

ЧИ ОКУПОВАНИЙ ДОНБАС?

ЗМІСТ

ВСТУП.....	2
(1) ЯК НЕОБХІДНО ПІДХОДИТИ ДО ОЦІНКИ ЙМОВІРНОЇ ОКУПАЦІЇ ДОНБАСУ РОСІЄЮ	2
A. ПРАВОВА НОРМА: СТАТТЯ 42 ГААЗЬКОГО ПОЛОЖЕННЯ	4
B. ФАКТИЧНА ПІДСТАВА	4
C. ПОЧАТОК ОКУПАЦІЇ	5
(I) ФІЗИЧНА ПРИСУТНІСТЬ ЗБРОЙНИХ СИЛ ДЕРЖАВИ НА ТЕРИТОРІЇ ІНОЗЕМНОЇ ДЕРЖАВИ	6
(II) ЗДІСНЕННЯ ВЛАДИ ЗАМІСТЬ МІСЦЕВОГО УРЯДУ	7
(III) СУТТЄВА АБО ПОВНА НЕСПРОМОЖНІСТЬ ЧІННИХ ОРГАНІВ МІСЦЕВОЇ ВЛАДИ ЗДІСНЮВАТИ СВОЇ ПОВНОВАЖЕННЯ.....	7
D. КЛАСИЧНА ІНОЗЕМНА ОКУПАЦІЯ	7
E. ОКУПАЦІЯ ЧЕРЕЗ ТРЕТІХ ОСІБ	9
(I) ПОНЯТТЯ ЗАГАЛЬНОГО КОНТРОЛЮ	10
F. ЗАВЕРШЕННЯ ОКУПАЦІЇ	12
(2) ЯКЩО РОСІЯ ОКУПУВАЛА ДОНБАС, РЕАЛІЗАЦІЮ ЯКИХ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА НОРМ ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА ВОНА ПОВИННА ЗАБЕЗПЕЧУВАТИ?	13
(3) ТРЕТЄ ПИТАННЯ: КЛЮЧОВІ ЮРИДИЧНІ МОЖЛИВОСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ УКРАЇНИ, ПОРУШЕНИХ РОСІЄЮ ЯК ДЕРЖАВОЮ-ОКУПАНТОМ.....	17

Вступ

Питання, чи Російська Федерація окупувала Донбас, є складним. Для вирішення цього питання слід провести детальну юридичну оцінку фактів, що я і буду розглядати в цій презентації. На жаль, юридичні документи з МГП не містять чітких стандартів визначення того, коли починається і закінчується окупація¹.

Проте це критично важливо, що Україна намагається зробити таку оцінку. Хоча висновок, що Росія є державою-окупантом, не позбавить Україну обов'язку виконувати зобов'язання з МГП чи прав людини перед цивільним населенням, така оцінка допоможе визначити, якими є ці зобов'язання, і також розтлумачить зміст зобов'язань Росії щодо цивільного населення Донбасу, надасть змогу Україні вжити юридичних заходів забезпечення таких прав і вимагати відшкодування за порушення.

Таким чином, протягом наступних 20 хвилин ми обговоримо:

- (1) як необхідно підходити до оцінки ймовірної окупації Донбасу Росією;
- (2) які зобов'язання у сфері гуманітарного права та прав людини за можливих сценаріїв можуть бути чинними і для Росії, і для України;
- (3) ключові правові механізми відстоювання Україною своїх інтересів у справах проти Російської Федерації як держави-окупанта.

(1) ЯК НЕОБХІДНО ПІДХОДИТИ ДО ОЦІНКИ ЙМОВІРНОЇ ОКУПАЦІЇ ДОНБАСУ РОСІЄЮ

Основними юридичними питаннями, що постають у зв'язку з визначенням поняття військової окупації та моменту її початку, є питання того, який контроль повинна здійснювати держава, щоб вважатися державою-окупантом.²

➔ ДИВІТЬСЯ: ЗОБРАЖЕННЯ 1

¹ П.Споеррі, Право окупації, в: А.Клапхем і П.Гаета (вид), Оксфордський Довідник з міжнародного права збройних конфліктів, (Oxford University Press, 2014), с.187 ("Spoerri 2014").

² Сассолі, Як право захищає під час війни, 2015, с.1391.

ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВА ОКУПАЦІЇ ДО СИТУАЦІЙ В УКРАЇНІ

Окупація – це

Окупація - це фактичне тимчасове переміщення території держави або частини території держави під владу армії супротивника, що здійснює високого рівня контроль або управління цією територією.

Правова норма – стаття 42 Гаазьких положень:

“Територія визнається окупованою, якщо вона фактично перебуває під владою армії супротивника.

Окупація поширюється лише на ту територію, де т а к а в л а д а встановлена і здатна виконувати свої функції.”

Фактична підстава

De facto підкорення території владі армії супротивника.

Початок окупації

Фізична присутність збройних сил держави на території іноземної держави за умови, що діючий уряд не надав свою згоду на таку присутність на момент вторгнення.

Здійснення влади над усією територією або її частиною іноземними силами замість діючих органів влади.

Суттєва або повна неспроможність діючих органів влади здійснювати свої повноваження через непередбачену присутність іноземних сил.

ОКУПАЦІЯ

Класична: якщо іноземними збройними силами здійснюється ефективний контроль над територією держави (Крим).

Через третіх осіб: якщо іноземна держава здійснює загальний контроль над армією, що діє на її користь здійснюючи ефективний контроль над територією (Донбас).

Наявність ефективного контролю встановлюється окремо щодо кожного випадку, враховуючи масштаб, сферу дії та природу: (i) Військової присутності напр.: присутність військ, контрольно-пропускних пунктів, комунікацій; (ii) Військової залежності напр.: постачання зброї та матеріально-технічного забезпечення; (iii) економічної, фінансової та політичної підтримки.

