

СЛУЖБА БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО

ІНСТИТУТ ПІДГОТОВКИ ЮРИДИЧНИХ КАДРІВ
ДЛЯ СЛУЖБИ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

**ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ОПЕРАТИВНО-СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ:
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ**

Матеріали постійно діючого науково-практичного семінару
(м. Харків, 27 травня 2016 року)

Випуск 7

Харків
«Право»
2016

УДК 342.951(477):351.746.1

ББК 67.9(4УКР)301.162

П68

Редакційна колегія:
С. О. Гриненко (голов. ред.),
І. М. Зеленська, О. Ю. Костін,
Д. І. Тарасенко, М. М. Юрлов

*Редколегія може не поділяти погляди, викладені у збірнику. Автори
опублікованих матеріалів несуть відповідальність за їх зміст.*

П68 **Правове** забезпечення оперативно-службової діяльності: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення : матеріали постійно діючого наук.-практ. семінару (м. Харків, 27 трав. 2016 року) / редкол.: С. О. Гриненко (голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2016. – Вип. 7. – 382 с.

ISBN 978-966-937-026-6

Збірник містить тези доповідей і виступів науковців, практичних працівників та курсантів, присвячених проблемам реформування правоохоронної системи, соціального захисту працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, учасників АТО та осіб, звільнених з військової служби; проходження військової служби, забезпечення законності та відповідальності військовослужбовців; договірної роботи в Службі безпеки України; представництва інтересів СБ України та інших правоохоронних органів у судах; проблемним питанням правозастосовної діяльності, які виникають у практиці оперативних підрозділів та органів досудового розслідування; забезпечення інформаційної безпеки та боротьби з тероризмом й іншим питанням правового забезпечення оперативно-службової діяльності.

Для співробітників правоохоронних органів, науковців, викладачів, курсантів і студентів вищих юридичних навчальних закладів.

УДК 342.951(477):351.746.1

ББК 67.9(4УКР)301.162

Адреса Інституту: м. Харків, вул. Мироносицька, 71,

телефон/факс (057) 700-34-55

E-mail: lpuk.kharkov@gmail.com

© Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, 2016

© Інститут підготовки юридичних кадрів для
Служби безпеки України, 2016

© Оформлення. Видавництво «Право», 2016

ISBN 978-966-937-026-6

стрення двосторонніх відносин, коли іноземна держава може ігнорувати запити українських уповноважених органів. Крім того, якщо особа втрапить українське громадянство, то Україна втрапить можливість здійснювати по відношенню до неї всю повноту своїх суверенних прав, натомість така можливість з'явиться в іншій державі, що для України є вкрай невідгідним. Такі ж міркування є застосовними й до пропозицій ініціювати втрату на підставі пунктів 1 і 3 частини першої ст. 19 чинного Закону України «Про громадянство України» українськими громадянами, які, будучи повнолітніми, добровільно набули громадянство іншої держави, та/або добровільно вступили на військову службу іншої держави, яка відповідно до законодавства цієї держави не є військовим обов'язком чи альтернативною (невійськовою) службою.

Таким чином, деякі з досліджених пропозицій щодо змін українського законодавства про громадянство, зумовлених ситуацією збройного конфлікту на території України, можливо, і є привабливими на перший погляд, проте або суперечать зобов'язанням України за міжнародним правом, або є практично нездійсненними, або ж навіть створюють загрозу інтересам України. На нашу думку, інститут громадянства як складова галузі конституційного права повинен бути достатньо стабільним навіть у ситуації суспільних потрясінь і змінюватися лише в тому випадку, коли його можливі недоліки, неточності та прогалини не можна ліквідувати за допомогою добросовісного тлумачення та застосування, або ж у результаті добре продуманої докорінної, комплексної та системної реформи.

