальності за грубі порушення цих зобов'язань.

Традиційно, застосування МГП на рівні окремих осіб значною мірою забезпечувалося самими державами, що воюють, через застосування дисциплінарних санкцій та притягнення до кримінальної відповідальності відповідно до їх національного законодавства. Наприкінці Другої світової війни серйозні порушення МГП вперше були розглянуті як такі, що породжують індивідуальну кримінальну відповідальність у контексті міжнародного права. Окрім того, вони стали основою для кримінального переслідування Міжнародними військовими трибуналами в Нюрнберзі і Токіо і розглядалися як воєнні злочини. Проте, ці судові процеси залишалися прив'язаними до контексту окремих справ, і рішення виносились лише щодо злочинів, вчинених сторонами, які зазнали поразки в конфлікті. Коли Рада Безпеки ООН заснувала МКТЮ та МТР у 1993 та 1994 роках, їх юрисдикція все ще обмежувалася певними контекстами. Лише з прийняттям Римського статуту в 1998 році міжнародна спільнота нарешті створила постійний Міжнародний кримінальний суд, що має юрисдикцію щодо міжнародних злочинів, вчинених громадянами держави-учасниці Статуту або на території держави-учасниці Статуту, або на території, вказаній Радою Безпеки ООН. На сьогодні Римський статут був ратифікований більш ніж 120 державами; утім, низка важливих з військового погляду держав ще не здійснили цього.

→ Інформацію про застосування МГП у контексті міжнародного кримінального права див. у Главі 7.V.-VI.

39 Див. також Главу 7.V.

4. МГП та право нейтралітету

Право нейтралітету традиційно розглядається як частина права війни (*jus in bello*) поряд з МГП. Воно ґрунтується на звичаєвому праві та кодифіковане в Гаазьких конвенціях V і XIII 1907 року. Фактично, право нейтралітету має три основні цілі: (а) захищати нейтральні держави (тобто всі держави, які не є учасниками міжнародних збройних конфліктів) від бойових дій; (б) забезпечити, щоб нейтральні держави не підтримували ведення бойових дій держав, що воюють; і (в) підтримувати нормальний зв'язок між нейтральними державами та державами, що воюють. Зокрема, право нейтралітету зобов'язує нейтральні держави запобігати використанню державами, що воюють, своєї території, включно з повітряним та водним простором, що підпадають під їх територіальний суверенітет. Якщо комбатанти, які належать до однієї зі сторін, перетинають нейтральну територію, вони повинні бути інтернованими нейтральною державою; Третя Женевська конвенція також вимагає, щоб вони розглядались як військовополонені.⁴⁰ Сторони, що воюють, також повинні поважати недоторканність нейтральної території і не можуть перевозити війська чи конвої з боєприпасами або снарядами територією нейтральної держави.

Власне, право нейтралітету застосовується лише в міжнародних збройних конфліктах. Згодом, однак, його логіка поступово почала розглядатися і в контексті практики неміжнародних збройних конфліктів. Наприклад, у межах стандартів інтернування, які застосовуються нейтральними державами щодо комбатантів на своїй території, МКЧХ офіційно встановив, що Гаазька конвенція V «може також за аналогією застосовуватися в ситуаціях неміжнародного збройного конфлікту, під час якого комбатанти як з урядових військ, так і з озброєних неурядових груп, втекли до нейтральної держави»⁴¹.

Так само, у політичній реальності наслідки використання недержавними збройними групами території нейтральної держави для здійснення нападів на державу, що воює, подібні до тих, що визнані традиційним правом нейтралітету, і передбачають, зокрема, втрату недоторканості нейтральної території. Наприклад, коли «Аль-Каїда» розпочала здійснення нападів проти Сполучених Штатів з території Афганістану (2001 рік), угруповання «Хезболла» – проти Ізраїлю (2006 рік) з Лівану та ФАРК – проти Колумбії з території Еквадору (2008 рік), всі держави, які постраждали від таких нападів, здійснили транскордонні операції,

40 Гаазьке положення, Ст. 11; ЖК III, Ст. 4(Б)(2).

41 ICRC, The Civilian Character of Asylum: Separating Armed Elements from Refugees, Official Statement to the UNHCR Global Consultations on International Protection, 8–9 March 2001.

спрямовані проти цих угруповань, оскільки нейтральні держави, на яких були розміщені їх війська, не були в змозі або не бажали захищати інтереси держав, котрі стали жертвами нападів у межах вказаних збройних конфліктів на їх території. Міжнародна правомірність таких воєнних вторгнень залишається досить суперечливою, особливо з огляду на заборону Статутом ООН застосування сили між державами. Проте, основне зобов'язання держав щодо запобігання ведення недержавними збройними групами на їх території ворожої діяльності проти інших держав є загально визнаним.⁴²

Дізнатися більше (МГП у міжнародному правопорядку)⁴³

- Marco Sassòli, Antoine Bouvier and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?* ICRC, Geneva, 2011, Vol. I, Chapter 2: International humanitarian law as a branch of public international law, pp. 101-138. Також російською мовою: Сассоли, Марко и Бувье, Антуан. Правовая защита во время войны. Москва, МККК, 2008. Глава 2: Международное гуманитарное право — отрасль публичного международного права.
- Louise Doswald-Beck and Sylvain Vité, “International Humanitarian Law and Human Rights Law,” *IRRC*, No. 293, March-April 1993, pp. 94–119.
- *Робочий документ з питання про взаємозв'язок між правом прав людини і міжнародним гуманітарним правом*, підготовлений Франсуазой Хемпсон та Ібрагімом Салама і представлений Комісії ООН з прав людини, документ E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 червня 2005.
- ICRC Advisory Services on International Humanitarian Law, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Similarities and Differences*. Доступ за посиланням: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihl_and_ihrl.pdf Також російською мовою: <https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/legal-fact-sheet/ihl-human-rights-factsheet-271004.htm>

Як закон захищає під час війни?

