



ЛЕКЦІЯ 4

Принцип пропорційності та вжиття запобіжних заходів

ЗМІСТ

- a. Принцип пропорційності. Витоки
- b. Принцип пропорційності в Додатковому протоколі I та в Римському статуті
- c. Принцип вжиття запобіжних заходів

а. Принцип пропорційності. Витоки

У минулій лекції розглядався перший з основоположних принципів МГП – принцип розрізнення. Його сутність полягає в спрямуванні актів насильства лише на військових та військові цілі. Однак навіть всеосяжне дотримання цього принципу не може достатнім чином мінімізувати людські й цивільні страждання. Ця теза набуває особливої важливості з огляду на те, що сучасні військові операції дедалі частіше проводяться в густонаселених районах.¹ Адже навіть спрямувавши напад виключно на військові цілі, ефекти такого нападу можуть значним чином зачепити цивільне життя. Тож яким чином забезпечити ще ефективніший захист цивільних осіб та об'єктів?

У цій лекції ми поговоримо про два наступні основоположні принципи МГП – пропорційності та обережності (або вжиття запобіжних заходів). Ці принципи передбачають подальше обмеження засобів і методів ведення війни з метою позбавлення цивільного населення від її наслідків.

Принцип пропорційності в його сучасному розумінні передбачає заборону здійснення нападу на законну військову ціль, якщо очікується, що цей напад завдасть цивільним особам та/або цивільним об'єктам шкоди, яка буде надмірною для досягнення конкретної та безпосередньої військової переваги.²

Історичні витоки цього принципу сягають ще дохристиянських часів. Ми можемо відстежувати первинні дискусії щодо сутності цього принципу ще в Книзі Буття.³ Так, коли Авраам оспорював рішення Бога знищити Содом і Гоморру, де жили лиходії, він запитував Бога, чи той знищить міста, якщо в них проживатимуть 50 праведних людей. «Якщо знайду в Содомі п'ятдесят праведників, то заради них прощу все місто»,⁴ – відповідає Бог. Авраам продовжує запитувати Бога, поступово зменшуючи кількість потенційно постраждалих праведників, аж поки Бог не підтверджує, що не знищить місто, навіть якщо в ньому буде лише десять праведників.⁵

¹ Emanuela-Chiara Gillard. Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment. Chatham House, 2018. Page 3.

² Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Page 788. (date of access: 24.07.2024)

³ Amichaiand Cohen, David Zlotogorski. Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures. Vol. 6. Oxford University Press, 2021, Page 12.

⁴ The Book of Genesis. (n.d.), Genesis 18:26.

⁵ The Book of Genesis. (n.d.), 18:32.

Концепції римського права також закріплювали сутність пропорційності в контексті ведення війни. Та зважаючи, що на той час чіткого поділу між *jus ad bellum* та *jus in bello* не було, цей принцип застосовувався радше до права держави на самозахист. Зокрема, у Дигесті Юстиніана визнавалося право застосовувати силу проти держави-нападника лише «настільки, наскільки це необхідно для самозахисту».⁶

А ось у межах самого МГП принцип пропорційності почав кристалізуватися відносно пізно. Так, норми щодо захисту цивільних з'явилися в МГП не одразу. Найімовірніше, через те, що традиційна зброя, засоби й методи ведення війни були спрямовані на знищення збройних сил противника, а не його майна чи матеріальних цінностей.⁷ Та й традиційна зброя не була здатна масово знищувати міста й поселення. Окрім цього, коли захист цивільних осіб у збройних конфліктах почав кодифікуватися в ХІХ столітті, не існувало ніяких обмежень щодо заподіяння випадкової супутньої шкоди цивільному населенню. Допоки напад був спрямований проти військового об'єкта, він вважався законним.⁸

Відтак перші згадки принципу пропорційності в його сучасному розумінні припадають на початок ХХ століття. Чи не основним поштовхом до його напрацювання стала перша в історії «повітряна війна» під час Першої світової війни. Використовуючи літаки, сторони часто бомбардували цілі міста та поселення, де цілком могли перебувати численні військові об'єкти. Та разом з цим страждало цивільне населення таких поселень. У 1920-х роках комісія юристів розробила проект Правил ведення повітряної війни, який, хоч і не був ухвалений, містив одне з перших формулювань пропорційності в сучасному МГП:

⁶ Noam Lubell, Amichai Cohen. *Strategic Proportionality: Limitations on the Use of Force in Modern Armed Conflicts*. Vol. 96. *International Law Studies*, 2020, Page 164.

