



ЛЕКЦІЯ 2

Структура міжнародного гуманітарного права (МГП)

ЗМІСТ

- a. Право Гааги та право Женеви
- b. Додаткові протоколи до ЖК
- c. Заборона окремих видів озброєнь
- d. Захист окремих видів об'єктів
- e. Звичаєве право
- f. Право міжнародних і не міжнародних збройних конфліктів

а. Право Гааги та право Женеви

Історичний розвиток договірної міжнародного гуманітарного права (МГП) породив уявлення про нього як про двокомпонентну систему, що складається з так званого права Женеви (історично перша кодифікована частина МГП) та права Гааги. Право Женеви, починаючи від Женевської конвенції (ЖК) про поліпшення долі поранених на полі бою 1864 року й до останньої редакції ЖК 1949 року (ЖК I про поліпшення долі поранених та хворих у регулярних арміях, ЖК II про поліпшення долі поранених, хворих і осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі, ЖК III про поводження з військовополоненими, ЖК IV про захист цивільного населення під час війни) стосувалося захисту жертв збройного конфлікту, а саме осіб, що вибули з бою (поранених, хворих, потерпілих у корабельній аварії, військовополонених) та цивільного населення.¹ Право Гааги, яке представлено, зокрема, Гаазькими конвенціями (ГК) 1899 та 1907 років (і найперше ГК II 1899 року та ГК IV про закони й звичаї війни на суходолі 1907 року) натомість стосувалося обмеження засобів та методів ведення збройного конфлікту.

Таке розділення МГП було зручним для візуалізації структури цієї галузі міжнародного права та його вивчення. Разом з тим, воно не до кінця точно характеризувало зміст, скажімо, ЖК IV та ГК IV. Так, наприклад, розділи II та III ГК IV стосуються захисту військовополонених, хворих і поранених. Щодо останніх, то розділ III ГК IV лиш згадує, що захист хворих та поранених регулюється ЖК 1864 року чи ЖК 1906 року. Але от розділ II ГК IV надає повноцінний захист для військовополонених. Цей захист був запроваджений в умовах договірної вакууму щодо захисту військовополонених (ЖК щодо військовополонених з'явилася лише в 1929 році). Втім, цей приклад показує, що в ГК вміщено й норми, що за своєю філософією зазвичай сприймаються як норми права Женеви. Аналогічно ЖК IV містить, наприклад, статтю 28, яка забороняє використовувати живі щити. Використання живих щитів зазвичай коментується з перспективи методів ведення збройного конфлікту, які, своєю чергою, асоціюються перед усім з правом Гааги. Відтак, розподіл МГП на право Женеви та право Гааги з чіткою прив'язкою їх до ЖК чи ГК є часом умовним, хоча все ще корисним з погляду пізнання цієї галузі права.

Окрім згаданих ЖК та ГК, інші договірні джерела МГП також можна умовно розподілити на ті, що є ближчими до права Женеви чи права Гааги. Про ці договори йтиметься в наступних розділах.

¹ Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Para. 11. (date of access: 25.07.2024)

ЖК є чи не найбільш універсально визнаними міжнародними договорами у світі. Наразі їх учасниками є 199 країн (включно з усіма країнами ООН). У ГК IV дещо скромніший запис. Учасниками ГК IV 1907 є 38 держав. Попередню ітерацію цієї Конвенції у формі ГК II 1899 року ратифікувала 51 держава, 17 з яких не є учасниками ГК IV 1907 року (Аргентина, Болгарія, Чилі, Колумбія, Еквадор, Греція, Італія, Корея, Чорногорія, Парагвай, Персія, Перу, Сербія, Іспанія, Туреччина, Уругвай, Венесуела).² Відносно скромне число ратифікацій не характеризує значення та обов'язковість ГК, адже в часи проведення Гаазьких мирних конференцій, на яких були прийняті ГК, держави-учасниці цих договорів представляли більшу частину територій та населення планети. Окрім того, з часів їх укладення ГК стали частиною звичаєвого міжнародного права, що підтверджувалося рішеннями Нюрнберзького та Токійського трибуналів.³