- Справа № 23, Міжнародний кримінальний суд (також доступно російською мовою як Справа № 15).
- Справа № 93, Військовий трибунал Сполучених Штатів у Нюрнберзі, судовий процес (також доступно російською мовою як Справа № 77).

42 Див., наприклад, Додаток до Резолюції Генеральної Асамблеї ООН 36/103 від 9 грудня 1981 року, Декларація про недопущення інтервенції та втручання у внутрішні справи держав, пункти 2(II)(б) та 2(II)(д).

43 Документи МКЧХ доступні за посиланням: www.icrc.org

- Справа № 98, Суд над Токійськими військовими злочинцями.
- Справа, ЄСПЛ, «Аль-Джеда» проти Великобританії (доступно лише в Інтернеті).
- Справа, ЄСПЛ, Хасан проти Великобританії (доступно лише в Інтернеті).
- Справа, Великобританія, Сердар Мохаммед проти Міністерства оборони (доступно лише в Інтернеті).

IV. КОРОТКА ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ МГП ТА ДЕЯКІ ВИКЛИКИ СУЧАСНОСТІ

1. Від давніх битв до індустріалізованої війни

Війна така ж стара, як людство, і всі цивілізації та релігії намагалися обмежити її руйнівні наслідки, підпорядковуючи воїнів загальноприйнятій практиці, кодексам честі та місцевим або тимчасовим угодам із супротивниками. Ці традиційні форми регулювання ведення війни стали значною мірою неефективними через поширення великих армій, укомплектованих за призовом, та промислове виробництво потужної зброї впродовж дев'ятнадцятого століття – з трагічними наслідками на полі бою. Військові медичні служби не були належним чином оснащені для того, щоб впоратись із величезною кількістю потерпілих у результаті застосування сучасної зброї, внаслідок чого десятки тисяч поранених, хворих та помираючих солдатів були покинуті без будь-якого догляду після бою. Ця тенденція, що почалася з наполеонівських воєн у Європі (1803-1815 рр.) і завершилася американською громадянською війною (1861-1865 рр.), стала новим етапом впровадження низки впливових гуманітарних ініціатив як у Європі, так і в Північній Америці, спрямованих на полегшення страждань жертв війни та систематичну кодифікацію сучасного МГП.

2. Гуманітарні ініціативи та перші кодифікації

У Європі перехід до кодифікації МГП був започаткований підприємцем із Женеви Анрі Дюнаном. Під час подорожі Північною Італією в 1859 році Дюнан став свідком жорстокої битви між французькими та австрійськими військами і, вражений відсутністю допомоги та підтримки для більш ніж 40 000 поранених солдатів, організував імпровізовану медичну допомогу, мобілізувавши місцеве населення. Після повернення в

Женеvu Дюнан написав свою книгу «Спогади про Сольферіно», у якій висунув дві пропозиції. По-перше, для підтримки поранених солдат на полі бою повинні бути створені незалежні організації з надання допомоги, і, по-друге, слід укласти міжнародну угоду про надання таким організаціям захист у вигляді нейтралітету. Його ідеї були позитивно сприйняті в столицях Європи і призвели до створення Міжнародного комітету Червоного Хреста (1863 рік), а також до прийняття 12-ма державами першої Женевської конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (1864 рік). Конвенцією була затверджена емблема Червоного Хреста на білому тлі – кольори швейцарського національного прапора, але навпаки – як нейтральний захисний знак для лікарень і тих, хто допомагає пораненим та хворим на полі бою. Тим часом звірства американської громадянської війни призвели до прийняття урядом Сполучених Штатів так званого Кодексу Лібера або, точніше, Інструкцій для урядових армій Сполучених Штатів на полі бою (1863 рік). Хоча Кодекс Лібера був внутрішньодержавним правовим актом, а не міжнародним договором, він вплинув на розроблення та кодифікацію сучасного МГП і за межами США.

3. На шляху до універсальної кодифікації

Після прийняття вказаних перших документів звід договірного МГП почав дедалі більше розширюватися у поєднанні з розвитком військової справи і став однією з найбільш кодифікованих галузей сучасного міжнародного права.

