

УДК 341.36

С. В. Ольшанецька

## ПРАВОВИЙ СТАТУС НЕЗАКОННИХ КОМБАТАНТІВ

**Постановка проблеми.** Розвиток міжнародно-правового механізму захисту прав людини, зокрема, і під час збройних конфліктів, який мав місце після Другої світової війни, призвів до ряду як позитивних, так і негативних явищ. Одним із них є те, що держави, надаючи особі захист, мають можливість надати їй такий статус, який є найбільш вигідним для держави. При цьому, як правило, такий статус є найбільш невідповідним для особи, якій він надається. Особливо ця тенденція поширена щодо захисту осіб під час збройних конфліктів і пов'язана з наданням особі статусу незаконного комбатанта.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання захисту окремих категорій осіб було об'єктом доктринальних досліджень Гасера Х., Губера М., Давида Е., Келленберґера Я., Короткого Т.Р., Лисика В.М., Репецького В.М., Розенблада Е., Сандо І., Сасолі М., Свінарські К., Скубішевські К., Фостера Д., Хауга Х., Хоффмана К. та багатьох інших науковців. Однак у всіх цих дослідженнях тільки опосередковано проаналізовано питання, пов'язані з правовим регулюванням статусу незаконних комбатантів.

**Метою** цієї статті є аналіз правового статусу незаконних комбатантів в міжнародному, зокрема, у гуманітарному праві, а також практики у цій сфері.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Основною ідеєю міжнародного гуманітарного права (МГП) є захист осіб, які не приймають участь у збройному конфлікті. Ця ідея знайшла втілення у декількох принципах МГП, у першу чергу в принципі проведення розмежування між комбатантами і некомбатантами, зміст якого спрямований на захист цивільного населення та цивільних об'єктів і визначає відмінності між воюючими та невоюючими [1, с. 207–212]; держави ніколи не повинні обирати цивільних осіб як об'єкт нападу і, відповідно, ніколи не повинні застосовувати зброю, яка не має змоги відрізнити цивільні об'єкти від воєнних [2, с. 57]. Як справедливо стверджував Я. Росенблад, стан війни характеризує відносини між окремими державами, а не індивідами. Як наслідок особи, які воюють від імені сторін, є противниками лише як солдати, а не як громадяни [3, с. 93].

Відповідно, у МГП чітко розрізняють дві категорії осіб – комбатанти і некомбатанти. Тільки перші мають право приймати безпосередню участь у збройному конфлікті, при цьому вони також є легальною ціллю атак [4]. Лише вони користуються правом військового полону.

На відміну від них некомбатанти не беруть безпосередньої участі у збройному конфлікті та не користуються правом військового полону. Будь-яке застосування сили до цієї категорії осіб є забороненим, вони не можуть бути ціллю воєнних операцій [5, с. 333]. При цьому в Додатковому протоколі I 1977 р. [6] (ДП I) застосовується розширене розуміння поняття некомбатант, яке крім медичного та духовного персоналу включає також і цивільне населення.

Поділ на комбатантів та некомбатантів (цивільних осіб) у ДП I носить абсолютний характер, тобто кожна з осіб може бути віднесена до першої чи другої групи

[7, с. 228–229]. Такий висновок випливає із аналізу ст. 48 ДП І, де говориться, що для забезпечення поваги й захисту цивільного населення та цивільних об'єктів сторони, що перебувають у конфлікті, повинні завжди розрізняти цивільне населення й комбатантів, а також цивільні й воєнні об'єкти та, відповідно, спрямовувати свої дії тільки проти воєнних об'єктів. Крім того, відповідно до ст. 50 ДП І цивільною особою є будь-яка особа, що не належить до жодної з категорій осіб, зазначених у ст. 4 А, 1, 2, 3 та 6 Третньої Женевської конвенції 1949 р. [8]. (ЖК III) та у ст. 43 цього Протоколу. У разі сумніву щодо того, чи є яка-небудь особа цивільною, вона вважається цивільною особою. Таким чином, із вказаної норми випливає, що цивільною особою слід вважати кожен особу, яка не є комбатантом.

Однак на практиці все частіше виділяють третю категорію осіб, про яку не згадується у жодному з договорів, що регулюють захист жертв війни, а саме – нелегальні (незаконні) комбатанти [9].