Україна є учасницею як ЖК, так і ГК II 1899 року та ГК IV 1907 року. ЖК були ратифіковані ще в часи Української Радянської Соціалістичної Республіки (**УРСР**) у 1954 році.⁴ УРСР не ратифікувала ГК, втім, як це впливає з листа до депозитарію ГК Нідерландів, направленою Україною у 2015 році, УРСР у 1962 році зверталась з повідомленням до Посольства Нідерландів у Москві про визнання дії для себе ГК 1899 та 1907 років.⁵ Однак інформації про це повідомлення немає ані на сайті депозитарію⁶, а ні на сайті МКЧХ⁷. При цьому на обох сайтах міститься інформація про повідомлення не лише від СРСР у 1955 році, а й від Білоруської Радянської Соціалістичної Республіки (**БРСР**) у 1962 році про визнання дії ГК для СРСР та БРСР відповідно. У повідомленні 2015 року зазначалося, що ГК діяли для України з 1991 року.⁸ Сайт депозитарію конвенції взяв до уваги цю відмітку з українського повідомлення й

² 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, 18.10.1907. International Humanitarian Law Databases ICRC. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907> (date of access: 25.07.2024)

³ 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, 18.10.1907. Ihl Databases ICRC. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907> (date of access: 25.07.2024)

Nils Melzer, International humanitarian law: a comprehensive introduction, ICRC, 2019, Page 22.

⁴ Указ Президії Верховної ради Української РСР, Про ратифікацію Женевських конвенцій від 12.08.1949 р. про захист жертв війни, Відомості Верховної Ради (ВВР), 1954, N 5, ст. 114. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/114%D0%B0-03#Text> (дата звернення: 25.07.2024 р.)

⁵ Convention respecting the laws and customs of war on land, Overheid.nl, URL: https://treatydatabase.overheid.nl/en/Treaty/Details/003319_b.html (date of access: 25.07.2024)

⁶ Convention respecting the laws and customs of war on land, Overheid.nl, URL: <https://treatydatabase.overheid.nl/en/Treaty/Details/003319.html> (date of access: 25.07.2024)

⁷ 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, 18.10.1907, Ihl Databases ICRC. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907/state-parties> (date of access: 25.07.2024)

⁸ Convention respecting the laws and customs of war on land, Overheid.nl. URL: https://treatydatabase.overheid.nl/en/Treaty/Details/003319_b.html (date of access: 25.07.2024)

відзначив, що ГК діють для України саме з дня відновлення Україною незалежності.⁹ Сайт МКЧХ, втім, містить запис про дію ГК для України з 2015 року.¹⁰ Виходячи зі змісту повідомлення 2015 року, Україна визнає дію для себе трьох ГК 1899 року та трьох Декларацій до них, а також 1-7, 9-10 і 13 ГК і Декларацію до них.

⁹ Convention respecting the laws and customs of war on land, Overheid.nl. URL: <https://treatydatabase.overheid.nl/en/Treaty/Details/003319.html> (date of access: 25.07.2024)

¹⁰ 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, 18.10.1907, Ihl Databases ICRC. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907/state-parties> (date of access: 25.07.2024)

в. Додаткові протоколи до ЖК

Розвиток МГП після прийняття ЖК у 1949 році йшов у напрямку загальної гуманізації МГП (див. Лекцію 1), прийняття секторальних конвенцій, що стосувалися заборони чи обмеження окремих видів озброєнь або захисту окремих видів об'єктів, а також змішування права Женеви та права Гааги. Таке змішування мало конкретне вираження у двох міжнародних договорах, що були, формально, прийняті в розвиток ЖК, але вміщали, втім, норми як права Женеви, так і права Гааги. Цими договорами були:

- Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (ДП I);
- Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (ДП II).

ДП I був прийнятий для того, щоби «підтвердити й розвинути положення, що передбачають захист жертв збройних конфліктів»¹¹, але його Частина III, як видно навіть з назви – «Методи та засоби ведення війни – статус комбатантів і військовополонених», обмежувала методи та засоби, що могли застосовуватися під час збройного конфлікту, як-то: віроломство та використання нових видів зброї. Низка інших норм з подальших положень ДП I також стосувалися заборонених методів ведення збройних конфліктів, наприклад:

- стаття 51 щодо невибіркових і непропорційних нападів;
- стаття 55 щодо нападів, що шкодять навколишньому середовищу;
- стаття 56 щодо нападів на установки та споруди, що містять небезпечні сили;
- стаття 57 щодо запобіжних заходів при нападі та обрані зброї (засобів ведення збройного конфлікту) під час нападу тощо.