У 1906 році перша Женевська конвенція була доповнена з метою подальшого поліпшення становища хворих і поранених солдатів, а в 1907 році в Гаазькому положенні, що стосується законів та звичаїв ведення війни на суходолі, було сформульовано основні норми, що регулюють надання статусів комбатанта та військовополоненого, використання засобів та методів ведення бойових дій та захисту жителів окупованих територій від негуманного поводження. Після жахів хімічної війни та трагічного досвіду мільйонів захоплених солдатів під час Першої світової війни ці документи були доповнені Протоколом про заборону застосування на війні задушливих, отруйних та інших подібних газів та бактеріологічних засобів (1925 р.), а через кілька років і окремою Женевською конвенцією про поводження з військовополоненими (1929 р.).

Після катастрофи Другої світової війни з її масовими звірствами, вчиненими не лише щодо поранених, захоплених комбатантів та комбатантів, які здались у полон, але також і проти мільйонів цивільних осіб на окупованих територіях, під час Дипломатичної конференції 1949 року був прийнятий уже переглянутий і повний комплект із чотирьох

Женевських конвенцій: Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (Перша Женевська конвенція), Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі (Друга Женевська конвенція), Конвенція про поводження з військовополоненими (Третя Женевська конвенція) та Конвенція про захист цивільного населення під час війни (Четверта Женевська конвенція). Чотири Женевські конвенції 1949 року діють і сьогодні, а 196 держав-учасниць зробили їх найбільш широко ратифікованими міжнародними договорами у світі.⁴⁴

Зі створенням Організації Об'єднаних Націй та закріпленням біполярного світопорядку холодної війни воєнні дії більше не велися переважно між суверенними державами (міжнародні збройні конфлікти), а велись загалом між урядами та організованими збройними групами (неміжнародні збройні конфлікти). З одного боку, колишні колоніальні держави дедалі частіше стикалися з вимогами народів щодо незалежності та самовизначення, що призводило до національно-визвольних війн – від Малайського пів острова через Близький Схід до Магрибу та Африки на південь від Сахари. З іншого боку, політика взаємного ядерного стримування спричинила військове протистояння між Сполученими Штатами та Радянським Союзом, що так само призвело до поширення неміжнародних опосередкованих воєн між урядами та організованими збройними групами, у яких кожна сторона отримувала підтримку однієї з наддержав.

На той момент єдиним положенням договірному праву, що застосовувалось до неміжнародних збройних конфліктів, була спільна стаття 3, яка фактично вимагає захисту та гуманного поводження з усіма особами, які не беруть або більше не беруть активну участь у бойових діях. Тільки в 1977 році було прийнято два додаткові протоколи до Женевських конвенцій для подальшого розвитку договірному МГП. Додатковий протокол I, «що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів» не тільки удосконалює й уточнює положення щодо захисту, передбаченого Женевськими конвенціями, але й містить першу систематичну кодифікацію МГП, що регулює ведення бойових дій. Він також прирівняв до міжнародних збройні конфлікти в межах національно-визвольної боротьби проти колоніального панування, іноземної окупації та расистських режимів, у такий спосіб забезпечуючи учасникам повстанських сил ті самі права та привілеї, якими користуються комбатанти, що представляють суверенні держави. Додатковий протокол II, «що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжна-

44 Див. Держави-учасниці основних договорів, довідковий документ МКЧХ, доступний за посиланням: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountry.xsp>

родного характеру» зміцнює та доповнює основні гарантії, встановлені спільною статтею 3, у ситуаціях громадянської війни.

Водночас зусилля, спрямовані на уникнення зайвих страждань серед комбатантів та мінімізацію випадкової шкоди цивільним особам, призвели до прийняття низки міжнародних конвенцій та протоколів, що забороняють або обмежують розроблення, накопичення або використання різних видів зброї, включно з хімічною та біологічною зброєю,⁴⁵ запалювальною зброєю,⁴⁶ осліплюючою лазерною зброєю,⁴⁷ наземними мінами та касетними боеприпасами.⁴⁸ Крім того, держави тепер зобов'язані проводити оцінку відповідності будь-якої нової зброї правилам та принципам МГП.⁴⁹

Водночас, практика держав призвела до появи значного за обсягом зводу звичаєвого МГП, що застосовується у всіх збройних конфліктах⁵⁰, а практика Нюрнберзького й Токійського трибуналів, Міжнародного суду ООН, трибуналів *ad hoc* для колишньої Югославії, Руанди й Сьєрра-Леоне, а останнім часом і Міжнародного кримінального суду значною мірою сприяла роз'ясненню та одноманітній інтерпретації як звичаєвого, так і договірною МГП.

Сьогодні, після 150 років розвитку, вдосконалення та кодифікації, колись фрагментарні та аморфні кодекси, а також практика минулого перетворились на консолідоване, загальнообов'язкове міжнародне право, яке регулює ведення бойових дій та надання гуманітарного захисту жертвам усіх збройних конфліктів. Саме на цьому етапі відносної зрілості, після переходу в нове тисячоліття перед фундаментальними досягненнями МГП постали нові випробування.

4. Поточні та нові виклики

4.1 «Війна із тероризмом» та зростання організованої злочинності

Жодна подія не відображає так чітко виклики глобальної безпеки у XXI столітті, як терористичні напади 11 вересня 2001 року в Нью-Йорку та Вашингтоні, округ Колумбія. Хоча, на щастя, ці напади залишалися винятковими з погляду масштабів та впливу, вони спричинили справжній зсув парадигми в національній та міжнародній політиці щодо політи-

45 Конвенція про заборону біологічної зброї; Конвенція про заборону хімічної зброї.