Сенаторова Оксана Василівна

доцент кафедри міжнародного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

ЗАСТОСУВАННЯ МЕХАНІЗМУ МІЖНАРОДНОЇ ГУМАНІТАРНОЇ КОМІСІЇ ЗІ ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТІВ ЩОДО СИТУАЦІЇ ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ В УКРАЇНІ

З лютого 2014 р. в Україні триває збройний конфлікт. Не дивлячись на відсутність єдиної державної стратегії щодо кваліфікації цього конфлікту як міжнародного, Україна вже звернулася до Міжнародного кримінального суду за ст. 12(3) Римського Статуту, чим визнала його юрисдикцію щодо

території України, включаючи непідконтрольні Крим та частину східних областей. У своєму зверненні Україна взяла на себе всі зобов'язання зі співробітництва за ч. 9 Статуту як його учасниця, і кваліфікувала ситуацію як міжнародний збройний конфлікт. Звісно, Суд не зв'язаний цією кваліфікацією і зробить свою, і Україні ще треба багато чого зробити як у царині розслідування воєнних злочинів, так і у сфері захисту прав потерпілих від цього конфлікту, зокрема, шляхом проведення роз'яснювальної роботи щодо компенсаційних механізмів МКС. Але цей інструмент захисту своїх прав на міжнародному рівні вже задіяний, як і низка інших, зокрема звернення до Європейського суду з прав людини.

МКС і ЄСПЛ – це не єдині засоби захисту Україною своїх інтересів. Ще одним можна назвати звернення до Міжнародної гуманітарної комісії зі встановлення фактів. Досліджуючи цю можливість необхідно визначити (1) правову природу, (2) застосовне право і (3) юрисдикцію Комісії, а затим визначити (4) перспективи застосування цього механізму щодо ситуації в Україні.

1. *Правова природа Міжнародної гуманітарної комісії зі встановлення фактів.* Процедура розслідування порушень міжнародного гуманітарного права (далі – МГП) була започаткована ще у Гаазьких конвенціях 1899–1907 років і в Женевській конвенції про поліпшення долі поранених і хворих в діючих арміях 1929 р. Згодом положення останньої були відтворені в однакових за змістом статтях 52 (ЖК I), 53 (ЖК II), 132 (ЖК III), 149 (ЖК IV) Женевських конвенцій 1949 р. Ця спільна стаття передбачає, що кожна держава-учасниця договору, яка перебуває у міжнародному збройному конфлікті, може ініціювати проведення розслідування щодо будь-якого порушення Конвенції. Однак таке розслідування може проводитися тільки «в порядку процедури, що підлягає узгодженню між зацікавленими сторонами». Якщо сторони не узгодили процедуру, вони «обирають арбітра, який вирішує питання про процедуру». Із наведеного стає зрозумілим, що такі умови завжди унеможливлювали проведення розслідування за бажанням однієї зі сторін конфлікту, адже інша сторона могла просто не погоджуватися із жодною кандидатурою арбітра. Через це, проведення розслідування за вищезначеними статтями жодного разу не відбулося, не дивлячись на спроби держав і навіть МКЧХ (у зв'язку із заявами 1952 р. про застосування бактеріологічної зброї під час корейської війни, щодо Катинської справи у 1943 р., щодо порушень під час арабo-ізраїльського конфлікту 1973 р.).

Спроби усунення зазначеного недоліку були зроблені у ст. 90 Протоколу I до Женевських конвенцій 1949 р., що стосується захисту жертв

міжнародних збройних конфліктів, від 1977 р. В статті запроваджено створення незалежного механізму розслідування порушень МГП, який не заміняє процедуру, передбачену в Конвенціях, а доповнює її – Міжнародної комісії зі встановлення фактів, яка після прийняття нею її внутрішнього Регламенту була перейменована у Міжнародну гуманітарну комісію зі встановлення фактів (*International Humanitarian Fact-finding Commission* <http://www.ihffc.org>). Основною новацією цієї процедури стало те, що Комісія може розслідувати заяви про порушення Конвенцій чи Протоколу I, не отримуючи згоду на провадження тієї сторони збройного конфлікту, що обвинувачується в цих порушеннях, за умови попереднього визнання останньою обов'язкової (автоматичної) юрисдикції Комісії.

