

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ФАКУЛЬТЕТ МІЖНАРОДНИХ ВІДНОСИН
Кафедра міжнародного права та порівняльного правознавства

ДОПУСТИТИ ДО ЗАХИСТУ

Завідувач кафедри

_____ Т. Р. Короткий

« ____ » _____ 2021 р.

ДИПЛОМНА РОБОТА
ВИПУСКНИКА ОСВІТНЬОГО СТУПЕНЯ
«БАКАЛАВР»
спеціальності 293 «Міжнародне право»

**Тема: ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ РІШЕННЯ ЄСПЛ У СПРАВІ НОМЕР
38263/08 ГРУЗІЯ ПРОТИ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ**

Виконавець: Никифрук Микола Миколайович

Керівник: к.ю.н., завідувач кафедри Короткий Тимур Робертович

Нормоконтролер: викладач Головатенко Марина Юріївна

Київ, 2021

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ	3
ВСТУП	4
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА УМОВ ТА ОБСТАВИН ЗВЕРНЕННЯ ГРУЗІЇ ПРОТИ РФ В ЄСПЛ	
1.1. Міжнародно-правова кваліфікація міжнародного збройного конфлікту у Грузії 2008 р.....	9
1.2. Міжнародно-правовий аналіз наслідків міжнародного збройного конфлікту в Грузії 2008 р.....	17
РОЗДІЛ 2. РІШЕННЯ ЄСПЛ ЩОДО ЮРИСДИКЦІЇ ПО СПРАВІ ГРУЗІЇ ПРОТИ РФ (II)	
2.1. Позиція ЄСПЛ щодо юрисдикції Росії над територіями Грузії під час активної фази бойових дій.....	23
2.2. Інші позиції ЄСПЛ у справі Грузія проти РФ (II) стосовно юрисдикції.....	35
2.3. Вплив рішення ЄСПЛ у справі Грузія проти РФ (II) на спори між Україною і Росією у ЄСПЛ.....	40
РОЗДІЛ 3. ХАРАКТЕРИСТИКА РІШЕННЯ ЄСПЛ ПО СУТІ СПРАВИ ГРУЗІЇ ПРОТИ РФ (II)	
3.1. Порушення прав людини після активної фази бойових дій в період міжнародного збройного конфлікту на території Грузії 2008 року.....	45
3.2. Поводження із затриманими особами та військовополоненими в період міжнародного збройного конфлікту на території Грузії 2008 року.....	51
3.3. Свобода пересування переміщених осіб в період міжнародного збройного конфлікту на території Грузії 2008 року.....	54
ВИСНОВКИ	58
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	62

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

ЄКПЛ, Конвенція – Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод;

ЄСПЛ, Суд – Європейський Суд з прав людини;

ЖК – Женевська Конвенція;

МГП - Міжнародне гуманітарне право;

МППЛ – Міжнародне право прав людини;

РЄ – Рада Європи;

ПАРЄ – Парламентська асамблея Ради Європи;

ЄС – Європейський союз;

ООН – Організація Об'єднаних націй;

СРСР – Союз Радянських Соціалістичних Республік;

СНД – Співдружність Незалежних Держав;

РБ – Рада Безпеки;

НАТО – Організація Північноатлантичного договору;

УВКБ – Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй у справах біженців;

КЛРД – Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації;

МС – Міжнародний Суд ООН;

КПП – контрольно пропускний пункт.

ВСТУП

Актуальність обраної теми дослідження. 21 січня 2021 року Велика палата Європейського Суду з прав людини винесла рішення по справі номер 38263/08 Грузія проти Росії (II). Воно є безперечно важливим як для Грузії, так і для України в спорі з Росією, і в інших схожих міжнародних спорах. І хоча це безумовно позитивне рішення для Грузії, воно не є однозначним.

У 2008 році стався конфлікт в Південній Осетії та Абхазії за участю держав Грузії і Росії, а також збройних сил де-факто влади Південної Осетії та Абхазії. В період збройних конфліктів спеціальною галуззю являється саме МГП, але по-перше, не існує постійного міжнародного Суду, що розглядає індивідуальні скарги на порушення МГП і по-друге, По-друге Конвенція, охоплює деякі права і свободи, які не гарантовані або не так широко висвітлюються в МГП і по-третє, в МГП немає механізмів компенсації.

І хоч МГП є спеціальною галуззю права підчас конфліктів, право прав людини і Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року також застосовується. Таким чином, ЄСПЛ може розглядати порушення прав людини у контексті конфліктів і у цього є значна практика, це, наприклад Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства, Ісаак проти Туреччини, Пад проти Туреччини та інші. Можна виділити справу Катан та інші проти Молдови та Росії, де Суд удосконалив концепцію «ефективного контролю», цю концепцію Суд застосовував і до справи Грузія проти Росії (II).

Щодо самого рішення, то судді визнали Росію відповідальною за ряд порушень ЄКПЛ, включаючи незаконні вбивства, тортури, довільні затримання, грабежі і руйнування домів в цілих сіл під час вторгнення в Абхазію і Південну Осетію в серпні 2008 року і подальшого збройного конфлікту і окупації.

Та що стосується періоду активної фази бойових дій, то Суд вирішив, що він немає юрисдикції щодо порушень, які сталися в цей період. 6 суддів були не згодні з даним рішенням. Серед них, влучно висловився суддя Альбукерке із звинуваченням в «морально і юридично неспроможній позиції Суду з питанням щодо юрисдикційного порогу», яке пророкує, що «перед Судом постане складне завдання з відновлення збитку, нанесеного його авторитету даним рішенням».

Хоч в рішенні по суті все набагато більш однозначно і Суд притримується своєї попередньої практики, все ж необхідно розглянути, так як Україна зокрема звинувачує Росію в тих же порушеннях прав людини, що і Грузія. Це порушення таких статей Конвенції, як статті 2 «право на життя», статті 3 «заборона катування», статті 5 «право на свободу та особисту недоторканність» статті 8 «право на повагу до приватного і сімейного життя», а також інші права які будуть розглядатися в цій роботі.

Теоретичні та практичні аспекти питання аналізу рішення ЄСПЛ у справі Грузія проти Росії (II), питання юрисдикції Суду, а також МГП відображені у працях низки **вчених**.

До зарубіжних вчених, які розробляли й підтримували дане питання, праці та ідеї яких були використані при написанні даного дослідження, насамперед потрібно віднести таких юристів міжнародників: М. Міланович, К. Дзегцаров, В. Калін, Л. Досвальд-Бек, С. Альверуман, Ж. М. Хенкертс, П. Ліч, Д. Касалін, Д. Гаврон.

Серед українських вчених було використано роботу А. Моїсеєвої.

Зокрема ними було досліджено такі питання як: екстериторіальна юрисдикція Суду, вплив досліджуваного рішення на майбутню практику Суду, зокрема стосовно України в спорах з Росією, застосування судом юрисдикції підчас збройного конфлікту та на етапі окупації.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, які виникають у сфері захисту прав людини, зокрема екстериторіально у зв'язку з міжнародними збройними конфліктами.

Предметом дослідження виступають правові позиції Європейського суду з прав людини в сфері екстериторіальної юрисдикції та застосування норм Конвенції у контексті міжнародного збройного конфлікту.

Мета і завдання дослідження. Метою роботи є комплексний Рішення ЄСПЛ Грузія проти Росії (II), а також теоретичне висвітлення та виявлення особливостей правових позицій Європейського Суду з прав людини щодо екстериторіальної юрисдикції та застосування норм Конвенції у контексті міжнародного збройного конфлікту.

Поставлена мета зумовила необхідність вирішення наступних завдань:

- надати міжнародно-правову кваліфікацію міжнародного збройного конфлікту у Грузії 2008 року;
- надати міжнародно-правовий аналіз наслідків міжнародного збройного конфлікту в Грузії 2008 року;
- дослідити рішення ЄСПЛ щодо юрисдикції Росії над територіями Грузії підчас активної фази бойових дій;
- дослідити позиції Суду щодо юрисдикції Росії після активної фази бойових дій, юрисдикції стосовно захоплених військовополонених та цивільних осіб, а також юрисдикції щодо обов'язку розслідувати можливі порушення права на життя;
- вивчити вплив рішення ЄСПЛ у справі Грузія проти РФ (II) на спори між Україною і Росією у ЄСПЛ;
- дослідити рішення Суду щодо порушень прав людини після активної фази бойових дій в період міжнародного збройного конфлікту на території Грузії 2008 року;

- дослідити рішення Суду щодо поводження із затриманими цивільними особами та військовополоненими в період міжнародного збройного конфлікту на території Грузії 2008 року;

- дослідити рішення Суду щодо свободи пересування переміщених осіб в період міжнародного збройного конфлікту на території Грузії 2008 року.

Методологічну основу роботи склали філософські, загальнонаукові та спеціальні методи, які у своєму органічному поєднанні допомогли досягти виконання поставлених завдань.

Світоглядно-методологічним підґрунтям дослідження послуговував діалектичний загальнонауковий метод, який застосовано до вивчення динаміки, характеристики та значення правових позицій Суду, щодо екстериторіальної юрисдикції у зв'язку з міжнародним збройними конфліктами.

Серед загальнонаукових методів важливу роль відіграв системний, за допомогою якого здійснювались, зокрема, аналіз положень ЄКПЛ і рішень Суду.

Особливого значення у дослідженні набули спеціально-наукові методи, зокрема: метод тлумачення юридичних норм, використаний для дослідження змісту Конвенції 1950 р. і змісту прецедентних рішень Суду, порівняльно-правовий метод, застосований, зокрема, для визначення спільного й відмінного у правових позиціях Суду у сфері екстериторіальної юрисдикції у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом та метод узагальнення судової практики.

Теоретичне та практичне значення. Проблема порушення прав людини підчас активної фази бойових дій та після активної фази бойових дій особливо актуальна для теперішньої ситуації в Україні. На даний момент Україна подала в ЄСПЛ декілька позовів проти Росії, вони стосуються порушень прав людини на тимчасово окупованих територіях Сходу України та Криму. Аналіз необхідний для визначення майбутньої практики Суду в схожих ситуаціях.

Апробація результатів дослідження. Окремі наукові результати дослідження були апробовані та опубліковані у межах наступних науково-практичних конференцій, круглих столів та семінарів:

- «Визнання ЄСПЛ «ефективного контролю» Росії над окупованою територією Грузії після закінчення активної фази бойових дій» (Збірник тез доповідей Науково-практичної конференції присвяченої проблематиці захисту прав людини в умовах збройного конфлікту 15.04.2021, Київ);

- «Рішення ЄСПЛ в справі номер 38263/08 Грузія проти Росії стосовно юрисдикції Росії над територіями Грузії підчас активної фази бойових дій» (Міжнародна науково-практична конференція «Актуальні питання розвитку юридичної науки та практики 21.05.2021, КНУ).

Структура роботи обумовлена її метою, завданнями та предметом дослідження. Дипломна робота складається із переліку умовних скорочень, вступу, трьох розділів, якими охоплюються дев'ять підрозділів, висновків та списку використаних джерел (67 найменувань). Загальний обсяг дипломної роботи – 71 сторінки, у тому числі список використаних джерел – 9 сторінок.

РОЗДІЛ 1.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА УМОВ ТА ОБСТАВИН ЗВЕРНЕННЯ ГРУЗІЇ ПРОТИ РФ В ЄСПЛ

1.1. Міжнародно-правова кваліфікація міжнародного збройного конфлікту у Грузії 2008 року

У цьому розділі аналізується збройний конфлікт 2008 року в Південній Осетії за участю держав Грузії і Росії, а також збройних сил де-факто влади Південної Осетії та Абхазії. У серпні 2008 року цей конфлікт на кілька коротких днів потрапив в заголовки ЗМІ, але його коріння сягає в розпад Радянського Союзу і роки тліючої напруженості і військових дій, що виникали час від часу в регіоні. Він зробив великий вплив на життя людей, що живуть в регіоні - наслідки, які продовжуються і до цього дня, особливо для тисяч внутрішньо переміщених осіб, і які будуть зберігатися протягом багатьох років.

Цей розділ необхідний для повного і всестороннього розкриття теми дипломної роботи. Розуміння історичного контексту, подій, які призвели до війни в Грузії 2008 року, окупації двох районів Грузії і численні порушення прав людини і міжнародного гуманітарного права необхідні для розуміння причин звернення Грузії в ЄСПЛ, чіткого розуміння рішення Суду, його аргументації в тому чи іншому питанні. Також, що немало важливо, історична складова необхідна для порівняння подій у Грузії 2008 року, порушення прав людини і рішення суду з подіями, що сталися в Україні після 2014 у зв'язку із агресією РФ і продовжуються до тепер, а також можливі перспективи застосування цього прецеденту у майбутніх провадженнях України проти Росії.

Як вже було сказано, розпад СРСР створив умови для розуміння конфлікту в Грузії. У 1991 році Грузія виступила з декларацією незалежності, а потім в

липні 1992 року була прийнята в ООН; Розпад СРСР призвів до тиску що вів до подальшого поділу країни за межі п'ятнадцяти колишніх республік. Сепаратисти в Південній Осетії (автономна область Грузії) і Абхазії (інша автономна республіка Грузії) домагалися незалежності від Грузії, і зіткнення з грузинськими силами в цих регіонах почалися в 1989 році. Побоювання за майбутнє цих регіонів проявилися тоді, коли Грузія здобула незалежність, а їх автономний статус опинився під загрозою в зв'язку з оголошенням Грузії про повернення до своєї Конституції 1921 року.

У 2008 році в Південній Осетії почався конфлікт. Населення цього регіону складалося приблизно з двох третин етнічних осетин, а решта були в основному грузинами та росіянами. На момент розпаду СРСР населення даного регіону становила приблизно 10 000 чоловік; потім, до 2007 року, населення скоротилося до 7 000 чоловік, а в 2016 році склало близько 54 000 чоловік. За оцінками, до 2008 року переважна більшість населення мала російські паспорти [47, с. 147-176]. З 1992 року Південна Осетія користується значним ступенем автономії. У 1992 і 2006 роках в ній відбулися референдуми, які в переважній більшості підтримали незалежність. Після серії жорстоких зіткнень в 1991 році, Росія порушила перемир'я між Південною Осетією і Грузією, а 24 червня 1992 Росія і Грузія уклали «угоду про принципи врегулювання грузинсько-осетинського конфлікту» (Сочинську угоду) [15]. Сторони домовилися про розміщення під російським командуванням сил з підтримки миру чисельністю 1500 чоловік, що складаються з трьох батальйонів російських, грузинських і північноосетинських військ; на них було покладено завдання спостерігати за дотриманням угоди про припинення вогню, відновлювати мир і підтримувати правопорядок.