⁷ Amichaiand Cohen, David Zlotogorski. *Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures*. Vol. 6. Oxford University Press, 2021, Page 23.

⁸ *Ibid.*, Pages 23-24. Згадувалося, наприклад, регулювання шкоди цивільним особам у Кодексі Лібера. Зокрема, зауважувалось, що Кодекс Лібера 1863 року (перша сучасна кодифікація законів збройних конфліктів) обмежував шкоду, яка може бути заподіяна цивільному населенню, але лише доти, допоки немає військової необхідності в заподіянні такої шкоди. Кодекс все ще не розглядав необхідність досягнення балансу між шкодою й перевагами, отриманими від воєнних дій.

«У безпосередній близькості від операцій сухопутних військ, бомбардування міст, селищ, сіл, поселень і будівель є законним за умови, що існує обґрунтована презумпція того, що військова концентрація є достатньо важливою, щоби виправдати бомбардування, беручи до уваги небезпеку, на яку наражатиметься таким чином цивільне населення».⁹

Це правило чи не вперше встановило, що саме по собі спрямування нападу на військові об'єкти все ще недостатнє для того, щоби стверджувати про законність такого нападу.

Однак попри вже наявні напрацювання та криваву Другу світову війну чотири Женевські конвенції – перша кодифікація МГП, здійснена в 1949 році – не стосувались захисту цивільних осіб як таких, а зосереджувалися на захисті жертв війни, які опинилися в руках ворога.¹⁰ Тому й принципу пропорційності в Женевських конвенціях не віднайти.

Лишень у 1977 році з прийняттям Додаткових протоколів до Женевських конвенцій було вперше кодифіковано принцип пропорційності.

⁹ Ibid., Pages 25-26.

¹⁰ Ibid., Page 28.

в. Принцип пропорційності в Додатковому протоколі I та відмінності в Римському статуті

Принцип пропорційності тричі згадується в Додатковому протоколі I: у статті 51(5)(b) як приклад нападу, що є невибірковим; і двічі – у статті 57 щодо запобіжних заходів під час нападу.

Так, стаття 51 ДП I встановлює, що невибіркові напади заборонені; зокрема, невибірковим вважається напад на належну військову ціль,

«який, як можна очікувати, призведе до випадкової загибелі цивільного населення, поранення цивільних осіб, завдасть шкоди цивільним об'єктам або те й інше разом, що було б надмірним щодо конкретної і безпосередньої військової переваги, яку очікувалося досягти внаслідок нападу».¹¹

Ця норма також вважається частиною звичаєвого МГП.¹² Тому загальнови-знано, що вона підлягає застосуванню як у міжнародних, так і ніеміжнародних збройних конфліктах.

Загалом для того, щоби принцип пропорційності застосовувався, мають бути виконані такі умови:¹³

- 1) по-перше, шкода має бути очікуваною в результаті «нападу» в розумінні МГП. Не кожне застосування сили або військова операція в збройному конфлікті є «нападом». Це ми детальніше розглянемо згодом;
- 2) по-друге, шкода від такого нападу має бути випадковою – тобто, вона має бути завдана в ході нападу, спрямованого проти військового об'єкта. Напади, цілеспрямовані проти цивільних осіб або цивільних об'єктів, заборонені іншими нормами МГП, зокрема, принципом розрізнення. Різницю між військовими та цивільними об'єктами ми розглянули у попередній лекції.

¹¹ Верховна Рада України, Додатковий протокол до Женевських конвенцій, 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), 8.08.1977 р., Стаття 51(5)(b).

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text (дата звернення: 27.07.2024)

¹² Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми. International Committee of the Red Cross (ICRC), Норма 14. URL: https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/ukr-irrc_857_henckaerts.pdf (дата звернення: 27.07.2024)

¹³ Emanuela-Chiara Gillard. Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment. Chatham House, 2018. Page 8.

Відтак будь-який «напад» на військовий об'єкт автоматично повинен оцінюватися на відповідність принципу пропорційності.