Відповідно до п. 1 ст. 90, Комісія створюється з дня визнання її компетенції 20 державами. Це відбулося у 1991 р. Наразі 76 держав визнали обов'язкову юрисдикцію Комісії. Депозитарієм заяв про визнання є Федеральна рада Швейцарії. Місцем розташування Комісії є Берн, Швейцарія. Комісія складається з 15 членів, що виступають в особистій якості, і обираються державами, що визнали юрисдикцію Комісії, зі складеного ними списку осіб. Вибори суддів відбуваються на зібранні держав-учасниць кожні п'ять років з урахуванням принципу справедливого географічного представництва. Останній склад Комісії було обрано 9 грудня 2011 р. Згідно з п.3 ст. 90 розслідування проводиться Палатою у складі 7 членів (5 призначаються Головою Комісії та 2 призначаються кожною зі сторін конфлікту не будучи їх громадянами).

Адміністративні витрати Комісії покриваються за рахунок держав, що визнали її юрисдикцію, та добровільних внесків. Щодо витрат на проведення розслідування, то вони покриваються сторонами конфлікту в рівних долях. На думку деяких фахівців (Furet, M. F., Martinez, J.-Cl., Dorandeu, H.¹) така система фінансування не заохочує держави до звернень.

Комісія є постійно діючим, незалежним від ООН, МКЧХ, Міжнародного кримінального суду та інших міжнародних урядових і неурядових організацій механізмом розслідування порушень МГП, вчинених як у міжнародних, так і в неміжнародних збройних конфліктах. Діяльність Комісії має відображати гуманітарний та неполітичний характер правових норм щодо захисту жертв збройних конфліктів. Її члени є неупередженими особами високих моральних якостей, які є міжнародно-визнаними фахівцями у різних експертних сферах. Комісія не є судовою інституцією і не при-

¹ Furet, M. F., Martinez, J.-Cl., Dorandeu, H., *La guerre et le droit*, Paris, Pédone, 1979, p. 223. Цит. по: Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов. – М. : МККК, 2011. – С. 676.

тягає до відповідальності ані держави, ані фізичних осіб. У своїх Висновках Комісія вирішує питання факту вчинення порушень і не повинна (хоча може) надавати їм правової кваліфікації. Така природа походить ще від статусу слідчих комісій, запропонованих у I Гаазькій конвенції про мирне вирішення міжнародних спорів 1907 р. Крім того, Комісія може сприяти дотриманню положень МГП шляхом надання добрих послуг із відновлення поваги до Конвенцій і Протоколу.

Один із найвідоміших фахівців галузі, кілька разів поспіль член Комісії, проф. Ерік Давид зазначає, що не дивлячись на відсутність регламентованої в ст. 90 Протоколу I можливості денонсації заяви про визнання юрисдикції Комісії, таке повноваження держав слід домислювати за аналогією з практикою відмови від обов'язкової юрисдикції Міжнародного Суду ООН і застосувати до неї правила ст. 56 і наст. Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. та правила самого Протоколу I, згідно з якими денонсація державою, що перебуває у збройному конфлікті, можлива лише після його завершення¹.