Розпад СРСР також призвів до конфлікту 1992-93 років. в Абхазії, населення якої в 1989 р становило близько 500 тис. чоловік. У той час абхази

складали лише п'яту частину населення, половина - етнічні грузини, а більше 10% - етнічні росіяни. Грузія направила війська, щоб затвердити свій контроль над регіоном, але вони були вигнані абхазькими військами. Багато етнічних грузини були вигнані або втекли під час і після конфлікту 1992-93 років [60, с. 2]. 14 травня 1994 р Грузія і Абхазія погодилися з Московською угодою про припинення вогню і роз'єднання сил («Московська угода») [53], що передбачає розгортання миротворчих сил Співдружності Незалежних Держав (СНД) в становили 3000 російських військовослужбовців [63]. Відповідно до Протоколу до Московської угоди, миротворчі сили СНД повинні були підтримувати режим припинення вогню і здійснювати нагляд за дотриманням положень Московської угоди про зону безпеки між сторонами і про зону обмеженого доступу до зброї.

Однак мали місце неодноразові порушення режиму припинення вогню. Крім того, переміщені особи не змогли повернутися і не було досягнуто ніякого прогресу в справі політичного врегулювання. Рада Безпеки (РБ) висловила співчуття у зв'язку з відмовою Абхазії обговорити це питання [64]. РБ в своїх резолюціях щодо Абхазії неодноразово закликала до поваги незалежності і територіальної цілісності Грузії. Відповідно до цього Рада глав держав СНД в 1996 році видала Рішення про заходи щодо врегулювання конфлікту в Абхазії, Грузія, підтверджує їх зобов'язання не підтримувати сепаратистські режими, не встановлювати з ними політичні, економічні або інші відносини, а також не чинити їм економічну, фінансову або військову допомогу [52].

Ситуація загострилася після обрання президентом Грузії Михайла Саакашвілі в 2004 році після Революції троянд в кінці 2003 року. Він прагнув відновити контроль Грузії над двома регіонами і звинуватив Росію в наданні підтримки сепаратистам. За оцінками, до 2008 році від 50% до 80% абхазького населення мали російські паспорти [47, с. 147-176]. Відбувалася ескалація

зіткнень між сепаратистами і грузинськими силами 17, і в 2007 і 2008 рр. напруженість продовжувала зростати [47, с. 17].

Президент Саакашвілі також працював над налагодженням більш тісних відносин із Заходом. Він прагнув вступити в НАТО для Грузії та отримував велику допомогу від Сполучених Штатів, включаючи великомасштабні військові програми «навчання і оснащення» [48, с. 8]. Під його керівництвом Грузія значно збільшила свої військові витрати. Розпад СРСР і закінчення Варшавського договору поставили під сумнів майбутнє НАТО як організації колективної самооборони і її відносини з Росією. Розширення НАТО на колишні країни Східного блоку і колишні Балтійські республіки Росія сприймала, як загрозу для свого становища в регіоні, можливості впливу на сусідні держави, і це посилювалося в квітні 2008 року, коли НАТО вирішило, що членство в принципі відкрито для Грузії [48, с. 17].

Іншою важливою частиною картини стало одностороннє проголошення незалежності (ОПН) Косово в лютому 2008 року [48, с. 35]. Як відмічається в деяких наукових роботах, Росія пов'язала прецедент Косово з Південною Осетією і Абхазією: вона попередила, що ОПН створить небезпечний прецедент. Пізніше, в березні 2008 р, Росія вийшла з Рішення СНД 1996 про заходи щодо врегулювання конфлікту в Абхазії (Грузія), заявивши, що вона «вважає за необхідне коригування політики Російської Федерації в світлі одностороннього проголошення незалежності Косово». Вона санкціонувала прямі відносини з абхазькою та південноосетинською владою, «щоб підтримати російських громадян і місцеве населення проти агресивних намірів Грузії». Грузія висловила протест, заявивши, що ця акція продемонструвала намір Росії анексувати Абхазію і Південну Осетію [58, с. 7-8]. Саме на цьому тлі в 2008 році в Південній Осетії вибухнув конфлікт, який після багатьох років напруженості і зіткнень поширився і на Абхазію. У квітні 2008 року Росія збільшила чисельність сил СНД

в Абхазії на 525 військовослужбовців [47, с. 10]. Грузія зажадала їх негайного виведення і припинення участі Росії в силах СНД. Було повідомлення про ряд порушень Московського угоди 1994 роки як Росією, так і Грузією. Росія звинуватила Грузію в підготовці до неминучого застосування сили в Абхазії; Грузія звинуватила Росію в переслідуванні анексії Абхазії [47, с. 75].

Тим часом, в Південній Осетії також наростала напруженість, про що свідчать перестрілки між південними осетинами і грузинами, прольоти Грузії і Росії, а також військові навчання як Грузії, так і Росії в липні і на початку серпня 2008 року. Нарешті, в серпні 2008 року вибухнув конфлікт, який призвів до прямих зіткнень між російськими і грузинськими військами [47, с. 204-209].

Що стосується початку конфлікту, то в даний час встановлено, що в ніч на 7 серпня 2008 року в 23:00 Грузія здійснила великий ракетно-артилерійський обстріл столиці Південної Осетії Цхінвалі [47, с. 242]. В ході цього нападу частина російських військовослужбовців, що знаходилися в Цхінвалі в складі сил підтримання миру, створених відповідно до Сочинської угоди, була поранена, а також убита. Воєнні дії Грузії не було вжито у відповідь на попереднє вторгнення Росії через Рокський тунель, що зв'язує Росію і Південну Осетію, як намагалася стверджувати Грузія. Росія відповіла застосуванням сили через дванадцять годин після грузинських дій. Вона направила війська і танки через Рокський тунель, і конфлікт поширився за межі Південної Осетії на решту території Грузії. Бої в Цхінвалі тривали протягом трьох днів, що призвело до серйозних руйнувань [47, с. 209-211].

Президент Медведєв заявив, що Російська Федерація здійснювала своє право на самооборону відповідно до статті 51 Статуту ООН і відповіла на напад Грузії на своїх миротворців в Цхінвалі, чия присутність в регіоні було засновано на Сочинській угоді про припинення вогню 1992 року [65, с. 5].

Конфлікт також поширився на Абхазію 9 серпня. Абхазькі сили за підтримки Росії здійснювали напади на грузинські сили і витісняли їх з Абхазії [61, с. 34]. Росія мобілізувала Чорноморський флот; російські військово-повітряні сили атакували грузинські воєнні цілі. Вона проводила рейди на територію Грузії з метою знищення військових баз. В результаті бомбардування Потійського чорноморського порту були знищені кораблі та військова техніка грузинських військово-морських сил. В цілому було вбито близько 850 чоловік і 100 000 цивільних осіб змушені були тікати [48, с. 5].

9 серпня 2008 року президент Грузії Саакашвілі оголосив воєнний стан на всій території Грузії на п'ятнадцять днів [65, с. 5]. Факт цього оголошення було доведено грузинською стороною до відома Генерального секретаря Ради Європи в вербальній ноті на наступний день, в якій також йшлося про те, що не було допущено жодного порушення прав, передбачених ЄКПЛ [65, с. 5].

Повідомлялося, що грузинські війська почали виведення військ з Південної Осетії на підконтрольну Грузії територію 10 серпня 2008 року. Однак російські війська продовжували операції як в Південній Осетії, так і на підконтрольній території Грузії після 10 серпня 2008 року [46, с. 25].

12 серпня 2008 року президент Саркозі, в той час голова Ради Європейського Союзу, запропонував мирну ініціативу у вигляді плану примирення з шести пунктів [8]. Однак, незважаючи на офіційну заяву про те, що російські війська припинили всі бойові дії в цей день, є підстави вважати, що російські війська продовжували просуватися на територію Грузії аж до 15 серпня 2008 року. Окрема військова операція російських військ була проведена і в Абхазії, в результаті чого було окуповано кілька міст в цьому регіоні [46, с. 25].

Проте, план припинення вогню Європейського Союзу був підписаний Грузією і Росією 15 і 16 серпня 2008 року відповідно. Умови припинення вогню

включали відведення грузинських військ на «свої бази» і російських військ на «рубежі, які вони займали до початку бойових дій» [46, с. 25].

Однак Росія завершила виведення своїх військ з рештою Грузії тільки в кінці року, вимагаючи, щоб грузинські війська повернулися на свої бази до того, як вони будуть виведені. Тим часом Росія зберегла війська в Південній Осетії і Абхазії. Також, не виконується пункт угоди, під яким, утім, не підписався грузинський лідер - той, який передбачав початок міжнародного обговорення майбутнього статусу Південної Осетії й Абхазії [14].

26 серпня 2008 року Російська Федерація визнала Південну Осетію і Абхазію як незалежні, суверенні держави [46, с. 26] - крок, який не був підтриманий міжнародним співтовариством за винятком Нікарагуа та Венесуели у вересні 2009 року.

28 серпня РБ провела засідання на прохання Грузії, через два дні після того, як Росія визнала Південну Осетію і Абхазію як незалежні держави [67, с. 1].

Західні держави стверджували, що визнання Росією Південної Осетії і Абхазії виявило її справжні мотиви - розчленування Грузії. Сполучені Штати, Франція і Великобританія оскаржили дії Росії як незаконну спробу перекроїти кордони за допомогою сили [67, с. 9, 12, 14]. У відповідь Росія провела порівняння з Косово: якщо Косово мало право проголосити незалежність після (незаконного) застосування сили державами НАТО, то і Південна Осетія і Абхазія теж [67, с. 19]. Великобританія відкинула це порівняння, заявивши, що операція НАТО в Косово є багатонаціональною операцією, спрямованою на запобігання насувається гуманітарного кризи для досягнення цілей, поставлених Радою Безпеки [67, с. 24]. Кілька інших держав висловили аналогічні занепокоєння [67, с. 12].

Також, в наслідок конфлікту, 12 серпня 2008 р. Грузія звернулася в Міжнародний Суд ООН у зв'язку з діями Росії на її території, що суперечать

Міжнародній конвенції про ліквідацію усіх форм расової дискримінації. Грузія стверджувала, що «Російська Федерація, через свої державні органи, державних агентів та інших осіб і організацій, що здійснюють державну владу, а також через південно-осетинські і абхазькі сепаратистські сили та інших агентів, що діють за вказівкою і під керівництвом і контролем Російської Федерації, несе відповідальність за серйозні порушення своїх основних зобов'язань по КЛРД, включаючи статті 2, 3, 4, 5 і 6» [18, с. 5].

Грузія подала скаргу на основі статті 22 КЛРД «Всякий спір між двома або кількома державами-учасниками стосовно тлумачення чи застосування цієї Конвенції, який не розв'язано шляхом переговорів або процедур, спеціально передбачених у цій Конвенції, передається на вимогу будь-якої із сторін у цьому спорі на розгляд Міжнародного Суду, якщо сторони в спорі не домовилися про інший спосіб урегулювання» [11].

Росія висунула попередні заперечення проти юрисдикції Суду. По-перше, Росія стверджувала, що між сторонами не було спору за змістом статті 22 [18, с. 15]. По-друге, що процесуальні вимоги для звернення до статті 22 не були виконані [18, с. 54].

По першому заперечення Суд прийшов до висновку, що між сторонами існує спір про дотримання Росією Конвенції КЛРД. Тому перше заперечення Росії було відхилено [18, с. 54]. Однак Суд підтримав друге заперечення Росії на тій підставі, що процедурні вимоги статті 22, зокрема, про попередні спроби переговорів, не були виконані. Таким чином, Суд відмовився від своєї юрисдикції [18, с. 140].

Офіційні джерела як Росії, так і Грузії оголосили рішення суду перемогою. У заяві Міністерства закордонних справ Російської Федерації від 1 квітня 2011 року говориться, що «Суд погодився з запереченнями і доводами Російської Федерації проти розгляду справи по суті. Російська сторона задоволена

прийнятим Судом рішенням». У той же день Міністерство закордонних справ Грузії повідомило на своєму сайті, що «найважливішим у вирішенні є той факт, що Суд взяв до уваги основний аргумент Грузії, зокрема, юридично визнав і підтвердив, що стороною конфлікту між Грузією і Росією є Російська Федерація, а не якийсь інший третій суб'єкт». Доречі, і Грузія і Росія назвали своєю перемогою рішення ЄСПЛ у справі Грузія проти Росії (II).

В цьому світлі, як нам здається, Грузія обрала для спору з Росією саме цю конвенцію в силу особливостей юрисдикції МС. І так як ця стаття 22 КЛРД зобов'язує перед зверненням до МС обирати інші методи урегулювання, на що і посилалася Росія, і що підтвердив МС, основною метою Грузії було не виграти справу, а добитися визнання МС того, що це саме Росія воює на її території, що це міжнародний збройний конфлікт.

Можна зробити висновок, що за Росія роками накопичувала вплив в регіоні, через військову присутність, паспортизацію населення та призначення на основні посади громадян Росії. З іншого боку Грузія прагнула відновити контроль над своїми територіями. Через наростання протиріч та напруження, що було з самого розпаду СРСР спалахнув конфлікт в 2008 році.

1.2. Міжнародно-правовий аналіз наслідків міжнародного збройного конфлікту в Грузії 2008 року

З 15 серпня 2008 року російські війська почали виводити війська з території підконтрольної Грузії, покинувши місто Горі 22 серпня 2008 року, але створивши на північ від міста 20-кілометрову «буферну зону», що знаходиться під контролем російських військ. У багатьох повідомленнях про конфлікт територія на північ від міста Горі «між Цхінвалі і КПП в Каралеті» називається «буферною зоною» [65, с. 7], що означає територію, прилеглу до Південної Осетії і тягнеться

до КПП в селі Каралеті (приблизно в 7 км на північний захід від міста Горі). Буферна зона була створена російськими збройними силами. В'їзд і виїзд цивільних осіб в цю зону регулювався за допомогою військових контрольно-пропускних пунктів. Грузинської поліції було відмовлено в доступі [46, с. 25-26].

Те, що російські збройні сили окупували і де-факто здійснювали контроль над цим регіоном, було визнано рядом міжнародних органів та неурядових організацій, включаючи Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй у справах біженців (УВКБ) [66], Комісара Ради Європи з прав людини [65, с. 16] та інші. Крім того, численні джерела, включаючи міжнародні органи, такі як Комісар Ради Європи з прав людини та інші, повідомляли про широкомасштабні грабежі, навмисні підпали будинків та інших споруд, напади, знущання та інші порушення прав цивільного населення, що здійснюються південноосетинськими нерегулярними ополченцями і бандами в «буферній зоні» [65, с. 3, 16]. У ряді цих доповідей Російська Федерація піддавалася критиці за її нездатність запобігти масові порушення прав людини і підтримувати порядок в «буферній зоні», яка перебувала під фактичним контролем Російської Федерації [65, с. 16].