ДП I загалом мав значний вплив на МГП як через кодифікацію звичаєвого МГП, що ще не мало договірної форми (як, наприклад, у контексті положення про привілей комбатанта, що знайшло своє втілення в статті 43 ДП I), так і через прогресивний розвиток МГП, його гуманізацію та переосмислення визначення збройного конфлікту. Щодо останнього, то ДП I розширено відрегулював сферу дії Протоколу, включивши туди понад збройні конфлікти

¹¹ Верховна Рада України, Додатковий протокол до Женевських конвенцій 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), 8.06.1977 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text (дата звернення: 25.07.2024 р.)

між державами ще й національно-визвольну боротьбу. Таке розуміння сфери дії викладено в статті 1 ДП I у такому формулюванні:

«Ситуації, згадані в попередньому пункті, включають збройні конфлікти, в яких народи ведуть боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації та расистських режимів для здійснення свого права на самовизначення».¹²

ДП II ж приймався в розвиток статті 3, спільної для чотирьох ЖК 1949 року, яка стосувалася мінімальних гарантій для осіб, що не беруть участі в збройному конфлікті, а також поранених і хворих, в умовах збройного конфлікту неміжнародного характеру. Протокол застосовується до всіх збройних конфліктів, які:

«відбуваються на території будь-якої Високої Договірної Сторони між її збройними силами або іншими організованими збройними групами, які, перебуваючи під відповідальним командуванням, контролюють частину її території, що дає їм змогу здійснювати безперервні й погоджені воєнні дії та застосовувати цей Протокол».¹³

Обсяг гарантій як для цивільного населення, так і для осіб, що вибули з бою, у ДП II значно менший, ніж у ДП I чи в ЖК та ГК. Втім, Протокол пропонує принаймні базовий набір правил ведення неміжнародного конфлікту, зокрема, щодо захисту поранених і хворих, медичного персоналу, захисту різноманітних об'єктів, необхідних для виживання цивільного населення, культурних цінностей, установок і споруд, що містять небезпечні сили, гуманного ставлення до осіб, які не беруть безпосередньої участі в збройному конфлікті.

У 2005 році було прийнято третій Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року про введення додаткової відмітної емблеми (ДП III). Як видно з його назви, він був покликаний доповнити перелік захисних емблем для позначення медичних об'єктів, персоналу та транспорту новою так званою «емблемою третього протоколу». Ця емблема не заміщає інші, згадані в ЖК та ДП I (червоного хреста, червоного півмісяця, червоного лева й сонця), але дозволяє паралельне застосування нової, релігійно й семіотично нейтральної.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

Україна є учасницею всіх трьох ДП. До ДП I та ДП II вона приєдналася ще перебуваючи у складі СРСР як УРСР у 1989 році.¹⁴ До ДП III ж приєднання відбулося через ратифікацію Верховною Радою України Протоколу у 2009 році.¹⁵

¹⁴ Указ Президії Верховної ради Української РСР, Про ратифікацію Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), і Додаткового протоколу до Женевських конвенцій, 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II), Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1989, N 35, ст. 409.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/7960-11#Text> (дата звернення: 25.07.2024 р.)

¹⁵ Закон України, Про ратифікацію Додаткового протоколу до Женевських конвенцій, 12.08.1949 р., що стосується прийняття додаткової відмінної емблеми (Протоколу III), Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, N 4, ст. 27.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1674-17#Text> (дата звернення: 25.07.2024 р.)

с. Заборона окремих видів озброєнь

Договори, що стосуються заборони чи обмеження окремих видів озброєнь належати до права Гааги, адже регулюють питання допустимих методів та засобів ведення збройного конфлікту. Попри те, що назва цієї частини МГП створює враження, ніби першим договірним регулюванням допустимих методів і засобів ведення збройних конфліктів, подібно до Женевського права, були ГК, першим прикладом договірного регулювання цієї сфери все ж була Санкт-Петербурзька декларація 1868 року «Про заборону використання вибухових і запальних куль» 1868 року. Декларація, учасниками якої були 19 найбільш впливових держав свого часу, забороняла використовувати вибухові та запальні кулі вагою до 400 грамів. Ці кулі розроблялися для підризу порохових зарядів супротивника, але в разі застосування проти людини завдавали останній невинуватих страждань. Логіка заборони полягала у тому, що куля, легша за 400 грамів, не здатна була вивести з бою більше ніж одного солдата, навіть якщо була вибуховою чи запальною.¹⁶ Водночас її використання завдавало страждань, абсолютно невинуватих з погляду військових цілей, і найчастіше призводило до болісної смерті пораненої особи.