2. *Правове регулювання діяльності Міжнародної гуманітарної комісії зі встановлення фактів.* Хоча нормативне визначення переліку застосовних джерел відсутнє, а Комісія досі не набула досвіду проведення розслідувань, аналіз міжнародно-правових актів і внутрішніх актів Комісії дає підстави дійти висновку, що у своїй діяльності вона керується:

– ст. 90 Додаткового протоколу I 1977 р., яка є установчою для неї і визначає обсяг її компетенції;

– Женевськими конвенціями 1949 р. та Додатковим протоколом I, які визначають перелік серйозних порушень та інших грубих порушень норм цих Конвенцій і Протоколу;

– Згідно з п. 2 (d) ст. 90 та першою доповіддю Комісії 1993 р.² вона може за згоди всіх зацікавлених сторін проводити розслідування порушень під час збройного конфлікту неміжнародного характеру; в такому випадку застосовним буде окрім ст. 3 Конвенцій також Додатковий Протокол II 1977 р.;

– Регламентом Комісії, прийнятий у 1992 р. відповідно до положення п. 6 ст.90³;

– Оперативними керівними принципами (Operational guidelines), прийняті у 2003 р. (відсутні на офіційному сайті Комісії).

¹ Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов. – М.: МККК, 2011. – С. 673.

² Report of the International Humanitarian Fact-Finding Commission: 1991–1996. Page 2 <http://www.ihffc.org/Files/en/pdf/report-1996-en.pdf> .

³ Rules of the International Humanitarian Fact-Finding Commission http://www.ihffc.org/index.asp?page=rules_of_commission.

В жодній з доповідей не йдеться про можливість використання Комісією ані міжнародних договорів (наприклад, що містять обмеження чи заборони застосування певних видів зброї), ані звичаєвих норм МГП під час розслідування. В першу чергу це пов'язано з відсутністю в неї повноважень щодо кримінально-правової кваліфікації порушень. Однак, на нашу думку, не можна виключати застосування загальноновизнаних норм МГП. Перші провадження виявлять багато прогалин правового регулювання, які найкраще заповнювати саме звичаєвими нормами. У разі, якщо Комісія буде здійснювати правову кваліфікацію, що їй не заборонено робити, вона імовірно буде звертатися також до інших міжнародно-правових актів галузі, а також до судових рішень Міжнародного суду ООН, що мають відношення до МГП, та до рішень міжнародних кримінальних судів, як до допоміжних джерел.

Комісія періодично звітує про свою діяльність. Звіти можна знайти на офіційному сайті органу¹.

3. *Юрисдикція Міжнародної гуманітарної комісії зі встановлення фактів*. Говорячи про юрисдикцію Комісії слід перш за все визначити її вид: обов'язкова чи факультативна, її межі за колом осіб, за предметом, за часом, за сферою дії, затим визначити процедуру провадження і зрештою – правову силу та особливості рішень, які вона повноважна приймати.

Ідея прийняття ст. 90 Протоколу I полягала передусім в прагненні створити дієвий орган із розслідування порушень правил ведення війни, на відміну від механізму Конвенцій. Задля цього в проєкті Комісія була наділена обов'язковою, чи як її ще називають – автоматичною, юрисдикцією. Тобто ті держави, які ставали учасниками Протоколу I, автоматично визнавали би юрисдикцію Комісії. Проте було прийнято інше. Подібно до юрисдикції Міжнародного Суду ООН повноваження Комісії залежать від так званої факультативної умови (optional clause) – обов'язкова юрисдикція поширюється тільки на відносини між тими державами, які подали спеціальні заяви про визнання юрисдикції Комісії *ipso facto* і без спеціальної згоди (п. 2 ст. 90). За останні роки коло таких держав значно розширилося і наразі їх 76. Для решти держав, які не подали таких заяв, юрисдикція Комісії залежить щоразу від згоди держави – сторони конфлікту, яка обвинувачується у порушенні.

Отже, Комісія має одночасно *обов'язково-зумовлену* (шляхом загальної згоди) і *факультативну* (шляхом *ad hoc* згоди) юрисдикцію. Загальна згода може бути висловлена під час підписання, ратифікації, приєднання до Протоколу I або в будь-який інший час. Якщо між державами, що по-

¹ Public Reports http://www.ihffc.org/index.asp?page=public_reports&listfilter=off.

дали заяви про загальну згоду, виникає конфлікт, будь-яка з них може звертатися до Комісії з проханнями провести розслідування, і Комісії може починати його проведення без згоди супротивної держави.