Гуманітарна ситуація в «буферній зоні» розглядалася Комісаром Ради Європи з прав людини в цей період в його «Шести принципах термінового захисту прав людини і гуманітарної безпеки»: Проблема «поліцейського вакууму» в так званій «буферній зоні» між Цхінвалі і Каралеті повинна бути вирішена в терміновому порядку» [65, с. 3]. На початку вересня 2008 р Комісар з прав людини повідомив, що після первинних нападів на Цхінвалі та на грузинські села в Південній Осетії, «беззаконня поширилося в «буферній зоні», контрольованої Росією між Цхінвалі і Каралеті, і змусило багатьох осіб поїхати звідти» [65, с. 3]. Комісар далі зазначив, що повернення додому переміщених осіб «затримується для більшості з них, так як безпека не була гарантована», і що

«великі території повинні бути розміновані від касетних бомб, мін та боєприпасів, які тепер загрожують простим людям» [65, с. 3].

Він прийшов, зокрема, до висновку про те, що «необхідно вирішити проблему поліцейського вакууму в буферній зоні... систематичне розмінування повинно здійснюватися в першочерговому порядку... повинна бути вирішена проблема, пов'язана з міжнародним доступом в цей район», і «повинні бути також заплановані зусилля щодо систематичного, об'єктивного збору доказів порушень, вчинених у зв'язку з військовими діями» [65, с. 21].

8 вересня 2008 р. Росія погодилася вивести всі свої збройні сили, розгорнуті за межами Південної Осетії і Абхазії, до 1 жовтня 2008 року, оголосивши при цьому, що вона має намір утримати в Абхазії і Південній Осетії в цілому 7600 військовослужбовців і, по-видимому, порушивши угоди про припинення вогню від серпня 2008 року [46, с. 26]. Також, 9 вересня 2008 року Росія офіційно встановила з Південною Осетією дипломатичні відносини [2], цієї ж дати, Росією було офіційно встановлено з Абхазією дипломатичні відносини [3].

У січні 2009 р ПАРЄ засудила «російську військову присутність і будівництво нових військових баз в сепаратистських регіонах Південної Осетії і Абхазії, а також в Ахалгорському районі, Переві і Верхній Абхазії і в селах, що контролювалися центральним урядом Грузії до початку конфлікту» [59, с. 2], і висловив жаль з приводу «відмови Росії і де-факто влади (окупованих територій) надати доступ спостерігачам Організації з безпеки і співпраці в Європі (ОБСЄ) в Південній Осетії та спостерігачам Європейському Союзу, як в Південній Осетії, так і в Абхазії» [59, с. 2].

У лютому 2009 р південноосетинські сили затримали патруль ОБСЄ по військовому моніторингу за межами адміністративних кордонів Південної Осетії, і південно-осетинські сили зробили попереджувальні постріли по спостерігачам ОБСЄ. У березні 2009 р в результаті вибуху, викликаного міною, був убитий

грузинський поліцейський і ще четверо поранені. Другий вибух стався після прибуття рятувальної групи і поранив ще двох грузинських поліцейських [59, с. 3].

З цього приводу, у квітні 2009 року в доповіді ПАРЄ було, зокрема, зазначено:

«Ми серйозно стурбовані посиленою мілітаризацією регіонів, що відкололися від Росії. Це не тільки порушує угоду про припинення вогню і суперечить вимогам резолюцій 1633 (2008) та 1647 (2009) Асамблеї, а й посилює напруженість в цьому і без того дуже нестабільному регіоні, підриваючи його стабільність.

Росія продовжує утримувати військові сили в Переві, який знаходиться за адміністративними межами Південної Осетії ... міжнародні спостерігачі продовжують повідомляти про напруженість і провокації вздовж адміністративних кордонів» [59, с. 3].

ПАРЄ далі повідомила, що Генеральна прокуратура Грузії почала розслідування умисних порушень міжнародного гуманітарного права в ході і після війни. Однак, на думку грузинської влади, цьому розслідуванню перешкоджає відсутність доступу компетентної грузинської влади в колишню зону конфлікту. ПАРЄ також зазначила, що Слідчий комітет Генеральної прокуратури Росії завершив розслідування геноциду, вчиненого грузинськими військами проти російських громадян, а також злочинів проти російських військових. Заступник глави Слідчого комітету підтвердив, що «комітет не планував починати розслідування передбачуваних порушень прав людини і міжнародного гуманітарного права під час війни російськими громадянами або російськими збройними силами» [59, с. 5]. ПАРЄ, нарешті, зазначила в зв'язку з цим, що жодне з розслідувань «до сих пір не призвело до пред'явлення звинувачень будь-яким особам» [59, с. 6]. ПАРЄ також повідомила, що російська

влада і влада окупованих грузинських територій продовжує відмовляти в доступі спостерігачів ОБСЄ до Південній Осетії, а також до спостерігачів ЄС як до Південній Осетії, так і до Абхазії, «в порушення угоди Саркозі-Медведева і вимог Асамблеї» [59, с. 4-5].

30 квітня 2009 р Президент Росії підписав угоду про співпрацю в галузі охорони державних кордонів, в якому говорилося, що «повноваження з охорони кордонів цих республік, які ці угоди передали Росії, будуть здійснюватися в суворій відповідності з національним законодавством Абхазії і Південної Осетії. Це є вирішальним моментом і підтвердженням національного суверенітету двох республік» [1].

Також в квітні 2009 року організація «Нагляд за правами людини» опублікувала доповідь, в якій був зроблений висновок про те, що багато касетних боєприпасів залишаються на території Грузії і Південної Осетії, і містилася рекомендація про те, щоб як російська, так і грузинська влада «в терміновому порядку ... надали допомогу для проведення розмінування в Грузії, в тому числі, в разі необхідності, в Південній Осетії», а також про проведення «незалежних, неупереджених і ретельних розслідувань у зв'язку із застосуванням ними (Росією і Грузією) касетних боєприпасів і оприлюднення їх результатів» [45, с. 6].

У травні 2009 року, за оцінками УВКБ ООН, близько 30 000 чоловік (в основному етнічні грузини) залишилися переміщеними особами в результаті конфлікту, а в серпні 2009 року організація «Міжнародна амністія» повідомила, що «кілька сотень переміщених осіб, однак, все ще не можуть повернутися до багатьох районів, що прилягають до Південної Осетії, через побоювання за свою безпеку в цьому районі» [16, с. 3]. На момент розгляду ЄСПЛ справи Грузія проти Росії (II), переміщеними особами, по меншій мірі залишалися більше 20 тисяч осіб.

Як видно з даного аналізу, між Грузією та Росією існувала напруга ще з часів розпаду СРСР, що і привело до подій 2008 року. Також видно, що Росія здійснювала економічну, воєнну та політичну підтримку двох сепаратистських регіонів ще до початку конфлікту. Так, ці регіони є повністю залежними від Росії. Також можна відзначити, що офіційною причиною для війни зі сторони Росії був захист громадян Росії на цих територіях, що перекликається з офіційною позицією РФ щодо причин допомоги сепаратистським угрупованням на Сході України, а саме захист російськомовного населення. Ще більші занепокоєння в цьому контексті виникають через паспортизацію населення тимчасово окупованих регіонів України.

Ці численні інциденти між Грузією та Росією також призвели до кількох судових позовів в міжнародні трибунали і органи з прав людини. Справа, що буде розглядатися в дипломній роботі, була другим позовом проти Росії, першим позовом був стосовно висилки громадян Грузії з території Росії, а третій позов стосувався затримання Росією чотирьох дітей в Південній Осетії, але він був відкликаний у зв'язку з поверненням дітей в грудні 2009 року. І справи, яку розглянув МС де було визнано що стороною конфлікту між Грузією і Росією є Російська Федерація.

РОЗДІЛ 2.

РІШЕННЯ ЄСПЛ ЩОДО ЮРИСДИКЦІЇ ПО СПРАВІ ГРУЗІЇ ПРОТИ РФ (II)

2.1. Рішення ЄСПЛ щодо юрисдикції Росії над територіями Грузії під час активної фази бойових дій

Держава, яка ратифікує ЄКПЛ вона бере на себе зобов'язання поважати і забезпечувати повагу прав, що містяться в цьому договорі. В першу чергу держави здійснюють юрисдикцію територіально, в результаті чого вони зобов'язані забезпечувати права людини на своїх територіях, та виникають ситуації, коли держава, в силу тих чи інших причин діє екстериторіально і під її юрисдикцію підпадають особи на території інших країн. Часто такі випадки стаються під час міжнародних збройних конфліктів і це завжди негативно впливає на права людини в регіоні, на якому відбувається конфлікт. Тому необхідно визначити, в яких ситуаціях ЄСПЛ буде визнавати юрисдикцію по сенсу статті 1 ЄКПЛ.

«Юрисдикція», за визначенням Суду, відповідно до статті 1 є пороговим критерієм. Здійснення юрисдикції є необхідною умовою для того, щоб Договірна Держава могла бути притягнуто до відповідальності за дії або бездіяльність, які призводять до твердження про порушення прав і свобод, викладених у Конвенції [31. с, 47].

Також, необхідно сказати про підхід Суду щодо застосування норм Конвенції та норм МГП. Як зазначено в справі Хассана, «Суд неодноразово ясно давав зрозуміти, що Конвенція повинна тлумачитися в гармонії з іншими нормами міжнародного права, частиною яких вона є... Це не в меншій мірі відноситься до міжнародного гуманітарного права» [33, с. 52], та додавив, що Суд

розглядає «взаємозв'язок між двома правовими режимами ... щодо кожного аспекту справи і кожної статті Конвенції» [31, с. 35]. Таким чином, Суд відкинув аргумент Росії про те, що МГП витісняє міжнародне право прав людини (МППЛ) підчас міжнародних збройних конфліктів.

В даному розділі будуть розглядатися такі питання: 1. Рішення Суду щодо юрисдикції Росії над територіями Грузії підчас активної фази бойових дій; 2. Рішення Суду щодо юрисдикції Росії в інших питаннях; 3. Вплив даних рішень на спори між Україною і Росією.

В даній частині справи, Суд вирішував, чи мала Росія юрисдикцію над грузинськими територіями підчас активної фази воєнних дій (8-12 серпня 2008 р.) для того, щоб визначити, чи є прийнятною скарга Грузії, що «воєнні операції (бомбардування, обстріли, артилерійський обстріл) російських збройних сил і (або) південноосетинських сил під час конфлікту порушили статтю 2 Конвенції» [31. с. 39].

У даному підрозділі, ми будемо розглядати наступні питання: 1. Справу Банковича, як ключовий прецедент Суду в даному питанні; 2. Просторову концепцію юрисдикції; 3. Особисту концепцію юрисдикції.

Перш за все було б доречно навести короткий переказ рішення Суду по справі Банковича та інших проти Бельгії та інших номер 52207/99, так як в справі, що ми розглядаємо в даній роботі, Суд в своїй аргументації щодо юрисдикції буде неодноразово посилалися на це своє попереднє рішення. Суду довелося розглядати питання щодо прийнятності заяви, в якій стверджувалося про порушення конвенційних прав в результаті бомбардування будівлі в контексті повітряних ударів НАТО по колишній Федеративній Республіці Югославії, в результаті яких загинуло і було поранено кілька людей [26].

В якості відправної точки при аналізі терміну «юрисдикція» в статті 1, ЄСПЛ вибрав значення, що надається терміну «юрисдикція» в загальному

міжнародному праві. Внаслідок цього ЄСПЛ постановив, що поняття «юрисдикція» обмежується в першу чергу територією держави, при цьому інші підстави для юрисдикції є винятковими [26, с. 15]. Згідно ЄСПЛ, виняткові обставини, які являють собою здійснення екстериторіальної юрисдикції, існують в двох випадках. До них відносяться, з одного боку, випадки, коли «державо-відповідач, здійснюючи фактичний контроль над відповідною територією і її жителями за кордоном внаслідок військової окупації або за згодою, на запрошення або з мовчазної згоди уряду цієї території, здійснює всі або деякі з державних повноважень, зазвичай покладених на цю владу» [26, с. 24]. З іншого боку, діяльність дипломатичних або консульських агентів держави за кордоном і на борту суден і суден, зареєстрованих під прапором цієї держави або плавають під ним, являють собою такі виняткові обставини, як «міжнародне звичаєве право і договірні положення визнали екстериторіальне здійснення юрисдикції відповідною державою» [26, с. 20].

Суд не впевнився в тому, що бомбардування являє собою будь-яку з цих виняткових обставин, що встановлює екстериторіальну юрисдикцію державо-відповідача - члена НАТО. Він відкинув альтернативний підхід заявників до юрисдикції, згідно з яким позитивні зобов'язання щодо забезпечення прав, закріплених в Конвенції, були б відповідні рівню здійснюваного контролю. Замість цього Суд погодилася з відповідачами в тому, що це прирівнювало б юрисдикцію до дії, в результаті чого «будь-яка особа, негативно зачеплена діянням, яке присуджують в провину договірній державі... підпадало б під юрисдикцію цієї держави» [26, с. 21]

Нарешті, в зв'язку з принциповим аргументом заявників про те, що нездатність Суду прийняти рішення на їхню користь буде суперечити публічній місії Конвенції і створить вакуум в системі Конвенції, Суд вказав на регіональний контекст і юрисдикційну простір, в межах якого діє Конвенція. У часто цитованій

частини рішення він додав, що Конвенція «не призначена для застосування в усьому світі» [26, с. 23]. У тих випадках, коли територія, як правило, охоплюється Конвенцією, Суд усвідомлював необхідність уникати прогалів у захисті прав людини. Це міркування, однак, не може бути застосовано до Союзної Республіки Югославії.

Грузія подаючи своє клопотання, могла справедливо сподіватися, що Суд зможе визнати юрисдикцію Росії над окупованими територіями Грузії, по-перше, у Суду вже є практика, яка склалася після Банковича, яка суперечить йому в тому плані, що в ній визнавалось, що здійснення державним агентом сили достатньо для визнання юрисдикційного зв'язку, наприклад, Джалуд, Ісаак та Пад. По-друге, в конфлікті 2008 року, воєнні дії не обмежувалися бомбардуванням, а була фаза вторгнення. По-третє, на відміну від Югославії, і Грузія, і Росія є договірними державами Конвенції [42].

У справі Грузії проти Росії, Суд застосував два тести на юрисдикцію, які він винайшов у справі Банковича: перший, ефективний контроль держави над територією (просторова концепція юрисдикції) і другий тест, «повноваження і контроль» державного агента над фізичними особами (персональна концепція юрисдикції) [31. с, 42].

В справі Катан й інші проти Молдови і Росії, Суд розвив свою попередню практику, що стосується «ефективного контролю» і постановив, що юрисдикція, згідно статті 1 Конвенції, виникає за межами території держави, коли в наслідок законних чи незаконних бойових дій, держава здійснює ефективний контроль над районом за межами своєї території. Звідси і витікає обов'язок забезпечувати в цьому районі права і свободи, які закріплені в Конвенції незалежно від того, чи здійснюється такий контроль військовими силами цієї держави, чи місцевою владою. Більше того, держава, яка здійснює ефективний контроль над певною територією не може посылатися на те, що певне порушення

прав людини було виконане без її прямого наказу. Суд не визнає за необхідне визначати, чи держава, яка діє екстериторіально, здійснює детальний контроль над місцевою адміністрацією, достатньо факту, що ця місцева адміністрація зберігається за її рахунок [28, с. 39].