На Першій мирній конференції в Гаазі, де було прийнято ГК 1899 року, у трьох доданих до конвенцій Деклараціях держави-учасниці вмістили положення про заборону ще кількох видів сучасних для того часу озброєнь: вибухівки з повітряних куль чи іншими подібними методами (заборона мала діяти протягом 5 років), куль, що сплющуються в організмі людини (так звані кулі дум-дум, назва яких походить від назви міста Дум-Дум в індійському штаті Західний Бенгал, де знаходився британський завод з виробництва таких куль), та задушливих газів.

Подальший розвиток у напрямку заборони окремих видів озброєнь право Гааги отримало в 1907 році на однойменній Другій мирній конференції, де було прийнято нову Декларацію про заборону використання вибухівки з повітряних куль чи іншими схожими методами. На відміну від першої спроби врегулювати питання бомбардувань з повітря, заборона з Декларації мала діяти не протягом визначеного строку, а до Третьої мирної конференції, яка ніколи так і не була проведена. Відтак, формально, Декларація залишається чинною й по сьогодні. Утім, її учасниками навіть на початку ХХ століття так і не стала більшість великих держав свого часу (Австро-Угорщина, Італія, Німеччина, Росія, Франція, Японія).

¹⁶ Frits Kalshoven, Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War*, Cambridge University Press, 2012, Pages 20-21.

Ще майже за 20 років, у 1925 році, приймається Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних та інших газів, а також бактеріологічних засобів ведення війни. Він розвиває положення Декларації 1899 року, підтверджуючи заборону газів та вводячи нову заборону бактеріологічної зброї, що на момент прийняття протоколу була лиш теоретичною ідеєю.¹⁷ Каталог договорів щодо засобів ведення збройного конфлікту поповнився знову лише через пів століття прийняттям Конвенції про заборону біологічної зброї в 1972 році, та, за 8 років, Конвенцією про конкретні види звичайної зброї. Остання є «парасольковою» конвенцією, яка дає прихисток 5 протоколам, які обмежують використання окремих видів звичайної зброї:

- Протокол I 1980 року обмежує використання зброї з уламками, які не можна виявити;
- Протокол II 1980 року обмежує наземні міни та міни-пастки;
- Протокол III 1980 року обмежує використання запалювальної зброї;
- Протокол IV 1995 року обмежує використання засліплювальної лазерної зброї;
- Протокол V 2003 року встановлює зобов'язання та передовий досвід із знешкодження вибухонебезпечних пережитків війни.

Конвенція (та, відповідно, її протоколи) застосовуються до збройних конфліктів як вони визначені в ЖК та ДП I. Це означає, що міжнародні збройні конфлікти не покриваються нею. Розробка Конвенції в певному сенсі була спін-оффом до роботи над ДП I, адже дискусія про обмеження використання конвенційних видів зброї була започаткована тією ж Дипломатичною конференцією, яка займалася розробкою ДП I. Конвенція була покликана закрити прогалини самого Протоколу, який не пішов далі визначення принципів використання засобів збройного конфлікту й не вказав, як мають використовуватися конкретні види озброєнь.

Після Конвенції 1980 року було прийнято ще ряд договорів щодо заборони озброєнь та, відповідно, їх використання у збройному конфлікті:

- Конвенція щодо заборони хімічної зброї 1993 року;
- Конвенція про заборону протипіхотних мін 1997 року;
- Конвенція про касетні боеприпаси 2008 року;
- Договір про заборону ядерної зброї 2017 року.

¹⁷ Frits Kalshoven, Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War*, Cambridge University Press, 2012, Page 24.

Україна є учасницею усіх цих міжнародних договорів, за винятком трьох: Протоколу V 2003 року про зобов'язання та передовий досвід зі знешкодження вибухонебезпечних пережитків війни, Конвенції про касетні боєприпаси та Договору про заборону ядерної зброї.

d. Захист окремих видів об'єктів

Низка міжнародних договорів з МГП покликана забезпечити захист для окремих об'єктів. Такими є культурні цінності та довкілля.