Таким чином, *суб'єктами звернення* до Комісії можуть бути лише держави, що визнали юрисдикцію Комісії. Ані міжурядові, ані неурядові організації чи то фізичні особи не можуть звертатися до Комісії з вимогами розпочати провадження. Комісія також не має права власної ініціативи проведення розслідування. Прохання про розслідування може бути направлено також державою, яка не є стороною конфлікту, проте тільки за умови якщо вона визнала обов'язкову юрисдикцію Комісії. Такі широкі повноваження третіх держав пояснюються тим, що розслідування порушення правил ведення війни становить загальний інтерес всього людства. Основоположні норми МГП були кваліфіковані Комісією міжнародного права ООН як *jus cogens*. Відповідно їх порушення призводить до зобов'язань всіх держав примусити порушника дотриматися цих імперативних норм, тобто породжує так звані зобов'язання *erga omnes*.

Сторона конфлікту, яка не подала заяви про визнання обов'язкової юрисдикції, може визнати юрисдикцію Комісії на *ad hoc* основі за п. 2(d) ст. 90. Така ситуативна згода буде обмежуватися лише конкретним збройним конфліктом. За таких умов, відсутність згоди іншої сторони конфлікту з юрисдикцією Комісії унеможливує проведення розслідування.

Якою є *предметна юрисдикція* Комісії? Які порушення можуть розслідуватися? Відповідь на це питання знаходиться у п. 2(с)(і) ст. 90 Протоколу I. Згідно з ним Комісія компетентна розслідувати будь-які факти, які представляють собою серйозне порушення, як воно визначається Конвенціями і Протоколом I, або інше серйозне порушення Конвенцій чи Протоколу I. Таким чином, предметна юрисдикція Комісії обмежується двома типами порушень: (а) серйозними порушеннями (англ. – *grave breaches*, фр. – *infraction grave*) та (б) іншими серйозними порушеннями (англ. – *serious violation*, фр. – *violation grave*). Оскільки український переклад робився з російського¹, в якому в обох випадках використовується термін «серйозні» порушення, було здійснено таке калькування².

¹ Російський переклад вважається аутентичним відповідно до ст. 102 Додатково-го Протоколу I.

² Звісно, в українській редакції щодо перших порушень доцільно було би замінити термін на «грубі» або «тяжкі» порушення, але робити це слід послідовно, усвідомлюючи імовірність плутанини і провадячи наскрізну уніфікацію в усіх документах і доктрині. Наразі будемо дотримуватися мови існуючого українського перекладу http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_199/print1452853125908630.

Вираз «grave breaches / infraction grave» має точне визначення і охоплює чіткий перелік порушень, а вираз «serious violation / violation grave» використовується у загальному сенсі, надаючи можливість визначення його Комісії або тому суб'єкту, який стверджує про порушення. Поняття серйозних порушень («grave breaches / infraction grave») та їх перелік наведено у кожній з Конвенцій (ст. 50 ЖК I, ст. 51 ЖК II, ст. 130 ЖК III і ст. 147 ЖК IV) та Додатковому протоколу I (ст. 11 та 85).

Якими є *темпоральні* рамки юрисдикції Комісії? Комісія не має можливості здійснювати зворотну юрисдикцію. Вона може проводити розслідування щодо конкретної сторони конфлікту тільки після висловлення нею згоди (на постійній основі чи ситуативно), і поширювати компетенцію тільки на події, що відбулися після передачі заяви про визнання юрисдикції.

