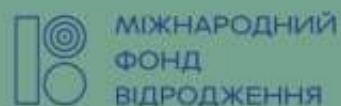


OPEN SOCIETY
JUSTICE INITIATIVE



OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS

Другий том можна знайти за посиланням

Київ - 2019

ТОМ 1 Вибір заради справедливості: посібник зі створення механізмів притягнення до відповідальності за найтяжчі злочини

ВИБІР ЗАРАДИ СПРАВЕДЛИВОСТІ

СПРАВЕДЛИВОСТІ
СПРАВЕДЛИВОСТІ
СПРАВЕДЛИВОСТІ
СПРАВЕДЛИВОСТІ
СПРАВЕДЛИВОСТІ
СПРАВЕДЛИВОСТІ
СПРАВЕДЛИВОСТІ
СПРАВЕДЛИВОСТІ
СПРАВЕДЛИВОСТІ
СПРАВЕДЛИВОСТІ

Посібник зі створення механізмів притягнення
до відповідальності за найтяжчі злочини

ТОМ 1

OPEN SOCIETY
JUSTICE INITIATIVE

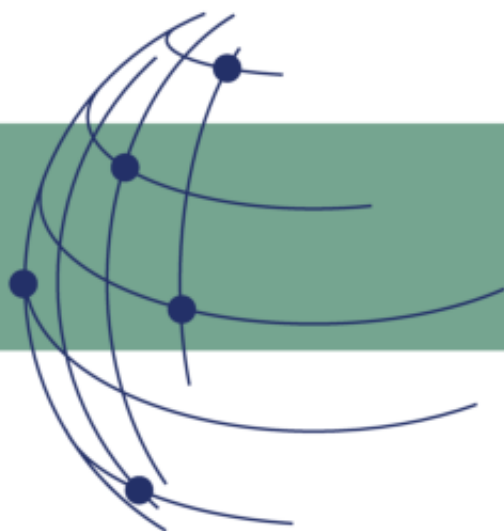
ВИБІР ЗАРАДИ СПРАВЕДЛИВОСТІ

ТОМ I



ПОСІБНИК ЗІ СТВОРЕННЯ
МЕХАНІЗМІВ ПРИТЯГНЕННЯ
ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА НАЙТЯЖЧІ ЗЛОЧИНИ

OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS



УДК 341.48(07)=161.2
Е71

Оригінальне видання

Open Society Justice Initiative

OPTIONS FOR JUSTICE

A HANDBOOK FOR DESIGNING
ACCOUNTABILITY MECHANISMS
FOR GRAVE CRIMES

Переклад з англійської на українську –

Олена Бондаренко

Загальна редакція українського видання –

Роман Мартиновський, Ліана Мороз

Літературна редакція та верстка –

Фаїна Козирєва

Усі права захищені

© Open Society Foundations, 2018.

Ця публікація доступна у форматі pdf на веб-сайті
Фундацій Відкритого Суспільства за ліцензією
Creative Commons, що дозволяє копіювати та
розповсюджувати публікацію лише у повному
обсязі за умови посилання на Фундації Відкритого
Суспільства та використання в некомерційних цілях
у сфері освіти або державної політики. Фотографії не
можуть використовуватися окремо від публікації.

ISBN: 978-1940983-83-7 (англ.)

Контактна особа для отримання
додаткової інформації:

Ерік Вітте

Правова Ініціатива Відкритого Суспільства
Eric.Witte@OpenSocietyFoundations.org



МІЖНАРОДНИЙ
ФОНД
ВІДРОДЖЕННЯ

Переклад та видання здійснене за підтримки
Програми “Права людини і правосуддя”
Міжнародного фонду “Відродження”

Перекладено за виданням:
Open Society Foundations
224 West 57th Street New York, New York 10019, USA
www.OpenSocietyFoundations.org

ЗМІСТ

ТОМ I

ПОДЯКА	8
СКОРОЧЕННЯ І АБРЕВІАТУРИ	9
ПЕРЕДМОВА	10
I. ВСТУП	16
Поява механізмів притягнення до відповідальності за найтяжчі злочини	17
Мета цього посібника	19
Методологія	20
Структура посібника	22
II. СКЛАДОВІ ПОБУДОВИ МЕХАНІЗМІВ	24
A. МЕТА	25
Теперішній досвід	26
Винесені уроки і міркування	28
Ключові питання, що допоможуть визначити мету	34
Б. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ	35
Теперішній досвід	37
Винесені уроки і міркування	42
Ключові питання, що допоможуть визначити відношення до національної системи	55

В. ЮРИСДИКЦІЯ	57
1. ПРЕДМЕТНА ЮРИСДИКЦІЯ	57
Теперішній досвід	57
Винесені уроки і міркування	62
Ключові питання, що допоможуть визначити предметну юрисдикцію	66
2. ПЕРСОНАЛЬНА ЮРИСДИКЦІЯ І ВИДИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ	67
Теперішній досвід	67
Винесені уроки і міркування	70
Ключові питання, що допоможуть визначити персональну юрисдикцію і види відповідальності	72
3. ЧАСОВА І ТЕРИТОРІАЛЬНА ЮРИСДИКЦІЯ	73
Теперішній досвід	73
Винесені уроки і міркування	75
Ключові питання, що допоможуть визначити часову і територіальну юрисдикцію	78
Г. ДЖЕРЕЛО ПОВНОВАЖЕНЬ	79
Теперішній досвід	79
Винесені уроки і міркування	82
Ключові питання, що допоможуть визначити джерело повноважень	87
Д. МІСЦЕЗНАХОДЖЕННЯ	88
Теперішній досвід	88
Винесені уроки і міркування	89
Ключові питання, що допоможуть визначити місцезнаходження	96
Е. СТРУКТУРА	97
Теперішній досвід	97
Винесені уроки і міркування	98
Ключові питання, що допоможуть визначити структуру	115

Ж. ЗАЛУЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДДІВ І ПЕРСОНАЛУ	118
Теперішній досвід.....	118
Винесені уроки і міркування.....	121
Ключові питання для забезпечення інтеграції міжнародних суддів і персоналу.....	128
3. ФІНАНСУВАННЯ.....	129
Теперішній досвід.....	129
Винесені уроки і міркування.....	130
Ключові питання, що допоможуть визначити питання фінансування.....	134
I. НАГЛЯД	136
Теперішній досвід.....	136
Винесені уроки і міркування.....	139
Ключові питання, що допоможуть визначити питання нагляду.....	142

ТОМ II

III. ДОДАТКИ

ДОДАТОК 1. Механізми в Африці

Африканський суд справедливості і прав людини з юрисдикцією у кримінальних справах
 Бурунді: запропонована Спеціальна палата
 Центральнаафриканська Республіка: Спеціальний кримінальний суд
 Кот-д'Івуар: провадження на національному рівні
 Демократична Республіка Конго:
 Провадження на національному рівні (починаючи з 2005 року)
 Змішані палати (запропоновані)
 Кенія: запропонований Спеціальний трибунал
 Ліберія: запропонований Надзвичайний кримінальний суд
 Руанда:
 Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди
 Суди "Тачача" (2002 – 2012 роки)

Сенегал: Надзвичайні африканські палати (щодо Чаду)
 Сьєрра-Леоне: Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне
 Південний Судан: запропонований гібридний суд
 Судан: запропонований гібридний суд для Дарфуру
 Уганда: Відділ з міжнародних злочинів

ДОДАТОК 2. Механізми в Америках

Аргентина
 Колумбія
 Гватемала: Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі
 Гаїті
 Мексика: Міждисциплінарна група незалежних експертів та експерток

ДОДАТОК 3. Механізми в Азії

Бангладеш: Міжнародний кримінальний трибунал
 Камбоджа: Надзвичайні палати у судах Камбоджі
 Східний Тимор / Тимор-Лешті

ДОДАТОК 4. Механізми в Європі

Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії
 Боснія: Палата з розслідування воєнних злочинів і Спеціальний відділ прокуратури з розслідування воєнних злочинів
 Хорватія
 Косово:
 Колегії відповідно до Розпорядження № 64 Місії ООН у Косово (2000 – 2008 роки)
 Провадження щодо найтяжчих злочинів під керівництвом EULEX (з 2008 року до теперішнього часу)
 Спеціалізовані палати і Спеціалізована прокуратура Косово
 Сербія

ДОДАТОК 5. Механізми на Близькому Сході

Ірак: Верховний трибунал Іраку
 Ліван: Спеціальний трибунал щодо Лівану
 Сирія: Міжнародний неупереджений і незалежний механізм щодо Сирії

ПОДЯКА

Автори цього посібника – Ерік Вітте, керівник програми Правової Ініціативи Відкритого Суспільства щодо національного судочинства за найтяжчі злочини, і Клер Даффі. Додаткові дослідження та підготовку оглядів механізмів проводили: Девід Мандель-Ентоні, Тесса Баккс, Джулі Ламбін, Мохамед Осман, Дженніфер Істердей, Бемі Каньонге, Маріана Пена, Фіона Маккей, Крістіан Де Вос, Шерон Накандха, Ана Пірнія, Таегін Рейсман і Анна Рей Гете. Редактор посібника – Девід Беррі.

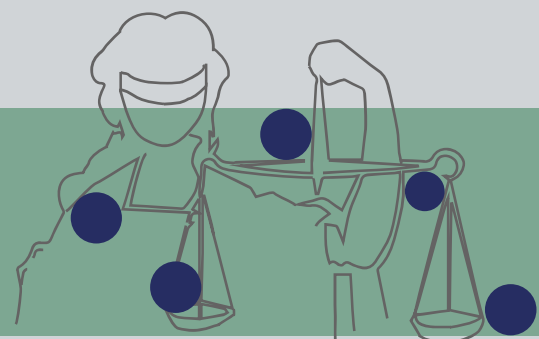
Багато людей люб'язно погодилися надати експертну підтримку на етапі підготовки публікації. Серед рецензентів: Сантьяго Агірре, Пітер Андерсен, Бетсі Епл, Брахіма Бамба, Тобі Кадман, Девід Денг, Фідельма Донлон, Ліліана Гамбоа, Ларрі Джонсон, Паскаль Камбале, Франк Камунга, Пасіфік Маніракіза, Максін Маркус, Рейчел Нілд, Луї-Марі Ніндорера, Сандра Орловіч, Джоанна Ойедіран, Суніл Пал, Хуго Релва, Амандін Рушенгузімінега, Хезер Райан, Сусана Сакуто, Альфа Сесай, Парам-Преет Сінгх, Елісон Сміт, Мохамед Сума, Девід Тейлор, Елеанор Томпсон, Іва Вукушич, Джеймс Вормінгтон, Іна Зун, а також співробітники Служби з питань правосуддя і виправних закладів Департаменту операцій з підтримки миру ООН.

СКОРОЧЕННЯ І АБРЕВІАТУРИ

АС	Африканський Союз
АСПЛН	Африканський суд з прав людини та народів
ГА ООН	Генеральна асамблея ООН
ДРК	Демократична Республіка Конго
ЕКОВАС	Економічне співтовариство країн Західної Африки
ЄС	Європейський Союз
МАКПЛ	Міжамериканська комісія з прав людини
МГП	Міжнародне гуманітарне право
МКС	Міжнародний кримінальний суд
МКТР	Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди
МКТЮ	Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії
МПГПП	Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
МООНСЛ	Місія ООН у Сьєрра-Леоне
НБСЕ	Нарада з безпеки та співробітництва в Європі
НУО	неурядова організація (неурядові організації)
ОАД	Організація Американських Держав
ОБСЕ	Організація з безпеки та співробітництва в Європі
ООН	Організація Об'єднаних Націй
ПАРЄ	Парламентська асамблея Ради Європи
ПРООН	Програма розвитку Організації Об'єднаних Націй
РБ ООН	Рада Безпеки ООН
РС	Римський статут
СФРЮ	Соціалістична Федеративна Республіка Югославія
УВКПЛ	Управління Верховного комісара ООН з прав людини
ЮНМІК	Спеціальна місія ООН у Косово

ПЕРЕДМОВА

Ганс Корелл



Протягом останніх 25 років ми спостерігаємо стрімкий розвиток міжнародного кримінального правосуддя. Він почався з утворення Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (МКТЮ) в 1993 році та Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди (МКТР) в 1994 році. Через чотири роки, у 1998 році, на Римській конференції було прийнято Римський статут Міжнародного кримінального суду (МКС). Потім були досягнуті домовленості між Організацією Об'єднаних Націй і Сьєрра-Леоне щодо Спеціального суду для Сьєрра-Леоне у 2002 році та Камбоджею щодо Надзвичайних палат у судах Камбоджі у 2003 році. Існує багато інших механізмів у цьому питанні, включаючи суто національне судочинство, наприклад у Демократичній Республіці Конго та Аргентині, а також міжнародне судочинство, зокрема у Боснії. Але приклади, які я згадую на початку, для мене дуже особливі, оскільки я був безпосередньо залучений до цих зусиль протягом багатьох років моєї роботи заступником Генерального секретаря з правових питань та юридичним радником Організації Об'єднаних Націй у 1994-2004 роках.

У наступні роки як Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй, так і Рада Безпеки запровадили нові норми кримінальної відповідальності за найтяжчі злочини. Вони це зробили, зокрема, прийнявши резолюції, що підкреслюють важливість верховенства права на національному та міжнародному рівнях. Як приклад, можна згадати декларацію, прийняту на засіданні високого рівня Генеральної Асамблеї 24 вересня 2012 року (A/RES/67/1).

У цій резолюції глави держав та урядів та глави делегацій підтверджують свою незмінну відданість цілям і принципам Статуту Організації Об'єднаних Націй, міжнародному праву і правосуддю, а також міжнародному порядку на основі верховенства права, що є незамінною основою більш мирного, процвітаючого і справедливого світу (пункт 1). Вони також підтверджують, що права людини, верховенство права та демократія пов'язані та взаємно зміцнюють одне одного, і що вони належать до універсальних і неподільних основних цінностей та принципів Організації Об'єднаних Націй (пункт 5). Крім того, вони заявляють, що переконані в глибокому та зміцнюючому взаємозв'язку між верховенством права та розвитком і в тому, що укріплення верховенства права на національному та міжнародному рівнях має важливе значення для забезпечення сталого і всеохоплюючого економічного зростання, сталого розвитку, викорінення бідності та голоду та реалізації усіх прав людини та основних свобод, включаючи право на розвиток, що своєю чергою посилює верховенство права (пункт 7). Вони також підтверджують принцип належного врядування та зобов'язуються до ефективного, справедливого, недискримінаційного та рівноправного надання державних послуг, що стосуються верховенства права, включаючи кримінальне, цивільне та адміністративне правосуддя, врегулювання комерційних спорів та правову допомогу (пункт 12).

Особливий інтерес у цьому контексті викликає те, що вони зобов'язуються гарантувати нетерпиме ставлення до безкарності за злочини геноциду, військові злочини та злочини проти людяності або за порушення міжнародного гуманітарного права та грубі порушення прав людини. Вони також зобов'язуються забезпечити належне розслідування та покарання за такі злочини, включаючи притягнення їх виконавців до відповідальності за допомогою національних механізмів або, за необхідності, регіональних чи міжнародних механізмів відповідно до міжнародного права. З цією метою вони заохочують держави зміцнювати національні судові системи та інститути (пункт 22).

Слід підкреслити, що в системі, де діє верховенство права, основними елементами є захист прав людини та спроможність протидіяти серйозним злочинам за допомогою належної системи кримінального судочинства як на національному, так і на міжнародному рівнях.

На теперішньому етапі, у 2018 році, таке формулювання може здатися багатьом експертам у сфері міжнародного правосуддя доволі слабким. Проте варто нагадати, що розуміння, закріплене в резолюціях ООН, було не так давно далеко не очевидним. Воно й досі може бути незрозумілим навіть для тих, хто має досвід роботи в системах національного правосуддя.

На момент, коли я став заступником Генерального секретаря з правових питань та юридичним радником, я мав 10-річний досвід роботи суддею у моїй країні, Швеції, з 1962 по 1972 роки. Основним напрямом моєї роботи було кримінальне право. У 1972 році я приєднався до Міністерства юстиції для виконання законодавчої роботи, і після 13 років у цьому міністерстві, де протягом останніх трьох років був Старшим юридичним радником, у 1984 році став юридичним радником Міністерства закордонних справ, де пропрацював до початку роботи в Організації Об'єднаних Націй.