Наявність загального контролю встановлюється окремо щодо кожного випадку, враховуючи конкретні військові відносини між державою та угрупованнями (пр. фінансова, матеріально-технічна, організаційна підтримка та планування, координація та участь безпосередньо або опосередковано у воєнних діях).

Завершення окупації

Передача влади уряду, що супроводжується відновленням повного та вільного здійснення суверенітету, навіть якщо уряд надає дозвіл на присутність іноземних військ на його території.

А. ПРАВОВА НОРМА: СТАТТЯ 42 ГААЗЬКОГО ПОЛОЖЕННЯ

Норми, що регулюють окупацію, походять з різних джерел. По-перше, таким джерелом є **стаття 42 Гаазького положення 1907 року**, сформульована наступним чином: "[т]ериторія визнається окупованою, якщо вона фактично перебуває під владою армії супротивника. Окупація поширюється лише на ту територію, де така влада встановлена і здатна виконувати свої функції". Як можна помітити, це досить нечітке формулювання. Тим не менш, не зважаючи на цю нечіткість, стаття 42 Гаазького положення залишається наріжним каменем, на основі якого робиться будь-яке визначення того, чи прирівнюється конкретна ситуація до окупації. Через відсутність будь-якого визначення в Женевських конвенціях, які було прийнято пізніше, міжнародні суди, такі як Міжнародний Суд ООН і МТКЮ, посилаються на Гаазькі положення³.

В. ФАКТИЧНА ПІДСТАВА

З положень статті 42 та практики її тлумачення випливає, що **окупація** – це, по суті, тимчасове перебування території держави або частини території держави під владою армії супротивника, яка здійснює високий ступінь контролю чи управління такою територією.⁴ Єдиною **фактичною підставою визначення існування окупації** є *де-факто* передача території під владу армії супротивника.⁵

³ Споеррі 2014, 188, з посиланням на Судове рішення щодо Налетліча та Мартіновіча, п.216; І.С.І, Консультативний висновок щодо юридичних наслідків будівництва стіни на окупованих палестинських територіях, І.С.І Доповідь 2004, р.136, 9 липня 2004, ("ІСІ, Wall Advisory Opinion"), пункт 78; ІСІ, Бойові дії на території Конго (Демократична Республіка Конго проти Уганди), І.С.І Доповідь 2005 р.168, 19 грудня 2005 ("ІСІ, Armed Activities Case"), пункти 172-177.

⁴ Жан С.Пікте (вид.), Женевські конвенції від 12 серпня 1949: Коментарі, (IV) Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни, Міжнародний комітет Червоного Хреста, Женева, 1958 ("МКЧХ, Коментарі до четвертої Женевської Конвенції"), 275; В. Кутруліс, Застосування міжнародного права та міжнародного права прав людини в ситуації тривалої окупації: Лише питання часу?, (2012) 94 Міжнародний огляд Червоного Хреста 165, 166 ("Koutroulis 2012"), з посиланням на Верховний суд Ізраїлю, Рада селища Бейт Сурік проти Уряду Ізраїлю тощо, справа № НСІ 2056/04, Судове рішення, 30 червня 2004, п. 27; Верховний суд Ізраїлю, Цахаран Юніс Мухаммад Марайбе тощо проти Прем'єр-міністра Ізраїлю та інших, справа № НСІ 7957/04, Судове рішення, 15 вересня 2005, пункт 22

⁵ Сассолі, 2015, 1393; Ферраро, с.136; Військовий трибунал США в Нюрнберзі, справа Заручників, Доповіді про суд над воєнними злочинцями, т. III, Здійснення воєнних злочинів ООН, 1949, Лондон, с.55; ДРК проти Уганди, с.173.

С. ПОЧАТОК ОКУПАЦІЇ

Отже, **право окупації застосовується з моменту початку окупації**, коли територія переходить під ефективний контроль армії супротивника, незалежно від того, чи окупація визнана Радою Безпеки ООН, чи такий режим названо "вторгненням", "звільненням", "управлінням" чи власне "окупацією", і від того, чи здійснюється збройний опір.⁶ З моменту, коли армія супротивника починає здійснювати ефективний контроль, вона має змогу виконувати всі обов'язки, покладені на неї правом окупації, а, значить, вважається такою, що здійснює окупацію.⁷

Ефективний контроль не є повним контролем. Його ступінь є дещо меншим.⁸ Це питання не можна вирішувати абстрактно: чи є контроль ефективним, буде залежати від того, що відбувається на території; яка густота населення; кількісний склад армії, правовий статус заміщеного органу влади та багатьох інших міркувань.⁹

Найкращий шлях до розуміння цього поняття запропонував Міжнародний комітет Червоного Хреста. На їхню думку, щоб довести наявність окупації відповідно до МГП, необхідне існування **трьох кумулятивних складових**:

- (i) Фізична присутність збройних сил держави на території іноземної держави без її згоди;
- (ii) Здійснення владних повноважень на всій території або її частинах іноземними силами замість органів місцевої влади;
- (iii) Суттєва або повна неспроможність чинних органів місцевої влади здійснювати свої повноваження через непогоджену присутність іноземних сил.¹⁰

⁶ МКЧХ, Окупація та міжнародне гуманітарне право: питання та відповіді (4 серпня 2004) [он-лайн] доступно на: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/634kfc.htm> (останнє звернення: 22 лютого 2017).

⁷ Там само.

⁸ Ферраро, с.139, зазначає, що Даніель Тюрер і Малькольм Маккларен стверджують, що окупація існує "коли сторона конфлікту здійснює певні владні повноваження на території супротивника"; Див.: "Ius post bellum" в Іраку: питання застосування та відповідності міжнародному гуманітарному праву?, Клаус Діле та інші (eds), *Weltinnenrecht: Liber Amicorum Хост Делбрюл, Duncker; Humblot*, Берлін, 2005, с. 757.