Першою вдалою спробою захисту культурних цінностей у випадку збройних конфліктів була ініціатива художника Миколи Реріха, який очолював проєкт підготовки відповідного міжнародного договору. Серед відомих спеціалістів міжнародного права, які допомагали російському художнику та юристу у створенні цього документа, були французькі професори Г. Шклявер (доктор міжнародного права та політичних наук Паризького університету), Ж. де ля Прадель (член Постійної палати міжнародного правосуддя, віцепрезидент Інституту міжнародного права) та М. Таубе (російський юрист-міжнародник, учень Ф.Ф. Мартенса, якого замінив на посаді професора міжнародного права Петербурзького університету, член Постійної палати Міжнародного третейського суду). У 1935 році у Вашингтоні на Міжнародній конференції американських держав, що зібрала представників 21 країни, було прийнято Договір про охорону художніх і наукових установ та історичних пам'яток. Він складався з преамбули та 8 статей, які визначали культурні цінності, створювали реєстр культурних цінностей, що мав вестися Панамериканським союзом, встановлювали спеціальну захисну емблему, визначали, коли культурні цінності мають користуватися захистом в умовах збройного конфлікту, а коли втрачають його.

Згодом, частково на основі Договору, який ще називають Пактом Реріха, була розроблена Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року – головний на сьогодні міжнародний договір у сфері захисту культурних цінностей від небезпек збройних конфліктів (а також Протокол I до Конвенції, який стосувався повернення культурних цінностей). Вона є, за влучним виразом Дж. Бома, колишнього помічника Генерального секретаря ЮНЕСКО, Червоним Хрестом для пам'ятників та музеїв під час війни.¹⁸ Захист культурних цінностей за Конвенцією складається з охорони та поваги. Охорона передбачає позитивні зобов'язання сторін, а повага – негативні (тобто утримання від дій).¹⁹ Іншими словами, охорона має проявлятися в діях держави щодо інвентаризації культурних цінностей, їх позначенні, складанні планів евакуації тощо. Захист же є утриманням від нападів на культурні цінності, їх розкрадання чи використання у військових цілях. Конвенція стосувалася як захисту культурних цінностей *in situ*, так і їх

¹⁸ M. Catherine Vernon, *Common Cultural Property: The Search for Rights of Protective Intervention*, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1994, №26, Page 12. (date of access: 25.07.2024)

¹⁹ Иржи Томан. Защита культурных ценностей в случае вооруженного конфликта, М.: ООО "Издательский дом «МАГИСТЕР-ПРЕСС», 2005, ст. 109. (дата звернення: 25.07.2024 р.)

транспортування; як загального захисту для всіх культурних цінностей, так і спеціального для номінованих до Міжнародного реєстру культурних цінностей, що знаходяться під спеціальним захистом.

У наступні після прийняття Конвенції десятиліття кілька разів озвучувалась ідея перегляду чи доповнення Конвенції 1954. Проте реальна реалізація цієї ініціативи почалася лише в 1991 році, коли відомому австралійському юристу П. Бойлану було доручено підготувати звіт щодо усунення недоліків і можливих шляхів покращення договору. 1993 року відбулося перше обговорення звіту в Гаазі, після чого на його основі випрацьовувався проєкт, який планувався до винесення на обговорення дипломатичної конференції із прийняття другого Протоколу до Конвенції 1954. До 1999 року відбулися сесії експертів у Лаусволті (Нідерланди), Відні, Парижі та Гаазі. І лише в 1999 році було прийнято Другий Протокол до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року. У другій, найкоротшій, статті Протоколу визнається додатковість Протоколу щодо Конвенції. Це означає, що Протокол уточнює, конкретизує та операціоналізує положення Конвенції, але не підміняє їх. Так, наприклад, стаття 5 Протоколу пояснює, що термін «охорона», який використовується, але не роз'яснюється в Конвенції 1954 року, може означати, зокрема: складання переліків, планування надзвичайних засобів захисту від пожеж, руйнування конструкцій, підготовку до вивезення рухомих культурних цінностей чи забезпечення належного захисту цих цінностей на місцях, призначення компетентних органів влади, що відповідають за охорону культурних цінностей.

Окрім того, Протокол створює більш реалістичний для потрапляння туди Список культурних цінностей, яким надається посилений захист. Також Протокол визначає конкретний список порушень МГП проти культурних цінностей, які заслуговують на кримінальну відповідальність, чого не робить Конвенція 1954 року. Такими порушеннями дії особи, якими вона:

- робить культурні цінності, які перебувають під посиленим захистом Конвенції та Протоколу, об'єктами нападу;
- використовує культурні цінності, які перебувають під посиленим захистом, чи безпосередньо прилеглі до них місця для підтримки військових дій;
- знищує або присвоює у великих масштабах культурну власність, яка перебуває під захистом відповідно до положень Конвенції та Протоколу;

- вчиняє акти крадіжки, грабежу або незаконного присвоєння чи акти вандалізму, спрямовані проти культурних цінностей, які перебувають під захистом відповідно до положень Конвенції.