У цьому ж рішенні, Суд вивів тест, який повинен показати, чи дійсно існує ефективний контроль над територією, Суд, у першу чергу, посилається на силу і вплив військової присутності держави на певній території, але актуальними можуть бути і інші фактори для визначення, такі як: військова, політична та економічна підтримка місцевої підпорядкованої влади, які надають їй контроль над даною територією. [28, с. 39].

У своєму рішенні Суд відкинув можливість застосування просторової концепції юрисдикції: «... під час міжнародного збройного конфлікту, як правило, не можна говорити про «ефективний контроль» над тим чи іншим районом. Сама реальність збройного протистояння і бойових дій між ворожими військовими силами, які прагнуть встановити контроль над районом в умовах хаосу, означає відсутність контролю над районом» [31, с. 47]

Дійсно існує питання чи перешкоджають інтенсивні бойові дії встановленню ефективного контролю над цією територією. Це питання стояло в справі Аль-Скейні, де Палата лордів виявила, що інтенсивне повстання на півдні Іраку означало, що Британія не мала контролю над цією територією, хоча, номінально, Британія була окупаційною державою [44, с. 59].

На думку Марко Мілановича, проблема з рішенням суду виникає саме в його категоричному характері. Цілком зрозуміло, що контроль над територією є дуже мінливим, особливо в коротких проміжках часу на невеликій території, але це цілком реально, що армія, що вторглася, може поступово просуватися і встановлювати свій стабільний контроль над територіями противника, навіть якщо бойові дії все ще відбуваються на окраїнах цих територій. Тим не менш,

якби позиція суду була менш категоричною в даному питанні, то висновок про те, що Росія не мала ефективного контролю над районами, де вились бойові дії, не викликав би так багато питань у вітчизняних та закордонних науковців [55].

Суд вирішує розглянути справу з точки зору персональної моделі юрисдикції. Здійснення державним агентом влади і контролю над особою, яка перебуває за межами території цієї держави, дає підстави для екстериторіальної юрисдикції в області прав людини [24, с. 58-59]. Така форма екстериторіальної юрисдикції найбільш чітко встановлюється в ході операцій по затриманню, коли державні агенти здійснюють фізичний контроль і владу над особою [35, с. 23]. Юрисдикція може також виникати в інших ситуаціях, наприклад, коли державні агенти здійснюють владу і контроль над особою, що проходить через контрольно-пропускний пункт [27, с. 54], або в результаті застосування сили або нападу на нього [36, с. 10].

Суд розглядає ряд справ, які суперечили Банковичу в тому сенсі, що вони визнали просте застосування фізичної сили достатнім для створення юрисдикційної зв'язку, як, наприклад, Джалуд, Ісаак та Пад.

Юрисдикція, встановлена на основі повноважень і контролю державного агента, не обмежується операціями із затримання. Саме здійснення прямого контролю над правами людини окремої особи дає підстави для встановлення юрисдикції. Наприклад, у справі Джалуд проти Нідерландів, Європейський Суд з прав людини ухвалив, що особа, вбита на нідерландському контрольно-пропускному пункті в Іраку, підпадає під юрисдикцію Нідерландів:

«... пан Азхар Сабах Джалуд зустрів свою смерть, коли автомобіль, в якому він був пасажиром, був обстріляний при проїзді через КПП, в якому знаходилися військовослужбовці під командуванням і безпосереднім наглядом офіцера нідерландської королівської армії» [27, с. 64].

Аналогічним чином, у справі Ісаак проти Туреччини Суд постановив, що особа, забита до смерті в буферній зоні Організації Об'єднаних Націй натовпом, в той час як турецькі солдати або брали в цьому участь, або безпристрасно за цим дивилися, підпадає під «повноваження і контроль» турецьких солдат [40, с. 30]. Справа Пад проти Туреччини була визнаною неприйнятною, оскільки внутрішні засоби правового захисту ще не були вичерпані, проте в ухвалі щодо прийнятності було зазначено, що жертви перестрілки з турецького гвинтокрила на півночі Ірану підпали б під юрисдикцію турецької влади, які здійснюють нагляд за діяльністю державних агентів [36, с. 10].

В своєму рішенні, Суд робить спробу провести розмежувати Банковича і попередні приклади:

«Слід визнати, що в інших випадках, що стосуються стрільби, спрямованої збройними силами / поліцією відповідних держав, Суд застосовував концепцію «повноважень і контролю з боку державного агента» щодо окремих осіб в сценаріях, які виходять за рамки фізичних повноважень і контролю, здійснюваного в контексті арешту або тримання під вартою.

Однак ці випадки стосувалися окремих і конкретних дій, пов'язаних з елементом близькості.

Навпаки, активна фаза військових дій, яку Суд повинен розглянути в цій справі в контексті міжнародного збройного конфлікту, дуже різна, оскільки мова йде про бомбардування і артилерійські обстріли, що здійснюються російськими збройними силами з метою змусити грузинську армію вступити в бій і встановити контроль над районами, що входять до складу Грузії» [31, с. 47].

Тобто Суд визнає, що застосування особисто концепції юрисдикції не може обмежуватися тільки ситуаціями арешту і утримання під вартою. Суддя Леггат в Ас-Саадун: «принципова система права прав людини (не може) проводити різницю між убивством людини після його арешту і просто стріляниною в нього,

не заарештувавши його спершу» [62, с. 25]. Як зазначає суддя Альбукерке, «вбивство людини агентами держави являє собою кінцеву форму здійснення контролю» [31 с. 205]. Але потім Суд каже, що ці справи можна розрізнити, оскільки вони «стосувалися ізольованих і конкретних дій, пов'язаних з елементом близькості».

«Елемент близькості» – дуже незрозуміле і складне формулювання, ми знайшли два ймовірних тлумачення цього терміну в роботі доктора Марко Мілановича. Перше ймовірне трактування - разове застосування смертоносною сили - екстериторіальне вбивство, як, наприклад, випадок в Солсбері - в якійсь мірі більшою мірою заслуговує захисту, ніж масоване, систематичне застосування смертоносною сили. Інше трактування - фокус на близькості, тобто на те, що якимось чином ситуація, коли солдат стріляє в когось із пістолета або гвинтівки, або завдає удар ножем, більше заслуговує захисту, ніж бомбардування та артилерійські обстріли. Два ці трактування доктор Міланович не вважає виправданими.

Також судді Юдківська, Войтичека і Чантурія, виразили свою думку щодо «елементу близькості»: «Ми не розуміємо, чому близькість повинна мати значення. У будь-якому випадку, ми відзначаємо, що критерій близькості виконується в даному випадку, коли воєнні операції проводилися поблизу району, що знаходиться під ефективним контролем держави-відповідача. Що ще більш важливо, якщо юрисдикція встановлена у «окремих і конкретних дій», то очевидно, що держава-відповідач здійснює юрисдикцію за змістом статті 1, коли вона проводить великомасштабну операцію, що включає численні дії з далекосяжними наслідками» [31, с. 192].

Суд надає вирішальне значення тому факту, що сама реальність збройного протистояння і бойових дій між ворожими збройними силами, які прагнуть встановити контроль над районом в умовах хаосу, означає не тільки відсутність

«ефективного контролю» над районом, як зазначено вище, але також виключає будь-яку форму «повноважень державного агента і контролю» над індивідумом [31, с. 48].

Суд постановляє, що будь-яка форма персональної юрисдикції виключається на активній фазі міжнародного воєнного конфлікту і виправдовує це «умовами хаосу».

Суд погоджується з Росією, що «цей висновок підтверджується практикою Високих Договірних Сторін не заявляти про відступи згідно зі статтею 15 Конвенції в ситуаціях, коли вони брали участь в міжнародному збройному конфлікті за межами своєї власної території. На думку Суду, це може бути вираженням думки Високих Договірних Сторін про те, що в таких ситуаціях вони не здійснюють юрисдикції за змістом статті 1 Конвенції, і цю позицію також відстоює уряд-відповідач у даній справі» [31, с. 48].

Однак в реальному світі існує безліч політичних та інших пояснень відсутності повідомлення про такий відступ [31, с. 228], і в будь-якому випадку цей аргумент був прямо відкинутий Судом у справі Хассан проти Сполученого Королівства [33, с. 37-42]. В цій справі, Суд ухвалив, що юрисдикція Сполученого Королівства виникає, і ЄКПЛ повинна застосовуватися поряд з МГП, незважаючи на відсутність відступів. Політичні побоювання також виникають у зв'язку з впливом підходу Суду на готовність держави відступати, оскільки це потенційно «підриває сам механізм відступу» [31, с. 228].

Однак, необхідно відзначити, що позиція Суду насправді менш категорична, ніж це може здатися на перший погляд, - не тільки через розпливчате посилення на близькість, а й тому, що пізніше в рішенні він прямо встановив, що на осіб, затриманих на активній фазі військових дій, поширюється дія Конвенції [31, с. 108, 120], та зобов'язав Росію розслідувати можливі порушення прав людини під час активної фази бойових дій [31, с. 139]. Марко

Міланович трактує це, таким чином, що такі ситуації, як операції сил спеціального призначення, ближній бій без артилерійських/авіаційних бомбардувань, «пряме» вбивство осіб, які перебувають в стані бойових дій, наприклад поранених на полі бою, цілком можуть підпадати під поняття персональної юрисдикції, як тут розуміє Суд [55].

Також, Суд висловлює співчуття жертвам незаконних дій держави-відповідача під час активної фази бойових дій і розуміє, що таке трактування поняття «юрисдикції» залишить незадовільним [31, с. 48]. Суд наголошує на складності справи: «... беручи до уваги, зокрема, велике число передбачуваних жертв і спірних інцидентів, обсяг отриманих доказів, складність встановлення відповідних обставин і той факт, що такі ситуації в основному регулюються правовими нормами, відмінними від норм Конвенції (зокрема, міжнародним гуманітарним правом або правом збройних конфліктів), Суд вважає, що він не в змозі розвивати своє прецедентне право за рамками розуміння поняття «юрисдикція» в тому вигляді, в якому воно існує на сьогоднішній день» [31, с. 48]. І зауважує, «якщо на Суд має бути покладена задача оцінки актів війни і активних військових дій в контексті міжнародного збройного конфлікту за межами території держави-відповідача, то Сторони повинні забезпечити необхідну правову основу для такого завдання» [31, с. 49]. Суд зауважує, що дане рішення «не означає, що держави можуть діяти поза будь-яких правових рамок», а навпроти, повинні керуватися нормами міжнародного гуманітарного права [31, с. 49].

Суд ніби визнає себе некомпетентним в справах стосовно міжнародних збройних конфліктів і перекладає відповідальність щодо рішення на інші міжнародні інстанції, які займаються міжнародним гуманітарним правом. Доктор Міланович, що так як аспекти збройного конфлікту перебувають під юрисдикцією Женевської конвенції, «Більшість суддів ЄСПЛ не мають великого

досвіду в цих питаннях і бояться спровокувати зворотну політичну реакцію, встановивши себе кінцевим арбітром в будь-яких питаннях застосування сили європейськими державами за кордоном» [5].

Та чи може Суд визнавати справи неприйнятними тільки через їх складність? Судді Юдківська, Войтичека і Чантурія були оголошені таким рішенням Суду, стосовно параграфу 141 цього рішення, судді виразили свою думку: «роль Суду якраз і полягає в тому, щоб в пріоритетному порядку розглядати важкі справи, які характеризуються «великим числом передбачуваних жертв і спірних інцидентів, масштабами представлених доказів, складністю встановлення відповідних обставин». Крім того, «той факт, що такі ситуації в основному регулюються іншими правовими нормами, ніж Конвенція», не повинен стояти на шляху застосування Конвенції. Крім того, ми не пропонуємо, щоб Суд «розвивав своє прецедентне право за рамками розуміння поняття «юрисдикція» в тому вигляді, в якому воно встановлено на сьогоднішній день», а скоріше пропонуємо надати більшу послідовність загальним принципам, встановленим в прецедентному праві, і застосовувати ці принципи більш узгодженим чином» [31. с. 193]

Окремо, суддя Чантурія пішла навіть далі й розібрала кожен аргумент Суду стосовно юрисдикції підчас активної фази бойових дій, частина з них вже застосовувалася в даному аналізі. Стосовно параграфу 141 в розділі окремих думок виразила наступні думки:

Велика кількість передбачуваних жертв і масштаб доказів. Як і в випадку «елементом близькості», про які йшлося вище, було б явно аномально, якби велике число жертв виправдовувало невиконання юрисдикції [31. с. 229]. Більше того, в попередніх судових рішеннях, Суд, при наявності великої кількості передбачуваних жертв, застосовував метод, згідно якого, з поміж великого числа випадків вибирав тільки декілька «репрезентаційних інцидентів» [39, с. 26].

Складність у встановленні обставин. Безсумнівно, збір доказів у ході міжнародних розглядів є складною справою, а ресурси Суду обмежені. Однак, немислимо, щоб доказові труднощі делімітували юрисдикцію. Також суддя посилається на той факт, що у Суду було достатньо доказів і перераховує їх, це були звіти міжнародних організацій, а також у Страсбурзі заслуховували свідків [31, с. 229-232].

Переважно регулюється МГП. МГП, безсумнівно, має відношення до тлумачення закріплених в Конвенції прав в деяких ситуаціях збройного конфлікту в якості права спільного застосування, особливо в зв'язку з веденням бойових дій. Також Суд не бере до уваги Загальний коментар Комітету з прав людини номер 36, в якому йдеться про право на життя, Комітет стверджує, що МГП і МППЛ «є взаємодоповнюючими, а не взаємовиключними» [43, с. 15]. Також, необхідно загадати, про те, що Суд сам встановив у цьому рішенні, що «Конвенція повинна тлумачитися в гармонії з іншими нормами міжнародного права, частиною яких вона є.... Це не в меншій мірі відноситься до міжнародного гуманітарного права», що робить це ще більш незрозумілим.

Таким чином, попри безліч аргументів проти такого рішення, Суд дійшов висновку, що події, що відбулися під час активної фази бойових дій, не підпадали під юрисдикцію Російської Федерації для цілей статті 1 Конвенції та визнав цю частину заяви неприйнятною [31, с. 141].

2.2. Інші рішення ЄСПЛ у справі Грузія проти РФ (II) стосовно юрисдикції

Як вже зазначалося в першому підрозділі даного розділу, позиція Суду насправді менш категорична, ніж це може здатися на перший погляд, Суд прямо встановив, що на осіб, затриманих на активній фазі військових дій, поширюється дія Конвенції, та зобов'язав Росію розслідувати можливі порушення прав людини підчас активної фази бойових дій. Також, Суд визнаю юрисдикцію Росії над окупованими територіями Грузії після активної фази бойових дій. Загалом, ці випадки цілком однозначні, рішення з приводу цих питань суд виносив одноголосно, а в академічних колах не визвав запитань чи навіть згадок про ці юрисдикційні питання.