⁹ Йорам Дінштейн, *Міжнародне право воєнна окупація*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, с.43-44.

¹⁰ МКЧХ, Коментарі до першої Женевської конвенції, п.304.

Розглянувши поняття ефективного контролю та ці три невід'ємні критерії-складові, необхідно дослідити, як ці критерії можуть тлумачитися. Розглянемо кожен блок по черзі.

(i) *ФІЗИЧНА ПРИСУТНІСТЬ ЗБРОЙНИХ СИЛ ДЕРЖАВИ НА ТЕРИТОРІЇ ІНОЗЕМНОЇ ДЕРЖАВИ*

Ця складова передбачає одне центральне питання: чи іноземні військовослужбовці присутні фізично, і, таким чином, можуть здійснювати владні повноваження над окупованою територією?¹¹ Скажімо по-іншому, наявність ефективного контролю над іноземною територією вимагає, щоб держава-окупант, яка вже здійснює владу в результаті військового вторгнення, була спроможною встановити свою владу на окупованій території у розумні строки,

В цілому, права та обов'язки, покладені МПП на державу-окупанта, вимагають фізичної присутності на окупованій території.¹² Без фізичної присутності така держава не зможе поважати багато прав, які вона повинна захищати та яких вона повинна дотримуватися, наприклад, стосовно підтримки публічного порядку та життєдіяльності населення тощо.¹³

Тим не менш, присутність іноземних військ на території не означає, що для здійснення ефективного контролю потрібна їхня присутність на всій території.¹⁴ Навпаки, кількість іноземних військ не може визначитися заздалегідь і може бути різною в залежності від обставин (наприклад, ефективний контроль може бути встановлений внаслідок розміщення іноземних військ в стратегічних місцях на окупованій території, що дає змогу окупаційній державі направляти війська в розумні терміни з метою ствердження своєї влади).¹⁵ Ця можливість здійснювати владу у поєднанні з її ствердженням є ключовим питанням всебічного аналізу.

¹¹ Ферраро 2012, 144.

¹² Там само.

¹³ Сассолі, 2015, 1395.

¹⁴ Ферраро 2012, 145.

¹⁵ Спюеррі 2014, 189.

(ii) *ЗДІЙСНЕННЯ ВЛАДИ ЗАМІСТЬ МІСЦЕВОГО УРЯДУ*

Окупація передбачає здійснення владних повноважень.¹⁶ Це допомагає відрізнити вторгнення від окупації: як зазначено Військовим трибуналом США в Нюрнберзі у справі *Заручників*, "вторгнення передбачає проведення військових операцій, тоді коли окупація означає здійснення владних повноважень замість встановленого уряду".¹⁷

Проте більшість експертів вважає, що *можливості* здійснювати контроль над територією або її частиною може бути достатньо.¹⁸ І справді, існує загальна згода в тому, з моменту встановлення присутності іноземних військ на території з моменту встановлення присутності іноземних військ такою, що враховується для цілей визначення застосовності права окупації, є можливість іноземних військ поширювати владу на іноземну територію, а не фактичне та конкретне здійснення такої влади.¹⁹

(iii) *СУТТЄВА АБО ПОВНА НЕСПРОМОЖНІСТЬ ЧИННИХ ОРГАНІВ МІСЦЕВОЇ ВЛАДИ ЗДІЙСНЮВАТИ СВОЇ ПОВНОВАЖЕННЯ*

Вимога суттєвості означає, що не існує вимоги окупації всієї території. Якщо органи влади окупованої держави продовжують функціонувати в окремих частинах окупованої території, проте такі частини "ефективно відокремлені від решти окупованої території",²⁰ територія продовжує вважатися окупованою. Так само, той факт, що усунена держава або війська, які діють від її імені, спроможні вести бойові дії, що призводить до встановлення нетривалого або тимчасового контролю над певними частинами такої території, не змінює правовий режим окупації.²¹

D. КЛАСИЧНА ІНОЗЕМНА ОКУПАЦІЯ

¹⁶ Ферраро 2012, 148.

¹⁷ Нюрнберзькій трибунал, справа Вільгельм Ліст та інші (The Hostages Trial), 8 липня 1947 – 19 лютого 1948, (1949) Доповіді про суд над воєнними злочинцями, т. VIII, 55-56.

¹⁸ Сассолі, 2015, 1397.

¹⁹ Споеррі 2014, 190, з посиланням на Міжнародний суд ООН, справа про бойові дії, п.173.

²⁰ Судове рішення у справі Нателіча та Мартіновича, п. 218, з посиланням на Л.С. Гріна, Сучасне право збройних конфліктів, Manchester University Press, 2-е вид., 2000, Розділ 15. Див. також Посібник з питань права війни на суходолі, United Kingdom, Part III, 1958, п. 502.

²¹ Арай-Такахаші, Право окупації: Цілісність та зміни міжнародного гуманітарного права та його взаємодія з міжнародним правом права людини, (MartinusNijhoff Publishers, 2009), 6-7 ("Arai-Takahashi, 2009").

Як вже зазначалося, класичне визначення окупації передбачає наявність іноземної армії, армії супротивника, яка здійснює ефективний контроль над територією держави або її частинами. МГП не йде далі визначення того, що під час неміжнародного збройного конфлікту недержавні актори (НДА), що контролюють частину території, можуть стати *де-факто* окупаюючою силою.