Особливість принципу пропорційності

Принцип пропорційності є найбільш очевидним проявом балансу між військовою необхідністю й міркуваннями гуманності, що лежить в основі МГП.¹⁴ До того ж він відрізняється від інших принципів МГП тим, що врівноважує військову необхідність і гуманітарні інтереси «по горизонталі», а не «по вертикалі». Тобто, замість того, щоби дозволяти військовій необхідності виправдовувати будь-яку шкоду цивільному населенню або, навпаки, повністю забороняти будь-які напади, що спричиняють супутню шкоду цивільним особам чи об'єктам, принцип пропорційності вимагає від учасників бойових дій зважити передбачувану шкоду цивільному населенню та очікувану військову перевагу від певного нападу.¹⁵

Аналіз пропорційності: формула vs. орієнтири

Звісно, одразу виникає запитання: а що таке надмірна шкода? Чи є якийсь стандарт чи то формула, яка допомагає визначити, який напад пропорційний, а який – ні?

МГП достатньо чітко в тому, що якоїсь універсальної формули для оцінки й аналізу пропорційності не існує. Та й навряд чи колись існуватиме. У більшості випадків пропорційність не може зводитися до простого підрахунку цифр. Справа в тому, що пропорційність за своєю природою – це складна оцінка абсолютно різних наборів цінностей: з одного боку, шкоди, завданої цивільним особам і цивільним об'єктам, а з іншого – очікуваної військової переваги. Такі дві цінності не можна порівняти за допомогою простої формули банально через те, що вони не мають спільного знаменника.¹⁶ Тому аналіз пропорційності називають «оціночним судженням».

¹⁴ Emanuela-Chiara Gillard. Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment. Chatham House, 2018. Page 3.

¹⁵ Amichaiand Cohen, David Zlotogorski. Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures. Vol. 6. Oxford University Press, 2021, Page 5.

Див. Верховна Рада України, Додатковий протокол до Женевських конвенцій, 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), 8.08.1977 р., Стаття 57(2)(b).

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text (дата звернення: 27.07.2024)

¹⁶ Amichaiand Cohen, David Zlotogorski. Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures. Vol. 6. Oxford University Press, 2021, Page 7.

Загальноприйнято вважати, що напад на цілий батальйон є пропорційним, якщо очікуваною супутньою шкодою є загибель однієї цивільної особи. Також не викликає сумнівів, що вбивство цілого села під час нападу на одного солдата є непропорційним. Однак між цими двома крайнощами існує велика сіра зона, яка донині залишається спірною.¹⁷

Науковці зі сфери МГП та юристи самі часто мають різні погляди на те, сприймати певний напад як пропорційний чи ні. І впливають на їхні відповіді різні речі, зокрема, факт того, прихильниками якої ідеології вони є: більш воєнничої («яструби») чи мирної («голуби»). У 2016 році, наприклад, було проведено дослідження, в якому взяв участь 331 юрист і науковець-правник. Результати продемонстрували, що ідентичний сценарій¹⁸ вважали пропорційним нападом 90,9% «яструбів», водночас серед «голубів» такий напад вважали дозволеним за МГП лишень 52,1% респондентів.¹⁹

Усе це демонструє, що аналіз пропорційності є частково суб'єктивним, що ускладнює застосування цього принципу на практиці. Однак МГП дійсно окреслює певні об'єктивні орієнтири пропорційності. Наприклад, військова перевага, очікувана в результаті нападу, має бути конкретно й безпосередньою, а не просто гіпотетичною. Крім того, до переваги зараховується виключно військова, а не політична, економічна чи якась інша перевага не військового характеру (зокрема, не береться до уваги послаблення морального духу цивільного населення супротивника). Це унеможливорює для учасників бойових дій свавільне тлумачення військової переваги, а відтак і виправдання певного нападу міркуваннями військової переваги, на власний розсуд.²⁰

Та й загалом принцип пропорційності не можна оцінювати ізольовано. Адже нехтування іншими нормами чи принципами МГП може додатково вказувати на недотримання принципу пропорційності. Наприклад, згідно зі статтею 57(3) ДП І, за наявності кількох цілей, кожна з яких пропонує однакові військові переваги, сторони повинні атакувати ту ціль, яка, як очікується,

¹⁷ Amichaiand Cohen, David Zlotogorski. Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures. Vol. 6. Oxford University Press, 2021, Pages 5-6.

¹⁸ Проглянути, який саме сценарій був запропонований. [Джерело](#).