У серпні 1992 року Нарада з безпеки та співробітництва в Європі (НБСЕ), зараз ОБСЄ, призначила мене та двох колег доповідачами з питань військових злочинів у Боснії та Герцеговині й Хорватії. Моїми колегами були Посол Гельмут Тюрк, юридичний радник Міністерства закордонних справ Австрії, та Гро Гіллестад Тюне, членкиня Європейської комісії з прав людини від Норвегії. 9 лютого 1993 року ми представили нашу фінальну доповідь *“Пропозиція щодо Міжнародного трибуналу з військових злочинів для колишньої Югославії від доповідачів (Корелл-Тюрк-Тюне) у межах Московського механізму з питань людського виміру НБСЕ для Боснії та Герцеговини й Хорватії”*. У цій доповіді ми запропонували створити трибунал для розслідування військових злочинів щодо колишньої Югославії на основі договору. Це був єдиний правовий шлях для НБСЕ. Одночасно питання створення такого суду обговорювалося в Раді Безпеки ООН. Тому НБСЕ негайно направила нашу пропозицію до Організації Об'єднаних Націй. 22 лютого 1993 року Рада

Безпеки прийняла рішення про створення МТКЮ, переважно на підставі доповіді, представленої Комісією експертів ООН.

Я згадав це, оскільки, як суддя на національному рівні, мав багато сумнівів щодо ідеї міжнародних кримінальних судів. Я думав, що вони будуть занадто політизовані й таким судам буде складно забезпечувати справедливість у безпечний спосіб. Однак я повністю змінив свою думку, коли переді мною постало завдання стати доповідачем з питань військових злочинів у колишній Югославії. Я усвідомив, що не робиться нічого для притягнення до відповідальності тих, хто скоїв злочини, які я виявив під час нашого візиту до Хорватії. Водночас я став більш обізнаним про взаємозалежність між верховенством права та кримінальним правосуддям. Одним із головних викликів у майбутньому, якщо ми хочемо створити світ, в якому люди можуть гідно жити, захищаючи свої права, є створення ефективної системи кримінального правосуддя на національному та міжнародному рівнях.

Спираючись на цей досвід, я з великим інтересом прочитав “Вибір заради справедливості: посібник зі створення механізмів притягнення до відповідальності за найтяжчі злочини”. З огляду на проаналізовані у посібнику приклади механізмів, що використовувалися в різні періоди, і вимоги, що стосуються верховенства права, підтверджені Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй, потреба в додаткових механізмах боротьби з безкарністю, що насправді породжує нові конфлікти у світі, стає зрозумілою. Запит на справедливість, який поширюється від Сирії до Шрі-Ланки, від Сальвадору до Південного Судану, є очевидним. Саме тому, розробляючи нові механізми, надзвичайно важливо скористатись досвідом створених раніше подібних установ.

Тут має стати в нагоді структура посібника. На мою думку, особливо корисним є спосіб викладення матеріалу, який включає: короткий опис того, що розглядається, посилення на наявний досвід, винесені уроки та міркування, і на завершення – перелік ключових моментів, які треба враховувати під час прийняття рішення з цього питання. Це має дуже допомогти зацікавленим сторонам. Зокрема, виокремлення ключових питань допомагатиме зосередити увагу на специфіці наявної ситуації. Як сказано в посібнику, їх варто використовувати саме як контрольний перелік.

Значення порівняльного досвіду при проектуванні нових механізмів та потребу в моделях, адаптованих до особливостей кожної ситуації, важко переоцінити. Вкрай важливим є й те, що, попри наявність МКС, все ще існує потреба в нових моделях.

Зрозуміло, що я читаю аналіз діяльності згаданих установ з особливим інтересом. Він багато в чому відповідає моїй власній оцінці ситуації. Це стосується, зокрема, аналізу Спеціального суду для Сьєрра-Леоне та Надзвичайних палат

у судах Камбоджі, де я представляв Організацію Об'єднаних Націй як голова делегацій ООН, відповідальних за переговори щодо угод з двома країнами. У посібнику робиться акцент на серйозних недоліках в будові Надзвичайних палат, і на мій погляд, в майбутньому логотип Організації Об'єднаних Націй не слід дозволяти використовувати інституціям, над якими організація не має повного адміністративного контролю. Хоча я вважаю, що Надзвичайні судові палати – це не та модель, яку слід відтворювати, в посібнику детально описані її негативні уроки, а також акцентується увага на деяких позитивних нововведеннях¹.

У цього посібника подвійна мета: (1) допомогти тим, хто приймає рішення щодо створення або підтримки механізму правосуддя; (2) допомогти тим, на кого покладене завдання з розроблення відповідних моделей після прийняття політичного рішення. До другої категорії осіб відносяться державні службовці та дипломати, державні органи слідства та обвинувачення, співробітники та посадові особи Організації Об'єднаних Націй та інших міжурядових організацій, а також ті, хто працює в національних та міжнародних неурядових організаціях. На мій погляд, цим категоріям посібник стане в нагоді в першу чергу. Відповідальним за прийняття рішень також наполегливо рекомендується враховувати вимоги щодо верховенства права, підтверджені Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй, та згадані зобов'язання.

Нарешті, є три елементи, про які я часто замислююся, коли мова йде про створення механізмів кримінального правосуддя, які пов'язані із використанням мов, принципу законності та фінансування.

Стосовно мов важливо пам'ятати про те, що сказано в посібнику: занадто велика кількість офіційних мов може спричинити затримки і збільшити витрати. Навіть одна додаткова мова значно впливатиме на витрати потенційної установи.

Що стосується принципу законності, то, крім сказаного в посібнику, слід звернути увагу на пункт другий статті 15 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права:

“Ніщо в цій статті не перешкоджає відданню під суд і покаранню будь-якої особи за будь-яке діяння чи упущення, що на момент вчинення були кримінальним злочином згідно з загальними принципами права, визнаними міжнародним товариством”.

¹ Я докладніше розвинув думки з цього приводу у вступі до *The Founders: Four Pioneering Individuals Who Launched the First Modern-Era International Criminal Tribunals*. Ed. David M. Crane, Leila Sadat, Michael P. Scharf. Cambridge University Press. Готується до публікації, див.: www.cambridge.org/9781108424165.

Наявність Римського статуту є важливим підтвердженням цього. Я також думаю, що той факт, що Рада Безпеки ООН 25 травня 1993 року прийняла Статут Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії, варто враховувати при тлумаченні цього положення в сучасний період (S/RES/827 (1993)).

Що стосується фінансування, я розумію, що інколи воно може здійснюватися за рахунок добровільних внесків. Проте, як уже згадувалося, я був глибоко стурбований тим, що фінансування Спеціального суду для Сьєрра-Леоне не передбачало обов'язкових внесків. Насправді тут присутній конституційний елемент, що стає очевидним, якщо провести паралель із фінансуванням судів на національному рівні. Який авторитет мали б національні суди, якби фінансувались різними донорами, а не за рахунок податків або подібних офіційних джерел? Очевидно, що таке ж міркування слід застосовувати на міжнародному рівні. На мій погляд, цей аспект слід пам'ятати в процесі розроблення нових механізмів.

Це лише деякі з винесених уроків, які я вважаю найважливішими. Ця корисна публікація містить й багато інших. Які з них отримають вирішальне значення, залежить від конкретного контексту. Посібник стане в нагоді всім причетним до розроблення механізмів відповідальності за найтяжчі злочини в будь-якому місці та за будь-яких обставин. З метою задоволення дедалі вищих очікувань щодо кримінальної відповідальності відповідно до норм міжнародного права, у майбутньому має з'явитись можливість розробити кращі, більш ефективні та дієві механізми.

I

ВСТУП

Поява механізмів притягнення до відповідальності за найтяжчі злочини

Мета цього посібника

Методологія

Структура посібника



ПОЯВА МЕХАНІЗМІВ ПРИТЯГНЕННЯ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НАЙТЯЖЧІ ЗЛОЧИНИ

Після закінчення Другої світової війни держави-переможниці створили перші механізми, спрямовані на притягнення до відповідальності осіб, винних у скоєнні найтяжчих злочинів. Нюрнберзький і Токійський судові процеси, що відбулися з кінця 1945 по 1947 роки², дали надію на те, що і в майбутньому найтяжчі злочини будуть покарані. Можливо, перспектива кримінального правосуддя навіть змогла б запобігти злочинам, визначеним новим напрямом міжнародного кримінального правосуддя. Проте незабаром після завершення Нюрнберзького та Токійського процесів почалася “холодна війна”, що значною мірою зупинила розвиток галузі протягом наступних чотирьох десятиліть.

Масове насильство протягом цього періоду тривало. Впродовж 63 років після Другої світової війни в результаті приблизно 313 збройних конфліктів, зумовлених культурними, політичними, соціальними, економічними, расовими, етнічними та релігійними причинами, загинуло близько 92-101 мільйонів людей³.

Ці цифри не включають незліченних жертв інших злочинних дій, зокрема зґвалтування та інших форм сексуального насильства, насильницьких зникнень та катувань.

До початку 1990-х років закінчилась “холодна війна”, що дало змогу забезпечити дипломатичний простір для створення спеціальних трибуналів у відповідь на найтяжчі злочини в колишній Югославії та Руанді. Протягом

² Офіційні назви – Міжнародний військовий трибунал і Міжнародний військовий трибунал для Далекого Сходу відповідно. Трибунали були створені для розслідування міжнародних злочинів, скоєних нацистськими та японськими політичними та військовими посадовими особами під час Другої світової війни. Див.: Kevin Jon Heller, “The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law,” (Oxford University Press; Oxford, 2011); Tanaka, Y, McCormack, T, Simpson, G (eds.), “Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited,” (Martinus Nijhoff; Leiden, 2011).

³ M Cherif Bassiouni (ed), The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice (Cambridge: Intersentia, 2010), с. xiii. Ці цифри базуються на даних, зібраних з 1945-2008 pp., див.: Christopher Mullins, Conflict Victimization and Post-Conflict Justice 1945-2008.

Найтяжчі злочини

У цьому посібнику використовується загальний термін “найтяжчі злочини” для позначення злочинів геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів та інших серйозних злочинів, що викликають міжнародне занепокоєння. Інші загальні терміни, що використовуються для позначення подібних категорій злочинів, включають “міжнародні злочини”, “злочини за Римським статутом” та “злочини відповідно до міжнародного права”. Термін “найтяжчі злочини”, який використовується в цьому посібнику, не потрібно сприймати в контексті будь-якого конкретного його визначення у національному праві. На міжнародному рівні цей термін, з правового погляду, не є коректним. У посібнику він використовується як скорочення при обговоренні широкого кола механізмів, що стосуються міжнародного кримінального права.

25 років з моменту створення двох судів у світі відбувається поширення механізмів розслідування, кримінального переслідування та розгляду справ про найтяжчі злочини.

У 1998 році держави погодились створити постійний суд для воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду – Міжнародний кримінальний суд (МКС); він розпочав свою діяльність у 2002 році. МКС – це суд останньої інстанції, метою якого є доповнення роботи на рівні національних юрисдикцій, що несуть основну відповідальність за покарання за злочини, передбачені Римським статутом⁴. Держави-учасниці Римського статуту та багато хто з тих, які все ще не входять до цієї системи, застосовують різні підходи до кримінального правосуддя щодо найтяжчих злочинів.

Ці злочини продовжують скоюватися в тривожному масштабі по всьому світі – у таких місцях, як Сирія, Палестина, Ірак, Південний Судан, Бурунді, Афганістан, Україна, Мексика, Філіппіни, М'янма і Північна Корея. Для тих, хто вимагає кримінальної відповідальності стосовно цих ситуацій, досвід наявних механізмів відповідальності може містити важливі уроки.

Деякі моделі кримінальної відповідальності виявилися більш ефективними. Механізми в таких країнах, як Сенегал (щодо найтяжчих злочинів, скоєних у Чаді), Сьєрра-Леоне, Гватемала та Боснія, досягли значних успіхів, тоді як

⁴ МКС має юрисдикцію тільки тоді, коли держави “неспроможні” або “не бажають” самостійно здійснювати переслідування за міжнародні злочини. Див.: Римський статут Міжнародного кримінального суду, U.N. Doc 2187, U.N.T.S. 90, набрав чинності 1 липня 2002 р. (Римський статут), Преамбула, статті 17-20 і 53.

інші, наприклад у Східному Тиморі / Тиморі-Лешті, Косово та Уганді, постали перед труднощами. Частково результати можна пояснити показниками діяльності. Але значною мірою саме модель механізмів відповідальності за найтяжчі злочини вплинула на їхню ефективність. Моделі правосуддя за останні 25 років дають важливі уроки, що можуть бути використані при створенні нових установ.

МЕТА ЦЬОГО ПОСІБНИКА

Цей посібник спрямований на те, щоб виділити винесені уроки з попереднього досвіду, що можуть стати орієнтиром для тих, хто розробляє нові механізми кримінальної відповідальності за найтяжчі злочини. Не існує оптимальної моделі механізму або набору моделей; вибираючи складові, що найкраще підходять для нового контексту, необхідно зважити сильні та слабкі сторони різних варіантів; певні моделі можуть бути доречними в одних ситуаціях, але не підходити для інших⁵. Отриманий досвід і міркування, наведені в цьому посібнику, спрямовані на те, щоб зорієнтувати розробників політики в часто болісних розрахунках щодо витрат, переваг та навіть протиріч у виборі моделі. У пошуках збалансованого рішення зацікавлені сторони можуть мати різні погляди щодо поставлених питань, враховуючи особливості конкретної ситуації.

Низка експертів у сфері міжнародної кримінальної юстиції провели значну роботу з аналізу досвіду та “кращих практик” різних міжнародних зусиль, пов'язаних із правосуддям, включаючи й самі механізми⁶. Проте переважна

⁵ Як ООН застерігала у 2004 році, хоча “уроки минулих зусиль щодо забезпечення правосуддя перехідного періоду допомагають у плануванні майбутніх зусиль, минуле може бути лише орієнтиром. Заздалегідь визначені рішення виявляються необачними. А потрібно просто використовувати досвід інших регіонів як відправну точку для обговорення та прийняття рішень на місцевому рівні”. S / 2004/616, “Верховенство права і правосуддя перехідного періоду в конфліктних та постконфліктних суспільствах”, п. 16.

⁶ Див. наприклад: ICTY Manual on Developed Practices, травень 2009 р. Режим доступу: <http://www.icty.org/sid/10145> (Охоплені теми включають розслідування, підготовку рішень, керівництво підрозділом тримання під вартою та політики правової допомоги, а також низку інших питань судової підтримки); Best Practices Manual for the Investigation and Prosecution of Sexual Violence Crimes in Post-Conflict Regions: Lessons Learned from the Office of the Prosecutor for the International Criminal Tribunal for Rwanda, січень 2014 р., режим доступу: http://www.unict.org/sites/unict.org/files/legal-library/140130_prosecution_of_sexual_violence.pdf; Complementarity in Action: Lessons Learned from the ICTR Prosecutor's Referral of International Criminal Cases to National Jurisdictions for Trial, лютий 2015 р., режим доступу: http://www.unict.org/sites/unict.org/files/legal-library/150210_complementarity_in_action.pdf.

частина цієї роботи складається із звітів про окремі механізми або зосереджується на їхній роботі чи процедурах. Цей посібник відрізняється обсягом порівняльного аналізу та зосереджується на питанні *побудови (конструкції)* механізмів на протигагу їх принципам роботи. Наприклад, не розглядаються питання стратегії обвинувачення (у тому числі щодо кого і як варто проводити розслідування або кримінальне переслідування). Цілком зрозуміло, що під час розроблення власного механізму на основі обраної моделі слід враховувати попередній досвід її реалізації, та приймати відповідні рішення. Наприклад, практичний досвід конкретного механізму може бути негативним через невиправдане розширення чи звуження його юрисдикції, або коли під загрозу поставлено його незалежність.

У минулому зацікавлені сторони були схильні приймати рішення про постконфліктне правосуддя “в реактивний, імпровізований та часто неефективний спосіб”⁷. Маючи більш комплексне уявлення про минулий досвід, вони мають бути здатними обрати кращі варіанти з ширшої їх палітри.

Цільова аудиторія посібника включає державних службовців та дипломатів, а також національні органи слідства та прокуратури, співробітників та посадових осіб Організації Об’єднаних Націй, співробітників та посадових осіб інших міжурядових організацій, а також національних та міжнародних неурядових організацій. У посібнику розглядаються механізми, створені у відповідь на злочини в Африці, Америці, Азії, Європі та на Близькому Сході. Національні суб’єкти можуть спершу розглянути регіональні приклади, перш ніж перейти до інших моделей. Досвід застосування механізмів у відповідному регіоні може виявитись найбільш корисним.

МЕТОДОЛОГІЯ

В основу виділення уроків з-поміж різноманітного досвіду покладений широкий огляд документів міжнародних органів та національних урядів щодо створення механізму, а також первинних та вторинних юридичних документів, звітів від цих механізмів, звітів організацій громадянського суспільства та повідомлень у ЗМІ. Там, де деталі про конструкцію механізму не були доступні у відкритих джерелах, Правова Ініціатива Відкритого Суспільства проводила інтерв’ю з посадовими особами, залученими до їх діяльності,

⁷ Bassiouni, *The Pursuit of International Criminal Justice*, c. 8.

крім того, посадові особи, які брали участь у розробленні та функціонуванні механізмів, надали детальну інформацію в коментарях до робочих версій посібника.