Іншим договором щодо захисту спеціального об'єкта є Конвенція про заборону військового або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище 1976 року. Цей договір розроблявся з думкою про попередження використання інноваційних методів впливу на погоду (як-то стимулювання дощу або посухи), втім, можливе й широке його прочитання. Останнє може полягати в забороні будь-якого впливу на довкілля (в тому числі в контексті збройного конфлікту), яке може завдати широкомасштабної, довгострокової або серйозної шкоди довкіллю. На відміну від положень статей 35 та 55 ДП I, про які йтиметься в наступному розділі, Конвенція 1976 року висуває альтернативні вимоги до шкоди, а не вимагає їхньої кумулятивної присутності.

Україна є учасницею усіх чотирьох згаданих у цьому розділі міжнародних договорів.

е. Звичаєве право

Звичаєве МГП існує паралельно з договірним. Зазвичай норми звичаєвого МГП виникають раніше, ніж договірні, але можуть виникати й разом з ним (так званий миттєвий звичай), або й після (коли договірне право прогресивно розвиває МГП, а звичай формується через визнання договірної норми великою кількістю держав як юридично обов'язкової). Звичаєве міжнародне право більш динамічне, ніж договірне, проте й менш конкретне. Останнє означає, що часом можуть виникати проблеми з ідентифікацією звичаєвих норм МГП та встановленням їх точного змісту.

Попри сказане вище, звичаєве МГП неофіційно кодифіковане МКЧХ, що значно спрощує встановлення існування та роз'яснення його положень. Робота над зводом звичаєвого МГП, який мав зібрати в одному місці положення, що їх міжнародна спільнота вважала звичаями МГП, почалася в 1995 році, коли Міжнародна Конференція Червоного Хреста та Червоного Півмісяця (конференція, що збирає усі три компоненти Руху Червоного Хреста та Червоного Півмісяця: МКЧХ, Міжнародну федерацію товариств Червоного Хреста та Червоного Півмісяця й національні товариства Червоного Хреста та Червоного Півмісяця) уповноважила на її виконання МКЧХ. Продукт, що побачив світ у 2005 році у вигляді Зводу звичаєвого МГП, складався з 2 томів: першого тому з каталогом звичаєвих норм МГП та другого тому з поясненням тієї практики держав, яка дає змогу зробити висновки про існування відповідних звичаєвих норм.

Звід стосується як міжнародних, так і неміжнародних збройних конфліктів. Щобільше, він відзначає, що 143 ідентифіковані звичаєві норми стосуються як міжнародних, так і неміжнародних збройних конфліктів, тоді як лиш 13 стосуються виключно неміжнародних збройних конфліктів. Для контексту: всього у Зводі зібрана 161 норма звичаєвого МГП. Звід також включає норми, що традиційно відносяться як до права Женеви, так і до права Гааги.

Попри загальну авторитетність Зводу, перебільшенням буде сказати, що всі держави світу (як і всі експерти) поділяють погляд МКЧХ та його експертів на звичаєвість викладених у Зводі норм. Так, після публікації Зводу США направили до МКЧХ лист, датований 2006 роком, з поясненням власної позиції щодо звичаєвого МГП. США критикують МКЧХ за помилкову методологію, використану для встановлення існування як практики держав щодо конкретних

правил поведінки, так і *opinio juris* (ставлення до практики як до юридично обов'язкової).²⁰ В основному ця критика зводиться до такого:

- США не вважають допустимим виводити існування практики зі згадувань окремих норм в керівництвах для збройних сил чи подібних документах, коли це не підкріплюється практикою;
- США видається неправильним прирівнювати регулювання в державах, що не беруть участі в збройних конфліктах, до тих, які в них часто опинялися протягом останнього століття;
- для США неприйнятний підхід МКЧХ із виведення і практики, і *opinio juris* з одного й того ж джерела – керівництв і подібних документів;
- США критикують МКЧХ за неухвагу до негативної практики держав, іншими словами, до відмови виконувати певні норми, які проголошені звичаєвим;
- аналогічно США негативно коментують неухвагу МКЧХ до конкретних прикладів опозиції держав щодо проголошення норм договірною права звичаєвими.²¹

Свій лист із загальними поясненнями США доповнюють розглядом конкретних ілюстративних прикладів некоректного, на їхній погляд, прочитання звичаєвого МГП. Так, наприклад, США вказують на те, що положення статті 35 ДП I не набуло звичаєвого статусу, як це вважає МКЧХ, відтворюючи його в правилі 45 Зводу. Це положення ДП I звучить таким чином:

«3. Заборонено застосовувати методи або засоби ведення воєнних дій, які мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть широкої, довготривалої і серйозної шкоди природному середовищу».