¹⁹ Amichaiand Cohen, David Zlotogorski. Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures. Vol. 6. Oxford University Press, 2021, Page 6.

²⁰ Додати: International group of experts agreed that an attack results in excessive collateral damage 'when there is a significant imbalance between the military advantage anticipated, on the one hand, and the expected collateral damage to civilians and civilian objects, on the other'. 22 Operationally speaking, an attack causes excessive collateral damage when a reasonable commander in same or similar circumstances would hesitate to launch it despite the anticipated military advantage his forces would attain. (The Oxford Guide to IHL, pages 153-154)

завдасть найменшої шкоди цивільним особам і об'єктам. Ця норма відображає ідею про те, що в разі існування альтернативи з менш шкідливими наслідками для цивільного населення, яка так само досягає запланованих військових цілей, перевага має надаватися саме такій альтернативі.

Насправді в статті 57(3) ДП I йдеться лише про вибір між кількома цілями й не обговорюється вибір різних способів дій щодо однієї й тієї ж самої цілі. Однак деякі вчені вважають, що МГП містить загальне зобов'язання обирати спосіб здійснення нападу з найменшою можливою кількістю супутньої шкоди, а напад, що спричиняє шкоду, якої можна було б уникнути, вказує на порушення принципу пропорційності. Коментар МКЧХ до ДП I демонструє подібну позицію:

«...з метою запобігання цивільної шкоди... Якщо 500-кілограмової бомби достатньо, щоб зруйнувати військовий об'єкт, немає жодних підстав використовувати 10-тонну бомбу або серію снарядів, випущених без достатньої точності».²¹

З цих же міркувань зауважується, що напад на військовий об'єкт вдень потенційно може вказувати на непропорційність, якщо ідентичний напад вночі призвів би до меншої кількості жертв серед цивільного населення.²²

Оцінка принципу пропорційності пов'язана також із зобов'язанням вжиття запобіжних заходів. До прикладу, якщо обставини були сприятливими для попередження про потенційний напад цивільного населення, яке перебуває в безпосередній близькості до військового об'єкта, однак сторона знехтувала цим, це може додатково вказувати на непропорційність такого нападу.

Отже, для аналізу пропорційності не існує універсальної формули співставлення шкоди та військової переваги, що пов'язано з неспівмірністю цінностей та інтересів. Водночас МГП встановлює певні об'єктивні орієнтири, які можуть допомогти належним чином співставити шкоду та перевагу. МГП також встановлює вимоги конкретності та безпосередності до потенційної військової переваги, що унеможливорює широке та свавільне тлумачення цього концепту. Окрім цього, МГП свідоме щодо недотримання інших норм та принципів МГП як додаткового свідчення про непропорційність нападу.

²¹ International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, (ICRC 1987), Additional Protocol I, Article 43, Para. 2200. (date of access: 26.07.2024)

²² Amichaiand Cohen, David Zlotogorski. Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures. Vol. 6. Oxford University Press, 2021, Page 31.

Поняття «нападу» в міжнародному гуманітарному праві

Правило пропорційності вимагає зважування військової переваги й випадкової шкоди, що очікується від нападу на військовий об'єкт. Відтак розуміння того, що є «нападом» для цілей цього правила є необхідним для оцінки додержання принципу пропорційності.²³

Визначення «нападу» наводиться в статті 49(1) ДП І як «акт насильства проти супротивника, як у нападі, так і в обороні». Коментар МКЧХ до ДП І роз'яснює, що термін «напад» у МГП ширший, ніж у звичайному розумінні цього слова, адже охоплюються й насильницькі дії й під час оборонних операцій.

Зважаючи, що стаття 49 ДП І не містить ніяких винятків із дефініції «нападу», два кумулятивні критерії цього поняття полягають у тому, що акт має бути (1) насильницьким і (2) спрямованим проти супротивника.

У контексті першого критерію важлива не стільки насильницька природа засобів, які застосовують на полі бою, а насильницький характер наслідків, навіть якщо вони спричинені непрямим чином. Так, кібератаки теж можуть вважатися насильницьким актом, якщо вони призводять до наслідків, характерних для класичних кінетичних операцій (наприклад, відкриття шлюзів греблі, що призводить до загибелі людей на затоплених територіях, – немає різниці, чим спричинені такі жертви: вибухом бомби чи кібератакою).²⁴

Другий же критерій передбачає, що насильницькі наслідки мають бути спрямовані «проти супротивника з наміром або очікуванням заподіяти таке насильство [шкоду]». ²⁵ Що стосується терміну «супротивник», то він охоплює як особовий склад, військові об'єкти, так і цивільне населення й цивільні об'єкти противника.²⁶

²³ Emanuela-Chiara Gillard. Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment. Chatham House, 2018. Page 9.