Механізми для дослідження були відібрані з урахуванням різноманіття моделей та географії. Навіть за наявності 33 механізмів цей перелік не є вичерпним; він включає Аргентину, Колумбію та Сербію, але не Чилі, Перу чи Україну. Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі міститься в цьому переліку, оскільки вона мала успіх у боротьбі із серйозними злочинами, хоча міжнародні злочини не підпадають під її мандат. Він також включає експертну місію, що була направлена до Мексики – Міждисциплінарну групу незалежних експертів та експерток для перевірки внутрішнього розслідування актів жорстокості, оскільки в деяких ситуаціях механізм з таким обмеженим мандатом, що не включає кримінальне переслідування, може стати найбільш політично можливим варіантом. Список також включає створений ООН Міжнародний неупереджений та незалежний механізм щодо Сирії, що став інноваційною моделлю, попри відсутність прямого мандата з переслідування або структури для судового розгляду. У переліку є й ті механізми, що ще не функціонують повною мірою, а також інші пропозиції, розроблення яких призупинене або остаточно припинилося. Водночас вони можуть допомогти проілюструвати тенденції у розробленні нових моделей та стати прикладом для інших у своїх регіонах.

Поза межами цього дослідження залишилися комісії з розслідування (що зазвичай передували встановленню механізму притягнення до відповідальності)⁸, комісії правди (що, як правило, передували або функціонували одночасно з механізмом притягнення до відповідальності), а також форми перехідного правосуддя, не пов’язані з кримінальним правосуддям⁹. Окрім цього, дослідження не містить огляду окремих справ у межах універсальної юрисдикції¹⁰ або судових процесів, пов’язаних із екстрадиційними

⁸ Якщо робота комісії з розслідування призвела до запропонованого або створеного механізму або вплинула на його мандат, профіль такого механізму може містити таку інформацію.

⁹ Наприклад, у Сполучених Штатах з 1980-х років декілька справ, пов’язаних із катуванням, позасудовими вбивствами, воєнними злочинами і злочинами проти людяності, розглядалися на основі Закону про правопорушення відносно іноземних громадян (відомі як справи ATS). За цим Законом справи були розпочаті відповідно до деліктного права (права цивільних правопорушень), на відміну від кримінального права, хоча дії, що призвели до позову, часто були пов’язані з вчиненням тяжких злочинів. Більше про цю категорію справ – на сайті Центру правосуддя і відповідальності (Center for Justice and Accountability) за посиланням: <http://cja.org/article.php?id=435>.

¹⁰ Універсальна юрисдикція – це “правова доктрина, яка дозволяє національним судам намагатися покарати осіб за злочини настільки тяжкі, що вони становлять злочини проти всього людства, незалежно від того, де вони відбулися або громадянства жертви чи злочинця”. Див.: The American Non-Governmental Organization Coalition for the International Criminal Court (AMICC), “Questions and Answers on the ICC and Universal Jurisdiction.” Найбільш відомі випадки використання універсальної юрисдикції включають розгляд справи Піночета Палатою

провадженнями, що часто базуються на підозрі у скоєнні міжнародних злочинів¹¹. Нарешті, постійний Міжнародний кримінальний суд не включений до додатків, оскільки інформація щодо його діяльності є загальнодоступною. Водночас новації Римського статуту та МКС згадуються у цьому звіті, так само як і актуальність МКС для деяких національних ініціатив у сфері кримінального переслідування¹².

СТРУКТУРА ПОСІБНИКА

В основній частині посібника розглянуті дев'ять важливих складових механізму. Цей аналіз починається з двох основоположних елементів: мети механізму та його співвідношення із національною системою. Рішення в цих сферах визначають важливі параметри для прийняття рішень в інших семи напрямках: юрисдикція; джерело повноважень, місцезнаходження, структура, залучення міжнародних суддів та персоналу, фінансування та нагляд. Кожен розділ починається з короткого пояснення того, що досліджується. Далі слідує коротке викладення наявного досвіду та описується весь спектр варіантів, що були реалізовані. Основна частина кожного розділу – це перелік винесених уроків і міркувань, які сторони повинні враховувати при розробленні елементу. На звершення наводиться список ключових питань, який може служити контрольним переліком, що допоможе не пропустити важливі аспекти.

В основній частині посібника часто згадуються варіанти механізмів, 33 з яких описані в додатках (коли інформація в основній частині посібника спирається на детальну інформацію, отриману з додатків, вона не буде повторно містити посилання, якщо тільки джерела не цитуються без-

посередньо). Кожен опис механізму має однакову структуру. Перші три частини узагальнюють обставини, за яких було створено або запропоновано механізм: історія конфлікту і політичний контекст, наявні потенціали системи правосуддя та громадянського суспільства. Далі йдуть частини про створення механізму (або про події, що призвели до відмови від його прийняття), правову основу та мандат, місце розташування, структуру та склад (включаючи інформацію про будь-яке залучення міжнародних суддів чи персоналу), судові переслідування, насліддя, фінансування, нагляд і підзвітність.

Лордів Великобританії (Ex Parte Pinochet), а також низку судових переслідувань за міжнародні злочини в Іспанії у справах проти посадовців Гватемали, Сальвадору й Аргентини. Див.: www.ijrcenter.org/cases-before-national-courts/domestic-exercise-of-universal-jurisdiction/#Prominent_Cases_Involving_Universal_Jurisdiction. Див. також: Human Rights Watch, “The Long Arm of Justice: Lessons from Specialized War Crimes Units in France, Germany and the Netherlands,” 17 вересня 2014 р.

¹¹ Що стосується екстрадиційних справ, то в низці країн, включаючи США та Канаду, функціонують спеціалізовані установи, що займаються екстрадиційними провадженнями щодо осіб, обвинувачених у найтяжчих злочинах. Втім, основна увага у цих справах приділяється все ж не кримінальному покаранню, а пов'язаним із екстрацією діям, таким як депортація.

¹² Наприклад, МКС має провадження щодо ситуацій у Кенії, Лівії, Кот-д'Івуарі, Уганді, Судані (Дарфурі), Центральноафриканській Республіці та Демократичній Республіці Конго.

II

СКЛАДОВІ ПОБУДОВИ МЕХАНІЗМІВ

А. Мета

Б. Відношення до національної системи

В. Юрисдикція

Г. Джерело повноважень

Д. Місцезнаходження

Е. Структура

Ж. Залучення міжнародних суддів і персоналу

З. Фінансування

І. Нагляд

А

МЕТА

Мандат механізму сформульований у його вихідних документах¹³. Цей термін включає мету його створення, а також обсяг повноважень (для *останнього див.: П.В. ЮРИСДИКЦІЯ*).

Чого має досягти механізм? Які його судові цілі (наприклад, притягнення до кримінальної відповідальності злочинців)¹⁴? Зазвичай це легко визначити в кількісному вираженні. Але якого наслідку чи тривалого впливу має намагатися досягти механізм¹⁵? Наслідок, включаючи вплив поза залом суду, зазвичай важко виміряти, особливо в короткостроковій перспективі. Чи повинен механізм спробувати усунути головні причини конфлікту¹⁶? Чи є його метою зміцнення поваги до верховенства права? Чи передбачається підтримка реформи системи правосуддя та розбудова технічної спроможності у межах національної системи правосуддя? Чи має він прагнути до точного викладення спірних подій, що, своєю чергою, може сприяти примиренню між групами в суспільстві, що перебувають у стані конфлікту між собою¹⁷? Чи має він намір запобігти найтяжчим злочинам у майбутньому? Як сказав колишній Генеральний секретар ООН Кофі Аннан, “важливо, щоб з моменту

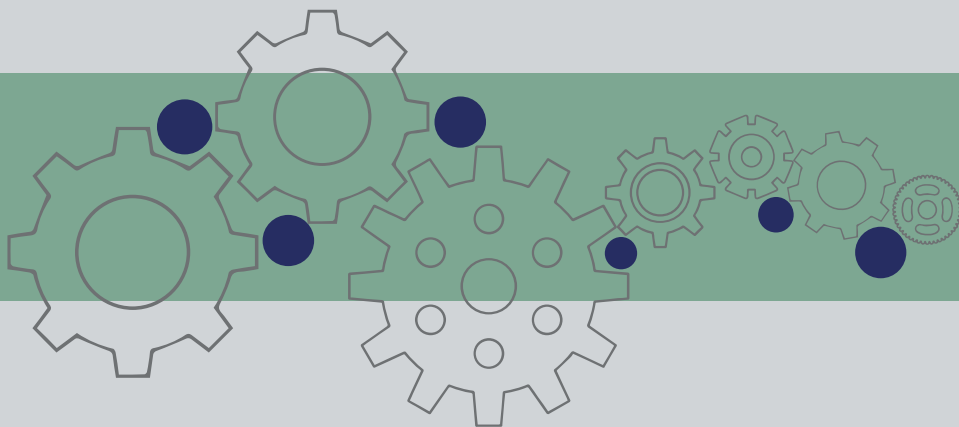
¹³ Як правило, вихідні документи механізмів для сучасних, минулих та потенційних механізмів – це правові акти, на підставі яких вони створюються (і в деяких випадках допоміжні джерела). Що стосується механізмів на національному рівні, то відповідні законодавчі акти можуть лише розширяти юрисдикцію наявних судів. У деяких випадках мандат може навіть вимагати внесення змін до конституції (як це, наприклад, свого часу обговорювалося в Кенії).

¹⁴ Саме це в публікації УВКПЛ, “Механізми забезпечення верховенства права для постконфліктних держав: Максимізація насліддя змішаних судів”, HR/PUB/08/2, (New York and Geneva, 2008), визнається “основним мандатом” (с. 6). Питання про те, чи є насліддя частиною основного мандата механізму, в публікації назване “дещо спірним” (с. 7).

¹⁵ Організація Об’єднаних Націй визначає “насліддя” у контексті міжнародного кримінального правосуддя як “тривалий вплив на зміцнення верховенства права в конкретному суспільстві шляхом проведення ефективних судових процесів, спрямованих на припинення безкарності, а також зміцнення національної судової спроможності”. УВКПЛ “Механізми забезпечення верховенства права (змішані суди)”, с. 4-5.

¹⁶ Правова Ініціатива Відкритого Суспільства “Legacy: Completing the Work of the Special Court for Sierra Leone”, (2011), с. 5.

¹⁷ Як зазначено в публікації УВКПЛ “Механізми забезпечення верховенства права (змішані суди)”, “слід уникати включення до цілей досягнення сталого миру або примирення в кримінальних процесах. Це дуже складні завдання, що потребують підходу, який виходить за межі кримінального переслідування” (с. 6, виноска 10).



створення будь-якого майбутнього міжнародного або змішаного трибуналу пріоритетним питанням стала стратегія завершення функціонування механізму та збереження насліддя, яке він має залишити у цій країні”¹⁸.

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Усі механізми, що розглядаються для цілей цього посібника, мають пряму або непряму ціль – забезпечення кримінальної відповідальності за вчинення найтяжчих злочинів. Наприклад, Спеціальні колегії у справах щодо серйозних злочинів, створені в Східному Тиморі, посилаються на резолюцію Ради Безпеки, в якій підкреслюється важливість *притягнення осіб до відповідальності за серйозні порушення прав людини та міжнародного гуманітарного права*¹⁹. У преамбулі до Закону 1973 року про заснування Трибуналу з розгляду міжнародних злочинів у Бангладеш зазначається, що “доцільно передбачити затримання, кримінальне переслідування та покарання за геноцид, злочини проти людяності та воєнні злочини [...]”²⁰.

Що стосується додаткових цілей запровадження механізмів, то вони більш різноманітні. Резолюція Ради Безпеки, відповідно до якої створений МТКЮ, стосується не тільки *припинення злочинів та притягнення виконавців до відповідальності*, але також *сприяння відновленню та підтриманню миру, припинення порушень та забезпечення ефективного відшкодування*. У Резолюції Ради Безпеки, що створила МКТР, йдеться про цілі *сприяння національному примиренню та стримуванню* (майбутнього) вчинення цих злочинів. Угода між ООН та Урядом Камбоджі, що заснувала Надзвичайні палати у судах, стосується *“прагнення до справедливості та національного примирення, стабільності, миру та безпеки”*²¹. Важливо, що в резолюції Спеціального суду для Сьєрра-Леоне (№ 1315 від 2000 року) згадується про те, що правопорушники повинні бути притягнуті до відповідальності *“відповідно до міжнародних стандартів”*. Крім того, це включає створення *“сильного і надійного суду”* як одну з цілей, а також сприяння *“зміцненню судової системи Сьєрра-Леоне”*. Метою створення Міжнародної комісії проти безкарності (Гватемала) була *“підтримка, зміцнення і сприяння [державним установам], відповідальним за розслідування та судове переслідування злочинів [у межах мандата Комісії]”*.

¹⁸ “Верховенство права і правосуддя перехідного періоду в конфліктних та постконфліктних суспільствах”, S/2004/616, п. 46.

¹⁹ Резолюція РБ ООН 1272 (1999) UN Doc S/RES/1272.

²⁰ Закон про міжнародні злочини (трибунали), № XIX, 1973 р.; Закон про міжнародні злочини (трибунали) (зі змінами), 14 липня 2009 р. (№ LV, 2009 р.), режим доступу: [www.parliament.gov.bd/14%20July%202009\(5699-5701\)\(2\).pdf](http://www.parliament.gov.bd/14%20July%202009(5699-5701)(2).pdf).

²¹ Угода між Організацією Об’єднаних Націй та Королівським Урядом Камбоджі про судово-переслідування за Камбоджійським законом про злочини, здійснені в період демократичної Кампучії, Преамбула. Див. також: Резолюція ГА ООН 57/228 (18 грудня 2002 р.).

Резолюція Ради Безпеки, якою створено Спеціальний трибунал щодо Лівану, згадує надання країні допомоги *“у пошуках істини”* щодо вбивства Харірі²². Створення Надзвичайних африканських палат було засноване на повноваженнях Африканського Союзу щодо втручання у справи держав-членів у випадку *“тяжких обставин”* (воєнні злочини, геноцид та злочини проти людяності) та праві країн-членів на прохання про втручання Союзу для відновлення миру та безпеки²³.

У Демократичній Республіці Конго преамбула законопроекту, що пропонує створити спеціалізовані палати, містить формулювання про взаємозв’язок між миром і правосуддям. У преамбулі сказано, що хоча раніше в країні говорилося, що *“немає справедливості без миру”*, зараз вона займає позицію *“немає миру без справедливості”*²⁴. Один із кенійських законопроектів про створення спеціального трибуналу мав на меті *“забезпечити ефективне реагування на порушення і запобігання їм у майбутньому; і для інших пов’язаних цілей”*²⁵ і *“сприяти процесу національного примирення”*²⁶. У підсумку жоден з цих механізмів не був створений. Місія Відділу з міжнародних злочинів в Уганді визначена як боротьба з безкарністю та сприяння правам людини, миру і справедливості. Він також має на меті забезпечити існування в Уганді сильної та незалежної судової влади, яка *“забезпечує і щодо якої народ вважає, що вона забезпечує справедливість та сприяє економічній, соціальній та політичній трансформації суспільства на основі верховенства права”*²⁷.

²² Поняття “істина” згадується в документах про заснування механізмів, як правило там, де в основі правової системи лежить обвинувальний підхід, як то у Камбоджі та Лівані. Механізм Надзвичайних палат у судах Камбоджі декілька разів згадує “істину” у своїх Внутрішніх правилах (допоміжний документ), проте не в установчих документах (угодах чи законах). Див.: Внутрішні правила Надзвичайних палат, правило 55.5, “Під час судового розгляду судді можуть здійснювати будь-які слідчі дії, що сприяють встановленню істини... Вони мають проводити своє розслідування неупереджено, незалежно від того, який характер мають докази – обвинувальний чи виправдувальний”. Внутрішні правила 60, 85, 87 та 91 також особливо згадують істину як провідний принцип збирання доказів (у суді та поза його межами). Хоча він і не розглядається в межах цього посібника, Римський статут МКС (пункт 1 (а) статті 54) (що відображає багато аспектів обвинувального права) говорить про те, що прокурор повинен “для встановлення істини проводити розслідування з тим, щоб охопити всі факти та докази ... [і] розслідувати обставини, які підтверджують або спростовують вину, рівною мірою”. Щодо можливості отримання доказів судом, стаття 69.3 надає суду повноваження “вимагати подання доказів, які він вважає необхідними для встановлення істини” (виділено автором).

²³ Установчий акт Африканського Союзу (Статті 4 (h) і (j)).

²⁴ Projet de loi modifiant et complétant la loi organique no. 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire en matière de répression des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité, et des crimes de guerre (закон від 2 травня 2014 р., в досьє у автора).

²⁵ Проект закону про Спеціальний трибунал щодо Кенії від громадянського суспільства (Пояснювальна записка/ розширена назва), режим доступу: www.iccnw.org/documents/Draft_Bill_for_the_Special_Tribunal_for_Kenya1.pdf.