Ці три випадки і будуть предметом розгляду даного підрозділу.

У рішенні в справі Грузія проти Росії, для визначення того, чи підпадали окуповані території Грузії, а саме Абхазія, Південна Осетія та «буферна зона» під юрисдикцію Росії, Суд застосував згадану вище просторову концепцію юрисдикції [31, с. 65]. Суду не складно було постановити, що Росія здійснювала ефективний контроль цими територіями. Перш за все, Суд постановив, що Росія мала ефективний контроль над цими територіями не тільки з 12 серпня по 10 жовтня 2008, але й після цієї дати в силу сильної російської присутності в даних регіонах [31, с. 68].

Як і в недавньому рішенні стосовно Криму [37], Суд в основному спирався на різноманітні міжнародні доповіді, де були факти повної залежності цих регіонів від влади в Москві. Це такі факти як: активна паспортизація місцевого населення, керівні посади в керівництві і в збройних силах сепаратистської місцевої влади були представлені громадянами РФ, підписання договорів між РФ та двома окупованими територіями про воєнну та політичну підтримку, повна

фінансова і політична залежність цих територій. Також Суд спирався на данні представлені Росією данні про широку економічну допомогу [31, с. 66-68]. Це також доказує той факт, що місцеві адміністрації виживали за рахунок Росії.

Визиває запитання тільки той факт, що Суд не бачить проблеми в тому, що до 12 серпня, в Росії не було юрисдикції, тобто не було контролю над жодною територією, а 12 серпня вона юрисдикція з'явилася, тобто повний контроль над окупованими територіями.

Суд встановив, що всі особи, які були затримані російськими силами, чи силами проросійських угруповань, знаходились під юрисдикцією Росії, навіть якщо вони були затримані до кінця активної фази бойових дій. Та Суд робить це без застосування просторової чи персональної концепції юрисдикції, та дуже лаконічно, за допомогою всього одного слова, «в основному»:

«Оскільки грузинські цивільні особи були в основному затримані після припинення військових дій, Суд приходить до висновку, що вони підпадають під юрисдикцію Російської Федерації за змістом статті 1 Конвенції... [31, с. 105]»

Так само Суд вчиняє і з затриманими військовополоненими, використовуючи слово «зокрема»:

«З самого початку Суд зазначає, що з доповідей «Нагляду за правами людини»..., впливає, що грузинські військовополонені були затримані в Цхінвалі в період з 8 по 17 серпня 2008 року південноосетинськими військами» [31, с. 118]. З огляду на, що вони були затримані, зокрема, після припинення військових дій, Суд приходить до висновку, що вони підпадають під юрисдикцію Російської Федерації для цілей статті 1 Конвенції [31, с. 118].

Той факт, що всі затримані цивільні особи і військові, безсумнівно, підпадали під юрисдикцію відповідача, стає очевидним після прочитання пунктів 4 і 7 резолютивної частини рішення:

«... цивільні особи, затримані південноосетинськими силами в цхінвальському підвалі «Міністерства внутрішніх справ Південної Осетії» в період з 10 по 27 серпня 2008 року, підпадають під юрисдикцію Російської Федерації для цілей статті 1 Конвенції...» [31, с. 142], і «...грузинські військовополонені, затримані в Цхінвалі в період з 8 по 17 серпня 2008 року південноосетинські сили, підпадають під юрисдикцію Російської Федерації для цілей статті 1 Конвенції...» відповідно.

На думку доктора Мілановича, Суд не посилається на персональну концепцію юрисдикції, так як «у цих випадках, це підкреслило б свавільність позиції, згідно з якої затримання людей є владою і контролем, а їх вбивство – ні [55].

Відповідно до правила 158 дослідження Міжнародного комітету Червоного Хреста (МКЧХ) за звичайним міжнародним гуманітарним правом «держави повинні розслідувати воєнні злочини, імовірно скоєні їх громадянами або збройними силами, або на їх території, і, в разі необхідності, переслідувати підозрюваних у їх скоєнні в судовому порядку». Вони повинні також розслідувати інші воєнні злочини, щодо яких вони мають юрисдикцію, і, при необхідності, переслідувати підозрюваних в судовому порядку» [21, с. 607].

Якщо держава відмовляється проводити такі розслідування або проводить їх без належної обачності, вона порушує право на життя [49, с. 17]. Має існувати ефективне офіційне розслідування, коли окремі особи були вбиті в результаті застосування сили агентами держави [27, с. 68]

Зобов'язання відповідно до статті 2 по охороні життя має на увазі, що навіть в складних умовах безпеки (в тому числі під час і після воєнних конфліктів) повинні бути прийняті всі розумні заходи для забезпечення проведення ефективного, незалежного розслідування передбачуваних порушень права на життя [27, с. 68-69]. Розслідування повинно бути ефективним в тому сенсі, що

воно здатне привести до визначення того, чи була застосована сила виправдана в даних обставинах, а також до виявлення та покарання винних... Будь недолік в розслідуванні, який підриває його здатність встановити причину смерті, або особу, або осіб, які відповідальні за це, ризикують виявитися не в змозі відповідати цьому стандарту [27, с. 69].

Суд постановив, що Росія зобов'язана розслідувати будь-які звинувачення в незаконних вбивствах, які відбувалися як до, так і після активної фази конфлікту:

«В даному випадку, з огляду на твердження про те, що Росія вчиняла воєнні злочини в період активної фази військових дій, Російська Федерація була зобов'язана розслідувати дані події згідно з відповідними нормами міжнародного гуманітарного права (див. Пункти 323-324 вище) і внутрішньодержавного права (див. Пункти 48-53 рішення про прийнятність). Дійсно, органи прокуратури Російської Федерації вжили заходів з розслідування цих тверджень (див. Пункт 317 вище). Крім того, хоча події, що відбулися в ході активної фази військових дій, які не підпадали під юрисдикцію Російської Федерації (див. Пункт 144 вище), незабаром після цього вона встановила «ефективний контроль» над відповідними територіями (див. Пункт 175 вище). Нарешті, з урахуванням того, що всі потенційні підозрювані серед російського військового персоналу перебували або на території Російської Федерації, або на територіях, що знаходяться під її контролем, Грузія була позбавлена можливості провести адекватне та ефективне розслідування цих тверджень» [31, с. 138].

«Відповідно, беручи до уваги «особливості» справи, Суд вважає, що юрисдикція Російської Федерації за змістом статті 1 Конвенції встановлена щодо цієї скарги» [31, с. 138].

Таким чином, Суд визнав, можливість того, що обов'язок розслідувати можливі воєнні злочини покладатиметися на державу навіть в тому випадку, якщо самі злочини не були здійснені в рамках юрисдикції цієї держави.

В даному випадку, на нашу думку, основними факторами виникнення юрисдикції є те, що Росія має зобов'язання проводити розслідування стосовно своїх державних агентів згідно МГП, а також те, що Грузія «була позбавлена можливості провести адекватне та ефективне розслідування». Це твердження базується на справі Ханан проти Німеччини. Суд в Ханані визнав за Німеччиною юрисдикцію щодо розслідування базуючись на таких самих критеріях, тобто зобов'язання проводити розслідування стосовно своїх державних агентів згідно МГП, та неможливість проведення адекватного розслідування Афганістаном [38, с. 52].

Також, щоб не повертатися до цього питання в третьому розділі, Суд визнав порушення Росією процедурного обов'язку статті 2 Конвенції в силу того, що дії, які були здійснені Росією були визнані Судом недостатніми [31, с. 139].

Таким чином, Суд встановив, що після активної фази бойових дій Росія мала юрисдикцію над територіями Грузії згідно просторової концепції юрисдикції. Також, особи, що були затримані, підпадали під юрисдикцію Росії незалежно від того, чи були вони затриманими підчас чи після активної фази бойових дій. Щодо зобов'язання розслідувати випадки незаконної смерті, то Суду встановив, що обов'язок розслідувати можливі воєнні злочини покладатиметися на державу навіть в тому випадку, якщо самі злочини не були здійснені в рамках юрисдикції цієї держави.

2.3. Вплив рішення ЄСПЛ у справі Грузія проти РФ (II) на спори між Україною і Росією у ЄСПЛ

Обмежувальне рішення прийняте Судом щодо юрисдикції Росії під час активної фази бойових дій може негативно сказатися на майбутніх розглядах спорів між Україною та Росією. Особливо беручи до уваги численні відмінності між ситуацією в Україні та Грузії.

Як зазначає Анастасія Моїсеєва, на відміну від Грузії, конфлікт на сході України триває з різною інтенсивністю вже з 2014 до сьогодні. По-друге, бойові дії часто змінювалися крихким перемир'ям і ці етапи змінювалися з великою швидкістю. По-третє, в Грузії, контроль переходив від Грузії до Росії, а у випадку з Україною деякі території протягом конфлікту неодноразово переходили від сторони до сторони. По-четверте, Росія, під час конфлікту в Грузії, визнавала свою присутність і підтримку, але в конфлікті з Україною на Сході України повністю заперечує свою присутність [56].

На думку Анастасії Моїсеєвої, якщо Суд вирішить розділяти україно-російський конфлікт на етапи активних бойових дій і етапи припинення вогню з метою встановлення юрисдикції держави, то він зіткнеться з нескінченним розглядом альтернативних фактів, представлених Україною та Росією. У Суду нескінченні ресурси тому це є неможливим, тому Суд може прийняти рішення про більш тонкій підхід до набагато більш складної ситуації [56].

Так як бойові дії тривають вже з 2014 року, не визнання Судом юрисдикції воюючих сторін за такими територіями може створити «вакуум захисту» [56]. Це може означати відсутність юрисдикції не тільки по міждержавним спорам України, але й по тисячам індивідуальних звернень, яких на даний момент більше 7000 [20, с. 1].

Анастасія Моїсеєва пише, що хоч Суд постановив, що держави як і раніше пов'язані нормами МГП, «Суд, схоже, ігнорує очевидні недоліки оголошення МГП єдиним правовим режимом, який регулює тривалий збройний конфлікт за межами країни» [56]. Вона наводить два негативних наслідки такого рішення:

По-перше, це те, що не існує постійного міжнародного суду, що розглядає індивідуальні скарги на порушення МГП. Особливо негативно це може сказатися на донбаських справах, так як на січень 2021 року, 38,8% справ стосуються скарг на Росію (22%) і Україну (16,8%) [17, с. 8], що свідчить про проблеми в судових системах держав [56]. До того ж, МГП не має механізмів компенсації завданого збитку.

«По-друге, Конвенція, охоплює деякі права і свободи, які не гарантовані або не так широко висвітлюються в МГП, такі як свобода друку, право на зібрання, страйк чи голосування, а також право на приватне та сімейне життя» [56].

На нашу думку, для України є дві можливі позитивні варіанти у спорі з Росією, перший – відміна прецеденту Банковича і визнання юрисдикції сторін підчас активної фази бойових дій, або більш тонкий підхід, який запропонували Джесіка Гаврон та Філіп Ліч.

Україна цієї зими подала заяву щодо адміністративної практики Росії щодо організації екстериторіальних вбивств [57, с. 1]. На думку доктора Мілановича, «саме такий тип справи в повній мірі розкриває правову і моральну помилковість підходу Банковича та Грузії проти Росії (II). Йдеться про вбивства дисидентів поза будь-якого збройного конфлікту, чи «контексту хаосу», наприклад, вбивство Литвиненка, або замах на Скрипалів... Питання в тому, чи забороняє ЄСПЛ відправляти найманих вбивць на території інших держав-учасників? Так чи ні? І якщо відповідь «так»..., то як тоді Суд може обґрунтувати заяву про те, що Конвенція взагалі не застосовується, коли справи стають трохи більш

«хаотичними»? Якщо ж вбивство однієї людини є порушенням права на життя, то як вбивство стоні чи тисячі не буде порушенням?» [54].

На думку вченого, рішення у цій справі може «похоронити» прецедент Банковича, а також отримати підтримку від країн та територіях яких вчинялися такі екстериторіальні вбивства але в силу тих чи інших причин не зверталися до суду [54]. Та на нашу думку, навіть якщо Суд визнає, що екстериторіальні вбивства заборонені конвенцією, то Суд зможе у своїй аргументації знову звернутися до «елементу близькості».

Повернемося до підходу запропонованого Гаврон та Ліч пропонують розглядати прямий причинний зв'язок, близькість і передбачуваність в якості факторів, які мають значення для перевірки юрисдикції щодо екстериторіального застосування смертоносною сили. Таким чином, не буде повної відмови від юрисдикції щодо збройних дій, а навпаки, буде проведена зважена і тонка оцінка цих факторів, яка може привести до різних висновків різних обставин.

У своїй праці науковці посилаються на справу Андреу проти Туреччини [25, с. 1], де «заявник був застрелений, перебуваючи повністю за межами окупованої Туреччиною території. Проте, Суд встановив, що Туреччина мала юрисдикцією... юрисдикція Туреччини була задіяна, оскільки відкриття вогню по натовпу з близької відстані було «прямою і безпосередньою причиною» поранень заявника» [51].

Дальше науковці тлумачать поняття критерію «прямої і безпосередньої причини». «Критерій «прямої і безпосередньої причини» відображає поняття близькості наслідків... Суд постановив: «Відповідальність держави може також наступати за дії, які мають досить близькі наслідки для прав, гарантованих Конвенцією, навіть якщо ці наслідки відбуваються за межами її юрисдикції» [51].

Критерій «прямої і безпосередньої причини» в справі Андреу, також передбачає елемент передбачуваності: було передбачувано, що відкриття вогню по натовпу з близької відстані призведе до тілесних ушкоджень [51].

Таким чином, вимога передбачуваності, що лежить в основі принципу «прямої і безпосередньої причини», та обмежує його застосування, визнаючи, що не кожна людина, яка постраждала від дії держави, потрапляє під його юрисдикцію. Цей підхід схвалюється міжнародними та регіональними правозахисними механізмами [51].

Також, необхідно відмітити, що зазначена позиція також підтверджується загальним коментарем Комітету з прав людини ООН номер 36, де теж наголошувалось на прямій і безпосередній причині: «держава-учасник зобов'язана поважати та забезпечувати право закріплене в статті 6 (право на життя) всіх осіб, які підпадають під її юрисдикцію... Це стосується осіб, що знаходяться за межами будь-якої території, яка контролюється цією державою, чиє право на життя, тим не менш, порушується її військовою чи іншою діяльністю прямим, та безпосереднім чином» [43, с. 13].