Саме поняття «незаконний комбатант» з'явилося у Великій Британії на початку ХХ ст. для позначення партизан, які брали участь у Другій англо-бурській війні 1899–1902 р., хоча у міжвоєнний період їх частіше називали «нерегулярний комбатант» чи «мародер» [10, с. 228].

Однак офіційне закріплення даний термін отримав значно пізніше – під час Другої світової війни. Його у 1942 р. використав Верховний суд США у справі *Ex Parte Quirin* [11]. Дана справа стосувалася кримінального покарання восьми німецьких солдат, які проникли на територію США з метою вчинення саботажу, однак їх було заарештовано. США не надали цим особам статусу військовополонених, оскільки після проникнення в цю державу німецькі військові змінили власну форму на цивільний одяг.

У рішенні Суду зазначається, що «незаконний комбатант» – це комбатант, який бере безпосередню участь у збройному конфлікті на стороні противника, таємно і без військової форми перетинає лінію фронту з метою вчинення вбивств або знищення майна. На відміну від комбатантів незаконні комбатанти у випадку захоплення можуть нести відповідальність за сам факт участі у збройному конфлікті. У рішенні підкреслюється необхідність проведення чіткої межі як між цивільним населенням і комбатантами, так і між законними і незаконними комбатантами [11].

Таким чином, аналіз *Ex Parte Quirin* дозволяє виділити декілька категорій незаконних комбатантів: 1) члени регулярних збройних сил, які не носять форму і зброю, що позбавляє їх статусу комбатанта; 2) цивільні особи, які приймають активну участь у збройному конфлікті, за умови, що вони з моменту початку збройного конфлікту не володіли статусом комбатанта.

Досліджуючи цю справу, Р. Бахтер зробив висновок, що дана категорія осіб (яку він називає «unprivileged belligerent») охоплює шпигунів, диверсантів та *guerrillas* [12, с. 323], тобто осіб, які не вважаються комбатантами відповідно до Женевських конвенцій 1949 р., а отже їх можна притягнути до відповідальності за сам факт участі у збройному конфлікті, навіть у тому випадку, якщо їх ціллю було знищення військових об'єктів, тобто законних цілей війни.

З новою силою дискусія навколо нелегальних комбатантів виникла після терористичних актів 11 вересня 2001 р., які міжнародна спільнота кваліфікувала як зброй-

ний конфлікт міжнародного характеру [13, с. 270], про що свідчить Резолюція Ради Безпеки ООН 1368 (2001) [14]. При цьому дане питання знову постало на порядку денному Верховного суду США, який розглядав декілька справ про визначення статусу осіб. Особливістю більшості цих процесів було те, що на відміну від попереднього випадку частина таких осіб володіли громадянством США [15] і більшість – звинувачувалися у тероризмі [16]. А зважаючи на той факт, що МГП застосовується виключно до іноземних громадян, та на те, що дана галузь забороняє акти терору [17] навіть під час ведення війни, то осіб, які вчинили такі дії, ні за яких умов не можна вважати комбатантами, а отже вони були цивільними [18, с. 132–133]. Таким чином, можна стверджувати, що незаконними комбатантами є всі особи, які приймають участь у збройному конфлікті, не маючи на це права. Ними можуть бути як цивільні особи, так і особи, які входять у склад міліції і інших воєнізованих органів держави, проте не вважаються комбатантами відповідно до ст. 4 третьої Женевської конвенції 1949 р.

До усього вищесказаного слід зробити застереження стосовно типу збройного конфлікту. Поняття «комбатант» застосовується лише у збройних конфліктах, сторонами у яких є виключно суб'єкти міжнародного права, тобто міжнародного характеру. Що ж стосується Додаткового протоколу II 1977 р. [19], який регулює збройні конфлікти неміжнародного характеру, то він не вживає поняття «комбатант» і «некомбатант», а використовує їх аналоги – особа, що бере безпосередню участь у збройному конфлікті, та особа, що не бере безпосередньої участі у збройному конфлікті [20, с. 71–85]. Зважаючи на це, жодна з цих категорій осіб не є комбатантом *sensu stricto*, а тому не може брати участь у воєнних діях чи користуватися правом на військовий полон і у випадку захоплення нестиме кримінальну відповідальність за кожну дію із вчинених нею в процесі проведення військових операцій [21, с. 46].