²⁶ Проект закону про Спеціальний трибунал щодо Кенії від громадянського суспільства (Преамбула), режим доступу: www.iccnw.org/documents/Draft_Bill_for_the_Special_Tribunal_for_Kenya1.pdf.

²⁷ Див.: сайт Відділу з міжнародних злочинів, режим доступу: www.judiciary.go.ug/data/smnu/18/International%20Crimes%20Division.html.

Нарешті, в проекті *Протоколу про внесення змін до Протоколу про Статут Африканського суду справедливості та прав людини*²⁸, що передбачає створення регіонального кримінального механізму, визначена низка цілей, включаючи:

- мир (врегулювання регіональних суперечок мирним шляхом, заохочення миру, безпеки та стабільності);
- захист прав людини і народів (згаданий у декількох випадках);
- право Африканського Союзу на втручання у справи держави-члена за тяжких обставин, а саме у випадку воєнних злочинів, геноциду та злочинів проти людяності;
- повагу до демократичних принципів, верховенства права та належного врядування;
- повагу до недоторканості людського життя, засудження та відмову від безкарності та політичних вбивств, актів тероризму та підірвної діяльності, неконституційних змін урядів та актів агресії;
- відданість боротьбі з безкарністю;
- взаємозв'язок між сприянням справедливості й правами людини та народів, з одного боку, і політичною та соціально-економічною інтеграцією і розвитком, з іншого;
- запобігання серйозним і масовим порушенням прав людини та народів.

ОТРИМАНИЙ ДОСВІД І МІРКУВАННЯ

Основні компоненти

1. **Зазначена мета механізму має відповідати іншим складовим побудови механізму.** Пов'язаність механізму із національною системою, юрисдикція, джерело повноважень, місцезнаходження, спосіб залучення міжнародних суддів та персоналу (за наявності), структура, масштаб, фінансування, очікуваний період функціонування та нагляд мають бути обґрунтовано узгоджені із зазначеними цілями. Механізм, структура якого не здатна забезпечити досягнення поставлених цілей, розчарує людей, що очікували цих результатів. Наприклад, Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне виявився не здатним досягти мети посилення судової системи Сьєрра-Леоне через те, що більшість у ньому посідали міжнародні судді, й сам суд характеризувався як такий, що не належить до національної системи правосуддя. Так само ефемерною залишається мета Відділу з міжнародних злочинів в Уганді щодо забезпечення сус-

пільно-політичної трансформації суспільства на основі верховенства права у контексті, коли виконавча влада виступає проти прокурорської перевірки збройних сил країни.

2. **Цілі механізму мають бути визначені з урахуванням відповідних ініціатив з досягнення справедливості та миру.** Це важливо для узгодженості – уникання дублювання та прогалин, що породжують протидію механізму, а також для максимального використання обмежених ресурсів і застосування синергії. У разі наявності дублювання предметної юрисдикції у національних судах слід уточнити питання субсидіарності (який суд може заявляти про пріоритетну юрисдикцію у справі або встановлювати прецеденти для певної категорії справ). Це, наприклад, стало проблемою в Боснії (див.: **II.B. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ**). Майбутній механізм часто планується для місця, де наявні або заплановані інші ініціативи перехідного правосуддя, включаючи ті, що стосуються відшкодування, встановлення істини, збереження пам'яті та гарантій неповторення. Наприклад, у ДРК низка механізмів перехідного правосуддя включала безліч національних ініціатив щодо кримінального переслідування (наявних та запропонованих), справи МКС, ініціативу ООН з “мапування порушень” та комісію правди. Здійснювалися також постійні спроби з роззброєння, демобілізації та реінтеграції нелегальних комбатантів. У Колумбії механізм правосуддя пов'язаний з комплексним процесом, що також включає питання демобілізації та реінтеграції комбатантів, встановлення правди, амністії та відшкодування. Зв'язок між механізмами кримінального переслідування та комісіями правди може викликати різноманітні складні питання та напруженість (як це було в Сьєрра-Леоне). Якщо вони функціонують одночасно або в тісній послідовності один за одним, особливу увагу слід приділяти забезпеченню узгодженості²⁹. Майже у кожній ситуації (звісно, за винятком ситуацій триваючого конфлікту, як із Міжнародним неупередженим і незалежним механізмом для Сирії) реалізуються або плануються заходи з реформування та розбудови спроможності системи правосуддя. Розробники повинні ретельно вивчити, яким чином цілі механізму співвідносяться з цими активностями (див. також: **уроки 6 і 8 нижче**).
3. **Слід розглянути можливість зазначення цілей у первинних документах для того, щоб вони створювали зобов'язання.** Якщо підняти їх до рівня ключових та внести до установчих документів, розробники зможуть створити основні зобов'язання, які спрямовуватимуть дії

²⁸ Африканський Союз, EX.CL/846(XXV) Додаток 5, STC/Legal/Min/7(1) Rev. 1, 15 травня 2014 р., Преамбула, режим доступу: www.iccnw.org/documents/African_Court_Protocol_-_July_2014.pdf.

²⁹ Детальний аналіз цих питань див.: Alison Bisset, Truth Commissions and Criminal Courts, Cambridge University Press, 2012; William A. Schabas and Patricia M. Wald, Truth Commissions and Courts Working in Parallel: The Sierra Leone Experience, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol. 98 (31 березня – 3 квітня 2004 р.), с. 189-195.

виконавців. Наприклад, Організація Об'єднаних Націй включила до статутів МКТЮ і МКТР мандат із захисту жертв і свідків, забезпечуючи тим самим обов'язок трибуналів встановити пріоритет такого захисту. Маючи відповідні повноваження в основному мандаті, виконавці можуть втілити зобов'язання через допоміжне законодавство, правила, політики, структуру та бюджет. Цілі в основних документах важливо підкреслити хоча б із бюджетних міркувань. Постійна проблема для багатьох механізмів це те, що основне бюджетування стосується фінансування розслідування, кримінального переслідування, судового розгляду та базового адміністрування, причому більшість інших видів діяльності спирається на додаткове – добровільне, фінансування. Це негативно впливає на здатність механізму виконувати свої функції. Що стосується МКТР, хоча у резолюціях Ради Безпеки ООН, що запроваджують трибунал, спеціально визначені цілі, які включали зміцнення національних судів та сприяння примиренню, ці ідеї не були відображені в основоположному документі суду. Це призвело до значної затримки у розробленні та впровадженні програм налагодження контактів, інформування громадськості та збереження насліддя. Хоча включення цілей в установчі документи може збільшити ймовірність того, що пріоритети отримають належну увагу, воно не гарантує цього. У Камбоджі мандат Надзвичайних палат у судах включає широкі права на відшкодування шкоди, однак судді, не знайомі з теорією та практикою відшкодування, тлумачать їх вузько, а суд, в свою чергу, має вкрай обмежені ресурси для їх реалізації (див.: **II.3. ФІНАНСУВАННЯ**).

Основні цілі

4. Під час розроблення нового механізму розслідування та/або кримінального переслідування слід чітко уявляти форми правосуддя, які він покликаний забезпечити в межах його юрисдикції. Мандат може включати кримінальну відповідальність, встановлення істини та відшкодування. Тобто механізми мають використовуватись для проведення розслідування і кримінального переслідування тих, проти кого достатньо допустимих доказів, а також для призначення покарання з урахуванням характеру злочину. Поряд із цим, вони можуть бути спрямовані на встановлення фактів, що сприяє їх широкому суспільному визнанню (див. також: рекомендацію 6 нижче). Також, як наприклад у Колумбії, вони можуть мати на меті забезпечити відшкодування шкоди жертвам, включаючи компенсацію, реституцію, реабілітацію, сатисфакцію та гарантії неповторення. Для більшості механізмів, що розглядаються в цьому посібнику, основною метою є притягнення винних до відповідальності за вчинення найтяжчих злочинів, забезпе-

чення ефективного відшкодування, а також у випадках, коли конфлікт триває, припинення таких злочинів. Навіть у ситуації в Гватемалі, де Міжнародна комісія проти безкарності не має чітко визначених повноважень подібного характеру, її головною метою є “надання допомоги” національним органам влади у досягненні відповідних цілей.

5. Слід серйозно замислитися над можливістю включення функцій роз'яснювальної роботи та інформування громадськості як основних компонентів механізму. Проведення щодо найтяжчих злочинів, ймовірно, торкнеться чутливих питань, що стосуються різного бачення конфлікту, групової ідентичності, силової політики та економічних інтересів. В очевидній спробі підірвати співпрацю із Спеціальним судом для Сьєрра-Леоне, союзники колишнього президента Ліберії Чарльза Тейлора, який на той момент знаходився у розшуку, активно поширювали фальшиві чутки про те, що Спеціальний суд буде переслідувати всіх колишніх комбатантів у Ліберії³⁰. Якщо рішуче не протидіяти спробам делегітимізувати інститут через безпідставні сумніви щодо його мандата, незалежності, фінансування чи окремих справ, вони можуть спричинити недовіру до представників суду з боку свідків та їх відмову від співпраці. Ефективне та завчасне встановлення контактів із ключовими зацікавленими сторонами та постійне надання достовірної публічної інформації є важливими засобами протидії чуткам та дезінформації. Роз'яснювальна робота – це діалог із зацікавленими сторонами, у межах якого механізм може ділитися інформацією про свій мандат, процедури та заходи, а громади можуть поділитися своїми очікуваннями та поглядами на цей процес. Окрім запобігання дезінформації, роз'яснювальна робота важлива для того, щоб дати можливість побачити здійснення правосуддя тим, хто постраждав від подій, керувати очікуваннями щодо того, що механізм може або не може зробити, побудувати національну відповідальність за внутрішні механізми, заохотити свідків та потерпілих до участі у провадженні, інформувати громадськість про правові концепції та зміцнити довіру до верховенства права, сформувані суспільні очікування щодо доступу громадськості до державних установ у місцях, де це раніше не практикувалося, а також заохотити системи загального правосуддя до підвищення прозорості у менш спірних провадженнях. Проте розробники і донори занадто часто розглядали роз'яснювальну роботу як “непрофільну” діяльність (див. також: **II.E. СТРУКТУРА і II.3. ФІНАНСУВАННЯ**).

³⁰ Спеціальний суд мав мандат лише щодо тих, хто ніс “найбільшу відповідальність” за злочини, скоєні на території Сьєрра-Леоне. Див.: Beyond ‘Peace vs. Justice’: Understanding the Relationship Between DDR Programs and the Prosecution of International Crimes, в Cutter Patel, De Greiff, and Waldorf (Eds.), Disarming the Past: Transitional Justice and Ex-combatants (ICTJ and Social Science Research Council), 2009, с. 99-100 та кінцева виноска 60.

Цілі у сфері насліддя

6. **Слід серйозно замислитися над включенням конкретної мети встановлення істини задля просування неупередженого та прозорого правосуддя.** Якщо формування точного історичного викладу подій зазначене як складова частина мандата механізму, це служитиме настановою для тих, хто буде забезпечувати його діяльність, а також вплине на інші елементи побудови механізму. По-перше, це підкреслює необхідність неупередженого правосуддя, включаючи збір доказів щодо підозрюваних, незалежно від їх групової приналежності³¹. Справедливе правосуддя може стати ключем до припинення старої ворожнечі та відновлення втраченої віри у систему правосуддя. І навпаки, якщо механізм переслідує лише одну сторону конфлікту і заплющує очі на дії політичної еліти, це може ще більше закріпити недовіру³². У довгостроковій перспективі такі результати можуть посилити напруженість і сприяти політичній нестабільності. Крім того, включення встановлення істини до цілей механізму також сприяє прозорості, оскільки закритий характер встановлення історичних фактів – у закритих залах судів, які до того ж потім губляться в судових архівах, має сумнівну цінність. Встановлення істини передбачає необхідність активної взаємодії з тими, на кого вплинула ситуація, за допомогою налагодження контактів та інформування громадськості.
7. **Будьте скромними і реалістичними, зазначаючи цілі примирення, стримування та сталого миру.** Робота механізму може цілком сприяти досягненню цих цілей. Більш того, можуть існувати вагомі підстави вважати, що такі цілі не можуть бути досягнуті без кримінальної відповідальності за тяжкі злочини, яку механізм має забезпечити³³. Проте

³¹ Відмова уряду переслідувати конкретних злочинців чи учасників конфлікту часто не може бути подолана за допомогою законодавчої роботи; це, швидше за все, буде врегульовано через політичні або операційні рішення (наприклад, стратегію обвинувачення). Проте юридична мова може забезпечити вітчизняних та міжнародних зацікавлених сторін додатковими інструментами адвокації об'єктивної роботи механізму.

³² Neil Kritz, "Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms," (1996) 59 Law and Contemporary Problems, с. 127.

³³ Якщо Розділ VII Статуту ООН є правовою основою, що використовується для встановлення механізму, то сталий (національний, регіональний, міжнародний) мир, звичайно, впливає на зміст мети механізму. Питання про те, чи стримує міжнародне кримінальне переслідування вчинення злочинів у майбутньому, залишається відкритим, і тому цілі, пов'язані з миром (виражені як загальне та/або специфічне стримування), мають бути висловлені обережно. Див.: David Wippman, "Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice," Fordham International Law Review, Vol. 23: 473 на с. 488. Більш новий і комплексний огляд питань, що стосуються стримувального ефекту від переслідування міжнародних злочинів, див.: Jennifer Schense and Linda Carter (eds.), "Two Steps Forward, One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals," International Nuremberg Principles Academy, (2016), режим доступу: www.nurembergacademy.org/fileadmin/media/pdf/publications/The_Deterrent_Effect_of_International_Criminal_Tribunals_.pdf.

безліч чинників впливають на те, чи примиряться громади, чи утримуються потенційні злочинці від злочинів і чи можливе досягнення сталого миру. Серед них, зокрема, політичні, можливо навіть геополітичні, економічні та екологічні чинники, а також успіх чи невдача безлічі ініціатив, спрямованих на вирішення цих проблем. Відповідно, більш доречно заявляти, що механізм відповідальності має на меті "сприяти" досягненню цих результатів³⁴.

8. **Проконсультуйтеся з тими, хто надає підтримку з розвитку верховенства права щодо цілей, пов'язаних із реформуванням та розвитком сфери правосуддя.** До посадових осіб, яких залучено на національному і міжнародному рівнях до планування та реалізації реформ у сфері верховенства права та посилення спроможності, слід ставитись як до важливих суб'єктів для будь-якого нового механізму відповідальності. Занадто часто прихильникам міжнародного кримінального правосуддя і тим, хто бере участь у ширших реформах у сфері верховенства права, не вдавалося пояснити і зрозуміти пріоритети один одного³⁵. Це може породити дублювання зусиль і конфлікти. Це також часто може призвести до скептицизму стосовно міжнародних механізмів правосуддя серед спільноти, яка працює над питаннями розвитку: їх вважають дороговартісними, руйнівними для політичної системи, ізольованими і несталими з погляду позитивного впливу на верховенство права, а також такими, що залучають ресурси за рахунок інших, більш гідних пріоритетів сектору правосуддя. Такий скептицизм став однією з причин відсутності узгодженої міжнародної підтримки, наприклад, змішаних палат у ДРК. Хоча певна напруженість може зберігатися, її можна звести до мінімуму шляхом діалогу³⁶. Наявні численні способи розроблення та впровадження міжнародних механізмів правосуддя таким чином, щоб максимізувати узгодженість з більш широкими програмами реформ у сфері юстиції³⁷. Якщо модель обов'язково має передбачати таку мету, то це має бути чітко визначено серед її цілей.

³⁴ Офіс Верховного комісара ООН з прав людини радить не включати такі завдання разом: "Встановлення цілей досягнення сталого миру, або примирення, до кримінальних судових процесів слід [] уникати. Це дуже складні завдання, що потребують підходу, який виходить за межі кримінального переслідування". УВКПЛ "Механізми забезпечення верховенства права (змішані суди)", с. 6, виноска 10.

³⁵ Див.: Elena Baylis, Function and Dysfunction in Post-Conflict Justice Networks and Communities, 47 Vanderbilt Journal of Transnational Law 625 (2014).

³⁶ Корисний огляд цих питань див. у: УВКПЛ "Механізми забезпечення верховенства права (змішані суди)", режим доступу: www.ohchr.org/Documents/Publications/HybridCourts.pdf.

³⁷ Див.: Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, International Crimes, Local Justice: A Handbook for Rule-of-Law Policymakers, Donors, and Implementers, 2011. (Також доступна французькою та іспанською мовами).