46 Протокол III до Конвенції про конкретні види звичайної зброї.

47 Протокол IV до Конвенції про конкретні види звичайної зброї.

48 Конвенція про заборону протипіхотних мін; Конвенція про касетні боеприпаси.

49 ДП I, Ст. 36. Про регулювання озброєння в МГП, див. Главу 3.V.4- та VI.4.

50 Див. Текстовий блок 1, Глава 1.II.2.

ки безпеки. Через кілька днів після вказаних нападів Сполучені Штати оголосили про глобальну «війну із тероризмом». Рада Безпеки ООН підтвердила право на самооборону проти того, що здавалось нападом транснаціональної терористичної групи, а НАТО, вперше за історію свого існування, оголосила про ситуацію колективної самооборони на основі Статті 5 Північноатлантичного договору. Ядерний глухий кут між наддержавами, який існував десятиліттями, більше не сприймався як найважливіше у світі питання безпеки, оскільки фокус перемістився на уразливість сучасного глобалізованого суспільства перед добре організованими терористичними угрупованнями та іншими формами транснаціональної організованої злочинності. Поява риторики «війни з тероризмом», після якої проводились військові дії проти терористичних угруповань та окремих осіб, підозрюваних у тероризмі, в Афганістані, Ємені, Сомалі та інших країнах, а також захоплення та переведення сотень підозрюваних у центри утримання під вартою, такі як в'язниця США на воєнно-морській базі Гуантанамо на Кубі, порушили низку питань щодо характеру та наслідків цих операцій у контексті міжнародного права. Чи може частина або вся глобальна «війна із тероризмом» розглядатися як збройний конфлікт, що регулюється МГП? Якщо так, то які географічні межі цього конфлікту, і як МГП взаємодіє з правом прав людини? Яким є правовий статус підозрюваних терористів, включно з тими, що позбавлені волі? Чи є вони «непривілейованими» комбатантами, проти яких можна здійснювати прямі атаки? Чи є вони злочинцями з числа цивільних осіб, які підлягають арешту та притягненню до кримінальної відповідальності за нормами національного законодавства? Чи мають вони після захоплення в полон право на статус комбатанта і військовополоненого, чи з ними слід поводитися як з цивільними інтернованими особами? Які судові гарантії та процесуальні права осіб, які інтерновані або переслідуються в судовому порядку за звинуваченнями щодо участі в міжнародному тероризмі? Які обмеження накладає заборона катування та нелюдського поводження на методи ведення допиту, що використовуються для запобігання неминучої терористичної загрози? Як буде показано нижче, деякі з цих питань були в значній мірі вирішені, а інші залишаються суперечливими до сьогодні. Однак, важливо зазначити, що юридичні питання, пов'язані з міжнародним тероризмом, є не окремим явищем, а невід'ємною частиною ширшої тенденції, за якою боротьба з міжнародною організованою злочинністю стає першочерговим питанням міжнародної безпеки. Отже, такі питання щодо застосовності та інтерпретації МГП можуть також виникати в інших ситуаціях, коли держави вдаються до воєнних засобів і методів, щоб захистити свою внутрішню та зовнішню безпеку, наприклад, у масштабних кампаніях проти торгівлі наркотиками, у мультинаціональних морських операціях проти піратства або навіть у

особливо жорстких випадках орудування міських банд, або масових захоплень заручників. Внаслідок цієї тенденції межа між миром і збройним конфліктом, а також між поліцейськими операціями та бойовими діями стає дедалі розмитішою, і все частіше спостерігається плутанина щодо правових норм, які регулюють такі ситуації.

- Інформацію про сферу застосування МГП див. у Главі 2.
- Інформацію про правовий статус, режим та процесуальні гарантії осіб, позбавлених волі, включно з «непривілейованими» комбатантами, див. у Главі 5.

4.2 Асиметричні конфлікти та виклик принципу відсутності взаємності

З часу закінчення «холодної війни» збройні конфлікти стали дедалі більш асиметричними: зазвичай, значно потужніші держави протистоять погано організованим і недостатньо оснащеним збройним групам. Головними прикладами таких конфліктів є мультинаціональна кампанія проти Талібану в Афганістані та періодичні ізраїльські операції проти ХАМАСу в секторі Гази. Величезна технологічна та військова перевага залучених держав призвела до того, що опозиційні групи були змушені уникати ідентифікації та завдати ударів переховуючись, змішуючись із цивільним населенням та вдаючись до різних форм партизанської війни. Як наслідок, військові зіткнення часто відбуваються на території густонаселених районів, що не тільки наражає цивільне населення на підвищений ризик випадкової шкоди, але також сприяє безпосередній участі цивільних осіб у бойових діях. Крім того, будучи нездатними перемогти в прямому зіткненні з супротивником, збройні групи дедалі частіше вдаються до засобів і методів, заборонених МГП, наприклад неправомірного використання цивільного одягу для віроломного вбивства, поранення або захоплення супротивника, до здійснення невибіркових нападів або навіть безпосередніх атак проти цивільного населення, гуманітарного або медичного персоналу та їхньої інфраструктури (так звані «слабо захищені цілі»). Так само, збройні сили держави часто не можуть належним чином ідентифікувати супротивника і в такий спосіб підвищують ризик нападу на осіб, яких вони не можуть відрізнити від цивільного населення. Загалом, ця тенденція чинить сильний негативний вплив на концепцію відсутності взаємності та рівноправності сторін, що воюють, і, на жаль, на бажання як державних збройних сил, так і недержавних збройних груп дотримуватись своїх зобов'язань за МГП.