Якою є *сфера дії юрисдикції* Комісії? Ми з'ясували, що вона (1) може розслідувати порушення МГП під час збройних конфліктів між державами. Крім того, згідно з п. 2(с)(ii) ст. 90 Протоколу I вона також сприяє шляхом надання своїх добрих послуг відновленню поваги до Конвенцій і Протоколу. Загалом, це означає, що вона може (2) робити пропозиції сторонам, направлені на дотримання положень Конвенцій. Зрештою, Комісія уповноважена «в інших ситуаціях» призначати розслідування на прохання сторони, що перебуває в конфлікті, тільки за згодою іншої заінтересованої сторони чи сторін» (п. 2(d) ст. 90). Це означає, що Комісія може (3) розслідувати й інші порушення Конвенцій, Додаткового протоколу I або й взагалі норм усього МГП за умови спеціальної згоди всіх сторін. Цей пункт було розтлумачено як здатність Комісії провадити розслідування не тільки міжнародних збройних конфліктів, але й збройних конфліктів неміжнародного характеру. Така юрисдикція Комісії була підтверджена у першому річному звіті¹ і в наступних звітах.

Крім того, це положення може бути використане і для розслідування інших порушень, окрім тих, що віднесені Конвенціями і Протоколом до «серйозних», тим самим розширюючи *предметну* юрисдикцію. МГП не стоїть на місці, воно є живим інструментом, оскільки функціонує Міжнародний кримінальний суд та інші трибунали. На думку Теодора Мерона, за час роботи Трибуналів щодо колишньої Югославії та щодо Руанди ними було створено більше норм МГП, аніж у весь період до їх існування. Діяльність Міжнародного кримінального суду виявила необхідність у розширенні переліку воєнних злочинів, закріплених у ст. 8 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду, що і було зроблено після 2009 р.

¹ Report of the International Humanitarian Fact-Finding Commission: 1991–1996. Page 2 <http://www.ihffc.org/Files/en/pdf/report-1996-en.pdf>.

Таким чином, все це з очевидністю свідчить про те, що Комісія уповноважена розслідувати й інші факти, зокрема такі, що становитимуть порушення ст. 8 Римського Статуту, але тільки за згоди всіх сторін.

Розслідування проводиться палатою у складі 7 членів Комісії, які не є громадянами держав-учасниць конфлікту. Комісія може запропонувати сторонам надати докази протягом фіксованого періоду часу, а також Комісія може провести власне розслідування, в тому числі й на місці, в тому числі допитуючи свідків. Члени палати можуть розділитися і проводити одночасне розслідування в різних регіонах. Процедура розслідування деталізована у правилі 27 Регламенту.

Відповідно до правил 28, 29 Регламенту Комісія представляє *доповідь* про встановлені факти державам, обвинуваченим у правопорушеннях, які мають право оспорювати надані докази. Попередні проекти завбачали повноваження Комісії надавати й правові висновки, проте згодом від такої компетенції відмовилися, але заборони робити такі юридичні кваліфікації не існує. Доповідь є конфіденційною, але Комісія може прийняти рішення про її оприлюднення на прохання сторін-учасниць конфлікту, або якщо вона вважає, що не вживається ніяких заходів для припинення правопорушень. Комісія не є судовим органом, тому вона не виносить рішення про вину, а лише повідомляє про результати розслідування зацікавленим сторонам та розглядає заходи, які належить вжити з метою сприяння відновленню поважного ставлення до МГП.

4. *Перспективи застосування механізму Міжнародної гуманітарної комісії зі встановлення фактів щодо ситуації в Україні.* На сьогодні країни, що створили Комісію, не доручили їй жодного розслідування. Комісія в своїй останній, оприлюдненій у 2011 р., доповіді пояснює відсутність розслідувань тим, що з 1991 р. не відбувалося жодного конфлікту, в якому юрисдикція Комісії була би визнана обома сторонами¹. Слід зазначити, що ще у 1996 р. проф. Фріц Кальсховен, очолюючи на той час Комісію, запропонував провести певні розслідування порушень, вчинених під час внутрішнього збройного конфлікту в Колумбії в рамках компетенції із надання добрих послуг (за п. 2(с)(ii) ст. 90). Правник зустрівся з представниками влади Колумбії та з однією зі сторін конфлікту, але зрештою обрання нового Президента Колумбії завадило досягненню згоди, без якої в Комісії немає мандату. За словами Кальсховена під час конфлікту у Шрі-Ланці «Тигри визволення Таміл Іламу» були зацікавленими у розслідуванні злочинів влади, проте усвідомивши, що їх дії також можуть бути

¹ Report on the work of the IHFFC on the Occasion of its 20th Anniversary. Page 18 http://www.ihffc.org/Files/en/pdf/ihffc_report_2010_en.pdf .