ЄСПЛ використовує поняття "ефективний контроль" для вирішення питання про те, чи в результаті воєнних дій юрисдикція відповідної держави поширюється на територію іноземної держави – "враховуючи об'єкт і мету Конвенції, відповідальність Договірної Сторони, відповідно до Конвенції, може виникнути як наслідок воєнних дій, чи то законних, чи незаконних - вона [Держава] здійснює ефективний контроль за межами своєї національної території".²²

Ефективний контроль визначається у кожному конкретному випадку окремо. ЄСПЛ вивчав це питання на конкретних випадках, з огляду на масштаб, зміст та природу: (i) воєнної присутності, наприклад, присутність військ; блок-постів; комунікацій; (ii) військової залежності, наприклад, постачань зброї та логістики; та (iii) економічної, фінансової та політичної підтримки.

Так, наприклад: у справі *Лоїзиду проти Туреччини*, (Судове рішення, параграфи 16, 17 та 56) вирішальним був той факт, що Туреччина задіяла 30 тис. військовослужбовців для патрулювання території Північного Кіпру та роботи на блок-постах на основних лініях комунікації.

У справі *Ілашку та інші проти Молдови та Росії* той факт, що Росія мала військовослужбовців та склади озброєння, розміщені на цій території, а також мала чіткі комерційні зносини між контрольованими державою військовими інституціями та аналогічними інституціями, що знаходилися в окупованій державі, був важливим. Ці фактори доводять, що, ймовірно окремі суб'єкти, ПМР ("Придністровська Молдавська Республіка"), залишалися під ефективною владою, або, принаймні, під визначальним впливом, Російської Федерації. Як зазначалося,

²² *Лоїзиду проти Туреччини*, Заява № 40/1993/435/514, Судове рішення (Попередні заперечення) (23 лютого 1995), п.56 [он-лайн] доступно на :<http://www.refworld.org/docid/402a07c94.html> (Останнє звернення 13 лютого 2017).

"у будь-якому випадку ... вона (ПМР) виживає завдяки військовій, економічній, фінансовій та політичній підтримці, яка надається Російською Федерацією"²³.

Е. ОКУПАЦІЯ ЧЕРЕЗ ТРЕТІХ ОСІБ

Однак, сучасне МГП також визнає, що певні ситуації, які виникають під час збройних конфліктів, можуть спровокувати застосування права окупації навіть у ситуації, яка не підпадає під 'традиційне' визначення окупації. Під час сучасних конфліктів часто виникають ситуації, коли територія контролюється представниками збройних угруповань, які діють від імені іноземної держави та контролюються нею. Очевидно, що це безпосередньо може стосуватися ситуації на Донбасі.

Така ситуація може бути кваліфікована як окупація. Що насправді має значення, це те, що ті, хто здійснює контроль, діють від імені, або контролюються іноземною державою.²⁴ Як зазначено ЄСПЛ в справі *Лоїсиду проти Туреччини*, немає значення, чи ефективний контроль підтримується безпосередньо збройними силами, чи здійснюється "через підконтрольну місцеву адміністрацію".²⁵ Це завжди питання фактів – чи *де-юре*, чи *де-факто* агенти сприяють здійсненню необхідного ефективного контролю або просто здійснюють його.

У цьому контексті є багато можливих сценаріїв: випадки, які стосуються повного та ефективного контролю над особами та (або) установами з боку збройних сил іншої держави; окупація військами декількох держав у порушення міжнародних угод для розміщення цих військ; окупація через третіх осіб.²⁶ Такий підхід однозначно включає випадки окупації силами третіх осіб, якщо іноземна держава здійснює *загальний контроль* над збройними силами сепаратистів, які, у свою чергу, здійснюють ефективний контроль над певною територією.

²³ *Іласку та інші проти Молдови та Росії*, Заява № 48787/99, Судове рішення (8 липня 1994), пункти 387-390, та 392 [он-лайн] доступно на: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["ilascu v moldova"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61886"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Останнє звернення 13 лютого 2017).

²⁴ Сассолі, 2015, 1399.

²⁵ *Лоїсиду проти Туреччини*, Судове рішення від 18 грудня 1996, Заява №. 15318/89, пункт 52.

²⁶ МКЧХ, МГП та Виклики сучасних збройних конфліктів в: М. Сассолі, А.А. Був'є, А. Куїнтін "Як право захищає на війні" (2015)[он-лайн] доступно на: <https://casebook.icrc.org/case-study/icrc-ihl-and-challenges-contemporary-armed-conflicts> (останнє звернення 8 лютого 2017).

При вивченні питання, чи є Донбас окупованим Російською Федерацією, Прокурор МКС застосовує подібний підхід: вона аналізує, чи «Російська Федерація здійснювала *загальний контроль* над збройними угрупованнями на сході України».

(i) ПОНЯТТЯ ЗАГАЛЬНОГО КОНТРОЛЮ

Поняття загального контролю виникло в контексті міжнародного кримінального права під час вивчення питання, чи є конфлікти міжнародними, чи неміжнародними, і стало пріоритетним тестом у міжнародному праві для вирішення питання окупації силами третіх осіб. Загальний контроль може мати нижчий ступінь впливу, ніж ефективний контроль, і знижує вимоги до встановлення відповідальності держави, яка, згідно з рішенням Міжнародного суду у справі *Нікарагуа*, має ґрунтуватися на понятті «ефективного контролю». Це рішення Міжнародного суду встановило, що США здійснювали загальний контроль над формуваннями контра (contras). Це було зумовлено тим, що США забезпечували «вербування, навчання, озброєння, оснащення, фінансування, постачання та сприяння, підтримку, пособництво іншого характеру, а також спрямування військових і воєнізованих дій на території та проти Нікарагуа». Однак було встановлено, що наявності цих заходів недостатньо – лише наявність ефективного контролю відповідала б вимогам тесту²⁷.