4.3 Приватизація та залучення цивільних осіб до військової та охоронної діяльності

Збройні сили завжди користувались послугами цивільних осіб, наприклад підрядників та службовців цивільних урядових служб. Дійсно, крім декількох конкретних випадків,⁵¹ МГП не забороняє залучення зовнішніх спеціалістів для здійснення військових та безпекових функцій, а й навіть передбачає, що цивільні особи, які офіційно уповноважені супроводжувати збройні сили в міжнародному збройному конфлікті, мають право на статус військовополонених у разі захоплення в полон.⁵² Однак, останні десять років спостерігається безпрецедентна тенденція до того, що функції, які традиційно передбачені до виконання державними збройними силами, доручаються приватним військовим та охоронним компаніям. Наприклад, у недавніх війнах в Іраку та Афганістані брали участь десятки тисяч приватних підрядників, і навіть були періоди, коли вони за своєю чисельністю очевидно перевищували мультинаціональні сили на місцях. Залежно від контексту, такі компанії можуть брати на себе широке коло функцій, починаючи з відновлювальних робіт, матеріально-технічного забезпечення, навчання та надання адміністративних послуг, до встановлення безпеки цивільного та військового персоналу та інфраструктури, а також від обслуговування та використання складних систем зброї до охорони і допиту затриманих. Деяка їх діяльність так тісно пов'язана з бойовими операціями, що їх персонал піддається ризику розглядатися як безпосередні учасники бойових дій і, залежно від обставин, навіть як військові найманці.⁵³ Приватизація військових функцій також породжує низку серйозних гуманітарних проблем. По-перше, варто наголосити, що держави не можуть, передаючи деякі свої функції, звільнити себе від юридичної відповідальності за МГП. Отже, вони залишаються відповідальними за забезпечення того, щоб приватні військово-охоронні компанії, з якими були підписані відповідні угоди, або які працюють чи зареєстровані на їх території, дотримувалися всіх застосовних законів та положень, включно з МГП. Крім того, незалежно від їх функцій та діяльності, приватні підрядні організації також підпадають під захист за МГП. Загалом, всупереч поширеним уявленням, приватні військово-охоронні компанії не діють у правовому вакуумі.

→ Інформацію про участь цивільних осіб у бойових діях див. у Главі 3.І.4.

51 Зокрема, Женевські конвенції 1949 року вимагають, щоб «кожен табір військовополонених безпосередньо підпорядковувався відповідальному офіцеру, який входить до складу регулярних збройних сил держави, що утримує в полоні» (ЖК III, Ст. 39), і щоб «кожне місце інтернування було підпорядковане відповідальному офіцеру з регулярних збройних сил чи регулярних цивільної адміністрації держави, під владою якої перебувають інтерновані» (ЖК IV, Ст. 99).

52 ЖК III, Ст. 4(4) та (5).

53 Визначення найманців за МГП див. у ДП I, Ст. 47 та ЗМГП, Норма 108.

Текстовий блок 3. Документ Монтре

Документ Монтре про відповідні міжнародно-правові зобов'язання та належні практики для держав щодо функціонування приватних військових та охоронних компаній під час збройного конфлікту (Документ Монтре), є результатом спільної ініціативи, започаткованої урядом Швейцарії та МКЧХ у 2006 році. Він має на меті уточнити існуючі міжнародні зобов'язання, пов'язані з діяльністю приватних військових та охоронних компаній у ситуаціях збройних конфліктів, а також надавати підтримку та керівництво для виконання цих зобов'язань. Він зосереджений на практичних питаннях, що стосуються гуманітарних проблем, і не відображає позиції щодо важливого, але окремого питання про легітимність залучення таких компаній до збройних конфліктів.

Документ Монтре складається з двох частин. У Частині I наведені зобов'язання держав, приватних військових та охоронних компаній та їх персоналу відповідно до чинного міжнародного права, включно з МПП і правом прав людини, щодо діяльності таких компаній у ситуаціях збройного конфлікту. У визначенні зобов'язань держав Документ Монтре розрізняє держави, які користуються послугами таких компаній (держави-контрагенти), держави, на території яких діють компанії (держави територіальної юрисдикції), та держави, на території яких вони зареєстровані або мають власну штаб-квартиру (держави походження). У Частині I також розглядаються зобов'язання «всіх інших держав», обов'язки приватних військових та охоронних компаній та їх персоналу, а також питання відповідальності вищого керівництва та відповідальності держави за поведінку компаній. Частина II містить компіляцію належної практики, що призначається для підтримки держав-контрагентів, держав територіальної юрисдикції та держав походження у виконанні цих юридичних зобов'язань. Передові методи ґрунтуються переважно на існуючій практиці держав у суміжних сферах та містять такі заходи, як-от: запровадження прозорих режимів ліцензування, необхідність належного навчання та забезпечення цивільної та кримінальної відповідальності.