З погляду США, МКЧХ проігнорував позицію самих Сполучених Штатів, а також Франції та Сполученого Королівства щодо того, що зобов'язання за цією статтею впливає виключно з договірною, але не звичаєвою права.²² Крім того, США згадують про позицію США, Франції, Сполученого Королівства та

²⁰ Initial response of U.S. to ICRC study on Customary International Humanitarian Law with Illustrative Comments 03.11. 2006, U.S. Department of State. URL: <https://2009-2017.state.gov/s/l/2006/98860.htm> (date of access: 25.07.2024)

²¹ Initial response of U.S. to ICRC study on Customary International Humanitarian Law with Illustrative Comments 03.11. 2006, U.S. Department of State. URL: <https://2009-2017.state.gov/s/l/2006/98860.htm> (date of access: 25.07.2024)

²² Initial response of U.S. to ICRC study on Customary International Humanitarian Law with Illustrative Comments 03.11. 2006, U.S. Department of State. URL: <https://2009-2017.state.gov/s/l/2006/98860.htm> (date of access: 25.07.2024)

Росії щодо того, що положення статті 35 та поєднаної з нею 55 ДП І не застосовуються в разі використання ядерної зброї.²³

Хоча стверджуваною ціллю США в цьому та інших ілюстративних прикладах є вказівка на методологічні проблеми Зводу, її можна читати й у площині заперечення звичаєвого характеру певних правил. У цьому контексті важливим є нагадування про доктрину постійного заперечувача (*persistent objector*). Загалом ця доктрина полягає в тому, що навіть у разі існування певної звичаєвої норми держава може відмовитися від зобов'язань за нею, постійно наголошуючи на незастосовності такої норми до себе. Традиційно ця доктрина більшою мірою проявлялася в практиці держав, проте в останній час вона змістилася в суб'єктивну сторону та витікає із заяв держави. У доктрині є різні думки щодо допустимості звернення до концепції постійного заперечувача (особливо щодо універсальних звичаїв у МГП). Втім, якщо таке й можливо, то існують загальноприйняті правила щодо того, як має відбуватися заперечення:

- заперечувач має так часто, як це можливо, вказувати на свою незгоду зі звичаєм;
- можливо висловити заперечення після формування звичаю, але недопустимо відкликати свою згоду;
- заперечення може проявлятися в діях або заявах;
- заяви можуть робитися як на національному, так і міжнародному рівні.

²³ Initial response of U.S. to ICRC study on Customary International Humanitarian Law with Illustrative Comments 03.11. 2006, U.S. Department of State. URL: <https://2009-2017.state.gov/s/l/2006/98860.htm> (date of access: 25.07.2024)

f. Право міжнародних і неміжнародних збройних конфліктів

Як було продемонстровано в попередніх розділах, застосовність конкретних норм МГП залежить від типу збройного конфлікту. І якщо з перспективи звичаєвого МГП (принаймні якщо орієнтуватися на Звід) різниця в обсязі застосовних норм не така вже й велика, то з точки зору договірного права вона дуже відчутна. До неміжнародного збройного конфлікту (**НМЗК**) застосовується лише стаття 3, спільна для чотирьох ЖК, ДП II та кілька норм з інших конвенцій (як, наприклад, стаття 19 Гаазької конвенції про захист культурних цінностей в разі збройного конфлікту). До міжнародного збройного конфлікту (**МЗК**) же застосовується весь спектр норм МГП.