²⁴ Otto Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, Pages 355-356.

²⁵ Observations by ALMA – Association for the Promotion of IHL in the Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, International Criminal Court, 18.09.2020, No.: ICC-01/04-02/06, Washington DC, at 4. (date of access: 27.07.2024)

²⁶ Observations by ALMA – Association for the Promotion of IHL in the Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, International Criminal Court, ICC-01/04-02/06, 18.09.2020, Washington DC, at 4. (date of access: 27.07.2024)

Amicus Curiae observations pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence Source: Dr Agnieszka Jachec-Neale in the Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, International Criminal Court, ICC-01/04-02/06, 18.09.2020, Washington DC, at 17. (date of access: 27.07.2024)

Насамкінець, практика держав схильється до необхідності врахування військової переваги, що очікується від «нападу, що розглядається в цілому, а не тільки від окремих його частин».²⁷ Однак постає запитання, що ж таке «напад у цілому»?

Насправді тут усе залежить від контексту, у якому здійснено такий напад. Якщо очікувана перевага від одного єдиного нападу не залежить від інших нападів чи операцій, тоді такий напад сам по собі вважається «нападом у цілому». Водночас якщо окремих нападів є елементом більш масштабної операції, у якій інші дії (які можуть підпадати, а можуть і не підпадати під визначення «нападу») сприяють досягненню військової переваги, тоді операція в цілому має розглядатися як «напад у цілому».²⁸

Чи не найяскравішим прикладом другого сценарію є операція «Фортитьюд» під час Другої світової війни. Під час цієї операції були здійснені низка нападів у Па-де-Кале, щоби відвернути увагу Німеччини від Нормандії, де планувалась висадка союзних військ. У такому разі варто оцінювати військову перевагу від низки нападів у цілому, адже військова перевага, яку очікували отримати від відволікальних нападів, могла би бути належним чином оцінена лише за умови врахування військової переваги висадки в Нормандії.

У будь-якому разі, найважливішим є те, щоби як потенційна шкода, так і очікувана перевага оцінювалися, спираючись на однакове і єдине тлумачення «нападу» в кожному окремому випадку. Інакше це підірвало би збалансування, що лежить в основі цього правила.²⁹

Поняття та оцінка очікуваної військової переваги

Стаття 51(5)(b) ДП І вимагає, щоби очікувана військова перевага була «конкретною і безпосередньою».

Термін «конкретна» стосується військової переваги, яка є реальною або осяжною. Тобто такою, що піддається визначенню й кількісній оцінці, на

²⁷ Emanuela-Chiara Gillard. Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment. Chatham House, 2018. Page 9.

²⁸ Ibid., Pages 9-10.

²⁹ Emanuela-Chiara Gillard. Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment. Chatham House, 2018. Page 10.

противагу простим сподіванням, припущенням чи гіпотетичній перевазі.³⁰ Як згадувалось у контексті «нападу в цілому», військова перевага справді може оцінюватися на основі внеску нападу в загальну кампанію або операцію, частиною якої він є, але оцінка не може поширюватися на весь «збройний конфлікт» або будь-який інший широкий оперативний контекст.³¹

Своєю чергою, термін «безпосередня» вказує на те, що перевага має оцінюватися на основі очікуваних наслідків від самого нападу, а не зовнішніх джерел або причин.³² Тобто оцінка має враховувати лише ту очікувану військовою перевагу, яка має причинно-наслідковий зв'язок із самим нападом.

Коментар до ДП I також роз'яснює, що використання термінів «конкретна і безпосередня» має на меті показати, що військова перевага має бути суттєвою й відносно близькою, виключаючи будь-які ледь відчутні, невизначені й довгострокові переваги.³³

Військова перевага має бути оцінена до прийняття рішення про початок нападу й на основі інформації, доступної учаснику бойових дій на той момент. Перевага також повинна оцінюватися «за обставин, що склалися на час [здійснення нападу]», тобто з урахуванням контексту.