Документ Монтре був розроблений у період із січня 2006 року по вересень 2008 року за підтримки урядових експертів з 17 держав, в консультації з представниками громадянського суспільства та галузі приватної військової й охоронної безпеки. Документ Монтре не створює жодних нових юридичних зобов'язань, а також не легітимізує та не надає правову основу для залучення приватних військових та охоронних компаній.

- Більш детальну інформацію див. у Документі Монтре про відповідні міжнародно-правові зобов'язання та належні практики для держав щодо функціонування приватних військових та охоронних компаній під час збройного конфлікту, Монтре, 17 вересня 2008. Доступний за посиланням: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0996.pdf

- Оновлений перелік держав та організацій, що висловили свою підтримку Документу, можна знайти за веб-посиланням: <https://www.eda.admin.ch/eda/en/fdfa/foreign-policy/international-law/international-humanitarian-law/private-military-security-companies/participating-states.html>. Доступний також російською мовою: <https://www.icrc.org/ru/document/dokument-montryo-o-sootvetstvuyushchih-mezhdunarodno-pravovyh-obyazatelstvah-i-peredovyh>.



S. Robertson/Crowd

Безпілотний літальний апарат: Предатор чи дрон-хижак (Predator), готовий до взльоту, 2004 р.

4.4 Нові технології озброєнь

У багатьох сучасних збройних конфліктах військові операції та системи озброєнь досягли безпрецедентного рівня складності, включно з координацією великого різноманіття взаємозалежних людських та технологічних ресурсів у різних місцях по всьому світу. У поєднанні з появою нових технологій, таких як дистанційно керована зброя, засоби ведення кібервійни, нанотехнології та все більш автономна зброя, – це кидає серйозний виклик для тлумачення та застосування МГП.

(а) Дистанційно керовані безпілотники

Наприклад, систематичне використання дистанційно керованих безпілотників для боротьби з тероризмом у таких країнах, як Афганістан, Пакистан та Ємен, порушує питання застосування МГП в контексті проведення цих операцій і, як наслідок, щодо правил застосування

вогню на ураження проти осіб, стосовно яких застосовується вказана зброя. У разі застосування МГП, систематичне використання безпілотних літальних апаратів породжує занепокоєння щодо достовірності використовуваної інформації про встановлення цілі нападу, небезпеки завдання випадкової шкоди цивільному населенню та нездатності військових сил, що здійснюють напад, надати підтримку пораненими, а також можливості захоплення полонених замість вбивств.

(б) Кібервійна

Іншим порівняно недавнім явищем є поширення військових операцій на кіберпростір, так зване «п'яте поле бойових дій», поруч із сушею, морем, повітряним та космічним простором. Хоча не ставиться під сумнів те, що МГП також буде застосовуватися до кібероперацій, які проводяться у зв'язку з існуючим збройним конфліктом, неясно, чи можуть кібероперації самі собою призвести до констатації існування збройного конфлікту і, в такому разі, стати причиною застосування МГП. Крім того, коли кібероперації регулюються МГП, виникають запитання щодо того, що саме називати «нападами» – визначеними в МГП як «акти насильства»⁵⁴ – в кіберпросторі, і як слід оцінювати пропорційність «супутньої шкоди» для цивільної інфраструктури, особливо з огляду на те, що військові та цивільні комп'ютерні мережі є взаємозалежними. Крім того, які запобіжні заходи можна й потрібно вжити, щоб уникнути ризику завдання надмірної шкоди цивільним об'єктам, функціонування яких залежить від комп'ютерних систем (гідроелектростанцій, атомних електростанцій, лікарень тощо)? Як можна забезпечити, щоб така шкода не призвела до помилкових чи надлишкових збитків для осіб та об'єктів, захищених від прямого нападу? Що означає обов'язок комбатантів відрізнити себе від цивільного населення в кіберпросторі? Кібервійна також порушує правові питання, що мають принципове значення в інших сферах міжнародного права, таких як *jus ad bellum* та право нейтралітету. Ці питання повинні бути вирішені за допомогою детального тлумачення існуючих договорів МГП та положень звичаєвого права. Зараз дискусія щодо тлумачення та застосування міжнародного права в кіберпросторі ведеться на все більшій кількості академічних, національних та міжнародних форумів, і, безумовно, досягнення консенсусу щодо цього займе багато часу. Однак цей процес не повинен призвести до хибного сприйняття нібито щодо регулювання цього «п'ятого поля бою» існує правовий вакуум, але потрібно виходити з припущення, що існує міжнародне право повністю застосовується в кіберпросторі. У ситуаціях збройного конфлікту це означає застосування всіх відповідних норм та принципів МГП.

54 ДП I, Ст. 49 (1).



Reuters

Співробітники Експерного центру мережних операцій і безпеки Космічного командування ВПС на авіабазі «Петерсон» в Колорадо-Спрінгс, 2014 р.