Таким чином, підсумовуючи, суть загальної стурбованості рішенням у цій справі полягає в тому, що воно обмежить можливість застосування ЄКПЛ та здатність Суду здійснювати нагляд в ситуаціях збройного конфлікту, коли захист людей і доступ до правосуддя, найчастіше, є найбільш важко досяжним.

Вперше в історії ЄСПЛ не зміг встановити юрисдикцію по відношенню до людей, які живуть на території, яка в іншому випадку була б захищена Конвенцією. До прийняття цього рішення Суд завжди знаходив сторону, відповідальну за порушення прав людини, якби ці порушення відбувалися в межах територіального простору Конвенції. В даному випадку малоімовірно, що Грузія може бути звинувачена в деяких порушеннях, які відбулися в період з 8 по 12 серпня 2008 року, і Росія звільнена Судом від деяких зобов'язань у галузі прав

людини в цей період (йдеться саме про порушення статті 2 Конвенції). На думку Канстанціна Дзегцярова, це рішення створює досить сумнівний стимул для держав вести відкриті масові війни, а не ізольовані і конкретні воєнні дії [22], таке ж припущення висуває доктор Міланович [55].

Інші рішення по юрисдикції, на наш погляд, загалом грають на користь України. Аргументи викладені Судом по юрисдикції після активної фази бойових дій були також актуальними в рішенні щодо Криму, а також вони є актуальними для майбутніх рішень ЄСПЛ щодо юрисдикції Росії на окупованих східних територіях України. Це важливо, тому що Суд підтвердив свою попередню практику по екстериторіальній юрисдикції. Також, невизнання Судом екстериторіальної юрисдикції Росії над окупованими територіями під час воєнних дій не є усталеною судовою практикою, більше того, 6 суддів виступили проти такого рішення, а також ряд суддів ЄСПЛ виступили з критикою такого рішення [12, с. 18]. Можливо прецедент Банковича буде скасовано в майбутніх справах, або Суд прийде більш гнучкий підхід для встановлення юрисдикції для того, щоб тисячі людей порушених бойовими діями.

Суд встановив, що затримуючи цивільних осіб чи беручи військових у полон, держава встановлює над ними юрисдикцію. Беручи до уваги те, що Суд не встановив будь-яких критеріїв, можна зробити висновок, що він і надалі буде притримуватися такої позиції, в тому числі і в справах між Україною та Росією.

Підхід Суду щодо юрисдикції щодо обов'язку розслідувати теж є позитивним для України, так як він означає, що держава, яка контролює територію зобов'язана проводити розслідування, навіть якщо вона, можливо, не порушувала право. Так як велика кількість територій, на яких проходили бойові дії та значна територія Донбасу підконтрольна Росії, то і розслідування повинна вона проводити, за умови успішного доведення підконтрольності бойовиків Росії.

РОЗДІЛ 3. РІШЕННЯ ЄСПЛ ПО СУТІ СПРАВИ ГРУЗІЇ ПРОТИ РФ (II)

3.1. **Порушення прав людини після активної фази бойових дій в період міжнародного збройного конфлікту на території Грузії 2008 року**

Так як в попередньому розділі ми написали про розуміння Судом юрисдикції і про його рішення стосовно активної фази бойових дій, період після активної фази бойових дій, то в даному розділі ми будемо розглядати рішення Суду по суті справи, а саме рішення 1. про порушення прав людини після активної фази бойових дій; 2. про поводження затриманими цивільними особами та військовополоненими; 3. про порушення права повернутися.

Грузія у всіх цих випадках просить Суд визнати, що певне порушення є «адміністративною практикою» Російської Федерації, а тому ми вважаємо за необхідне надати визначення цього терміну.

Суд посиляючись на свою попередню практику, роз'яснив термін «адміністративної практики» на прохання Грузії таким чином: «адміністративна практика включає в себе два елементи: «повторення дій» і «толерантність влади» [30, с. 36].

«Повторення дій», Суд визначає як «накопичення ідентичних або аналогічних порушень, які досить численні і взаємопов'язані, щоб бути не просто окремими випадками або винятками, а зразком або системою» [30, с. 36].

«Толерантність влади» Суд визначає як ситуацію, «коли посадові особи, що несуть безпосередню відповідальність, хоча і обізнані про такі дії, не роблять ніяких дій, щоб покарати за їх вчинення або запобігти їх повторенню; або що влада, перед обличчям численних звинувачень, виявляє байдужість стосовно

будь-якого адекватного розслідування правдивості чи хибності таких звинувачень, або відмовляють у справедливому розгляді таких скарг» [30, с. 36].

Та як зазначає Суд, хоч ці «критерії визначають загальні рамки, та вони не вказують на кількість інцидентів, необхідних для того, щоб можна було зробити висновок про існування адміністративної практики, і це питання залишається на розсуд Суду з урахуванням конкретних обставин кожної справи» [31, с. 38].

Особливістю визнання певного порушення адміністративною практикою є те, що сторони, яка подає скаргу, в такому разі немає необхідності доводити суду про вичерпання національних засобів правового захисту так як в цьому випадку воно не застосовується [31, с. 94].

Також, Суд встановив, що між МПП і Конвенцією немає розбіжностей з питань окупації: «... поняття «окупація» для цілей міжнародного гуманітарного права включає вимогу «ефективного контролю». Якщо має місце «окупація» для цілей міжнародного гуманітарного права, то буде мати місце і «ефективний контроль» за змістом прецедентного права Суду» [31, с. 88].

Грузія просить Суд визнати, що «Російська Федерація прийняла адміністративну практику заподіяння або дозволу руйнування будинків і сіл етнічних грузин з метою зробити їх непридатними для проживання, в порушення статей 3 (заборона катування) і 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції та статті 1 (захист власності) Протоколу № 1 Конвенції, а також застосовних норм міжнародного гуманітарного права. Уряд-заявник також запропонувало Суду визнати, що Російська Федерація прийняла адміністративну практику викликати або дозволяти сумарні страти цивільних осіб в порушення статті 2 (право на життя) Конвенції та відповідних норм міжнародного гуманітарного права» [31, с. 70].

Оскільки Суд визнав юрисдикцію Росії над окупованими територіями Грузії, то посилаючись на справу Аль-Скейні, наголошує: «коли територія однієї

держави-учасниці Конвенції окупована збройними силами іншої держави, що окупує, в принципі має нести відповідальність за Конвенцією за порушення прав людини на окупованій території, оскільки інше означало б позбавлення населення цієї території прав і свобод, якими воно користувалося досі, і призвело б до «вакууму» захисту в «правовому просторі Конвенції» [24, с. 61].

Також звертаючись до свого прецедентного права, Суд наводить приклади, коли він визнавав державу-відповідача винною за смерть особи, яку заподіяв державний агент як наприклад в Мусаєва та інші проти Росії, де російськими державними агентами було вбито родичів Мусаєвої та інших осіб [41, с. 12], а також, навіть якщо не було встановлено, що вбивство було скоєно саме державним агентом, то Суд теж визнавав державу-відповідача відповідальною, якщо вважав, що влада не вжила розумних заходів, доступних їм для захисту права на життя даного заявника, як було в Гонгадзе проти України [32, с. 24].

В прецедентному праві Суду також присутня практика по розгляду справ, які стосуються тверджень про руйнування домів державними агентами, що відбувалося не в контексті міжнародного збройного конфлікту, а також аналогічні справи в контексті надзвичайних обставин, як було в справі Ментиш та інші проти Турції [23, с. 21].

Суд аналізуючи факти справи знаходить велике число порушень прав людини спираючись на різноманітні доповіді міжнародних організацій, таких як ОБСЄ чи Місії ЄС по встановленню фактів. Серед таких порушень є: «систематичної кампанії зі спалення і розграбуванню будинків в грузинських селах в Південній Осетії і в «буферній зоні» здійснювалися силами південних осетин, які слідували за пересуванням російських військ [31, с. 90], також «тривожна картина вбивств беззбройних цивільних осіб тривала у великій кількості сіл після закінчення бомбардувань» [31, с. 91]. Також всі організації

ззначали, що напади були спрямовані виключно на грузин, які ще залишилися на окупованій території [31, с. 90-92].

Таким чином Суд встановив, що ці дії, спрямовані проти грузинського населення були систематичними, а тому вони підпадали під вищезгаданий термін «повторюваності дій».

Так як Росія не заперечувала перерахованих вище численних порушень прав людини зі сторони військ Південної Осетії, та стверджувала, що бомбардування грузинськими збройними силами Цхінвалі, викликали міжетнічну напруженість і згодом змусили південних осетин мстити грузинському цивільному населенню, нападаючи на грузинські села. Російські війська, які нібито часто намагалися втрутитися і захистити грузинські села і був виданий військам РФ захищати цивільне населення на підконтрольних територіях [31, с. 92], та виявилися неспроможними запобігти кожному інциденту і в будь-якому випадку не контролювали південних осетин, які часто були злочинцями. Командири російських збройних сил і російських миротворчих сил, які давали свідчення, також заявили, що їх війська робили все можливе для захисту цивільного населення, але часто не мали достатньої кількості людей для запобігання кожного інциденту [31, с. 92].

Та Суд відкидає цей аргумент Російської Федерації, звертаючись до своєї попередньої практики, а також рішення, що Росія мала просторову юрисдикцію над окупованими територіями Грузії після закінчення активної фази бойових дій доходить висновку, що «з того моменту, коли Російська Федерація здійснювала «ефективний контроль» над територіями Південної Осетії і «буферної зони» після припинення активного ведення бойових дій, вона також несла відповідальність за дії південноосетинських сил на цих територіях, без необхідності надання доказів «детального контролю» за кожним з дій здійснених цими силами» [31, с. 92-93].

Тут впливає цікавий факт, який підмітили Канстанцін Дзегцяров та Марко Міланович: «у своєму рішенні по суті справи ЄСПЛ не провела відмінності між російськими та місцевими військами» [50].

Канстанцін підкреслює, що «виходячи з цього стандарту, ЄСПЛ очікує від керівних органів дотримання прав людини, як тільки держава-член встановить ефективний контроль над територією. Однак Суд не провів чіткого відмінності між атрибуцією та юрисдикцією» і посилаючись на доктора Мілановича додав: «Хоча Росія визнана відповідальною за «адміністративну практику»... неясно, чи несе вона відповідальність за порушення (дією) негативної обов'язки поважати права людини або за порушення (бездіяльністю) позитивної обов'язки запобігати порушенню прав людини третіми особами на території, що знаходиться під її юрисдикцією» [55].

Після цього, Суд береться вирішувати, чи дійсно була адміністративна практика порушення цих прав зі сторони країни-відповідача. Так як Суд вже встановив, що дії, які порушують статті 2, 3, 8 ЄКПЛ та статтю 1 Протоколу до Конвенції були регулярними, він приступив до іншого критерію - «толерантності влади».

Суд прийняв до уваги свідчення, які вказують на те, що в деяких випадках російські війська дійсно намагалися зупинити порушення, які здійснювалися проти цивільних осіб, що з певних причин не змогли евакуюватися. Та в більшості випадків російські війська пасивно спостерігали за злочинними діями південноосетинських сил. Це підтверджується доказами місії ЄС по встановленню фактів: «... в певній мірі російські війська були в змозі забезпечити громадський порядок і безпеку на територіях, де вони були розквартировані, і стверджують, що вживали заходів в цьому напрямку. Це різюче контрастує з тим, що відбувалося на місцях, де спостерігалось повна відсутність дій з боку

російських військ щодо запобігання порушень і захисту етнічних грузин» [31, с. 93].

Проте, з усіх зібраних свідчень випливає, що російська влада не вжила необхідних заходів для запобігання або припинення широкомасштабної кампанії грабежів, підпалів та інших серйозних порушень, скоєних після припинення вогню» [31, с. 93-94].

Це є доказом, що не дивлячись на приказ захищати місцеве населення та проводити миротворчі заходи, ці заходи виявилися неефективними і вони не змогли попередити систематичні порушення прав людини. Тому Суд визнав, що такі недостатні дії можна вважати «толерантністю влади» [31, с. 94]. Про це також свідчить вже вище згаданий факт, що влада РФ не провела ефективного розслідування щодо можливих порушень прав людини як на активній фазі бойових дій, так і після цієї фази [31, с. 141].

Після визнання адміністративної практики щодо порушень прав людини, а саме права на життя, права на право на повагу до приватного і сімейного життя та захисту права власності, Суд доходить висновку, що ці порушення можуть бути класифіковані як «нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження» через почуття болю і страждання, які відчували жертви, які, крім того, були обрані в якості мішені як етнічна група (йдеться про етнічних Грузин) [31, с. 94].

І так як було доведено адміністративну практику, правило про вичерпання національних засобів правового захисту не застосовується.

3.2. Поводження із затриманими особами та військовополоненими в період міжнародного збройного конфлікту на території Грузії 2008 року

В даному пункті буде розглянуто 2 частини рішення з огляду на те, що обидві частини стосуються порушення статті 3 Конвенції, а також у Конвенції немає розмежування щодо порушення проти військовополонених та цивільних осіб під вартою. Стосовно цивільних осіб також розглядалося можливе порушення статті 5 Конвенції.

Суд для того щоб визначити чи дійсно було здійснено жорстоке поведження мінімальної рівня тяжкості, щоб підпадати під статтю 3 Конвенції застосовує тест: «оцінка цього мінімального рівня тяжкості відносна: вона залежить від усіх обставин справи, таких як тривалість поведження, його фізичні та психічні наслідки і, в деяких випадках, стать, вік і стан здоров'я жертви» [34, с. 17]. Необхідно додати те, що «жорстоке поведження зазвичай включає в себе інтенсивні фізичні чи психологічні страждання, та навіть при відсутності таких страждань, якщо поведження принижує або ображає людину, демонструючи неповагу або применшуючи його людську гідність, або викликає почуття страху ... також підпадає під заборону статті 3» [43, с. 17].

Держава повинна забезпечити, щоб особа перебувала під вартою в умовах, сумісних з повагою людської гідності, не спричиняли страждань, що перевищують неминучий рівень страждань властивих триманню під вартою, а також, щоб здоров'я та благополуччя були належним чином забезпечені [34, с. 17].

Знову ж таки, з доповідей міжнародних організацій, де йшлося про критичну нестачу місць, так близько 160 затриманих осіб містилося всього в 7 камерах, на половину осіб не вистачало спальних місць, особи жіночої та чоловічої статі містилися в одних і тих же камерах, а також основні санітарно-

гігієнічні умови не були дотримані [31, с. 107], можна зробити висновок про те, що Росія не змогла «забезпечити, щоб особа перебувала під вартою в умовах, сумісних з повагою людської гідності».

Також в цих же доповідях йшлося про те, що «деякі із затриманих піддавалися прикрим і принизливим заходам з боку їх південноосетинських охоронців: їх часто ображали, іноді наносили удари, наприклад, після прибуття в центр утримання під вартою, а також змушували прибирати вулиці і збирати трупи» [31, с. 107]. Більше того, російські сили були присутні в приміщенні де були ув'язнені етнічні грузини [31, с. 108].