Натомість, тест на наявність загального контролю походить зі справи *Тадіча* (Tadić) в МКТЮ. Зокрема Апеляційна палата застосувала його, щоб встановити, чи одна держава (Сербія) мала достатній контроль над своєю армією під час ведення бойових дій в іншій державі (Боснії). Мета цього тесту полягала у визначенні, чи була Сербія стороною конфлікту, і, відповідно, чи був такий конфлікт міжнародним збройним конфліктом²⁸. Інакше кажучи, питання полягало в тому, чи іноземна держава була окупантом, чи вона діяла через де-факто місцевий орган або агентів²⁹.

Наявність загального контролю встановлюють у кожному конкретному випадку окремо. Зокрема, це стосується й конкретних військових відносин між державою та відповідним формуванням (наприклад, фінансове, матеріально-технічне, організаційне забезпечення та

²⁷ *Нікарагуа проти США*, пункти 15, 292.

²⁸ *Прокурор проти Тадіча*, Рішення апеляційного суду, справа № IT-94-1-A, 15 липня 1999, пункти 86, 137.

²⁹ *Прокурор проти Тадіча*, Судове рішення та висновок, справа № IT-94-1-T, 7 травня 1997, пункт 584.

планування, координація та участь у військових діях або заходах, пов'язаних із ними)³⁰Таким чином, для того, щоб встановити наявність загального контролю над збройними угрупованнями з боку будь-якої держави, наприклад, Росії, необхідно проаналізувати природу (ієрархічного) угруповання, якому надається підтримка, обсяг та систематичність такої підтримки і загальний вплив такої підтримки на діяльність угруповання.

Цей тест був підтверджений в межах справи *Блашкіча (Blaškić)* в МКТЮ. Зокрема було встановлено:

Щодо районів у Боснії, Хорватія відіграла роль держави-окупанта через загальний контроль, який вона здійснювала над формуванням HVO [місцеві бойовики, «Хорватська рада оборони» (Croatian Defence Council)], через підтримку, що вона надавала йому, і тісні зв'язки, які вона підтримувала з ним... []... загальний контроль, який Хорватія здійснювала над формуванням HVO, означає, що на момент знищення власність боснійських мусульман перебувала під контролем Хорватії та була окупованою територією³¹.

Окрім МКТЮ, цей тест був упроваджений в межах справ ЄСПЛ. Він також був прийнятий Робочою групою ООН зі свавільних затримань (UN Working Group on Arbitrary Detention) з аналогічною метою – встановлення зв'язку між державою та діяльністю збройного угруповання, що контролює певну територію.

У справі *Кіпр проти Туреччини (Cyprus v. Turkey)* ЄСПЛ постановив, що «маючи ефективний загальний контроль над північною частиною Кіпру, відповідальність [Туреччини] не може обмежуватися діями її власних військовослужбовців або посадових осіб у північній частині Кіпру, але також має передбачатися на підставі дій місцевої адміністрації, що продовжує існувати завдяки військовій та іншій підтримці Туреччини»³².

З огляду на рішення у справі *Тадіча (Tadić)* Робоча група ООН з довільних затримань покладалася на тест на наявність загального контролю, щоб відповісти на запитання, чи

³⁰ Там само

³¹ *Прокурор проти Блашкіча*, Судове рішення, справа № IT 95-14-T, 3 березня 2000, пункт 149 (“Blaškić Trial Judgement”) [підкреслено].

³² *Кіпр проти Туреччини*, Судове рішення (10 травня 2001), пункт 77 [он-лайн] доступно на: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Cyprus v Turkey"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-59454"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (останнє звернення 23 лютого 2017).

діяла Армія Південного Лівану (South Lebanese Army) від імені Ізраїлю. Робоча група визначила, яку підтримку надавала Держава Ізраїль, включно з:

- фінансовою допомогою (зокрема, через виплату заробітної плати);
- матеріально-технічну допомогу (включно з, але не обмежуючись, будівництвом доріг «щоб дати змогу військовим підрозділам рухатися без уведення [в села] через небезпеку, властиву пересуванню в селах»);
- іншою допомогою та підтримкою (зокрема проведенням професійних тренінгів);
- співпрацею (щодо звільнення затриманих, збору розвідданих, передачі інформації, отриманої під час допитів);
- координацією (звичайної та військової діяльності, а також незначною військовою присутністю)³³.

Робоча група дійшла висновку, що вимоги тесту на наявність загального контролю були задоволені, і Ізраїль здійснював загальний контроль над Армією Південного Лівану. Зокрема в цьому висновку було зазначено: «було достатньо продемонстровано, що АПЛ [Армія Південного Лівану] діє від імені АОІ [Армії оборони Ізраїлю].»³⁴

Аналогічний підхід був застосований в Міжнародному суді ООН у справі про Збройні дії (Armed Activities Case). Зокрема в межах цієї справи Міжнародний суд ООН встановив, чи застосувала Уганда загальний контроль над конголезькими повстанськими формуваннями.³⁵

F. ЗАВЕРШЕННЯ ОКУПАЦІЇ

Чи класична окупація, чи окупація через третіх осіб, вона **завершується**, коли влада переходить до національного уряду, який знову вільно здійснює абсолютний суверенітет, якщо навіть уряд погоджується продовжити присутність іноземних військ на своїй території³⁶.

³³Управління ООН з прав людини, Доповідь робочої групи про свавільне затримання, UN Doc. E/CN.4/2000/4 (28 грудня 1999), пункти 15, 17 [он-лайн] доступно на: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/165/70/PDF/G9916570.pdf?OpenElement> (Last accessed 23 February 2017).

³⁴*Там само*, пункт 18.

³⁵ ICJ, справа щодо збройної діяльності, пункт 177.

³⁶ МКЧХ, Окупація та МГП.

(2) ЯКЩО РОСІЯ ОКУПУВАЛА ДОНБАС, РЕАЛІЗАЦІЮ ЯКИХ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА НОРМ ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА ВОНА ПОВИННА ЗАБЕЗПЕЧУВАТИ?