Таким чином, вищесказане дозволяє зробити висновок, що нелегальний комбатант не може бути виділений в окрему – третю – групу учасників збройних конфліктів. В залежності від конкретної ситуації їй слід надавати або статус комбатанта, або цивільної особи. Однак, зважаючи на те, що нелегальні комбатанти не відповідають критеріям, викладеним у ст. 4 А, 1, 2, 3 та 6 ЖК III та у ст. 43 ДП I, їх слід вважати цивільними особами [22, с. 383].

Ще однією проблемою, яку досить часто піднімають у контексті «нелегальних комбатантів», є проблема захисту їх прав. Це питання практично завжди викликає у випадку затримання таких осіб. Загальновідомо, що статус такої особи регулюється МГП. Затриманими можуть бути як комбатанти, так і цивільні особи. В залежності від того, ким їх вважають противники, їх правовий статус регламентується однією з чотирьох Женевських конвенцій 1949 р. Згідно з позицією Міжнародного комітету Червоного Хреста, кожній особі, яка опинилася у руках противника, надається певний статус, передбачений нормами МГП. Таку особу вважають або військовополоненим і її статус регулюється ЖК III, або цивільною особою із захистом, передбаченим четвертою Женевською конвенцією 1949 р. (ЖК IV), або медичним чи духовним персоналом – перша Женевська конвенція 1949 р. Не існує жодної особи поза захистом Женевських конвенцій, тобто будь-яка особа, що знаходиться під владою противника, не може залишитися поза правом [23, с. 51].

Надання особі статусу нелегального комбатанта автоматично позбавляє її статусу військовополоненого, а отже і захисту, передбаченого ЖК III. Однак така особа буде користуватися статусом цивільної особи, а отже на неї поширюватиметься ЖК IV.

Відповідно до ст. 4 ЖК IV, затримані особи, якщо вони не можуть претендувати на статус військовополоненого, повинні користуватися захистом як цивільні особи незалежно від того, як і коли вони опинилися під владою противника. Дану позицію підтримав і Міжнародний кримінальний трибунал для колишньої Югославії при розгляді справи Делаліча [24], де Трибунал вказав, що ЖК III і ЖК IV охоплюють всіх осіб без винятку. Якщо певна особа не може претендувати на захист ЖК I, ЖК II чи ЖК III її правовий статус визначається у всіх без винятку випадках ЖК IV. Попри це ст. 4 ЖК IV, визначаючи сферу застосування цієї Конвенції, робить із неї 3 винятки:

- 1) особа є громадянином держави, що затримала особу;
- 2) особа є громадянином держави, яка не є учасницею ЖК IV;
- 3) особа є громадянином нейтральної держави або держави-союзниці до моменту, поки така держава володіє дипломатичним представництвом в державі, під владою якої знаходиться особа [21, с. 49].

Однак у справі Тадіча [25] Апеляційна палата Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії вирішила, що дані критерії слід трактувати звужено, тобто таким чином, щоб вказані особи захищалися ЖК IV, особливо коли йдеться про осіб, що воювали на стороні противника, не володіючи громадянством держави противника. Крім того, у справі Делаліча вищезгаданий Трибунал вказав, що зміст Конвенції слід інтерпретувати виходячи з її предмета і цілей, а саме забезпечення максимального захисту цивільних осіб. Її застосування щодо певної особи не слід обмежувати виконанням будь-яких формальних критеріїв та юридичних моментів [24].

Ще один аргумент стосовно застосування до незаконних комбатантів статусу цивільної особи можна знайти у п.3 ст.45. ДП I. Будь-яка особа, що бере участь у воєнних діях, яка не має права на статус військовополоненого й не користується більш сприятливим ставленням, згідно з ЖК IV, має право в усіх випадках на захист, передбачений ст. 75 цього Протоколу. На окупованій території будь-яка така особа, якщо тільки вона не затримана як шпигун, має також, незалежно від ст. 5 ЖК IV, право на зв'язок, що надається даною Конвенцією. Таким чином, дане положення слід застосовувати щодо осіб, які не виконують критерії громадянства, передбаченого ст. 4 ЖК IV, і були захоплені на території держави противника. Таким особам ст. 75 ДП I гарантує гуманне поводження.