МЗК має місце тоді, коли одна держава (або кілька) здійснює будь-яке застосування зброї проти території іншої держави (теорія одного пострілу), або, більш коректно, тоді, коли відбувається ворожий акт однієї держави проти іншої (це включає перехід кордону збройними силами держави без застосування озброєння чи окупацію, яка не зустрічає збройного спротиву).²⁴ Застосування МГП до МЗК ускладнюється тоді, коли хоча б одна держава бере участь у конфлікті опосередковано, через контроль за недержавним актором.²⁵ У такому випадку необхідним буде встановлення існування загального контролю зі сторони держави за недержавним збройним формуванням, щоби можна було говорити про конфлікт загалом як про МЗК.²⁶

Щодо визначення НМЗК у міжнародному праві більше непевності. Так, спільна для ЖК стаття 3 говорить про те, що вона застосовується до збройного конфлікту «який не має міжнародного характеру та виникає на території однієї з»²⁷ держав. У тексті статті не висуваються ніякі вимоги до того, яким має бути цей конфлікт з точки зору інтенсивності чи контролю недержавним збройним формуванням території. Натомість ДП II застосовується до конфліктів, які відбуваються на території будь-якої держави «між її збройними силами та іншими організованими збройними групами, які, перебуваючи під відповідальним командуванням, контролюють частину її території, що дає їм змогу здійснювати безперервні й погоджені воєнні дії та застосовувати

²⁴ Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Para. 13. (date of access: 25.07.2024)

²⁵ Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Para. 15. (date of access: 25.07.2024)

²⁶ Див. напр., Апеляційне рішення у справі Тадіча, п. 84; Прокурор проти Кордіча і Черкеза, IT-95-14/2-Т, Рішення суду, 26.02.2001 р. "Рішення суду у справі Кордіча і Черкеза", п. 79.

²⁷ Верховна Рада України, Женевська конвенція про поводження з військовополоненими, 12.08.1949 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text (дата звернення: 25.07.2024 р.)

цей Протокол».²⁸ Вимоги з Протоколу означають, що далеко не кожне протистояння недержавних збройних формувань і держави може підпадати під дію ДП II. На додачу до цього, Римський статут (РС) МКС додатково розширює варіації визначення НМЗК, розглядаючи останній як такий, що може існувати навіть у випадку протистоянь між двома чи більше недержавними збройними формуваннями без участі державних збройних сил (хоча коментар МКЧХ до ЖК говорить про те, що НМЗК у розумінні статті 3 може також існувати без участі держави²⁹).

Утім, різниця підходів міжнародних договорів, що існує, на перший погляд, насправді не така й значна. З вимоги статті 3, спільної для ЖК, про те, що вона застосовується до збройних конфліктів, МКЧХ у своїх коментарях висновує, що конфлікт має бути продовжуваним, досягати певного рівня інтенсивності (що характеризується типом використовованого озброєння, кількістю осіб, що беруть участь у бойових діях, частотою обстрілів тощо) та передбачати мінімальну організацію недержавних збройних формувань.³⁰ Такі висновки МКЧХ підтверджуються й судовою практикою.³¹ Разом з тим, попри наближення в коментарях МКЧХ та практиці статті 3 до ДП II, між охоплюваними цими джерелами права НМЗК існує певна дистанція. За переважною згодою, стаття 3 ЖК застосовується в більшій кількості випадків, аніж ДП II.³²

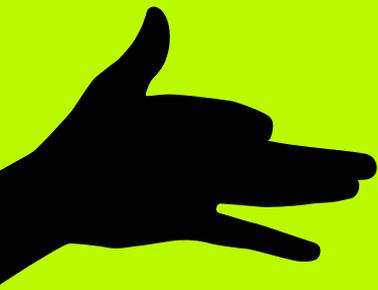
²⁸ Верховна Рада України, Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II), 8.06.1977 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_200#Text (дата звернення: 25.07.2024 р.)

²⁹ The Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12.08.1949, International Humanitarian Law Databases ICRC, Para. 428. URL: https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciii-1949/article-3/commentary/2020#_Toc44265089 (date of access: 25.07.2024)

³⁰ The Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12.08.1949, International Humanitarian Law Databases ICRC, Para. 457. URL: https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciii-1949/article-3/commentary/2020#_Toc44265089 (date of access: 25.07.2024)

³¹ Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Para. 13. (date of access: 25.07.2024)

³² Frits Kalshoven, Liesbeth Zegveld, Constraints on the Waging of War, Cambridge University Press, 2012, Page 132
Nils Melzer, International humanitarian law: a comprehensive introduction, ICRC, 2019, Page 68.



Виконайте практичне завдання
до лекції

[ПЕРЕГЛЯНУТИ ПЗ](#)

Курс з міжнародного гуманітарного та кримінального права
створений з метою підвищення рівня знань українських суддів у цих
сферах та покращення якості правосуддя у справах про війнні злочини.

Курс створений ГО «Трус Хаундс»