Важливим чинником для оцінки вагомості й значимості військової переваги є ймовірність того, що очікувана військова перевага дійсно буде отримана. Часовий проміжок, протягом якого очікується досягнення очікуваної військової переваги, сам по собі не є визначальним; однак він теж має враховуватися, оскільки тривалий період між нападом і очікуваною військовою перевагою

³⁰ Jeroen van den Boogaard, *Proportionality in International Humanitarian Law Principle, Rule, and Practice*, 2019, p. 283 citing the Commentary on the Harvard Manual on Air and Missile Warfare, p. 92; ICRC, *The principles of proportionality in the rules governing the conduct of hostilities under international humanitarian law* (International Expert Meeting), 2016, p. 17; Michael Bothe *et al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflicts* (Volume I) Leiden/Boston, 2013, p. 407: " 'Concrete' means specific, not general; perceptible to the senses."

³¹ Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, 2005, p. 49; Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge (2002), pp. 170, 172; Trifterer, pp. 376, 378, paras. 248, 251; ICRC, *The principles of proportionality in the rules governing the conduct of hostilities under international humanitarian law* (International Expert Meeting), 2016, p. 13: "Taking into account an operational context that is too wide would risk rendering the constraints provided by the qualifiers 'concrete and direct' meaningless."

³² ICRC, *The principles of proportionality in the rules governing the conduct of hostilities under international humanitarian law* (International Expert Meeting), 2016), p. 18; Michael Bothe *et al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflicts* (Volume I) Leiden/Boston, 2013, p. 407: "'Direct', on the other hand, means 'without intervening condition or agency'."

³³ ICRC 1987 Commentary on AP I, Art. 57, para. 2209. *See also*, even the less strict condition 'definite', used for the military advantage in Art. 52 requires the advantage to be 'definite' and in no way 'indeterminate' or 'potential', - *Ibid*, Art. 52, para. 2029; The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, [ICC-01/04-01/07-3436-tENG](#), 7 March 2014., para. 893.

може зменшити ймовірність виникнення переваги й, відповідно, вагу, якої слід їй надавати.³⁴

Поняття та оцінка очікуваної шкоди

Із самого визначення пропорційності в статті 51(5)(b) ДП І впливає те, що лише певні види побічної шкоди чітко визначені як такі, що підпадають під дію цього правила: смерть або поранення цивільних осіб, а також пошкодження цивільних об'єктів. Важливо, що враховується шкода, завдана будь-яким цивільним особам, а не лише громадянам супротивної сторони.³⁵

Серед науковців точаться дискусії, чи варто під час оцінки очікуваної шкоди враховувати шкоду іншим, крім цивільних осіб, захищеним групам осіб за МГП, наприклад, пораним та вибитим зі строю солдатам.³⁶ Дехто вважає, що принцип пропорційності згідно з міжнародним звичаєвим правом має ширший характер, а відтак враховує шкоду всім захищеним особам.³⁷

Проте включення членів збройних сил, які не беруть участі в бойових діях, до аналізу пропорційності, суперечить практиці держав, а також чіткому визначенню поняття «цивільних осіб» зі статті 51(5)(b) ДП І. Можна уявити ситуацію, коли держава обстрілює військове укріплення, щоби полегшити захоплення позиції. Навіть якщо більшість ворожих комбатантів будуть виведені зі строю після першої серії бомбардувань, все ще може залишатися необхідність продовжити обстріл позиції, щоби ще більше придушити протистояння. Якщо під час оцінки пропорційності враховувати поранилих бійців, то продовження обстрілу може видаватися незаконним, оскільки шкода, завдана пораним солдатам, може бути надмірною порівняно з очікуваною військовою перевагою. Однак такий висновок суперечить практикам і позиціям держав.³⁸

США, хоч і не вважають за доцільне враховувати шкоду іншим захищеним особам, крім цивільних, все ще відзначають, що необхідно вживати можливих запобіжних заходів для зменшення шкоди, яка може бути завдана військовим, що вибули зі строю.³⁹ Це співвідноситься зі змістом ст. 57(2)(а)(і) ДП І, яка вимагає від сторони, що здійснює напад, «робити все можливе, щоб

³⁴ Emanuela-Chiara Gillard. *Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment*. Chatham House, 2018. Page 11.

³⁵ Amichaiand Cohen, David Zlotogorski. *Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures*. Vol. 6. Oxford University Press, 2021, Page 77.