Приймаючи до уваги повідомлення про систематичні порушення статті 3 Конвенції, а також толерантність зі сторони Російської влади, Суд встановив, що існувала адміністративна практика, що протирічить статті 3 Конвенції у відношенні умов утримання близько 160 громадян Грузії [31, с. 108].

Щодо статті 5 Конвенції, основним аргументом для затримання осіб у Росії було «забезпечення безпеки цивільних осіб від помсти» [31, с. 96]. Ця позиція не може бути правильною ні з позиції МГП, де дійсно дозволено затримувати цивільних осіб, так в статті 42 Конвенції про захист цивільного населення під час війни сказано, що цивільні особи можуть бути затримані, «якщо це абсолютно необхідно для безпеки Держави, у владі якої вони перебувають» [9]. Також ця позиція не є допустимою з точки зору статті 5 Конвенції. В пункті 1 статті 5 Конвенції перераховані всі можливі випадки у яких можливе затримання особи [6] і серед них теж немає причини висловленої Росією. До того ж, в пункт 2 даної статті вимагає повідомлення особі причини її затримання, а пункт 4 вимагає, щоб кожна затримана особа мала право на судовий розгляд [6]. Ці дві вимоги теж не були виконані.

Таким чином, Суд постановив, що існувала адміністративна практика, що суперечить статті 5, щодо затримання грузинських цивільних осіб в серпні 2008 року [31, с. 109].

Так як взяття в полон військовополонених не є порушенням з боку МГП, цьому і присвячена женевська конвенція про поводження з військовополоненими [7], ні зі сторони ЄКПЛ [33, с. 50], Суд не розглядав порушення статті 5 право на свободу та особисту недоторканність.

Суд використав той самий тест для встановлення, чи підпадало поводження з військовополоненими під порушення статті 3 Конвенції. Та в даному випадку, Суд також звертається до статті 1 Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, катування – це означає будь-яку дію, якою будь-якій особі навмисне заподіюються сильний біль або страждання для отримання інформації, покарання чи залякування [10].

На нашу думку, Суд застосовує визначення з даної конвенції в силу того, що заборона через катування отримання інформації, покарання та залякування – особливо актуальні у випадку з військовополоненими, які брали участь у військових діях і можуть знати цінну інформацію. Як впливає з свідчень одного з свідків, його не тільки регулярно били, а й допитували з метою отримання інформації, в тому числі, й державні агенти Росії застосовуючи при цьому різні жорстокі методи [31, с. 116]. У свідченнях іншого заслуханого свідка теж є неодноразові епізоди жорстокого поводження та побиття не тільки осетинами, а й військовими РФ [31, с. 116-117].

З даних свідчень, а також інших фактів, Суд зробив висновок, що грузинські військовополонені стали жертвами поводження, що суперечить статті 3 Конвенції. Аргументи Росії про те, що російські агенти не брали участі в катуваннях були відкинуті Судом з огляду на покази свідків, а навіть якщо в

кожному випадку не має можливості встановити, чи російські військові були причасними до катувань, то в будь-якому разі можна зробити висновок про толерантність влади. Таким чином, Суд визнав адміністративну практику, що суперечить статті 3 Конвенції [31, с. 120].

3.3. Свобода пересування переміщених осіб в період міжнародного збройного конфлікту на території Грузії 2008 року

Скарга Грузії стосується відмови влади Південної Осетії та Абхазії дозволити повернення близько 23 000 етнічних грузин в їхні дома [31, с. 120].

Згідно норм звичаєвого МГП, зокрема трактуванню МКЧХ цих норм в правилі 132 дослідження «звичаєвого МГП», «переміщені особи мають право на добровільне повернення в умовах безпеки в свої будинки або місця звичайного проживання, як тільки причини їх переміщення перестануть існувати» [21, с. 468]. Також, «право на повернення поширюється на тих, хто був переміщений, вільно чи примусово, в результаті конфлікту» [21, с. 468].

Також, згідно статті 2 Протоколу 4 до Конвенції «Кожен, хто законно перебуває на території будь-якої держави, має право вільно пересуватися і вільно вибирати місце проживання в межах цієї території» [13].

Як показали докази представлені міжнародними організаціями, порушення права закріпленого в Протоколі 4 тривало по меншій мірі до 23 травня 2018 року, коли слухалася дана справа. Влада окупованих територій відмовлялася дозволяти грузинам повертатися в свої дома. Навіть якщо бували виключення, як то з районом Ахалгорі, «Суд приходить до висновку, що мала місце адміністративна практика, що суперечить статті 2 Протоколу №4, щодо неможливості для громадян Грузії повернутися в свої будинки» [31, с. 125].

Та як відзначає Дебора Казалін, в рішенні стосовно переміщених осіб існують деякі прогалини, що утворилися через відмову Судом визнання юрисдикції підчас активної фази бойових дій: «Суд залишив будь-яке переміщення під час військових дій повністю за рамками свого розгляду (як і інші потенційні порушення в цьому «контексті хаосу»). Таким чином, положення постраждалих розглядається тільки в тій мірі, в якій вони могли бути позбавлені можливості повернутися після цього. Це обмежує обсяг потенційного відшкодування, а також не визнає ситуацію потенційних жертв примусової висилки як слідства тієї ж адміністративної практики, виявленої на етапі окупації» [19].

Також, як підмічає дослідниця, даний підхід Суду розширює правове розмежування в захисті цивільних осіб від переміщень в конфліктах з міжнародним елементом та без міжнародного елемента. Це розмежування походить ще від МГП, так, в не міжнародних конфліктах положення про заборону на переміщення осіб набагато ширші ніж ті, які регулюють переміщення у зв'язку з міжнародними воєнними конфліктами. Дослідниця наводить приклад застосування ЄСПЛ положення Другого додаткового протоколу до ЖК 1949 [4] року для толкування Конвенції у справі Есмухамбетов та інші проти Росії, де Суд встановив, що «руйнування будинків заявників в результаті повітряного бомбардування, що призвело до їх переміщення з села, порушило їх права на повагу до їхніх будинків і майна» [29, с. 42]. В той же час, 4 ЖК тільки прямо забороняє насильницьке переміщення цивільних осіб в межах і з окупованих територій [9]. Та як зазначається в дослідженні звичаєвого МГП МКЧХ, а саме в правилі 129, можливе усунення цієї прогалини за допомогою норми, що формується, про відповідальність держави за переміщення в результаті конфлікту, викликане протиправними діями [21, с. 457-462].

Цікавим в її аналізі є також те, що дослідниця зауважила, що Суд не розглядав можливе порушення статті 14 Конвенції «Заборона дискримінації» [19]. Це можна сказати не тільки в контексті порушення права закріпленого в протоколі №4, а й всіх інших розглянутих прикладах. Деякі з наведених Судом свідчень і звітів про спалення сіл і вигнанні їх жителів містять серйозні твердження про систематичної кампанії, спрямованої проти переважно етнічних грузинських сіл, або навіть про етнічну чистку, що наводить на думку про дискримінаційні мотиви руйнування і вигнання, вбивства та затримання також проводилися тільки відносно етнічно грузинського населення [31, с. 125].

Потрібно зауважити, що в даному випадку Грузія навіть не посилалася на статтю 14 Конвенції. Як згадувалося в першому розділі Грузія зверталася до МС на підставі КЛРД. І хоча тоді Суд визнав визнав неприйнятною справу неприйнятною, це сталося саме через недотримання Грузією вимоги статті 22, згідно якої, звернення до МС повинно відбуватися, якщо інші спроби врегулювання не дали результату, а не через відсутність дискримінації в діях Росії.

Таким чином, підсумовуючи, Суд розглянув руйнування сіл, що мало місце на етапі окупації після припинення вогню 12 серпня 2008 року, а також запобігання повернення грузин до Абхазії і Південної Осетії. Суд підтвердив, що між МГП і Конвенцією немає розбіжностей з питань окупації, і що ці порушення є адміністративною практикою в силу їх систематичного характеру і офіційної терпимості російських сил, які здійснювали ефективний контроль над зазначеними районами. Суд встановив, що підпали і пограбування сіл привели до порушень прав на повагу житла і власності, а також на гуманне поводження, і що Росія несе відповідальність за ці дії місцевих сил на підставі її ефективного контролю над цими районами. Крім того, Суд встановив порушення, що впливають із заборони на повернення. Ці постанови про порушення, на етапі

окупації, а також про запобігання повернення, є важливим визнанням потерпілих осіб в принципі на відшкодування збитку, а також серйозного характеру порушень шляхом виявлення адміністративної практики. Однак є опущення в результаті відмови Судом розглядати порушення вчинені підчас активної фази бойових дій, що вивело з під юрисдикції Суду порушення права на життя, деякі порушення заборони катування, права власності, поваги до приватного та сімейного життя і переміщення осіб.

ВИСНОВКИ

Напруга, що існувала між Грузією та Росією вилилася в міжнародний збройний конфлікт 2008 року. Жертвами цього конфлікту стали тисячі грузин, для багатьох з них наслідки продовжуються до сьогоднішнього дня, особливо для тисяч внутрішньо переміщених осіб. З аналізу звітів міжнародних організацій та дій Росії стає цілком очевидно, що Південна Осетія та Абхазія перебували під контролем Росії. Також можна відзначити, що офіційною причиною для війни зі сторони Росії був захист громадян Росії на цих територіях, що перекликається з офіційною позицією РФ щодо причин допомоги сепаратистським угрупованням на Сході України, а саме захист російськомовного населення. Ще більші занепокоєння в цьому контексті виникають через паспортизацію населення тимчасово окупованих регіонів України.

Грузія звернулася до ЄСПЛ через численні порушення прав людини, які вчинялися підчас та після активної фази бойових дій.

Суть загальної стурбованості рішенням у цій справі полягає в тому, що воно обмежить можливість застосування ЄКПЛ та здатність Суду здійснювати нагляд в ситуаціях збройного конфлікту, коли захист людей і доступ до правосуддя, найчастіше, є найбільш важко досяжним.

Вперше в історії ЄСПЛ не зміг встановити юрисдикцію по відношенню до людей, які живуть на території, яка в іншому випадку була б захищена Конвенцією. До прийняття цього рішення Суд завжди знаходив сторону, відповідальну за порушення прав людини, якщо ці порушення відбувалися в межах територіального простору Конвенції. В даному випадку малоімовірно, що Грузія може бути звинувачена в деяких порушеннях, які відбулися в період з 8 по 12 серпня 2008 року, і Росія звільнена Судом від деяких зобов'язань у галузі прав людини в цей період (йдеться саме про порушення статті 2 Конвенції). Таким

чином, суд посилається на «контекст хаосу» та відсутність «елементу близькості» для того, щоб відмовитися від своєї юрисдикції. Та зазначає, що держави все ще зобов'язані слідувати нормам МГП не беручи до уваги, що по-перше, не існує постійного міжнародного суду, що розглядає індивідуальні скарги на порушення МГП і по-друге, По-друге, Конвенція, охоплює деякі права і свободи, які не гарантовані або не так широко висвітлюються в МГП і по-третє, в МГП немає механізмів компенсації.

Що стосується юрисдикції після активної фази бойових дій, то Суд визнав свою юрисдикцію на основі просторової концепції. Також, Суд встановив, що затримуючи цивільних осіб чи беручи військових у полон, держава встановлює над ними юрисдикцію. Беручи до уваги те, що Суд не встановив будь-яких критеріїв, можна зробити висновок, що він і надалі буде притримуватися такої позиції, в тому числі і в справах між Україною та Росією.

Підхід Суду щодо юрисдикції щодо обов'язку розслідувати теж є позитивним для України, так як він означає, що держава, яка контролює територію зобов'язана проводити розслідування, навіть якщо вона, можливо, не порушувала право. Так як велика кількість територій, на яких проходили бойові дії та значна територія Донбасу підконтрольна Росії, то і розслідування повинна вона проводити, за умови успішного доведення підконтрольності бойовиків Росії.

Так в силу багатьох факторів, ситуація в Україні складніша від тієї, що склалася в Грузії в 2008 році, Суд або не зможе, або це буде складно і довго розділяти конфлікт на Сході України на активні та пасивні фази. Тому можна сподіватися, що Суд не буде опиратися в даному плані на прецедент Банковича і Грузії, і застосує більш гнучкий метод.

Разом з тим підхід Суду до питання про застосування Конвенції разом із МГП, в тих частинах справи, де Суд визнав юрисдикцію, є обнадійливим. Він

ззначає, що ЄКПЛ повинна тлумачитися відповідно до МГП і що Суд розглядає «взаємозв'язок між двома правовими режимами ... щодо кожного аспекту справи і кожної статті Конвенції». Цей підхід вказує на те, як можуть і повинні розглядатися твердження про порушення в сценаріях збройного конфлікту: на етапі розгляду справи по суті.

Суд розглянув руйнування сіл, що мало місце на етапі окупації після припинення вогню 12 серпня 2008 року, а також запобігання повернення грузин до Абхазії і Південної Осетії. Суд підтвердив, що ці порушення є адміністративною практикою в силу їх систематичного характеру і офіційної терпимості російських сил, які здійснювали ефективний контроль над зазначеними районами. Суд встановив, що підпали і пограбування сіл привели до порушень прав на повагу житла і власності, а також на гуманне поводження, і що Росія несе відповідальність за ці дії місцевих сил на підставі її ефективного контролю над цими районами. Крім того, Суд встановив порушення, що впливають із заборони на повернення. Ці постанови про порушення, на етапі окупації, а також про запобігання повернення, є важливим визнанням права потерпілих осіб на відшкодування збитку, а також серйозного характеру порушень шляхом виявлення адміністративної практики. Однак є опущення в результаті відмови Судом розглядати порушення вчинені підчас активної фази бойових дій, що вивело з під юрисдикції Суду порушення права на життя, деякі порушення заборони катування, права власності, поваги до приватного та сімейного життя і переміщення осіб.