предметом звернення з боку держави, втратили інтерес. Під час конфлікту в Чечні, Комісія отримувала від неї запрошення провести розслідування порушень, вчинених російськими військовими, але на умовах кваліфікації конфлікту як міжнародного і визнання Чечні державою¹. У подальшому члени Комісії неодноразово запрошувалися до різних ad hoc комісій, зокрема щодо конфлікту в Дарфурі 2004 р., Ізраїльсько-Ліванського конфлікту 2006 р., застосування протипіхотних мін на Філіппінах у 2009 р. тощо, але Комісія як не працювала, так і не працює.

Наразі «сплячу красуню», як Комісію вже охрестили в науковій літературі², знову намагаються розбудити. 3 жовтня 2015 р. військово-повітряні сили США здійснили авіа бомбардування лікарні в Кундузі, Афганістан, внаслідок якого загинуло 22 особи. Серед загиблих були лікарі з міжнародної неурядової організації «Лікарі без кордонів» (Médecins Sans Frontières), яка звернулася до Міжнародної гуманітарної Комісії зі встановлення фактів з проханням проведення розслідування. Оскільки юрисдикція Комісії може запускатися тільки за згодою держав, а ні США, ні Афганістан не визнали юрисдикції Комісії, 7 жовтня 2015 р. Комісія звернулася до обох держав з однаковими листами пропонуючи власні послуги із проведення розслідування. Ніякої інформації щодо реакції на ці листи Комісія ще не оприлюднювала. Отже чи близька вона до того, щоб прокинутися і розпочати роботу? На наш погляд, навряд.

Міжнародний збройний конфлікт між Україною і Російською Федерацією, що розпочався 20 лютого 2014 р. і досі триває на різних територіях України, може стати тим конфліктом, на який у Комісії «знайдуться» повноваження. Країни були у складі перших 20 держав, що подали заяви про визнання обов'язкової юрисдикції Комісії: Україна визнала компетенцію 25 січня 1990 р., РФ – 29 вересня 1989 р. Для проведення незалежного розслідування достатньо заяви однієї зі сторін. Згода іншої не потрібна. Таким чином, Україна може ініціювати механізм Міжнародної гуманітарної комісії зі встановлення фактів. Це також може зробити будь-яка з 76 держав-учасниць ст. 90 Протоколу.

¹ KALSHOVEN Fritz, «The International Humanitarian Fact-Finding Commission: A Sleeping Beauty?» in *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*. 4, 2002, P. 215.

² KALSHOVEN Fritz, op. cit., pp. 213–216; MIKOS-SKUZA Elzbieta, «The International Humanitarian Fact-Finding Commission: an Awakening Beauty?», in *Frieden in Freiheit = Peace in Liberty = Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70 Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos; Zürich, Dike, 2008, pp. 481–492; HARWOOD Catherine «Will the 'Sleeping Beauty' Awaken? The Kunduz Hospital Attack and the International Humanitarian Fact-Finding Commission» in *EJIL: Talk!* Published on October 15, 2015; BRING Ove «The Kunduz Hospital Attack: The Existence of a Fact-Finding Commission» in *EJIL: Talk!* Published on October 15, 2015.