³⁶ Emanuela-Chiara Gillard. *Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment*. Chatham House, 2018., Page 7.

³⁷ Ibid.

³⁸ Amichaiand Cohen, David Zlotogorski. *Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures*. Vol. 6. Oxford University Press, 2021, Pages 75-76.

³⁹ Ibid., Page 76.

переконалися, що цілі, на які буде здійснено напад, ... не перебувають під спеціальним захистом».

Також наявні дискусії щодо того, чи варто внаслідок здійснення нападу на об'єкт подвійного призначення, наприклад, на міст, залізницю, електростанцію, враховувати шкоду цивільним функціям такого об'єкта.

Судова палата МТКЮ в справі Прліча та ін. розглядала застосування принципу пропорційності до старого моста як об'єкта подвійного призначення. Зокрема, Судова палата встановила, що руйнування Старого моста: (1) стало перешкодою в доступі цивільного населення до речей, необхідних для виживання, і «[призвело] до серйозного погіршення гуманітарної ситуації для населення»; та (2) «мало дуже значний психологічний вплив на мусульманське населення Мостара». Відтак Судова палата постановила, «що вплив на мусульманське цивільне населення Мостара був непропорційним порівняно з конкретною та безпосередньою військовою перевагою, очікуваною від руйнування Старого моста». Однак Апеляційна палата МТКЮ відкинула підхід Судової палати та встановила, що, оскільки Старий міст був військовою ціллю, шкода цивільним функціям Старого моста не повинна була братися до уваги під час оцінювання пропорційності.⁴⁰

Наразі деякі коментатори досі вважають, що з огляду на військовий характер об'єкта подвійного призначення, шкоду, спричинену цивільним функціям цього об'єкта, не слід враховувати під час оцінювання пропорційності. Однак більшість коментаторів (включно з МКЧХ) стверджують, що «хоча об'єкт подвійного призначення є військовою ціллю, результат нападу на цивільну частину чи компонент об'єкта [...] або нападу, спрямованого на одночасне цивільне використання чи функцію об'єкта [...] слід також брати до уваги під час оцінювання пропорційності».⁴¹

Відмінності між принципом пропорційності в Римському статуті

Принцип пропорційності в Римському статуті відображено в статті 8(2)(b)(iv), яка криміналізує:

«умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде

⁴⁰ Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Page 307. (date of access: 27.07.2024)

⁴¹ Ibid., Pages 307-308.

явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньою очікуваною **загальною** військовою перевагою».

Цей злочин характеризується усіченістю свого складу. Вимагається, щоб напад був таким, який здатний призвести до надмірної порівняно з очікуваною військовою перевагою шкоди; однак не вимагається, щоби напад таки призвів до цього. Відтак злочин вважається закінченим з моменту вчинення нападу, безвідносно того, чи настали зрештою очікувані наслідки. Склад цього злочину можна порівняти зі складом злочину розбою, який вимагає здійснення нападу з метою заволодіння чужим майном, але не вимагає фактичного заволодіння чужим майном.

Можна відзначити три основні відмінності принципу пропорційності в Римському статуті:

- 1) до оцінки очікуваної шкоди, окрім загибелі чи поранення цивільних осіб або шкоди цивільним об'єктам, додається масштабна, довготривала та серйозна шкода навколишньому природному середовищу;
- 2) шкода порівняно з військовою перевагою має бути не просто надмірною, а «явно» надмірною;
- 3) для цілей зважування береться до уваги не лише конкретна та безпосередня, а й загальна військова перевага.

Формулювання «масштабна, довготривала та серйозна шкода навколишньому природному середовищу» походить зі статей 35(3) та 55(1) ДП І. Зокрема, стаття 35(3) ДП І встановлює заборону

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

Важливо відзначити, що ця заборона в ДП І є абсолютною. Така шкода, навіть будучи супутньою, не може бути виправданою «військовою перевагою». Це зумовлено тим, що якщо було досягнуто високий кумулятивний поріг «масштабності, довготривалості та серйозності» шкоди довкіллю, то така вагома шкода не може підлягати виправданню жодною військовою перевагою. Ба більше, поняття цивільних об'єктів включає в собі, зокрема, і довкілля. І якогось порогу до такої шкоди довкіллю в межах цивільних об'єктів ані ДП І, ані Римський статут не встановлює. Видається, що автори Римського статуту хотіли підкреслити важливість захисту довкілля під час збройних конфліктів. Водночас вони не наважилися інкорпорувати абсолютну заборону завдання масштабної, довготривалої і серйозної шкоди природному середовищу, як це відображено в статті 35(3) ДП І, і натомість

залишили можливість виправдати навіть таку значну шкоду довіллю міркуваннями військової переваги.