Текстовий блок 4. Таллінський посібник з міжнародного права, що застосовується до кібервійни

У 2009 році Центр передового досвіду НАТО з кіберзахисту, розпочав багаторічний проєкт, спрямований на підготовку *Таллінського посібника з міжнародного права, що застосовується до кібервійни (Таллінський посібник) (Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare)*.⁵⁵ У проєкті взяли участь експерти з міжнародного права, практики та науковці, переважно з НАТО та військових кіл, що перебувають у співпраці з НАТО, спостерігачі від МКЧХ, Космічного командування Сполучених Штатів і Центра передового досвіду із метою вивчення того, як існуючі норми та принципи міжнародного права можуть застосовуватись до кібервійни.

Таллінський посібник має на меті переглянути та прояснити міжнародне право, яке регулює кібервійну, включно з правом, що регулює застосування сили між державами (*jus ad bellum*), і право, що регулює ведення міжнародних та неміжнародних збройних конфліктів (*jus in bello*). Він не стосується діяльності в кіберпросторі, що не досягає порогу «застосування сили» (*jus ad bellum*) або збройного конфлікту (*jus in*

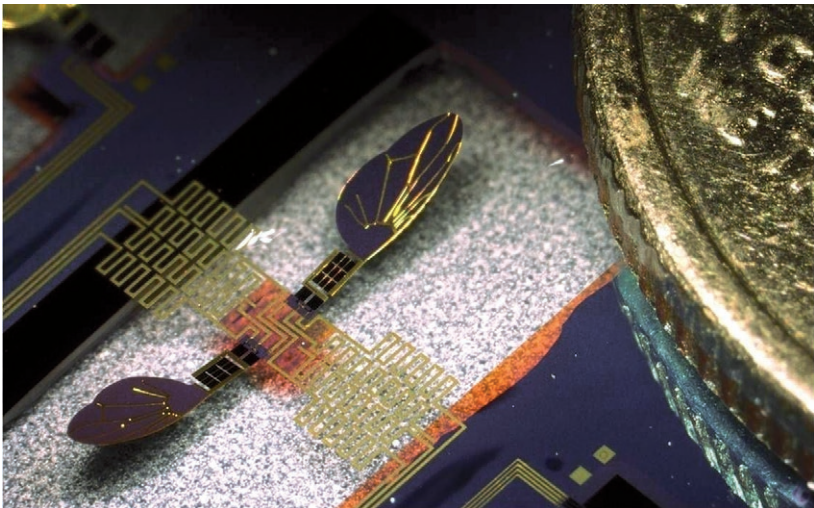
55 Повний текст *Таллінського посібника* доступний за посиланням: http://issuu.com/nato_ccd_coe/docs/tallinmanual

56 Щоб визначити, які ситуації кваліфікуються як збройні конфлікти в контексті МГП, див. Главу 2.III-V.

bello),⁵⁶ а також не розглядає право прав людини, міжнародне кримінальне право чи міжнародне телекомунікаційне право. Посібник ділиться на дев'яносто п'ять «незаперечних» правил, кожне з яких супроводжується коментарем. «Незаперечні» правила є підтвердженням міжнародного права, що стосується вирішення кіберконфліктів. Коментар, що супроводжує кожне правило, визначає правову основу, на якій було розроблено вказане правило, пояснює його застосування на практиці та висуває різні позиції стосовно його сфери застосування.

Складання Таллінського посібника наразі є найважливішою ініціативою для переосмислення та чіткішого формулювання міжнародного права, і того, як воно застосовується до кібервійни. Однак, слід зазначити, що посібник не є юридично обов'язковим і не відображає погляди НАТО чи будь-якої іншої організації чи держави. Натомість він містить винятково думки експертів-учасників, кожен з яких діє в особистій якості. Крім того, посібник не надає жодних рекомендацій стосовно того, як право повинно роз'яснюватись та розвиватись; він просто викладає норми та коментує право з погляду експертів-учасників. Посібник був опублікований у 2013 році видавництвом «Cambridge University Press».

- Див. Michael Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 300 pp.



US Army/RDECOM

Армія Сполучених Штатів співпрацює з виробничими підприємствами й університетами в галузі вивчення мікроробототехніки і розвитку технологій, що дає можливість солдатам побачити небезпеку, яка виникає за межами їхнього поля зору, за допомогою автономних роботів розміром з кажана чи колібрі, чи навіть дрозофіли, 2012 р.

(в) Поточні розроблення: нанотехнології та автономні види озброєння

Іншими технологічними розробленнями, що можуть спричиняти занепокоєння щодо відповідності МГП, є нанотехнології і все більш автономні види озброєння, що застосовуються на сучасному полі бою. Тоді як нанотехнології вже використовуються в поточних військових операціях, переважно для підвищення ефективності певних боєприпасів та броньового захисту, для розроблення цілком автономних роботів, здатних приймати рішення щодо встановлення цілі без участі людини, потрібно ще кілька десятиліть. Проте, ця перспектива чітко висуває питання щодо оперативного контролю над такими системами зброї та юридичною, а також кримінальною відповідальністю за шкоду, заподіяну ними у разі дій, котрі порушують МГП. Найважливіше тут зазначити, що відповідальність за те, щоб всі засоби та методи, які використовуються в збройному конфлікті, відповідали МГП завжди буде покладатись на сторін конфлікту. Крім того, будь-яка індивідуальна дія чи бездіяльність, що становить порушення МГП, залишатиметься предметом судового переслідування та покарання, навіть якщо остаточне «рішення» щодо вчинення зазначеного злочину було прийнято за допомогою машини на основі програм та алгоритмів, а не в режимі віддання команд у реальному часі за участю людини-оператора.