Як про це свідчать факти, Росія взяла на себе роль окупанта в Криму, а також, можливо, в окремих районах Донецької та Луганської областей. За цих обставин Російська Федерація несе низку зобов'язань, покладених на неї МГП та міжнародним правом прав людини (МППЛ).

Висновок, що Росія стала окупантом, може змінити зобов'язання Уряду України у сфері міжнародного гуманітарного права та міжнародного права прав людини перед громадянами окупованої території. Проте це їх не скасовує.

В цілому, на окупованих територіях окупаційна держава зобов'язана зберегти життя, яке існувало до окупації, з врахуванням деяких особливостей, що виникають через наявність збройного конфлікту. Необхідно враховувати три найважливіших принципи:

- Окупація є тимчасовою ситуацією, яке не є еквівалентною анексії;
- Держава-окупант має обов'язок щодо належного керівництва;
- Держава-окупант може вживати заходів забезпечення безпеки та для існування своєї армії та управління окупованою територією.³⁷

По-перше, як встановлено ст.43 Гаазького положення, окупаційна держава повинна якомога швидше відновити та забезпечити безпеку та цивільне життя на окупованій території. По-друге, окупаційна держава повинна виконувати закони, чинні на окупованій території. У зв'язку з цим окупаційна держава не повинна скасовувати, змінювати або приймати нове законодавство на окупованих територіях. Тим не менш, окупаційна держава має право змінювати або приймати законодавство на окупованій території, якщо такі заходи є необхідними для безпеки та посилення захисту прав людини на території, яка відповідним чином керується.

Нарешті, відповідно до принципу безперервності, не можна робити жодних фундаментальних змін в адміністративній структурі. Зокрема, ст. 54 Четвертої Женевської

³⁷ М. Бот, Керування окупованою територією, в А.Клапхем та інші (вид.), Женевська конвенція від 1949: Коментарі, (Oxford University Press, 2015), 1460 ("Bothe 2015").

конвенції передбачає, що держава-окупант не може змінювати статус посадових осіб чи суддів на окупованих територіях.

Таким чином, окупаційна влада повинна:

- поважати майнові права: не допускається знищення або захоплення об'єктів приватної чи державної власності;³⁸
- збереження цивільного населення на території: не допускаються примусове індивідуальне або масове переміщення або депортація осіб, що перебувають під захистом, з окупованої території або переміщення свого населення на окуповану територію³⁹;
- поважати соціальні та трудові права населення, утримуватися від примушення осіб, що перебувають під захистом, працювати,⁴⁰ забезпечити кожному працівнику справедливу оплату праці,⁴¹ забезпечити доступ до їжі, медикаментів, медичної допомоги⁴² тощо.
- дотримуватись зобов'язань у сфері прав людини, передбачених договорами, до яких вона приєдналася (наприклад, у випадку Росії, Європейська конвенція з прав людини, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права): наприклад, право на життя,⁴³ захист від катувань,⁴⁴ поневолення, рабства, примусової праці,⁴⁵ право на свободу та особисту недоторканність,⁴⁶ свободу пересування,⁴⁷ рівність перед судом,⁴⁸ право на сімейне життя,⁴⁹ право на свободу думки, совісті і релігії⁵⁰ тощо).

Як зазначалося, позитивна відповідь на питання, чи Росія є державою-окупантом, наділяє її певними зобов'язаннями. Україна, у свою чергу, має зобов'язання у сфері МПП в силу

³⁸Стаття 53, 55 та 56 Гаазького положення від 1907 року.

³⁹Стаття 49 четвертої Женевської конвенції.

⁴⁰Стаття 51 четвертої Женевської конвенції.

⁴¹Стаття 54 четвертої Женевської конвенції.

⁴²Статті 55-56 четвертої Женевської конвенції, стаття 14(1) першого Додаткового протоколу.

⁴³Стаття 2(1) ЄКПЛ, стаття 6(1) МПГПП.

⁴⁴Стаття 3 ЄКПЛ, стаття 7 МПГПП.

⁴⁵Стаття 4 ЄКПЛ, стаття 8 МПГПП.

⁴⁶Стаття 5 ЄКПЛ, стаття 9(1) МПГПП.

⁴⁷Стаття 2 Протоколу 4 до ЄКПЛ, стаття 12(1) МПГПП.

⁴⁸Стаття 6 ЄКПЛ, стаття 14(1) МПГПП.

⁴⁹Стаття 8(1) ЄКПЛ, стаття 17(1) МПГПП.

⁵⁰Стаття 9(1) ЄКПЛ, стаття 18(1) МПГПП.

існування збройного конфлікту і повинна дотримуватись зобов'язань у сфері прав людини, вживаючи «заходів, яких вона спроможна вжити і які відповідають нормам міжнародного права для забезпечення заявникам прав гарантованих Конвенцією»⁵¹.

Стосовно МГП, Україна повинна дотримуватись норм що регулюють засоби та методи ведення війни, такі як принцип розрізнення⁵², перевірки воєнних цілей,⁵³ контроль за здійсненням нападу,⁵⁴ принцип гуманного ставлення до осіб, що перебувають під захистом,⁵⁵ а також норм, що забезпечують доступ до гуманітарної допомоги, такі як обов'язок дозволяти швидко й безперешкодне перевезення всієї гуманітарної допомоги цивільному населенню, що має неупереджений характер та проводиться без дискримінації,⁵⁶ а також забезпечення свободи пересування уповноваженого персоналу з надання гуманітарної допомоги, необхідного для здійснення ними своїх функцій⁵⁷.