Рішення Суду може мати потенційно серйозні наслідки для відповідальності і верховенства права в збройних конфліктах. Воно являє собою крок назад в сфері юрисдикції та захисту прав людини підчас збройних конфліктів, це рішення можна навіть тлумачити, як заохочення створення «контексту хаосу». Та все ж необхідно розуміти, що хоч прецедент

застосовується, як джерело права, Суд все ж може відійти від даної практики в майбутніх рішеннях, або тлумачити його іншим чином.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Выступления на церемонии подписания двусторонних документов между Российской Федерацией и Республикой Абхазия и Российской Федерацией и Республикой Южная Осетия. Президент России [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.kremlin.ru/catalog/persons/130/events/3921>.
2. Договор о дружбе, сотрудничестве и взаимной помощи между Российской Федерацией и Республикой Южная Осетия. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.kremlin.ru/supplement/199>
3. Договор о дружбе, сотрудничестве и взаимной помощи между Российской Федерацией и Республикой Абхазия. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.kremlin.ru/supplement/200>
4. Дополнительный протокол до Женевских конвенций від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів міжнародного характеру (Протокол II), від 8 червня 1977 року (укр/рос): Протокол Орг. Об'єдн. Націй від 08.06.1977 р.: станом на 8 груд. 2005 р. [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_200
5. Барановская М. ЕСПЧ принял решение в деле «Грузия против РФ». При чем здесь Украина? [Электронный ресурс] // DW. – Режим доступа: <https://www.dw.com/ru/espch-prinjal-reshenie-v-dele-gruzija-protiv-rf-pri-chem-zdes-ukraina/a-56339157>
6. Європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: від 04.11.1950 р. [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
7. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими : від 08.06.1977 р. : станом на 8 лют. 2006 р. [Електронний ресурс] // Верховна Рада

України. – Режим доступу:
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153/ed20060208#Text

8. Заявления для прессы и ответы на вопросы журналистов по итогам переговоров с Президентом Франции Николя Саркози. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://kremlin.ru/events/president/transcripts/1072/print>

9. Конвенція про захист цивільного населення під час війни (укр/рос) : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 12.08.1949 р.: станом на 8 лют. 2006 р. [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154

10. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 10.12.1984 р. : станом на 13 листоп. 1998 р. [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085

11. Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 21.12.1965 р.: станом на 4 лют. 1994 р. [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_105

12. Никифрук М.М. Визнання ЄСПЛ «ефективного контролю» Росії над окупованою територією Грузії після закінчення активної фази бойових дій / М.М. Никифрук // Збірник тез доповідей Науково-практичної конференції присвяченої проблематиці захисту прав людини в умовах збройного конфлікту : Матеріали наук. конф., м. Київ, 15 квіт. 2021 р. Київ, 2021. С. 18–19.

13. Протокол N 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який гарантує деякі права і свободи, не передбачені в Конвенції та у Першому протоколі до неї: Конвенція від 16.09.1963 р. : станом на

17 лип. 1997 р. [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – Режим доступу:
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_059#Text

14. Сааков В. 10 років потому: що потрібно знати про п'ятиденну війну Росії та Грузії [Електронний ресурс] // В. Сааков / DW. – Режим доступу:
<https://www.dw.com/uk/10-років-потому-що-потрібно-знати-про-пятиденну-війну-росії-та-грузії/a-44995468>

15. Соглашение о принципах урегулирования грузинско-осетинского конфликта: від 07.05.1992 р. [Электронный ресурс] // – Режим доступу:
<https://docs.cntd.ru/document/1902246>

16. Amnesty International (AI), 'Civilians in the aftermath of war: The Russian-Georgian conflict one year on' (August 2009) [Electronic resource] // Amnesty International. – Access mode:
<https://www.amnesty.org/download/Documents/48000/eur040012009eng.pdf>

17. Analysis of statistics 2020. Council of Europe, 2021 [Electronic resource] // Council of Europe. – Access mode:
https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2020_ENG.pdf

18. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination [Electronic resource] // Georgia v. Russian Federation / Preliminary Objections / Judgment / I.C.J. Reports – 2011. - p. 70 / The official site of ICJ – Access mode: <https://www.icj-cij.org/en/case/140>

19. Casalin D. Georgia v. Russia (II): zooming in on conflict displacement. [Electronic resource] / D. Casalin // Strasbourg Observers. / Access mode:
<https://strasbourgobservers.com/2021/02/17/georgia-v-russia-ii-zooming-in-on-conflict-displacement/>

20. Complaints brought by Ukraine against Russia concerning a pattern of humanrights violations in Crimea declared partly admissible, 2021. 7 p [Electronic resource] // Council of Europe. – Access mode:

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6904972-9271650&filename=Grand+Chamber+decision+Ukraine+v.+Russia+%28re+Crimea+%29+-+complaints+concerning+pattern+of+human-rights+violations+partly+admissible.pdf>

21. Doswald-Beck L. Customary international humanitarian law. // L. Doswald-Beck, J.-M. Henckaerts, C. Alvermann / Cambridge: Cambridge University Press / 2005.

22. Dzehtsiarou K. The judgement of solomon that went wrong: Georgia v. Russia (II) by the european court of human rights. Home [Electronic resource] // K. Dzehtsiarou / Völkerrechtsblog – Access mode: <https://voelkerrechtsblog.org/the-judgement-of-solomon-that-went-wrong-georgia-v-russia-ii-by-the-european-court-of-human-rights/>

23. ECHR, Akdivar and Others v. Turkey [Electronic resource] / Application no. 21893/93 / Judgment – 1996. // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58062>

24. ECHR, Case of Al-Skeini and others v. the United Kingdom [Electronic resource] / App. no. 55721/07 / Judgment - 2011 // Council of Europe. – Access mode: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-105606%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-105606%22]})

25. ECHR, Case of Andreou against Turkey [Electronic resource] / Application no. 45653/99 / Judgment - 2009. // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-95295&filename=001-95295.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

26. ECHR, Case of Banković and others v. Belgium and others, (Application no. 52207/99), Judgment, [2001]. [Electronic resource] // Council of Europe. – Access mode: https://www.rulac.org/assets/downloads/ECtHR_Bankovic_Admissibility.pdf

27. ECHR, Case of Case of Jaloud v. the Netherlands [Electronic resource] / App. no. 47708/08 / Judgment - 2014. // Council of Europe. – Access mode:

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-148367&filename=001-148367.pdf&TID=qeikrbadtm>

28. ECHR, Case of Catan and others v. Moldova and Russia [Electronic resource] / Applications nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06 / Judgment - 2012. [Electronic resource] // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-114082>

29. ECHR, Case of Esmukhambetov and others v. Russia, (Application no. 23445/03), judgment, [2011]. [Electronic resource] // Council of Europe. – Access mode: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2223445/03%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-104159%22%5D%7D>

30. ECHR, Case of Georgia v. Russia (I) [Electronic resource] / Application no. 38263/08 / Judgment - 2014. // Council of Europe. – Access mode: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-145546&filename=001-145546.pdf>

31. ECHR, Case of Georgia v. Russia (II) [Electronic resource] / Application no. 38263/08 / Judgment - 2021. // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207757>

32. ECHR, Case of Gongadze v. Ukraine [Electronic resource] / Application no. 34056/02 / Judgment – 2005. // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-70853>

33. ECHR, Case of Hassan v. The United Kingdom [Electronic resource] Application no. 29750/09, Judgment – 2014. // Council of Europe. – Access mode: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-146501&filename=001-146501.pdf&TID=qydvigxsem>

34. ECHR, Case of Idalov v. Russia [Electronic resource] Application no. 5826/03 / Judgment - 2012. // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-110986>

35. ECHR, Case of Ocalan v. Turkey [Electronic resource] / App. no. 46221/99 / Judgment - 2005. // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-69022>

36. ECHR, Case of Pad and others v. Turkey [Electronic resource] / App. no. 60167/00 / Judgment - 2007. // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-81672&filename=PAD%20AND%20OTHERS%20v.%20TURKEY.pdf&logEvent=False>

37. ECHR, Case of Ukraine v. Russia re Crimea, [Electronic resource] / Applications no. 20958/14 and 38334/18 / Judgment - 2020. // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207622>

38. ECHR, Hanan v. Germany [Electronic resource] / App. no. 4871/16 / Judgment - 2021. // Council of Europe. – Access mode: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-208279%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-208279%22]})

39. ECHR, Ireland v. The United Kingdom [Electronic resource] / Series A no. 25 / Judgment - 1978. // CVCE.eu. – Access mode: [https://www.cvce.eu/en/obj/judgement_of_the_european_court_of_human_rights_ireland_v_the_united_kingdom_18_january_1978-en-e07eaf5f-6d09-4207-8822-0add3176f8e6.html#:~:text=the%20United%20Kingdom%20\(18%20January%201978\),-Text&text=First%20judgment%20given%20by%20the,or%20degrading%20treatment%20or%20punishment\)](https://www.cvce.eu/en/obj/judgement_of_the_european_court_of_human_rights_ireland_v_the_united_kingdom_18_january_1978-en-e07eaf5f-6d09-4207-8822-0add3176f8e6.html#:~:text=the%20United%20Kingdom%20(18%20January%201978),-Text&text=First%20judgment%20given%20by%20the,or%20degrading%20treatment%20or%20punishment))

40. ECHR, Isaak v. Turkey [Electronic resource] / App. no. 44587/98 / Judgment - 2008. // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-87146&filename=001-87146.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

41. ECHR, *Musayeva and Others v. Russia*, [Electronic resource] / App. no. 74239/01 / Judgment - 2007, // Council of Europe. – Access mode: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=00181932&file name=CASE%20OF%20MUSAYEVA%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA.pdf&logEvent=False>

42. ECHR's *Georgia vs. Russia Judgment – Why It Matters and What Comes Next*. [Electronic resource] // Civil.ge. – Access mode: <https://civil.ge/archives/393735>

43. General comment no. 36, Article 6 (Right to Life) : of 03.09.2019 no. CCPR/C/GC/35. [Electronic resource] // Refworld – Access mode: <https://www.refworld.org/docid/5e5e75e04.html>

44. House of Lords of 17.06.2007 in *Opinions of the Lords of appeal for judgment in the cause Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*. [Electronic resource] // Parliament UK – Access mode: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070613/skeini-1.pdf>

45. HRW, 'A Dying Practice: Use of Cluster Munitions by Russia and Georgia in August 2008' (2009). [Electronic resource] // Refworld – Access mode: <https://www.refworld.org/docid/49e6dccc0.html>

46. HRW, 'Up In Flames: Humanitarian Law Violations and Civilian Victims in the Conflict over South Ossetia' (2009). [Electronic resource] // Refworld – Access mode: <https://www.refworld.org/pdfid/497984202.pdf>

47. Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, Volume II. [Electronic resource] // Max Planck Institute / 2009. 441 p – Access mode: https://www.mpil.de/files/pdf4/IIFFMCG_Volume_II1.pdf

48. Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, Volume I. [Electronic resource] // Max Planck Institute / 2009. 702 p – Access mode: https://www.mpil.de/files/pdf4/IIFFMCG_Volume_I2.pdf

49. Kälin W. Part III Substantive Guarantees, 9 Protection of Human Existence: Right to Life and Subsistence Rights. / [Book content] / W. Kälin, J. Künzli // The Law of International Human Rights Protection (2nd Edition): 2019.

50. Kanstantsin D. Georgia v. Russia (II) / Dzehtsiarou Kanstantsin // American Journal of International Law / Dzehtsiarou Kanstantsin., 2021. – C. 228–294.

51. Leach P. Damage control after Georgia v Russia (II) – holding states responsible for human rights violations during armed conflict. [Electronic resource] / P. Leach // Strasbourg Observers. - Access mode: <https://strasbourgobservers.com/2021/02/08/damage-control-after-georgia-v-russia-ii-holding-states-responsible-for-human-rights-violations-during-armed-conflict/>

52. Letter dated 26 January 1994 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General [Electronic resource] // UN Doc S/1996/74 / The official site of UN - Access mode: <https://digitallibrary.un.org/record/194500>

53. Letter dated 94/05/17 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the President of the Security Council [Electronic resource] // UN Doc S/1994/583 / The official site of UN - Access mode: <https://digitallibrary.un.org/record/190894?ln=ru>

54. Milanovic M. Extraterritorial Investigations in Hanan v. Germany; Extraterritorial Assassinations in New Interstate Claim Filed by Ukraine against Russia [Electronic resource] // M. Milanovic / EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law – Access mode: <https://www.ejiltalk.org/extraterritorial-investigations-in-hanan-v-germany-extraterritorial-assassinations-in-new-interstate-claim-filed-by-ukraine-against-russia/>

55. Milanovic M. Georgia v. Russia No. 2: The European Court's Resurrection of Bankovic in the Contexts of Chaos [Electronic resource] // M. Milanovic / EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law – Access

mode: <https://www.ejiltalk.org/georgia-v-russia-no-2-the-european-courts-resurrection-of-bankovic-in-the-contexts-of-chaos/>

56. Moiseieva A. The ECtHR in Georgia v. Russia – a farewell to arms? The effects of the Court’s judgment on the conflict in eastern Ukraine. [Electronic resource] // A. Moiseieva / EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law – Access mode: <https://www.ejiltalk.org/the-ecthr-in-georgia-v-russia-a-farewell-to-arms-the-effects-of-the-courts-judgment-on-the-conflict-in-eastern-ukraine/>

57. New inter-State application brought by Ukraine against Russia [Electronic resource] / 2021. - 2 p / Council of Europe – Access mode: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6946898-9342602&filename=New%20inter-state%20application%20brought%20by%20Ukraine%20against%20Russia.pdf>

58. Nußberger A. South Ossetia [Book content] / A. Nußberger // Max Planck encyclopedias of international law: Encyclopedia entries. 2013.

59. PACE, ‘Follow-up given by Georgia and Russia to Resolution 1647 (2009)’ [Electronic resource], Doc. 11876. – 2009 Council of Europe – Access mode: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=12163&lang=en>

60. Report of the Secretary-General concerning the situation in Abkazia, Georgia’ [Electronic resource] // 7 October 1993 / UN Doc S/26551 / The official site of UN – Access mode: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/26551

61. Report of the Secretary-General on the situation in Abkhazia, Georgia [Electronic resource] // 2008 / UN Doc S/2008/631 / The official site of UN – Access mode: <https://undocs.org/S/2008/631>

62. Royal Courts of Justice of 01.05.2015 in no. 2015 EWHC 715 [Electronic resource] // Government UK – Access mode: <https://www.judiciary.uk/wp->

content/uploads/2015/12/r-al-saadoon-v-secretary-of-state-for-defence-2015-ewhc-715-admin.pdf

63. Security Council Resolution 1554 [Electronic resource] // 2004 / UN Doc S/RES/1554 / The official site of UN – Access mode: [https://undocs.org/S/RES/1554\(2004\)](https://undocs.org/S/RES/1554(2004))

64. Security Council Resolution 1666 [Electronic resource] // 2006 / UN Doc S/RES/1666 / The official site of UN – Access mode: [https://undocs.org/S/RES/1666\(2006\)](https://undocs.org/S/RES/1666(2006))

65. Hammarberg T., Council of Europe Commissioner for Human Rights, ‘Human Rights in Areas Affected by the South Ossetia Conflict. Special Mission to Georgia and Russian Federation’ // T. Hammarberg / CommDH. – 2008.

66. UNHCR teams enter Georgia “buffer zone”. [Electronic resource] // UNHCR – Access mode: <https://www.unhcr.org/news/briefing/2008/9/48cfa9b01d/unhcr-teams-enter-georgia-buffer-zone.html>

67. UNSC Verbatim Record [Electronic resource] / 2008 / UN Doc S/PV.5969. / The official site of UN – Access mode: <https://undocs.org/en/S/PV.5969>