→ Інформацію про зобов'язання держав проводити юридичну оцінку нових технологій озброєння див. у Главі 3.V.5.

4.5 Повага до МГП

Юридичні та практичні труднощі, що виникають внаслідок змін у сучасному середовищі безпеки, спричинили плутанину та невизначеність не тільки щодо відмінності між збройними конфліктами та правозастосуванням, а й щодо традиційної класифікації осіб як цивільних громадян та комбатантів, а також щодо встановлення часових та географічних меж «поля бою». Як свідчать спори щодо правових норм, які регулюють різні аспекти «війни із тероризмом», що ведеться Сполученими Штатами, така плутанина й невизначеність також породили сумніви щодо достатності правового регулювання сучасного МГП для подолання нових проблем у галузі безпеки XXI століття. У відповідь на це різні зацікавлені сторони започаткували важливі процеси, спрямовані на аналіз, підтвердження та уточнення змісту МГП у сферах, що спричиняють особливе занепокоєння в гуманітарному праві. Зокрема, нещодавно до їх числа ввійшла ініціатива МКЧХ щодо посилення правового захисту жертв збройних конфліктів та спільна ініціатива Швейцарії та МКЧХ щодо зміцнення механізмів імплементації МГП (див. Текстовий блок 9, Глава 7.III.4.6). Ці процеси тривають, але вже можна зробити два попередніх висновки з



J. Nicolas/Sipa Press

Госпіталь Кейсаней в Магадішу (Сомалі), 1991 р. Зверніть увагу на емблеми Червоного Хреста та Червоного Півмісяця і на напис на стіні, що забороняє входити до будівлі зі зброєю.

підготовчої роботи та початкових дискусій. Дійсно, деякі сфери МГП потребують подальшого зміцнення для кращого захисту осіб, які потерпають від впливу сучасних збройних конфліктів. Однак, найбільш нагальна гуманітарна потреба полягає не в прийнятті нових правил, а в забезпеченні фактичного дотримання існуючої правової бази.

- Інформацію про імплементацію та дотримання МГП див. у Главі 7.
- Інформацію про особливу роль МКЧХ щодо імплементації та дотримання МГП див. у Главі 8.

Дізнатися більше (Коротка історія розвитку МГП та деякі виклики сучасності)⁵⁷

- *The Story of an Idea, film*, ICRC, 2008. Доступ за посиланням: <http://www.youtube.com/watch?v=oIwB-Y6FUjY>. Також російською мовою: <https://www.youtube.com/watch?v=MIGVISd2C7c>
- Henry Dunant, *A Memory of Solferino*, ICRC, Geneva, 1986, 147 pp. Також російською мовою: Дюнан, Анри. Воспоминание о битве при Сольферино. Москва, МККК, 2009.

⁵⁷ Усі документи МКЧХ доступні за посиланням: www.icrc.org

- Marco Sassòli, Antoine Bouvier and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, ICRC, Geneva, 2011, Vol. I, Chapter 3: Historical development of international humanitarian law, pp. 139–148. Також російською мовою: Сассоли, Марко и Бувье, Антуан. *Правовая защита во время войны*. Москва, МККК, 2008. Глава 3: Историческое развитие международного гуманитарного права, с. 133–142.
- Mary Ellen O’Connell, “Historical development and legal basis,” in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1–42.
- Gabor Rona, “Interesting times for international humanitarian law: Challenges from the ‘war on terror,’” *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27(2), Summer/ Fall 2003, pp. 55–74.
- Robin Geiss, “Asymmetric conflict structures,” *IRRC*, Vol. 88, No. 864, December 2006, pp. 757–777.
- “Private military companies,” *IRRC*, Vol. 88, No. 863, September 2006. Також російською мовою: Частные военные компании // МЖКК. 2006. Т . 88, № 863, сентябрь.
- “Business, violence and conflict,” *IRRC*, Vol. 94, No. 887, Autumn 2012.
- “New technologies and warfare,” *IRRC*, Vol. 94, No. 886, Summer 2012.
- ICRC Advisory Services on International Humanitarian Law, *What Is International Humanitarian Law?*, 2004.
- “Current debates on IHL,” webpage, ICRC. Доступ за посиланням: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/contemporary-challenges-for-ihl>. Також російською мовою: <https://www.icrc.org/ru/war-and-law/contemporary-challenges-for-ihl>

Як закон захищає під час війни?

- Справа № 85, США, Призові справи (також російською мовою Справа 69).
- Справа № 263, США, Статус та поведження із затриманими, що утримуються на військово-морській базі Гуантанамо.
- Справа № 286, Конфлікт у Західній Сахарі (також російською мовою Справа 234).
- Справа № 288, США, Терористичний акт 11 вересня 2001 р. (також російською мовою Справа 236).