Більше того, згідно з ЄКПЛ та МПГПП Україна повинна дотримуватися зобов'язань у сфері прав людини. Навіть якщо Україна не має контролю над Донбасом, відповідно до загального правила, встановленого ЄКПЛ та Комітетом з прав людини, в неї залишаються зобов'язання у сфері прав людини перед населенням, яке проживає на цій території за межами "державного кордону", у тому числі щодо: права на життя,⁵⁸ захисту від катувань,⁵⁹ заборони поневолення, рабства, примусової праці,⁶⁰ права на свободу та особисту

⁵¹ *Іласку та інші проти Молдови та Росії*, Заява № 48787/99, Судове рішення (8 липня 1994), пункти 330-331 [онлайн] [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["ilascu v moldova"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61886"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Останнє звернення 13 лютого 2017).

⁵² Стаття 48, 51(2) та 52(2) першого Додаткового протоколу.

⁵³ Стаття 57(2)(а) першого Додаткового протоколу.

⁵⁴ Стаття 57(2)(б) першого Додаткового протоколу.

⁵⁵ Стаття 4 Гаазького положення, спільна стаття 3 всіх Женевських конвенцій, стаття 75(1) Першого Додаткового Протоколу.

⁵⁶ Стаття 70(2) першого Додаткового протоколу, стаття 23 четвертої Женевської конвенції.

⁵⁷ Стаття 71(3) першого Додаткового протоколу.

⁵⁸ Стаття 2(1) ЄКПЛ, стаття 6(1) МПГПП.

⁵⁹ Стаття 3 ЄКПЛ, стаття 7 МПГПП.

⁶⁰ Стаття 4 ЄКПЛ, стаття 8 МПГПП.

недоторканість,⁶¹ свободи пересування,⁶² рівності перед судами,⁶³ свободи думки, совісті та релігії,⁶⁴ свободи зібрання⁶⁵ та недискримінації,⁶⁶ тощо.

Визнаючи, що деякі зобов'язання не можна виконувати через недостатній контроль, держави повинні намагатися вживати всіх можливих заходів для забезпечення прав людини. Відповідність та достатність таких заходів визначаються в залежності від конкретних випадків.⁶⁷ В цілому, це вимагає від України "утримуватися від підтримки режиму сепаратистів та вживати всіх політичних, юридичних та інших заходів, які знаходяться в її розпорядженні".⁶⁸ Такі заходи можуть включити участь у дипломатичних переговорах з Російською Федерацією, подання скарг до міжурядових організацій та іноземних країн, визнання неправомірними рішень Російської Федерації і розслідування повідомлень про порушення, вчинені Російською Федерацією, її агентами та сепаратистами.

⁶¹ Стаття 5 ЄКПЛ, стаття 9(1) МПГПП.

⁶² Стаття 2 Протоколу 4 до ЄКПЛ, стаття 12(1) МПГПП.

⁶³ Стаття 6 ЄКПЛ, стаття 14(1) МПГПП.

⁶⁴ Стаття 9(1) ЄКПЛ, стаття 18(1) МПГПП.

⁶⁵ Стаття 11(1) ЄКПЛ, стаття 21 МПГПП.

⁶⁶ Стаття 14 ЄКПЛ, стаття 26 МПГПП.

⁶⁷ *Лашку та інші проти Молдови та Росії*, пункти 333-334.

⁶⁸ *Моцєр проти Республіки Молдова та Росія*, пункт 151.

(3) ТРЕТЄ ПИТАННЯ: КЛЮЧОВІ ЮРИДИЧНІ МОЖЛИВОСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ УКРАЇНИ, ПОРУШЕНИХ РОСІЄЮ ЯК ДЕРЖАВОЮ-ОКУПАНТОМ.

Обговорення судових та квазі-судових механізмів, до яких Україна може звернутися за забезпеченням її прав перед Росією як державою-окупантом, знаходиться поза межами цієї дискусії. Однак, як ви можете побачити на зображенні 2, такі механізми включають Міжнародний суд ООН, ЄСПЛ, Міжнародну гуманітарну комісію зі встановлення фактів, Комітет з прав людини і Комітет з ліквідації расової дискримінації. Кожен з цих механізмів має власний критерій для встановлення юрисдикції і звернення до кожного з них має свої плюси і мінуси. Вибір, до якого органу звертатися, буде залежати від точного змісту правових вимог і переслідуваних політичних цілей. У той час, як практикуючі юристи і вчені визнають здатність Міжнародного суду вирішувати міждержавні спори, забезпечувати порядок на міжнародному рівні і розвивати міжнародне право з огляду на те, що юрисдикція не прийняла юрисдикцію суду можливості подання позовів до Міжнародного суду є обмеженими.

➔ [ДИВІТЬСЯ: ЗОБРАЖЕННЯ 2](#)



МІЖНАРОДНІ ІНСТИТУЦІЇ, ДО ЯКИХ МОЖЕ ЗВЕРНУТИСЯ УКРАЇНИ ЩОДО ОКУПАЦІЇ



МІЖНАРОДНІ ІНСТИТУЦІЇ, ДО ЯКИХ МОЖЕ ЗВЕРНУТИСЯ

Міжнародний Суд (ООН):

Засоби захисту: Суд виносить остаточне, без права на оскарження, рішення, що є обов'язковим для сторін. У рішенні МС розглядає питання, чи порушила сторона спору норми міжнародного права. Якщо було встановлено, що мало місце порушення норм міжнародного права, Суд визначає яким чином таке порушення було вчинено, та постановляє припинити порушення та утриматися від будь-яких дій, які можуть являти собою порушення юридичних зобов'язань. МС ООН може зобов'язати країну порушника виплатити відшкодування.