Ключові питання, що допоможуть визначити мету

- Які основні варіанти визначення судової мети, і яким чином кожен з них вплине на інші складові побудови механізму, включаючи юрисдикцію, структуру та фінансування?
- Чи є певні функції, наприклад захист свідків, налагодження контактів, інформування громадськості та відшкодування, які в конкретній ситуації варто включити в заявлену мету, щоб збільшити шанси їх належного врахування в інших складових механізму і в процесі виконання?
- Чи заплановані або запропоновані інші ініціативи перехідного правосуддя, включаючи задіяння інших механізмів, що стосуються кримінальної відповідальності за найтяжчі злочини (наприклад, МКС) чи встановлення істини? Якщо так, то яким чином мета механізму може визначити його унікальну роль у межах узгодженого підходу?
- Яка стратегія реформування та розвитку правосуддя в країні, як це сформульовано урядом, його міжнародними партнерами та громадянським суспільством? Чи можна оптимізувати мету механізму для максимального співпадіння з нею?
- Чи зацікавлені сторони прагнуть і сподіваються, що цей механізм сприятиме встановленню істини щодо суперечливих фактів та історії?
- Чи проводилися під час формулювання мети механізму консультації з основними національними та міжнародними зацікавленими сторонами (в уряді, з громадами потерпілих, громадянським суспільством та міжнародним співтовариством), що працюють над питаннями правосуддя, миру та верховенства права?

Б

ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ

Який взаємозв'язок механізму з національною судовою системою? Чи є він інтегрованою частиною системи або функціонує через паралельні спеціалізовані установи, чи він перебуває повністю поза межами системи? Розробники механізму можуть починати з обрання характеру відносин, або ж це питання можна вирішити на основі окремих рішень під час розроблення. Зрештою, щоб врахувати потреби конкретної ситуації, механізм може бути більш інтегрованим в одних аспектах і менше в інших.

Багато різних складових механізму залежать від взаємозв'язку з національною системою або визначаються нею. Деякі з них розглядаються в окремих розділах цього посібника, включаючи **ДЖЕРЕЛО ПОВНОВАЖЕНЬ, МІСЦЕЗНАХОДЖЕННЯ, елементи СТРУКТУРИ, залучення міжнародного персоналу** (обговорюється в розділі **ЗАЛУЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДДІВ І ПЕРСОНАЛУ**), **ФІНАНСУВАННЯ** та **НАГЛЯД**.

Низка інших змінних стосується правових особливостей. Чи буде механізм користуватися тією самою правовою системою (цивільне, загальне право, шариат, традиційне чи звичаєве право, або змішана система), яка вже існує в країні? Серед іншого, рішення щодо кримінального процесу можуть визначати ступінь залученості потерпілих до провадження та обсяг права на відшкодування збитків. Чи будуть визнані амністії відповідно до національного законодавства? Чи буде механізм використовувати офіційні мови країни, або також працювати з однією або кількома іноземними чи регіональними мовами?

Цей набір питань доповнюється і тими, що стосуються міжнародних стандартів у кримінальному процесі. Наприклад, чи буде механізм забезпечувати право на справедливий суд, навіть якщо внутрішня система має недоліки у цій сфері? Чи буде він дотримуватися міжнародних стандартів щодо попереднього ув'язнення та умовного звільнення? Якими будуть дії щодо виправданих осіб? Чи можуть бути винні засуджені до смертної кари?

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Формат механізмів коливався від повністю міжнародних трибуналів (спеціальних трибуналів, створених Радою Безпеки ООН для забезпечення функції миру та безпеки відповідно до Розділу VII. Статуту ООН) до повністю національних механізмів. Але навіть механізми, що вважаються повністю національними, такими як Трибунал з міжнародних злочинів у Бангладеш або національні кримінальні переслідування в аргентинських і колумбійських судах, мають хоча б деякі “міжнародні” компоненти, з огляду на застосування (через національне законодавство) норм міжнародного кримінального права.

Розташування механізмів на шкалі від міжнародних до національних, як правило, залежало від низки чинників. Наведена таблиця демонструє загальні тенденції щодо співвідношення механізмів із національною системою правосуддя. Однак існують важливі винятки та застереження (наведені в наступному розділі “Винесені уроки і міркування”).

На додаток до цих чинників, після заснування МКТЮ і МКТР на початку 1990-х років та з часу створення постійно діючого Міжнародного кримінального суду, впродовж цього десятиліття спостерігається тенденція відходу від “більш важких” і нав’язливих міжнародних моделей механізмів. Останніми роками держави, за можливості, надають перевагу “легшим”, більш внутрішнім моделям.

Повністю міжнародні трибунали функціонують як незалежні інституції, поза межами внутрішньої системи правосуддя. МКТЮ і МКТР здійснювали свої власні, незалежні мандати, покладені на них глобальною спільнотою через Раду Безпеки ООН. Однак ці спеціальні моделі мали численні проблеми, пов’язані з їх фізичною та правовою віддаленістю від постраждалих суспільств та держав. Відстань стає проблемою у таких сферах, як доступ до доказів та свідків, а також доступ до провадження для постраждалого населення. У підсумку віддалені трибунали (включаючи МКС) стикаються з труднощами в питанні впливу на національні реформи у сфері верховенства права, встановлення істини та примирення. Віддаленість також зумовлює повільні темпи судових процесів, а також суттєво впливає на витрати.

До певної міри спеціальні трибунали впоралися з цими обмеженнями, налагодивши зв’язок з іншими механізмами правосуддя, що діють у відповідних країнах (Руанді та країнах колишньої Югославії – Боснії та Герцеговині, Хорватії, Сербії та Косово). Можливість передачі справ до країн колишньої Югославії та Руанди та постійний моніторинг цих справ спостерігачами, призначеними судом, стали важливим аспектом відносин між країнами та трибуналами. Стратегія завершення діяльності МКТЮ (в якій основним компонентом була передача справ за Правилем 11bis) стала каталізатором

Чинник	Більш внутрішній	Більш міжнародний
Мета механізму	Призначений не тільки для притягнення винних до відповідальності в судовому порядку, а й для посилення верховенства права загалом та/або заохочення інших цілей правосуддя перехідного періоду.	Більше зосереджений на притягненні до кримінальної відповідальності шляхом розслідування, кримінального переслідування та судового розгляду справ.
Політична воля	Наявні бажання чи згода (у відповідь на внутрішній та/або міжнародний тиск) прийняти законодавство і реформувати або створити необхідні інститути.	Зовнішнє нав’язування вважається необхідним через відсутність внутрішньої політичної волі.
Технічна спроможність на національному рівні	Висока спроможність до розслідування, кримінального переслідування та судового розгляду.	Низька спроможність до розслідування, кримінального переслідування та судового розгляду.
Безпекова ситуація	Безпечне середовище для учасників процесу.	Небезпечне середовище для учасників процесу.
Інфраструктура	Добра або належна.	Слабка або відсутня.
Стан нормативно-правової бази	Національне кримінальне та процесуальне право значною мірою відповідають міжнародним стандартам (або заплановане прийняття відповідних реформ).	Норми міжнародного кримінального права не імplementовані у національне законодавство; процесуальний закон не відповідає міжнародним стандартам.
Відкритість до міжнародного залучення (загалом або щодо окремих міжнародних суб’єктів)	Країни, в яких ще живі спогади про колонізацію та/або гегемонію.	Країни, що прагнуть до міжнародної інтеграції (загалом або з окремими союзами).
Наявність міжнародного фінансування	Низька ймовірність суттєвого міжнародного фінансування.	Висока ймовірність суттєвого міжнародного фінансування.
Інше значення міжнародне залучення, наявне або заплановане	Повністю відсутнє, або незначне міжнародне втручання.	Наявність міжнародної адміністрації або ефективної миротворчої діяльності.

для створення головним адміністратором міжнародного співтовариства в Боснії (Високим представником) Державного суду, прокуратури та спеціальних підрозділів з розгляду міжнародних та інших форм тяжких злочинів. Серія невдалих спроб прокурора МКТР передати справ Руанді призвела до внесення низки поправок до національного законодавства, щоб у підсумку така передача стала можливою³⁸. Попри те, що спеціальні трибунали цілком незалежні від країн, яких вони стосуються, між ними спостерігається значний правовий та політичний діалог.

Між двома полюсами повністю міжнародних і повністю внутрішніх механізмів існує величезний масив змішаних механізмів, механізмів із міжнародним компонентом або підтримкою та механізмів з різними специфічними особливостями³⁹. Вони варіюються від договірних установ (наприклад, Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне або МКС) до національних судів з міжнародною допомогою (наприклад, Надзвичайні палати у судах Камбоджі) і включають різні комбінації та рівні міжнародної участі. Надзвичайні африканські палати створюються у межах сенегальської судової системи відповідно до угоди між Африканським Союзом (представленим Комісією Африканського Союзу) та урядом Республіки Сенегал. Статут про створення Верховного трибуналу Іраку прямо назвав його “незалежним органом, не пов’язаним з будь-якими органами іракського уряду”⁴⁰. У Бангладеш Трибунал з розгляду міжнарод-

них злочинів є повністю національним судом (окремим судом з конкретною міжнародною кримінальною юрисдикцією), створеним у межах національної судової системи. У національній судовій системі Демократичної Республіки Конго (військові, а останнім часом і цивільні суди, включаючи виїзні) застосовуються підходи, що передбачають створення спеціалізованих установ та залучення міжнародних суддів та співробітників, а також створення змішаних палат.

Палата з розслідування воєнних злочинів у Сербії є внутрішньою палатою, створеною відповідно до національного законодавства. У Хорватії, хоча в окружних судах створені чотири спеціалізованих палати з воєнних злочинів, більшість судових процесів здійснюються в звичайних палатах цих судів. Прокурори в 20 окружних судах мають територіальну юрисдикцію у справах про воєнні злочини, а їх роботу контролює Генеральний прокурор⁴¹. Хоча вони знаходяться поза межами цього дослідження, в низці країн були створені спеціалізовані підрозділи з воєнних злочинів з метою розслідування міжнародних злочинів та судового переслідування в межах універсальної юрисдикції⁴².

ВКЛЮЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ У КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Механізми різною мірою включають міжнародні стандарти, пов’язані з кримінальним процесом (див. *обговорення міжнародних стандартів у матеріальному праві* у: **II.В.1. ПРЕДМЕТНА ЮРИСДИКЦІЯ**).

Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (МПГПП) встановлює основні стандарти належного процесу у кримінальних справах. Стаття 14 МПГПП містить такі поняття, як⁴³: право на рівність перед законом; право на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом; презумпція невинуватості⁴⁴; і право на низку мінімаль-

³⁸ Хоча Руанда скасувала смертну кару до перших спроб прокурора МКТР передати справи Руанді, після першого раунду невдалих спроб було прийнято низку важливих законодавчих поправок щодо: скасування одиночного ув’язнення; надання імунітету та іншого захисту сторонам захисту та свідкам; забезпечення альтернативи заочного свідчення, коли свідки перебували за межами Руанди; а також перегляду та внесення змін до закону про так звану “ідеологію геноциду”. Див.: Complementarity in Action: Lessons Learned from the ICTR Prosecutor’s Referral of International Criminal Cases to National Jurisdictions for Trial, February 2015, режим доступу: www.unict.org/sites/unict.org/files/legal-library/150210_complementarity_in_action.pdf, пп. 50-63.

³⁹ Визначення “змішаного (гібридного) трибуналу” див. у: “Механізми забезпечення верховенства права для постконфліктних держав: Максимізація насліддя змішаних судів”, УВКПЛ: 2008, режим доступу: www.refworld.org/docid/47ea6fbb2.html Використовується визначення (на с. 1): “суди змішаного складу та юрисдикції, що охоплюють як національні, так і міжнародні компоненти, як правило, діють у межах юрисдикції, де відбулися злочини”. Див. також: Sarah Williams, Hybrid and Internationalised Tribunals: Selected Jurisdictional Issues (Hart Publishing: Oxford, 2012), с. 249: “Не існує всебічного визначення змішаного суду або суду з міжнародним компонентом. Водночас існують декілька визначальних особливостей: (1) трибунал виконує функцію кримінального суду; (2) тимчасовий або перехідний характер таких установ (або принаймні міжнародного компоненту); (3) повинна існувати, принаймні, можливість участі міжнародних суддів разом із національними суддями та міжнародної участі в роботі інших органів суду; (4) надання міжнародної допомоги у фінансуванні суду, хоча це саме по собі не робить національну установу такою, що має міжнародний компонент; (5) сукупність міжнародних та національних елементів у матеріальній юрисдикції судів або, принаймні, злочини, що підпадають під юрисдикцію, викликають занепокоєння міжнародного співтовариства; і (6) залучення сторони, яка не є державою, яка постраждала, наприклад Організації Об’єднаних Націй, регіональної організації чи іншої держави/держав” (виділено автором).

⁴⁰ Коаліційна тимчасова адміністрація №48 “Передача повноважень щодо Верховного трибуналу Іраку”, 10 грудня 2003 р., режим доступу: www.iraqcoalition.org/regulations/.

⁴¹ “Behind a Wall of Silence: Prosecution of War Crimes in Croatia” Міжнародна Амністія, (2010), с. 13, режим доступу: http://www.amnesty.eu/content/assets/doc2010/croatia_behindwallofsilence.pdf.

⁴² Див.: Human Rights Watch, “The Long Arms of Justice: Lessons from Specialized War Crimes Units in France, Germany, and the Netherlands,” вересень 2014 р., режим доступу: www.hrw.org/report/2014/09/16/long-arm-justice/lessons-specialized-war-crimes-units-france-germany-and. У звіті зазначається, що, крім Франції, Німеччини та Нідерландів (досвід яких розглядається у доповіді), Бельгія, Канада, Хорватія, Данія, Норвегія, Південна Африка, Швеція, Швейцарія, Сполучене Королівство та США мають спеціалізовані підрозділи щодо воєнних злочинів (с. 2, виноска 1).

⁴³ Див.: стаття 14.1, МПГПП, в цілому.

⁴⁴ Стаття 14.2, МПГПП.

них гарантій справедливого судового розгляду⁴⁵. Це також стосується права на оскарження⁴⁶, компенсації за несправедливе засудження та захист від повторного притягнення до відповідальності⁴⁷. Стаття 15 МПГПП гарантує право не бути покараним внаслідок зворотного застосування національного чи міжнародного права, але зазначає, що особа може бути віддана під суд і покарана за будь-яке діяння чи упущення, що на момент вчинення були кримінальним злочином згідно із загальними принципами права, визнаними міжнародним товариством⁴⁸. Відповідно до міжнародного права вимога компетентності, незалежності та неупередженості суду у розумінні статті 14 МПГПП є імперативною⁴⁹.

⁴⁵ Мінімальні гарантії включають:

3. Кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення як мінімум на такі гарантії на основі цілковитої рівності:
 - a) бути терміново і докладно повідомленим мовою, яку він розуміє, про характер і підставу пред'явленого йому обвинувачення;
 - b) мати достатній час і можливості для підготовки свого захисту і спілкуватися з обраним самим ним захисником;
 - c) бути судженим без невинуватної затримки;
 - d) бути судженим в його присутності та захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника; якщо він не має захисника, бути повідомленим про це право і мати призначеного йому захисника в будь-якому разі, коли інтереси правосуддя того вимагають, безплатно для нього в усякому такому випадку, коли у нього немає достатньо коштів для оплати цього захисника;
 - e) допитувати свідків, які дають проти нього показання, або мати право на те, щоб цих свідків було допитано, і мати право на виклик і допит його свідків на тих самих умовах, які існують для свідків, що дають показання проти нього;
 - f) користуватися безплатною допомогою перекладача, якщо він не розуміє мови, використуваної в суді, або не говорить цією мовою;
 - g) не бути приневоленним до давання свідчень проти самого себе чи до визнання себе винним.

⁴⁶ Стаття 14.5, МПГПП.

⁴⁷ “Заборона подвійного чи повторного притягнення до відповідальності” (фр. *autrefois acquit*) – принцип права на справедливий суд, який є юридичною гарантією від повторного притягнення особи до відповідальності за один і той же злочин.

⁴⁸ *Nullum crimen sine lege* (а також *nulla poena sine praevia lege poenali*) принцип права на справедливий суд, який є юридичною гарантією від притягнення особи до відповідальності внаслідок якоїсь дії чи упущення, яке на момент вчинення не було кримінальним злочином.

1. Ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні будь-якого кримінального злочину внаслідок якоїсь дії чи упущення, що, згідно з діючим на момент його вчинення внутрішнім законодавством або міжнародним правом, не були кримінальним злочином. Так само не може призначатися більш тяжке покарання, ніж те, яке підлягало застосуванню на момент вчинення кримінального злочину. Якщо після вчинення злочину законом встановлюється більш легке покарання, дія цього закону поширюється на цього злочинця.
2. Ніщо в цій статті не перешкоджає відданню під суд і покаранню будь-якої особи за будь-яке діяння чи упущення, що на момент вчинення були кримінальним злочином згідно з загальними принципами права, визнаними міжнародним товариством (стаття 15, МПГПП).