Незаконний комбатант може користуватися захистом, передбаченим і ст. 3, загальною для чотирьох Женевських конвенцій 1949 р., зважаючи на той факт, що ст. 3 вважають звичаєвою нормою [26, с. 189–225]. І навіть враховуючи той факт, що дана стаття застосовується лише під час міжнародних збройних конфліктів, однак положення, які у ній містяться, деякі вчені вважають «мінімальним гуманітарним стандартом», який повинен застосовуватися у кожному збройному конфлікті, в тому числі і міжнародному [27, с. 356]. Таким чином, можна стверджувати, що незаконні комбатанти користуються захистом, передбаченим ст. 3 Женевських Конвенцій 1949 р. та ст. 75 ДП I. Слід зазначити, що оскільки ст. 75 ДП I є логічним розвитком

ст. 3 Конвенцій, які, на думку Міжнародного суду ООН, є нормами звичаєвого права [28, с. 218], то вона теж носить звичаєвий характер [29].

Досить часто бувають ситуації, коли незаконного комбатанта затримують на полі бою. У такому випадку завжди слід застосовувати положення, що містяться у ст. 5 ЖК III [21, 62] та ст. 45 ДП I, що передбачають спеціальну процедуру, яку слід використовувати для визначення правового статусу такої затриманої особи. Вищеназвані статті передбачають, що статус особи визначає «компетентний судовий орган», яким може бути загальний суд, військовий суд чи інші спеціальні органи – військові комісії [30]. Позбавлення особи права на визначення її статусу в судовому порядку є неприпустимим порушенням як договірних, так і звичаєвих норм міжнародного права.

Підсумовуючи вищесказане, слід відзначити, що ні у доктрині, ні у практиці немає єдиного підходу до розуміння терміну «незаконний комбатант» та визначення його правового статусу. В залежності від обставин такі особи користуються захистом Женевських конвенцій 1949 р. та Додаткового протоколу I 1977 р. або як військовополонені, або як цивільні особи. Оскільки міжнародне гуманітарне право не передбачає можливості виключення з-під його захисту окремих категорій осіб, то такий захист носить абсолютний характер.

### Література

1. Давид Е. Принципи права вооруженных конфликтов. – М., 2000. – 720 с.
2. Репецкий В.М., Міжнародне гуманітарне право. / В.М. Репецкий, В.М. Лисик. – К.: «Знання», 2007. – 467 с.
3. Rosenblad E. Guerrilla Warfare and International law. // Revue de droit penal militaire et de droit la guerre. – 1973. – N. 12. – P. 90-102.
4. Kellenberger J. International Humanitarian Law at the beginning of 21st Century/ The Two Additional Protocols to the Geneva Conventions: 25 years later [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ihl.org/ihl/Documents/2002%20-%20The%20two%20Additional%20Protocol%2025%20years%20later.pdf>.
5. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2 т. Т. 2. – М.: Зерцало, 2008. – 432 с.
6. Дополнительный к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) // Международное гуманитарное право в документах. – М., 1996. – С. 334–407.
7. Duffy H. The «War of Terror» and the Framework of International Law. – Cambridge, 2005. – P. 228-229.
8. Женевская конвенция об обращении с военнопленными // Международное гуманитарное право в документах. – М., 1996. – С. 194–265.
9. Hilly Moodrick- Even Khen Unlawful Combatants or Unlawful Legislation? An Analysis of the Imprisonment of Unlawful Combatants Law. Jerusalem, Israel Democracy Institute, 2005. – 50 p.
10. Hoffman, M. H. Terrorists are Unlawful Belligerents, not Unlawful Combatants: A. Distinction with Implications for the Future of International Humanitarian Law. // Case Western Reserve Journal of International Law. – 2002. – Vol. 34. – P. 227–230.
11. Ex Parte Quirin et al. v. Cox, 317 U.S. 1 (1942) / U.S. Supreme Court report [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=317&invol=1>.
12. Baxter R. So-Called unprivileged belligerency: Spies, Guerrillas, and Saboteurs. // British Yearbook of International Law. – 1951. – Vol. 28. – P. 320–343.
13. Короткий Т.Р. Генезис понятия и статуса участников вооруженных конфликтов // Российский ежегодник международного права – 2009. Специальный выпуск. – Санкт-Петербург, 2010. – С. 267-285.
14. UN Doc. S/Res/1368(2001).
15. Rumsfeld v. Padilla. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES [Електронний ресурс]. – Режим