Які перспективи проведення такого розслідування і до чого потрібно бути готовим у випадку звернення до Комісії. По-перше, слід усвідомлювати, що Комісія проводить незалежне розслідування і, відповідно, збиратиме докази і проти українських військових. В цьому їй може активно допомагати РФ, яка найімовірніше одразу ж після українського звернення висуне свої звинувачення. Слід не забувати, що РФ взагалі може бути першою, хто звернеться до Комісії, і до цього Україні слід також бути готовими, не дивлячись на малу вірогідність такого розвитку подій.

Чи матиме Комісія повноваження для того, щоб отримати доступ до окупованого Криму і Донбасу і проведення збору доказів там безпосередньо? Якщо РФ не захоче пускати туди представників Комісії, ст. 90 Протоколу не передбачає ніяких санкцій у відповідь на відсутність співробітництва. РФ не надає доступу співробітникам Канцелярії Прокурора Міжнародного кримінального суду до підконтрольних їй територій в Україні і Грузії, не вважає обов'язковими для себе рішення Європейського Суду з прав людини. Що за таких обставин завадить їй не пускати членів Комісії зі встановлення фактів, і тільки надавати їм стоси так званих доказів? Нічого не завадить.

Україна ж, якщо проявить ініціативу звернення, буде політично зобов'язана пускати слідчі групи скрізь, адже ми є вільною і демократичною державою, яка дотримується власних міжнародно-правових зобов'язань. І так має бути. І в цьому немає небезпеки. Проте в мене є вагомі сумніви на предмет здатності України збирати належні докази правопорушень МГП з боку РФ і підконтрольних їй іррегулярних збройних груп і передавати їх Комісії. Досвід співробітництва України з Міжнародним кримінальним судом, вочевидь демонструє, що Україна веде себе як принцеса у башті, що звернулася до «могутнього» Суду і все – сіла і чекає, коли він її врятує. Якщо таким же чином, не готуючи матеріали, звертатися до Комісії, з цього вийде більше проблем, аніж переваг.

До того ж слід не забувати, що Комісія – це не суд, її рішення не має ніяких подальших наслідків щодо відповідальності. Це просто констатація фактів порушень, до речі конфіденційна. В конфіденційності є свої переваги. На думку відомого фахівця галузі Іва Сандо, державу-порушницю доволі часто можна спонукати до припинення порушень, якщо перемовини про це ведуться в умовах цілковитої конфіденційності, а не під час розслідування, яке вона повністю не контролює.

Слід також нагадати, що перш ніж звернутися, Україна має сплатити 50% витрат Комісії на розслідування.

Але головним питанням залишається відсутність будь-яких прецедентів проведення таких розслідувань Комісією, що, безумовно, заважає зробити якісь прогнози щодо розвитку подій і перспектив рішення.

Тепер про переваги звернення України до Комісії. По-перше, Україна використає що один міжнародно-правовий механізм захисту своїх інтересів, який може виявитися реально працюючим, адже юрисдикційних перешкод на перший погляд немає. Якщо провести збирання доказів належним чином, в Україні є всі шанси довести факти правопорушень МГП з боку РФ. Констатація порушень – це теж перевага, навіть без механізму відповідальності. Щодо зв'язку із відповідальністю. Висновки Комісії можуть бути використані Міжнародним кримінальним судом, але тільки за умови, якщо обидві сторони провадження в Комісії згодні на їх оприлюднення (ст. 90 (5)(с) Протоколу I). Члени Комісії можуть бути тільки свідками в національному кримінальному провадженні, але не в міжнародному (ст. 87(6) Римського Статуту МКС).

Відсутність досвіду розслідувань в Міжнародній гуманітарній комісії зі встановлення фактів свідчить про загальну тенденцію держав не обвинувачувати одне одного у порушенні норм МГП. А у випадку очевидності таких порушень, держави прагнуть радше створити *ad hoc* органи, наділені політичними, а не юридичними повноваженнями. Чи буде Україна тією державою, що першою запустить механізм Комісії? Якщо напрацьовано достатню доказову базу порушень, варто звертатися і боронити країну в усіх міжнародних інституціях.