⁴⁹ ССРР/С/ГС/32, Комітет з прав людини, Зауваження загального порядку №32 “Стаття 14: Рівність перед судами і трибуналами і право на справедливий судовий розгляд”, п. 19. “Вимога незалежності відноситься, зокрема, до порядку і умов призначення суддів і гарантій їх незмінності до досягнення встановленого законом віку виходу на пенсію..., а також фактичної незалежності суддів від політичного втручання з боку органів виконавчої та законодавчої влади” (виділено автором). У Зауваженнях загального порядку № 32 до статті 14 МПГПП, Комітет з прав людини ООН зазначив, що “ситуація, за якою функції та компетенція судових органів і органів виконавчої влади чітко не розмежовані, або коли останні виявляються в змозі контролювати або направляти діяльність перших, несумісна з поняттям незалежного суду”.

Інші міжнародні стандарти, що стосуються розроблення нового механізму, включають Основні принципи ООН незалежності судових органів⁵⁰, Бангалорські принципи поведінки суддів та Мінімальні стандартні правила поведінки з в'язнями⁵¹, а також Основні принципи та керівні положення, що стосуються права на правовий захист і відшкодування збитку для жертв грубих порушень міжнародних норм в галузі прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права⁵².

Як правило, для механізмів, що займаються найтяжчими злочинами, які найбільш віддалені від національних систем (включаючи МКТЮ, МКТР та Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне) міжнародні стандарти закріплені в установчих документах. Це зроблено шляхом чіткого посилання на МПГПП та інші міжнародні договори або такі регіональні документи, як Африканська хартія прав людини і народів, Американська конвенція з прав людини та Європейська конвенція з прав людини. Для механізмів, більше пов'язаних з національними системами правосуддя, рівень дотримання міжнародних стандартів у кримінальному процесі загалом відображає загальне прийняття цими країнами зазначених стандартів. Що стосується незалежності судової влади, рівень відповідності міжнародним стандартам визначається законами та підзаконними актами, що регламентують процедури призначення та звільнення суддів, закріплюють незалежність органу, який здійснює суддівський відбір/призначення, включаючи процес обрання його членів.

Як також передбачено Віденською конвенцією про право міжнародних договорів⁵³, держави-учасниці МПГПП повинні поважати гарантії, передбачені статтею 14, незалежно від їх правових традицій та свого національного законодавства⁵⁴. Окремі держави-учасниці МПГПП висловили застереження щодо деяких аспектів статті 14. Серед них – країни, що створили механізми боротьби з найтяжчими злочинами. Наприклад, Бангладеш висловив застереження щодо можливості заочного судового розгляду справ обвинувачених осіб за певних обставин⁵⁵. Механізми в Бангладеш та в Іраку

⁵⁰ Режим доступу: www2.ohchr.org/english/law/indjudiciary.htm.

⁵¹ Стаття 2.2: “Поведінка суддів в судовому процесі та за стінами суду має сприяти підтримці та зростанню довіри суспільства, представників юридичної професії та сторін у справі до об'єктивності суддів та судових органів”. Режим доступу: www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf.

⁵² Режим доступу: www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx.

⁵³ Віденська конвенція про право міжнародних договорів, стаття 27.

⁵⁴ ССРР/С/ГС/32, Комітет з прав людини, Зауваження загального порядку №32 “Стаття 14: Рівність перед судами і трибуналами і право на справедливий судовий розгляд”, 23 серпня 2007 р., п. 4, режим доступу: www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html.

⁵⁵ Бангладеш зазначає, що “хоча існуючі закони Бангладеш встановлюють, що в звичайному порядку особа має право на судовий розгляд в її присутності, вони також передбачають можливість проведення судового розгляду за відсутності особи, яка переховується або особи, яка зобов'язана з'явитися до суду, але не постає перед судом або не може пояснити причини неявки до суду”. Застереження Бангладеш до МПГПП, режим доступу: https://treaties.un.org/Pages/Declarations.aspx?index=Bangladesh&lang=_en&chapter=4&treaty=326.

передбачали можливість застосування смертної кари всупереч міжнародним стандартам⁵⁶.

З різним ступенем успіху запровадження механізмів боротьби з найтяжчими злочинами сприяло прийняттю країнами нових міжнародних стандартів. Наприклад, Руанда скасувала смертну кару, щоб розглянути справи про найтяжчі злочини, передані від МКТР. Натомість Камбоджа протистояла тиску щодо прийняття міжнародних стандартів під час переговорів, які призвели до створення Надзвичайних палат у судах Камбоджі⁵⁷.

ВИНЕСЕНІ УРОКИ І МІРКУВАННЯ

Безпека

1. Якщо конфлікт триває або є підстави вважати, що зберігаються значні загрози безпеці учасників судового розгляду, найбільш доцільним може бути механізм із більшою кількістю зовнішніх компонентів. Зокрема це може стосуватися місцезнаходження, як у випадку із МКТЮ (який розпочав свою роботу в період війни в колишній Югославії), Міжнародним неупередженим і незалежним механізмом для Сирії (встановлений в той час, коли конфлікт немає перспектив завершення), а також Спеціалізованими палатами у Косово (заснованих в Гаазі через проблеми захисту свідків у Косово) (для більш детальних міркувань див.: ІІ.Д. МІСЦЕЗНАХОДЖЕННЯ). Також може бути можливим внутрішній механізм, що спирається на зовнішній компонент для забезпечення безпеки. Декілька механізмів, що функціонують у конфліктних або нестабільних ситуаціях після конфлікту, спираються на миротворчі сили ООН. До них відносяться Спеціальний кримінальний суд для Центральноафриканської Республіки, Спеціальний суд для

⁵⁶ Міжнародне право прямо не забороняє смертну кару як таку, хоча її застосування за багатьох обставин є незаконним. Короткий виклад правових норм про смертну кару див.: www.ohchr.org/EN/Issues/DeathPenalty/Pages/DPIIndex.aspx.

⁵⁷ У лютому 2002 р. Організація Об'єднаних Націй вийшла з переговорів з урядом Камбоджі, оскільки на той час, з урахуванням позиції уряду, дійшла висновку, що "провадження в Надзвичайних палатах не гарантуватиме міжнародних стандартів правосуддя, необхідних для того, щоб Організація Об'єднаних Націй продовжила роботу над їх створенням". Див.: "Заява юридичного радника ООН Ганса Корелла на прес-брифінгу в штаб-квартирі ООН в Нью-Йорку 8 лютого 2002 р.", режим доступу: www.un.org/news/dh/infocus/cambodia/corell-brief.htm. Переговори між ООН і урядом Камбоджі почалися із спільного запиту (в листі від 21 червня 1997 р.) принца Ранаріддха і Хун Сена, на той час спів-прем'єр-міністрів Камбоджі. У лютому 2003 р. Генеральна Асамблея, "бажаючи, щоб міжнародне співтовариство як і раніше позитивно реагувало" на зусилля з розслідування злочинів епохи червоних кхмерів, просила Генерального секретаря "невідкладно" відновити перемовини. (Див.: A/RES/57/228, 27 лютого 2003 р.). Угода між ООН та урядом Камбоджі щодо Надзвичайних палат у судах Камбоджі була зрештою підписана в 2003 році та набрала чинності в жовтні 2004 р.

Сьєрра-Леоне та національні мобільні суди, які розглядають випадки міжнародних злочинів у віддалених районах колишньої східної провінції Демократичної Республіки Конго. Механізми в небезпечних середовищах також можуть домагатися передачі функцій захисту свідків іноземним агентствам захисту на підставі угод.

Легітимність

2. Як правило, механізм, більш пов'язаний із національною системою, може мати більшу внутрішню легітимність, ніж зовнішній. Механізм, що є зовнішнім за розташуванням і включає міжнародних фахівців або впроваджує іноземні правові концепції, може природно викликати сумніви та підозру у постраждалого населення. Суспільства, які зазнали травматичного зовнішнього контролю або впливу, включаючи колонізацію (наприклад, більшість країн Африки на південь від Сахари), вторгнення (наприклад, Ірак) або гегемонію (наприклад, досвід "холодної війни" в більшості країн, що розвиваються), швидше за все, матимуть підвищену чутливість до механізмів, що поступаються елементами національного суверенітету.
3. Визнання зовнішніх елементів може бути більш популярним, коли механізм викриває злочини, пов'язані з колишньою колоніальною владою або гегемоном. Так, у Гватемалі жертви найтяжчих злочинів, вчинених військовими урядами, які були на боці США під час "холодної війни", прийняли роль Міжнародної комісії проти безкарності у здійсненні судового переслідування (можливо, попри те, що Комісія користувалася американською підтримкою уряду). В Україні багато посадовців, організацій громадянського суспільства та потерпілих привітали міжнародну допомогу у справах про найтяжчі злочини; деякі навіть прагнуть тимчасового включення міжнародних фахівців до органів правосуддя країни. Відносна відкритість до міжнародної участі Заходу пояснюється роллю у скоєнні ймовірних злочинів колишнього гегемона та нинішнього супротивника – Росії.
4. Якщо національна система правосуддя широко дискредитована або розглядається як упереджена, зовнішній механізм може мати більшу популярність. Населення, яке загалом не довіряє своїм системам правосуддя, швидше за все хоче, щоб механізми не були пов'язані з цими системами. У Мексиці така недовіра проявляється в тому, що влада повідомляється лише про кожен десятий злочин⁵⁸. Там було широко

⁵⁸ Авторитетне опитування мексиканських домогосподарств, проведене Національним агентством статистики Мексики (INEGI), засвідчило, що у 2014 році мексиканці повідомляли органам влади лише про 7,2% злочинів. Національне опитування з віктимізації та сприйняття громадської безпеки (ENVIPE 2015), Основні результати, 30 вересня 2015 р., с. 23-25.

прийнято залучення Міждисциплінарної групи незалежних експертів та експерток, направленої Міжамериканською комісією з прав людини для перевірки розслідування у резонансних вбивствах та насильницьких зникненнях; Міждисциплінарна група отримала довіру сімей потерпілих, які відкинули легітимність розслідування владою Мексики. Схожим чином багато кенійців, які не довіряють національній поліції та прокурорам, включаючи провідних членів політичної опозиції, виступали за створення зовнішнього Спеціального трибуналу щодо Кенії; і більшість населення привітала залучення повністю міжнародного механізму – МКС, попри зусилля уряду зобразити його як неоколоніальний інститут.

Політична воля

5. Там, де внутрішні органи влади мають справжнє бажання притягнути до відповідальності осіб, винних у скоєнні найтяжчих злочинів незалежно від їхньої приналежності до політичних сил або посади, це, як правило, створює кращі умови для механізму, що інтегрований до національної системи правосуддя, а не знаходиться поза нею. Більша політична воля також може призвести до більшої відкритості до міжнародної участі, коли це може знадобитися для розбудови технічної спроможності. Судове переслідування в національних судах Аргентини після завершення правління хунти є гарним прикладом в першому випадку. Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне є гарним прикладом в другому випадку.
6. Уряди, які виступають проти або намагаються контролювати провадження щодо найтяжчих злочинів, не хочуть приймати механізми, що є достатньо зовнішніми та незалежними. Урядова опозиція зрештою призвела до поразки пропозицій щодо механізмів у таких місцях, як Ліберія, Кенія, Бурунді та Дарфур, Судан. Під час переговорів з Організацією Об'єднаних Націй про створення Надзвичайних палат уряд Камбоджі наполягав на гарантіях, які дозволили б йому встановити обмеження на провадження. ООН погодилася на модель спільного адміністрування, що призвело до перешкод, операційних проблем та величезної неефективності. Створення механізму, попри перешкоди з боку держави, вимагає широкого міжнародного залучення (МКТЮ) та/або постійних зусиль організаційно спроможних інституцій громадянського суспільства (Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі) для зміни політичної кон'юнктури.

Юрисдикція

7. При розробленні нового механізму важливо передбачити, яким чином вирішуватиметься питання юрисдикції механізму та наявних судів, якщо така матиме місце. Це саме може стосуватися і міжнародних судів. У Руанді та колишній Югославії міжнародні трибунали мали чіткий пріоритет юрисдикції над національними судами у випадку їх конкуренції. У межах системи Римського статуту основне зобов'язання щодо розслідування та переслідування міжнародних злочинів лежить на національних органах, і відповідно до принципу комплементарності МКС може діяти лише тоді, коли держави не спроможні або не бажають цього робити. Питання субсидіарності можуть стосуватися й інших національних судів, як у Хорватії та Боснії. У Боснії Палата з розслідування воєнних злочинів функціонує поряд з місцевими судами, що ведуть провадження у справах щодо найтяжчих злочинів, але останні не зобов'язані стежити за судовою практикою Палати. Відсутність чіткого розмежування юрисдикції у справах також створила труднощі при розробленні єдиної державної стратегії. Також були розбіжності в тлумаченні застосовного законодавства різними органами.
8. Зовнішні слідчі механізми, що працюють поряд з національними установами, можуть бути ефективними, якщо політичні обставини сприяють співпраці. Успіху спільних незалежних розслідувань Міжнародної комісії проти безкарності в Гватемалі сприяла готовність до співпраці з боку Генеральної прокуратури, яка налагодила продуктивні відносини з її прокурорами. На відміну від цього, у Мексиці Міждисциплінарна група незалежних експертів та експерток провела паралельне розслідування відомого злочину, але зіткнулася з перешкоджанням з боку Генеральної прокуратури. Щодо членів Міждисциплінарної групи проводилося незаконне стеження з боку мексиканських урядових установ, і їхні висновки, включаючи з'ясування версій, що залишались без уваги національних слідчих, були значною мірою проігноровані.
9. Водночас паралельні розслідування за відсутності національної політичної волі все ще можуть бути корисними. Необхідною умовою для забезпечення результату, попри відсутність ефективної співпраці з національними органами влади, може бути сильна підтримка з боку місцевого громадянського суспільства та міжнародного співтовариства. Так було в Мексиці, де механізм Міждисциплінарної групи незалежних експертів та експерток виявив велику кількість нової інформації про зникнення 43 студентів. Це було цінним для сімей студентів, які переживали горе. Виявивши глибокі недоліки

в розслідуванні справи федеральним урядом, а також, можливо, більшу роль влади у скоєнні злочинів, Міждисциплінарна група також сприяла проведенню громадянським суспільством національних дебатів щодо причин безкарності та необхідності реформи системи правосуддя.

Спроможність та інфраструктура

10. Чим менш спроможна система правосуддя у країні, тим більша ймовірність того, що для досягнення успіху цьому механізму знадобляться міжнародні компоненти. Тут слід враховувати спроможність посадових осіб у всій системі правосуддя, включаючи слідчих, прокурорів, суддів, адвокатів, адміністративного персоналу судів, спеціалістів з питань захисту свідків та посадових осіб тюрем, а також матеріально-технічної інфраструктури, включаючи офіси, будівлі судів та місця позбавлення волі. Якщо базова спроможність країни постраждала від конфлікту та/або тривалого занепаду, як у Тиморі-Лешті, Косово чи Центральноафриканській Республіці, без значного іноземного залучення національній системі кримінального правосуддя важко реагувати навіть на звичайні злочини, і тим паче – на серйозні міжнародні злочини. Коли ж така спроможність вища, як у Сенегалі чи Аргентині, потреба в зовнішній участі чи підтримці, як правило, більше стосується досвіду у сфері міжнародного кримінального права або іншої специфіки, пов'язаної із складними випадками найтяжчих злочинів, такої як криміналістична експертиза, захист свідків та налагодження контактів. Країни з вищим базовим потенціалом можуть тимчасово потребувати зовнішніх елементів (як у випадку з національними провадженнями в Боснії), тоді як міжнародна підтримка та залучення, ймовірно, будуть більш довгостроковими потребами в країнах з менш розвиненими системами правосуддя (як у Демократичній Республіці Конго).

Зміцнення верховенства права

11. Якщо частина мети механізму полягає у зміцненні верховенства права у відповідній країні, то, як правило, віддається перевага максимальній інтеграції механізму з національною системою правосуддя. Така інтеграція може принести найбільшу користь сектору юстиції загалом, з іншого боку, й сам механізм, ймовірно, виграє від наявних зусиль, спрямованих на розвиток системи правосуддя. Механізми, які віддалені з погляду місцезнаходження (наприклад, Спеціальний трибунал щодо Лівану), відповідної законодавчої бази (наприклад, Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне) або участі національного персона-

лу (наприклад, Спеціалізовані палати та Спеціалізована прокуратура в Косово), як правило, мають менше шансів залишити насліддя в одній або декількох областях національної судової практики, внутрішньої технічної спроможності та матеріальної інфраструктури. Чим більш віддалені основні компоненти механізму, тим зазвичай менше він може сприяти підвищенню спроможності та авторитету національної системи правосуддя.