- доступу : <http://www.law.duke.edu/publiclaw/supremecourtonline/certgrants/2003/rumvpad.html>.
16. Hamdi Et Al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense, Et Al. Supreme Court of The United States [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/03-6696P.ZS>.
  17. Гассер Х.-П. Запрет на акты террора в международном гуманитарном праве. – М.: МККК, 2000.
  18. Marcinko M. Wybrane aspekty walki z terroryzmem w prawie miedzynarodowym. – Deblin, Wydawnictwo WSOSP, 2008. – P. 132–133.
  19. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) // Международное гуманитарное право в документах. – М., 1996. – С. 408–417.
  20. Комментарий к Дополнительному протоколу II. – М.: МККК, 2000. – 303 с.
  21. Dörmann K. Legal situation of unlawful/unprivileged combatants // International review of the Red Cross. – 2003. Vol. 85. – P. 45-74.
  22. Abbot Z. K. Terrorists: Combatants? Criminals? or...? – The Current State of International Law./ The Measure of International Law: Effectiveness, Fairness and Validity. – Hague, London, New York, 2004. – P. 383.
  23. IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War – Commentary. Geneva, 1958. – P. 51.
  24. Prosecutor v. Delalic. Case No.: IT-96-21-T Judgement (Trial Chamber). 16 November 1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116\\_judg\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf).
  25. Prosecutor v Tadic. Case No.: IT-94-1-A Judgment (Appeals Chamber). 15 July 1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.
  26. Pejic J. The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye // International Review of the Red Cross. – N 881. – P. 189-225.
  27. Meron T. The Geneva Convention as Customary law // American Journal of International Law. – 1987. – Vol. 81. – P. 356.
  28. Military and paramilitary activities in and against Nicaragua // ICJ Report. – 1986. – P. 218.
  29. Henckaerts J.-M., Doswald-Beck L. Customary international humanitarian law. - Cambridge University Press. – 628 p.
  30. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. – Commentary [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750055?OpenDocument>.

### Анотація

**Ольшанецька С. В. Правовий статус незаконних комбатантів.** – Стаття.

Досліджено особливості правового статусу осіб, які беруть участь у збройному конфлікті, не маючи на це права. Охарактеризовано основні категорії учасників збройних конфліктів, такі як комбатанти, некомбатанти, цивільне населення, проаналізовано їх правовий статус. Визначено, що в залежності від конкретної ситуації незаконному комбатанту повинен бути наданий статус або комбатанта, або цивільної особи.

*Ключові слова:* незаконний комбатант, учасники збройних конфліктів, комбатанти, некомбатанти, цивільне населення, збройний конфлікт.

### Аннотация

**Ольшанецкая С. В. Правовой статус незаконных комбатантов.** – Статья.

Исследованы особенности правового статуса лиц, участвующих в вооруженном конфликте, не имеющих на это права. Охарактеризованы основные категории участников вооруженных конфликтов, такие как комбатанты, некомбатанты, гражданское население, проанализирован их правовой статус. Определено, что в зависимости от конкретной ситуации незаконным комбатантам должен быть предоставлен статус либо комбатанта, либо гражданского лица.

*Ключевые слова:* незаконный комбатант, участники вооруженных конфликтов, комбатанты, некомбатанты, гражданское население, вооруженный конфликт.

### Summary

**Olshanetska S. W. Legal status of unlawful combatants.** – Article.

The peculiarities of the legal status of persons involved in armed conflict with no right to it. The basic categories of armed conflict, such as – combatants, non-combatant, civilian population, their legal status is analyzed. Determined that, depending on the specific situation of illegal combatants should be accorded the status of combatant or civilian.

*Key words:* unlawful (illegal) combatant, members of armed conflict, combatants, not combatants, civilians, armed conflict.