Доповнення цієї статті формулюванням «явно надмірна», на нашу думку, не встановлює вищого порогу для принципу пропорційності як такого. Однак воно може додатково прояснити, що лише ті випадки варті уваги для розслідування з боку МКС, коли є очевидним значний дисбаланс між шкодою й очікуваною військовою перевагою.

Насамкінець, доповнення статті цієї статті формулюванням «загальна військова перевага» відображає практику держав, яка полягає в оцінці військової переваги на основі внеску нападу в загальну кампанію або операцію, частиною якої такий напад є. Водночас стаття 8(2)(b)(iv) все ще містить формулювання «конкретної та безпосередньої [...] військової переваги», що унеможлиблює оцінювання переваги щодо всього «збройного конфлікту» або будь-якого іншого широкого оперативного контексту.

с. Принцип вжиття запобіжних заходів

Принцип обережності або ж вжиття запобіжних заходів вимагає, щоб учасники бойових дій забезпечили всі можливі заходи для захисту цивільних осіб і об'єктів від негативних наслідків воєнних операцій. Зокрема, особи, які планують напад або ухвалюють рішення про нього, повинні вживати всіх доцільних заходів запобіжного характеру при виборі засобів і методів нападу, щоб уникнути шкоди цивільним особам і об'єктам чи звести її до мінімуму.

Під доцільними запобіжними заходами маються на увазі ті заходи, які є «практично здійсненими або практично можливими», враховуючи всі наявні на той час обставини, зокрема, ті, які стосуються успіху воєнної операції. До таких чинників належать «час, місцевість, погода, можливості, наявні війська і ресурси [та] активність противника».⁴²

Запобіжні заходи мають вживатися до нападу й під час нападу. Перед нападом сторона повинна:

- зробити все можливе, щоби переконатися, що її цілі мають військовий, а не цивільний характер;
- оцінити, чи не завдасть напад надмірної супутньої шкоди відповідно до принципу пропорційності – якщо так, то вона повинна утриматися від нападу;
- заздалегідь попередити цивільне населення про те, що воно може постраждати від нападу, за винятком випадків, коли обставини не дозволяють цього; тобто цей обов'язок попередження не сформульовано абсолютно і його можливо не дотримуватися в разі несприятливих обставин.

Під час нападу сторона зобов'язана:

- скасувати або призупинити напад, якщо ціль спочатку була помилково визначена як військова, а потім з'ясувалося, що насправді вона такою не є;
- аналогічно, напад має бути скасований або призупинений, якщо супутня шкода, яку він спричиняє, виявляється більш значною, ніж

⁴² Ibid., Page 23.

передбачалося спочатку. У протилежному випадку напад порушуватиме принцип пропорційності.⁴³

Загалом, якщо запобіжні заходи є ефективними, то вони можуть по-справжньому змінити розрахунок пропорційності, і напад, який був би неправомірним за їхньої відсутності, може стати цілком правомірним. Водночас, якщо нехтувати будь-якими запобіжними заходами, то ризик завдання непропорційної шкоди цивільним особам і цивільним об'єктам, навпаки, зростає.⁴⁴

Висновок

Отже, під час цієї лекції ми встановили, що принципи пропорційності й обережності обмежують способи ведення бойових дій для подальшого захисту цивільних осіб та об'єктів. Для того, щоби мінімізувати наслідки війни, сторони повинні гарантувати, що напад не призведе до надмірної супутньої шкоди. Збройні сили також повинні ретельно планувати військові операції, інформувати цивільне населення про заплановані напади та вживати інших запобіжних заходів для захисту цивільних осіб і об'єктів.

⁴³ IHL International Humanitarian Law in Theory and Practice, Universiteit Leiden, Kalshoven-Gieskes Forum, Coursera. URL: <https://www.coursera.org/learn/international-humanitarian-law> (date of access: 27.07.2024)

⁴⁴ Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Page 23. (date of access: 27.07.2024)



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 війсьні злочини.
Курс створений ГО «Трус Хаундс»