12. Проте за певних обставин механізми, не пов'язані з національною системою, все ще можуть мати суттєвий вплив на реформу системи юстиції. Так відбувалося там, де зовнішні механізми мали правовий або політичний вплив на національні органи влади, а також де вони інвестували в програми насліддя, створення потенціалу та налагодження контактів. У Гватемалі механізм Міжнародної комісії проти безкарності, який функціонує паралельно з національними органами влади, відіграв важливу роль в успішному просуванні реформи верховенства права, успіху зусиль посадових осіб сектору правосуддя, які підтримували реформу, у впровадженні нових можливостей для розслідування та створення кваліфікованої групи прокурорів і слідчих у Генеральній прокуратурі, які заявили про свою автономію від політичних еліт. Успішно розвиваючи кримінальні справи проти могутніх людей, ефективно активізуючи політичний тиск, а також через наставництво та співпрацю з Генеральним прокурором Гватемали Міжнародна комісія проти безкарності “допомогла гватемальцям досягти моменту, коли значна політична реформа стала реальною можливістю вперше з часу підписання Мирної угоди 20 років тому”⁵⁹. МКТЮ та МКТР вплинули на відповідні національні системи шляхом передачі до цих юрисдикцій справ, що стосуються підозр щодо осіб нижчого рівня; передачі справ, що підпадають під дію цих юрисдикцій, на підставі Правила 11bis Правил процедури і доказування; а також через різні ініціативи у сфері професійної підготовки. У випадку з МКТЮ стратегія завершення повноважень вплинула на переспрямування коштів

⁵⁹ Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, “Against the Odds: CICIG in Guatemala,” с. 11. “Висновки Міжнародної комісії проти безкарності в Гватемалі у справі щодо вбивства Розенберга та обвинувальні висновки щодо колишнього президента Портільо та колишнього міністра внутрішніх справ Вільмана показали, що велика, добре фінансована, обладнана та захищена структура кримінального переслідування здатна притягти до відповідальності “недоторканих”. Тільки цих результатів було б достатньо, щоб виправдати середньорічний бюджет Комісії у розмірі 15 мільйонів доларів США. Крім того, Комісія публічно оскаржила обрання суддів, яких вона визнала непридатними для роботи у вищих судах Гватемали, організувала звільнення двох генеральних прокурорів, сприяла призначенню видатного Генерального прокурора та досягла успіху у відстороненні близько 1700 поліцейських. Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі підготувала та лобіювала широке коло конституційних та законодавчих реформ. Використання прослуховування телефонних розмов та високих можливостей сучасної судової експертизи продемонструвало зростаючий потенціал Гватемали у проведенні кримінальних розслідувань”.

на процеси на національному рівні, де вони сприяли загальному розвитку системи правосуддя. Попри те, що ні Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне, ні Надзвичайні палати у судах Камбоджі не передали жодних справ до відповідних національних юрисдикцій, кожен з них розробив інші ініціативи, пов'язані з насліддям⁶⁰. Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне розглядав налагодження контактів та насліддя як основні елементи своєї роботи з самого початку з відповідними помітними перевагами⁶¹.

13. У несприятливих умовах механізми, більш пов'язані з національними системами, можуть зашкодити легітимності цієї системи. Механізм, близький до політизованої судової системи, як у Камбоджі, може посилити думку, що сильний адміністративний контроль над притягненням до кримінальної відповідальності є нормальним. Аналогічно навіть там, де більша судова незалежність, як в Уганді та Кенії, механізми можуть залежати від поліції та прокуратури, що відмовляються розслідувати або переслідувати будь-які справи, або рухатися далі лише у справах проти членів антиурядових груп або політичної опозиції. Кримінальні переслідування, що чітко збігаються з інтересами по одинок бік політичного, етнічного або релігійного розмежування (наприклад, у Бангладеш, Іраку та Кот-д'Івуарі), принижують цінність всього наміру і можуть дестабілізувати ситуацію.
14. Механізми, пов'язані з національною системою, відкривають ширші можливості для взаємодії між міжнародною підтримкою та іншими наявними або запланованими ініціативами щодо посилення верховенства права. Механізм, орієнтований на найтяжчі злочини, матиме певні потреби, з огляду на характер, тяжкість, складність та суперечності, що зазвичай притаманні у цьому випадку. Особливі потреби виникають у матеріальному міжнародному кримінальному праві та, як правило, у таких сферах, як надання психосоціальної допомоги жертвам та свідкам, посиленому захисті свідків та налагодженні контактів. Спільнота, що надає підтримку у сфері верховенства права, часто висловлює занепокоєння тим, що донорська підтримка високопрофесійних спеціалізованих механізмів притягнення до відповідальності за

⁶⁰ Наприклад, у випадку Камбоджі Управління Верховного комісара з прав людини у Пномпені взяло участь у різноманітних ініціативах з насліддя (у співпраці з Надзвичайними палатами) щодо проведення тренінгів для суддів, коментування Кримінального кодексу Камбоджі з огляду на відповідну судову практику Надзвичайних палат. Програма "ООН Жінки" співпрацювала з судом у реалізації різних ініціатив, пов'язаних із гендерними питаннями.

⁶¹ Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне і No Peace Without Justice, "Making Justice Count: Assessing the Impact and Legacy of the Special Court for Sierra Leone in Sierra Leone and Liberia", вересень 2012 р., с. 2.

найтяжчі злочини може відволікти увагу від необхідності підтримки сталого реформування сфери правосуддя та розбудови потенціалу. Проте потреби механізму для найтяжчих злочинів та національної системи правосуддя, коли мова йде про необхідні технічні навички та інфраструктуру, значною мірою перетинаються. Звідси випливає, що чим більше механізм пов'язаний з національною системою, тим більше можливостей для синергії в таких сферах, як правова реформа; навчання поліції, прокурорів, адвокатів та суддів; реконструкція залів судових засідань та приміщень для тримання під вартою; або створення нових інституцій, таких як органи захисту свідків⁶². Однак ця перспектива не гарантує взаємної підтримки. Наприклад, у Демократичній Республіці Конго деякі донори переймалися тим, що запропоновані змішані палати з розслідування воєнних злочинів у межах національної системи суттєво послабили б інші пріоритети верховенства права, що призвело до того, що запропонований механізм не був підтриманий.

Міжнародні стандарти

15. Якщо намір полягає у створенні механізму, що відповідав би міжнародним стандартам та кращим практикам, то ступінь відповідності наявної правової системи цим вимогам або готовність держави прийняти їх визначає ключовий параметр для потенційної інтеграції механізму з національною системою. Відповідні стандарти включають ті, що стосуються міжнародного кримінального права, права на справедливий суд, відшкодування шкоди, участі потерпілих, захисту свідків та тримання під вартою.
16. Якщо амністії за національним законодавством та інші правові положення не відповідають міжнародним стандартам або використовуються для захисту осіб, які вчинили найтяжчі злочини, це вагомий аргумент для створення механізму, що має більш зовнішній характер. В останні десятиліття в судовій практиці все частіше обмежують амністії та імунітет за міжнародні злочини та серйозні порушення прав людини⁶³. Все ширше визнається, що амністії за міжнародні злочини

⁶² Див. комплексний огляд того, як підтримку механізму можна інтегрувати в загальну діяльність з розбудови верховенства права у: Open Society Foundations, "International Crimes, Local Justice: A Handbook for Rule-of-Law Policymakers, Donors, and Implementers", 2011.

⁶³ Див.: МКТЮ, Furundzija, IT-95-17/1, рішення Судової палати 10.12.1998, п. 155; Міжамериканський суд з прав людини, Barrios Altos v. Peru, Рішення, 14 травня 2001 р., п. 44; ЄСПЛ, Ould Dah v. France, Рішення, 17 березня 2009 р.; Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне, Prosecutor v. Moinina Fofana, Рішення Апеляційної палати щодо попереднього подання про відсутність юрисдикції, незаконне делегування юрисдикції Сьєрра-Леоне, 25 травня 2004 р. Див. також: Рада з прав людини ООН, Заключні зауваження, Чилі, ССРР/С/СНЛ/СО/6, 13 серпня 2014 р., п. 9 та Комітет ООН проти катувань, Заключні зауваження, Іспанія, CAT/C/ESP/CO/5, 9 грудня 2009 р., п. 21(2).

мають бути заборонені, оскільки вони позбавляють потерпілих права на правосуддя, істину і відшкодування; така заборона найбільш чітко визначена для злочинів геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів⁶⁴. Окрім законів про амністію, держави іноді надають законодавчий імунітет главам держав та іншим високопоставленим особам або встановлюють термін давності за найтяжчі злочини, що не відповідає міжнародним стандартам. У деяких країнах зі слабкою судовою системою наявні процедури помилування, заборони на повторне притягнення до відповідальності, апеляцій на проміжні рішення, відводів суддів та інші іноді застосовуються для зловживань у захисті тих, хто скоїв найтяжчі злочини. Такі внутрішні перешкоди можуть зберігатися, поки не зміниться політична ситуація, як це сталося із законами про амністію за найтяжчі злочини в Аргентині. З іншого боку, зовнішній механізм може передбачити безпосереднє застосування міжнародного права таким чином, щоб обійти недоречні національні правові перешкоди. Наприклад, зазначалося, що Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне “не зможе існувати як частина внутрішньої правової системи, не порушуючи складні питання, що стосуються попереднього закону про амністію та наявного посадового імунітету Чарльза Тейлора”⁶⁵.

17. Впровадження зовнішніх правових концепцій може забезпечити більшу відповідність міжнародним стандартам, але з іншого боку, це може спричинити виникнення проблем, які слід своєчасно передбачити та вирішити. Для того, щоб таке впровадження мало ефект, необхідно, щоб цим займалися посадовці, яким ці концепції знайомі. Це може означати залучення іноземних юридичних фахівців безпосередньо до впровадження та наставництва, як у Східному Тиморі, Косово чи Боснії, та для вирішення пов'язаних із цим проблем (див.: II.Ж. ЗАЛУЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДДІВ І ПЕРСОНАЛУ). Втім, якщо міжнародні фахівці не беруть безпосередньої участі у впровадженні, вони можуть долучатись до масштабного навчання в інший спосіб, як це було зроблено у багатьох випадках. Зміни до законодавства для приведення у відповідність із міжнародними стандартами (або з інших причин) породжують невід'ємні виклики. Наприклад, у Боснії створення Палати з розслідування воєнних злочинів супроводжувалося введенням таких понять змагального процесу, як поінформованість суду та угода про визнання винуватості, не знайомі суддям, прокурорам та

захисникам⁶⁶. Елементи, введені посадовими особами США до статуту Верховного трибуналу Іраку, виявились несумісними із іракським законодавством та викликали плутанину⁶⁷. Механізми в Камбоджі та Східному Тиморі зіткнулися зі схожими труднощами. Впровадження нового матеріального права через статут або застосування міжнародного звичаєвого права може викликати серйозні питання щодо принципу законності, як це відбулося в Уганді (див. також: II.В.1. ПРЕДМЕТНА ЮРИСДИКЦІЯ). Нові стандарти можуть не визнавати амністію, як це трапилося в Аргентині та Сьєрра-Леоне. Крім того, застосування міжнародних стандартів в установі тримання під вартою такого спеціалізованого механізму може створити ситуацію, коли підозрювані у скоєнні найтяжчих злочинів утримуються під вартою в значно кращих умовах, ніж ті, хто перебувають у національних в'язницях за звинуваченням у скоєнні менш тяжких злочинів.

18. Робота більш інтегрованого механізму може допомогти формуванню судової практики, що в майбутньому сприятиме поширенню міжнародних стандартів у глумаченні матеріального і процесуального права, особливо в системах загального права. Між тим, така логіка поки що залишається скоріше теоретичною. Наприклад, в Уганді Відділ з міжнародних злочинів був настільки неактивним, що не залишив майже ніякої судової практики. У Боснії, яка зі створенням Палати з розслідування воєнних злочинів впровадила багато елементів прецедентного права у свій кримінальний процес, досі не існує системи прецедентів; судова практика Палати не є обов'язковою для судів нижчого рівня, що розглядають справи про найтяжчі злочини по всій країні.
19. З метою оцінювання переваг та ризиків включення внутрішніх елементів, які (ще) не відповідають міжнародним стандартам, необхідний ретельний огляд наявної нормативно-правової бази і системи. Створення Спеціального суду для Сьєрра-Леоне за межами національної системи правосуддя і рішення прокурора не застосовувати внутрішнє законодавство (хоча це можливо відповідно до статуту), ймовірно, призвело до втрати можливостей для активізації застосування міжнародно-правових стандартів у національній системі. Проте суд, ймовірно, вплинув на покращення стандартів в інших сферах. Наприклад, передача місця позбавлення волі від Спеціального суду під контроль національних органів влади та досвід, отриманий в роботі зі Спеціальним судом багатьма охоронцями зі Сьєрра-Леоне, могли

⁶⁴ J.-M. Henckaerts i L. Doswald Beck, “Customary International Humanitarian Law: Volume I: Rules”, (International Committee of the Red Cross), Cambridge, Правило 159, с. 611-614.

⁶⁵ УВКПЛ, “Механізми забезпечення верховенства права для постконфліктних держав: Максимізація насліддя змішаних судів”, HR/PUB/08/2, (New York and Geneva, 2008), с. 12.

⁶⁶ Ця проблема була частково вирішена завдяки залученню місцевих адвокатів системи континентального права для підготовки коментарів до нового Кримінального процесуального кодексу Боснії.

⁶⁷ Це була втрачена нагода долучитися до реформи іракської системи на власних умовах, що обмежило загальний вплив на розвиток правової системи в Іраку.

вплинути на підвищення стандартів тримання під вартою для деяких в'язнів у країні. Верховний трибунал Іраку мав недостатній рівень захисту прав людини та передбачав можливість застосування смертної кари, що суперечить міжнародним стандартам. Це призвело до поспішного розслідування і страти Саддама Хусейна та інших після розгляду лише частини можливих доказів. Потерпілі, які були зацікавлені у розкритті й інших злочинів та встановленні істини як складовій процесу, були розчаровані. У будь-якому випадку, слід проводити попереднє оцінювання ситуації, перш ніж остаточно визначатись із характером співвідношення (інтегрованості) механізму з національною системою.

20. Механізм, що ігнорує міжнародні стандарти, матиме менше потенційних джерел підтримки та можливостей для міжнародного співробітництва. Наприклад, застосовність смертної кари і недотримання права на справедливий суд у Верховному трибуналі Іраку та Трибуналі з міжнародних злочинів у Бангладеш відвернули потенційних партнерів та донорів⁶⁸.
21. Якщо мета механізму передбачає відшкодування шкоди жертвам відповідно до нових стандартів міжнародного права, може виникнути потреба орієнтуватись на більш зовнішній механізм, у разі коли національне право не містить відповідних положень, що забезпечують компенсації в кримінальному процесі або коли ці положення не можуть бути змінені. Водночас наявність формальних норм і процедур відшкодування не гарантує їх практичного застосування (див.: II.Е. СТРУКТУРА, II.З. ФІНАНСУВАННЯ).

Мова

22. Більш інтегровані механізми, ймовірно, матимуть менше труднощів із забезпеченням доступності судових процесів для постраждалого населення, ніж зовнішні механізми за участю міжнародних фахівців, які використовують іноземні мови. З іншого боку, якщо наявна система правосуддя ще не має можливостей для забезпечення перекладу мовами меншин країни під час проваджень, то, ймовірно, доведеться включити відповідне положення, щоб зробити суд доступним для громад меншин, постраждалих від подій. Наприклад, Відділ з міжнародних злочинів мав працювати з мовою ачолі в північній Уганді, де він також проводив слухання.

⁶⁸ Наприклад, ООН не змогла співпрацювати з Верховним трибуналом Іраку через смертну кару. Sarah Williams, "Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals: Selected Jurisdictional Issues", (2012) Hart Publishing, Oxford, c. 115.

23. Надмірна кількість офіційних мов може спричинити сповільнення процесу та збільшити витрати. На основі досвіду спеціальних трибуналів багато судових чиновників, адміністраторів та дипломатів дійшли висновку, що рішення визнати три мови офіційними для МКТЮ та МКТР було помилковим, оскільки кожна іноземна мова (французька та англійська) означала величезні витрати на усний та письмовий переклад і призводила до затримок. Багато хто вважає, що вимога перекладати все англійською та французькою у Надзвичайних палатах у судах Камбоджі є марною тратою ресурсів та причиною значних затримок. У Східному Тиморі використання чотирьох офіційних мов (португальської, тетумської, індонезійської (бахазя) та англійської) стало причиною затримок проваджень у Спеціальних колегіях.
24. За неточного перекладу застосування зовнішніх джерел права може викликати труднощі. В Іраку помилки в перекладі кримінально-процесуального кодексу спричинили плутанину щодо стандарту доказування, що мав застосовуватися у Верховному трибуналі.
25. У країні, де офіційно не використовується хоча б одна з поширених іноземних світових мов, механізм, що спирається на зовнішні джерела права, може зіткнутися з труднощами в пошуках відповідної міжнародної судової практики місцевою мовою (мовами). У Боснії переклад судової практики на сербохорватську мову вимагав значних зусиль. Але навіть якщо виділити кошти на переклад судової практики, рішення можуть бути занадто довгими або складними для застосування в національному контексті. Інвестиції у збірники та анотації рішень механізму місцевими мовами, як це певною мірою зробило УВКПЛ для Надзвичайних палат у судах у Камбоджі, можуть підвищити їх доступність для національних суддів та, як наслідок, збільшити довгостроковий вплив на національну судову практику.