Європейський суд з прав людини:

Засоби захисту: У рішенні ЄСПЛ буде стверджувати, чи мало місце порушення державою-відповідачем, і якщо так, то які статті Конвенції чи протоколів були порушені. Коли заявник подає звернення щодо справедливої компенсації, ЄСПЛ також встановить, чи повинен заявник отримати таку компенсацію (як правило, шляхом грошової компенсації) від держави-відповідача. У виняткових випадках, ЄСПЛ може зобов'язати державу вжити конкретних заходів, таких як звільнення заявника з-під варті чи забезпечити право заявника на доступ до дитини, над якою вони мають опіку.

Міжнародний кримінальний суд:

Засоби захисту: письмове рішення про індивідуальну кримінальну відповідальність (на основі порушення права окупації/МПП) приймається у відкритому судовому засіданні, та містить повний і вмотивований виклад висновків Судової палати на основі закону і доказів. МКС визначає масштаби і розмір збитку, шкоди, завданих потерпілим і викладає принципи, на підставі яких він діє. МКС може зобов'язати засуджену особу здійснити належні відшкодування потерпілим, включаючи реституцію, компенсацію та реабілітацію.

Основні міжнародні квазісудові установи для розгляду скарг України

Комітет з Прав Людини:

Результат: Комітет пропонує варіанти вирішення ситуації, але не запустить процес, доки Держави-Учасниці не докладуть зусиль для вирішення питання у «дружній» спосіб. Держави-Учасниці не мають зобов'язань за рекомендаціями Комітету в міждержавних суперечках.

Комітет з ліквідації расової дискримінації:

Результат: Доповідь з даного питання, яка включає висновки та рекомендації щодо можливого вирішення спору шляхом мирової угоди. Рекомендації та пропозиції мають бути прийняті державами. Ця доповідь також доводиться до відома інших держав-учасниць.

Гуманітарна комісія зі встановлення фактів:

Міжнародна гуманітарна комісія зі встановлення фактів є постійним органом, створеним відповідно до статті 90 Додаткового протоколу I до Женевських конвенцій 1949 року. **Результат:** після того, як Комісія завершила збір фактів, вона представляє конфіденційну доповідь зі своїми фактичними висновками відповідним державам. Комісія не має повноважень приймати рішення, але може надавати рекомендації та/або пропонувати свої послуги зацікавленим державам, щоб вони могли вирішити це питання між собою.

Україна вже подала міждержавний позов до ЄСПЛ у справах щодо конфлікту на Донбасі – *Україна проти Росії* (I) щодо ситуації в Криму та на Донбасі між березнем і вереснем 2014 року⁶⁹ і *Україна проти Росії* (IV) щодо подій, які розгорталися після вересня 2014.⁷⁰

Якщо Суд вирішує, що було порушення, то він «покладає на державу-відповідача юридичний обов'язок не лише сплатити грошове відшкодування позивачу, але також обирає під наглядом Комітету Міністрів, загальні і (або) за доцільністю індивідуальні заходи, які мають бути вжиті в національній правовій системі для припинення порушення, факт якого встановлено Судом, та відшкодування збитків, наскільки це можливо».⁷¹

У цьому контексті МКС є корисним судом. Недивно, що прокурор МКС зазначила, що вона розглядає Російську Федерацію як державу-окупанта в Криму і що вона аналізує, чи Росія здійснює загальний контроль над збройними угрупованнями на сході України, щоб визначити, чи є вона і там державою-окупантом.⁷² Ці висновки на релевантний період вводять в дію положення статей Римського статуту, що стосуються збройного конфлікту міжнародного характеру, та надають змогу притягти до відповідальності осіб Російської Федерації, відповідальних за вчинення воєнних злочинів за статтею 8 Римського статуту.

Як Ви можете побачити на зображенні 2, існує певна кількість квазі - судових механізмів, включаючи Міжнародну гуманітарну комісію зі встановлення фактів, яка є постійним органом, заснованим за статтею 90 Першого Додаткового Протоколу до Женевських Конвенцій. Комісія була заснована у 1991 році, була визнана багатьма державами⁷³ і може розглядати факти ймовірних тяжких порушень, визначених у Женевських Конвенціях і Першому Протоколі. Також релевантними є Комітет з прав людини, що вирішує питання порушень Міжнародного Пакту з громадянських та політичних прав, і Комітет з ліквідації расової дискримінації, що розглядатиме неспроможність держави виконати її зобов'язання згідно з Конвенцією з боротьби з усіма формами расової дискримінації, якщо відповідна скарга буде подана⁷⁴.

⁶⁹ *Україна проти Росії*, справа № 20958/14 12 березня 2014, ЄСПЛ 345 (2014).

⁷⁰ *Україна проти Росії*, справа № 42410/15 27 серпня 2015, ЄСПЛ 296 (2015).

⁷¹ ЄСПЛ *Скаццарі і Жуїтта проти Італії*, справа 3921/98 і 41963/98 (2000) пункт 249.

⁷² Щорічна доповідь Прокурора МКС щодо ходу попереднього вивчення, 2016.

⁷³ ІНГФС 'Міжнародну гуманітарну комісію зі встановлення фактів у декількох словах'.

⁷⁴ КБРД (Конвенція з боротьби з усіма формами расової дискримінації), стаття 12 (1).

На завершення, Україна має декілька юридичних можливостей. Як зазначено на початку презентації, єдиною фактичною підставою визначення існування окупації є де-факто перехід території під владу армії супротивника⁷⁵. Таким чином щодо подій на сході для забезпечення оптимального застосування будь-яких заходів захисту, відправною точкою для України має бути проведення об'єктивної фактичної оцінки того, чи здійснює Росія загальний контроль над сепаратистами, і якщо так, то які порушення були вчинені і які заходи захисту можуть бути застосовані у доступних правових механізмах.

⁷⁵ Сассолі 2015, 1393; Ферарро, с. 136; *ДПК проти Уганди*, пара.173