Виправдувальні вироки і призначення покарань

26. Зовнішні механізми можуть зіткнутися з додатковими труднощами щодо виправданих та засуджених осіб. Суто внутрішнім механізмам, що знаходяться всередині країни, часто складно знайти безпечні та гуманні місця тримання під вартою та ув'язнення для засуджених осіб, і часто їм не вистачає засобів для захисту та підтримки виправданих осіб. Крім того, якщо механізм знаходиться поза межами національної системи країни, громадянином якої є підозрюваний, мандат має передбачати, що станеться з тими, хто засуджений або виправданий. Зовнішні суди, в тому числі МКТР, МКТЮ, Спеціальний суд для

Сьєрра-Леоне, мають вести переговори з державами щодо виконання вироків, якщо відповідна країна не може забезпечити тримання засуджених осіб під вартою відповідно до міжнародних стандартів. Знайти держави, що готові прийняти виправданих осіб, може бути ще складніше. Обвинувачені особи, виправдані МКТР, наприклад, не могли повернутись до Руанди, але виявилось, що інші держави не бажають давати їм візи через сприйняття їх як злочинців, попри рішення суду, яке свідчить про інше. Багато хто з них був змушений продовжувати жити в “безпечних будинках” ООН в Аруші (Танзанія), доки ООН та Міжнародний залишковий механізм для кримінальних трибуналів намагалися вирішити проблему, яку слід було передбачити під час створення трибуналу⁶⁹.

Стратегії переходу

27. При розробленні зовнішніх механізмів необхідно враховувати питання перехідного періоду. Зовнішні механізми є надзвичайними і тимчасовими. Після завершення їх роботи певна структура має взяти на себе залишкові функції, включаючи переслідування втікачів, які залишилися на свободі, та потенційні судові процеси, розгляд нових правових питань, що стосуються умов тримання під вартою, захисту та підтримки свідків. Для вирішення таких питань після закінчення терміну дії мандатів МКТЮ і МКТР Рада Безпеки ООН створила Міжнародний залишковий механізм для кримінальних трибуналів у 2010 році. Залишковий спеціальний суд для Сьєрра-Леоне був створений у мінімальному складі із можливістю розширення для вирішення питань, пов'язаних із залишковими функціями Спеціального суду. У Боснії зовнішні компоненти Палати з розслідування воєнних злочинів та Спеціального відділу з розслідування воєнних злочинів у прокуратурі поступово припинили роботу, залишивши стабільні суто внутрішні механізми. У таких місцях, як Аргентина, переходу немає, оскільки провадження відбуваються в межах внутрішньої системи, що продовжуватиме існувати.

⁶⁹ Див.: Gibson K, Buisman C, (2014), запис блогу: “Acquitted by Law, Prosecuted by Propaganda,” <http://justiceinconflict.org/2014/03/31/acquitted-by-law-prosecuted-by-propaganda/> Див. також: Besnier P. (Заступник Секретаря МКТР) виступ на Міжнародному симпозиумі з наслідків МКТР (листопад 2014 р.), відео презентація www.youtube.com/watch?v=IEDeoDEZiV0 (див. відео на 1 хв 43 сек). Див. також: Heller, Kevin Jon, “What Happens to the Acquitted?” (2008). Leiden Journal of International Law, Vol. 21, с. 663-680, 2008. Режим доступу в SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1005772>.

Ключові питання, що допоможуть визначити відношення до національної системи

- Чи дозволяє ситуація з безпекою в країні створити механізм, який знаходиться і працює на території країни, чи рівень небезпеки передбачає, що для його функціонування може знадобитися зовнішнє розташування та/або залучення міжнародних фахівців?
- Чи наявна загальна внутрішня чутливість щодо участі іноземців у внутрішніх справах (на відміну від більш обмеженої чутливості уряду, що може базуватися на власних інтересах)? Якщо так, то чи є ця чутливість загальною за своєю природою, або особливо гострою стосовно деяких країн (таких як колишні колоніальні держави) або регіонів?
- Чи користується довірою населення національна система правосуддя? Якщо ні, то чи є підстави вважати, що включення зовнішніх елементів, зокрема іноземних джерел права або залучення міжнародних фахівців, збільшить легітимність механізму?
- Чи поважала виконавча гілка влади незалежність національних суддів та прокурорів? Якщо ні, чи вживаються позитивні заходи для посилення незалежності судових органів?
- Якою є спроможність чиновників системи правосуддя вести провадження відповідно до закону та робити це справедливо та ефективно? Чи наявні сфери, що потребують спеціальних заходів для проваджень у справах про найтяжчі злочини⁷⁰?
- Чи наявні плани розвитку системи правосуддя загалом, з огляду на які немає необхідності в зовнішніх елементах механізму?
- Чи відповідає матеріальне право країни міжнародним стандартам, особливо щодо визначень злочинів відповідно до міжнародного кримінального права? Якщо ні, чи наявні розумні перспективи правової реформи в найближчому майбутньому?
- Чи відповідає кримінальне процесуальне право країни міжнародним стандартам та кращим практикам, у тому числі у сферах права на справедливий суд, заборони смертної кари, компенсації, участі потерпілих, захисту свідків та умов тримання під вартою?
- Чи наявні внутрішні амністії, закони про недоторканність, строки давності чи інші правові положення, що можуть перешкоджати

⁷⁰ Для визначення того, якими можуть бути ці додаткові потреби, див.: Правова Ініціатива Відкритого Суспільства: “International Crimes, Local Justice: A Handbook for Rule-of-Law Policymakers, Donors, and Implementers”, 2011.

судовому переслідуванню підозрюваних у скоєнні найтяжчих злочинів, якщо механізм діятиме відповідно до внутрішнього законодавства?

■ Якщо передбачається включення іноземних правових концепцій у внутрішню систему, чи наявні ресурси для забезпечення їх ефективного впровадження шляхом наставництва, навчання, перекладу ресурсних документів або іншими засобами?

■ Чи збільшить впровадження механізму в національну систему шанси на те, що його функціонування може зміцнити стандарти в загальній системі правосуддя? Чи зможе інтегрований механізм створювати у цій країні позитивні судові прецеденти стосовно тлумачення матеріального та/або процесуального права?

■ Яким є ризик того, що інтеграція механізму в політизовану систему правосуддя призведе до того, що судові процеси не будуть справедливими або не користуватимуться довірою? Які типи, інтенсивність та тривалість зовнішнього залучення необхідні для пом'якшення виявлених ризиків?

■ Які робочі мови ключові для функціонування механізму і якими будуть наслідки додавання однієї або декількох іноземних мов для сприяння потенційному міжнародному залученню?

■ Чи відповідна міжнародна судова практика вже доступна потенційними робочими мовами цього механізму? Якщо ні, то якими можуть бути наслідки забезпечення перекладу, з погляду вартості та часу?

■ Якщо передбачається зовнішній механізм, де саме засуджені будуть відбувати покарання, і що станеться з виправданими та засудженими особами, які відбули покарання? Чи потрібні додаткові угоди про міжнародне співробітництво?

■ Якщо передбачається зовнішній механізм, яка установа(и) буде розглядати залишкові питання, у тому числі переслідування осіб, які переховуються, правові питання, що стосуються умов тримання під вартою, захисту свідків та виконання рішень щодо відшкодувань?

В

ЮРИСДИКЦІЯ

Юрисдикційний компонент мандата механізму включає предметну, персональну, часову та просторову (або територіальну) юрисдикцію. Інакше кажучи, на кого поширюватимуться повноваження суду, якими будуть форми кримінальної відповідальності, за які злочини, скоєні в який період і де? У цьому розділі по черзі розглядається кожен із цих компонентів.

1. ПРЕДМЕТНА ЮРИСДИКЦІЯ

Предметна юрисдикція – це перелік злочинів, щодо яких механізму дозволено здійснювати розслідування та судове переслідування, а також виносити судові рішення. Це складає основу мандата механізму.

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Більшість механізмів, що розглядаються для цілей цього посібника, зосереджені на трьох основних міжнародних злочинах: геноцид, злочини проти людяності та воєнні злочини. Однак зараз триває процес доповнення цих трьох основних злочинів четвертим – злочином агресії⁷¹. Цю обставину було враховано, наприклад, в проекті, що передбачав створення спеціалізованих палат у Демократичній Республіці Конго⁷². Закон про створення Трибуналу з міжнародних злочинів у Бангладеш, прийнятий ще в 1973 році, фактично випереджав свій час у сфері предметної юрисдикції: крім зазначених трьох, він також має юрисдикцію щодо “злочинів проти миру” (включаючи ведення

⁷¹ Див.: Стаття 8bis Римського статуту щодо визначення злочину агресії.

⁷² Предметна юрисдикція запропонованих палат включає геноцид, воєнні злочини, злочини проти людяності та агресію. Це пов'язано з тим, що ДРК є моністичною державою, і, таким чином, положення Римського статуту безпосередньо застосовуються всередині країни з дати ратифікації Статуту ДРК (щодо злочину агресії – з дати ратифікації будь-яких відповідних поправок).

агресивної війни)⁷³. Механізми, розглянуті в цьому посібнику, що були запропоновані, але не реалізовані, стосуються цієї основної трійки злочинів. Наприклад, у випадку Бурунді Арушська угода 2000 року передбачає створення “міжнародного кримінального трибуналу для притягнення до відповідальності та покарання винних у скоєнні геноциду, воєнних злочинів та злочинів проти людяності”⁷⁴. Аналогічно мирна угода щодо Південного Судану, підписана в серпні 2015 року, передбачає створення змішаного суду “для розслідування та судового переслідування осіб, відповідальних за порушення міжнародного права та/або застосовного законодавства Південного Судану”⁷⁵, зокрема трьох основних й “інших серйозних злочинів відповідно до міжнародного права та відповідних законів” Республіки Південний Судан, включаючи гендерно обумовлені злочини та сексуальне насильство”⁷⁶. Передбачається, що запропонований Спеціальний суд для Дарфуру матиме юрисдикцію щодо “грубих порушень прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права”⁷⁷.

Наявність у деяких механізмів юрисдикції щодо інших злочинів, крім основних трьох, породжує певні правові наслідки. Розширення юрисдикції за рахунок додаткових злочинів дає змогу розслідувати правопорушення без необхідності доведення додаткових контекстуальних елементів, які б кваліфікували їх як такі, що відносяться до “трьох основних злочинів” (такі як широкомасштабність, відповідна політика чи наявність збройного конфлікту). Проте якщо закони про строки давності, амністії та імунітети не повинні застосовуватися до міжнародних злочинів, включаючи принаймні воєнні злочини, злочини проти людяності та геноцид, такі обмеження для переслідування можуть застосовуватися для звичайних злочинів, включених до мандата.

У Статуті Надзвичайних африканських палат поряд з основними злочинами зазначений злочин катування. Такі механізми, як Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне та Надзвичайні палати у судах Камбоджі, мали повноваження розслідувати окремі внутрішні злочини, крім основних міжнародних. Інші мали мандати для розслідування злочинів на межі поділу на внутрішні/

міжнародні, такі як тероризм. Спеціальний трибунал щодо Лівану має юрисдикцію тільки щодо правопорушень, передбачених Кримінальним кодексом Лівану, зокрема умисне вбивство та акти тероризму. Відділ з міжнародних злочинів Верховного Суду Уганди має юрисдикцію щодо тих, хто скоїв “серйозні злочини”, у тому числі три основні, а також тероризм, торгівлю людьми, піратство та “інші міжнародні злочини”⁷⁸. Деякі з цих ідей відображені також у Протоколі про внесення змін до Протоколу про Статут Африканського суду справедливості та прав людини, який наділяє майбутній Суд міжнародною кримінальною юрисдикцією⁷⁹. Обговорення та пропозиції, які стосувались Спеціального трибуналу щодо Кенії, передбачали предметну юрисдикцію щодо “геноциду, грубих порушень прав людини, злочинів проти людяності та інших злочинів, визначених Статутом”⁸⁰.

Верховний трибунал Іраку мав юрисдикцію щодо основних трьох злочинів, а також “порушень іракських законів”. У широкому сенсі це положення охоплювало “втручання у справи судів або спроби впливати на їхню діяльність; розкрадання і розтрату національних ресурсів; зловживання становищем та реалізацію політики, що призвела до загрози війни”⁸¹. У Косово міжнародні судді, залучені ООН, могли приймати рішення не тільки у справах щодо найтяжчих злочинів, але й у будь-якій ситуації, коли було “необхідно забезпечити незалежність судової системи або належне здійснення правосуддя”⁸². Одне з найамбітізніших формулювань предметної юрисдикції серед механізмів, розглянутих у цьому посібнику, наведено в проекті статуту (запропонованого) Надзвичайного кримінального суду щодо Ліберії. У ньому міститься перелік міжнародних, транснаціональних та внутрішніх злочинів, включаючи економічні, на кілька сторінок. Він мав на меті надати Надзвичайному кримінальному суду як кримінальну, так і адміністративну юрисдикцію. В адміністративній сфері пропонувалося встановити юрисдикцію щодо “затверджених нормативних актів установ та/або органів Республіки Ліберії,

⁷³ Див.: Стаття 3 Закону про міжнародні злочини (трибунали) 1973 р., режим доступу: [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/0618daaa2660e9b3c125771a00264b13/\\$FILE/International%20Crimes%20\(Tribunals\)%20Act,%201973%20\(as%20amended%20in%202009\).pdf](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/0618daaa2660e9b3c125771a00264b13/$FILE/International%20Crimes%20(Tribunals)%20Act,%201973%20(as%20amended%20in%202009).pdf).

⁷⁴ Стаття 6.11 (Розділ II, Рішення), Арушська угода про мир і примирення в Бурунді, 28 серпня 2000 р.

⁷⁵ Угода про вирішення конфлікту в Республіці Південний Судан, 17 серпня 2015 р., режим доступу: https://unmiss.unmissions.org/sites/default/files/final_proposed_compromise_agreement_for_south_sudan_conflict.pdf.

⁷⁶ Угода про вирішення конфлікту в Республіці Південний Судан, 17 серпня 2015 р., с. 42-43, режим доступу: https://unmiss.unmissions.org/sites/default/files/final_proposed_compromise_agreement_for_south_sudan_conflict.pdf/.

⁷⁷ Створення цього органу значною мірою є надмірним. Він також мав низку попередників, таких як Спеціальний кримінальний суд для Дарфуру.

⁷⁸ З сайту Відділу з міжнародних злочинів (Уганда): www.judiciary.go.ug/data/smenu/18/International%20Crimes%20Division.html.

⁷⁹ Протокол про внесення змін до Протоколу про Статут Африканського суду справедливості та прав людини прийнятий 27 червня 2014 р. (ще не набрав чинності), стаття 28А протоколу надає Секції міжнародного кримінального права судові повноваження щодо переслідування осіб за три основні злочини, а також “неконституційну зміну влади, піратство, тероризм, найманство, корупцію, відмивання грошей, торгівлю людьми, торгівлю наркотиками, торгівлю небезпечними відходами, незаконну експлуатацію природних ресурсів та злочин агресії”. Він також зазначає, що асамблея може розширити цю юрисдикцію. Африканський Союз, EX.CL/846(XXV) Додаток 5, STC/Legal/Min/7(1) Rev. 1, 15 травня 2014 р., режим доступу: http://www.iccnw.org/documents/African_Court_Protocol_-_July_2014.pdf.

⁸⁰ Закон про Конституцію Кенії (внесення змін) 2009 р., доповнено статтею 3а, режим доступу: [http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdftdownloads/bills/2009/The_Constitution_of_Kenya_\(Amendment\)_Act_2009.pdf](http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdftdownloads/bills/2009/The_Constitution_of_Kenya_(Amendment)_Act_2009.pdf).

⁸¹ Стаття 14, Резолюція №10, 2005 р., Закон про Верховний трибунал Іраку.

⁸² UNMIK/REG2000/64, стаття 1.1.

визначення законності індивідуальних та загальних адміністративних актів, прийнятих у межах державних повноважень, вирішення майнових спорів та накладення штрафних санкцій відповідно до законодавства Ліберії та міжнародних стандартів”⁸³.

Різноманітні приклади предметної юрисдикції демонструють також механізми в Південній та Центральній Америці. Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі має три категорії юрисдикції. По-перше, вона розслідує діяльність незаконних формувань та таємних організацій безпеки, які скоюють злочини, що впливають на основоположні права громадян Гватемали, а також визначає структуру цих незаконних угруповань, їх діяльність, механізми роботи та джерела фінансування. По-друге, вона допомагає державі позбавитися цих структур та сприяти розслідуванню, кримінальному переслідуванню та покаранню за злочини, скоєні їх членами. По-третє, її завдання – надати рекомендації щодо державної політики, включаючи необхідні судові та інституційні реформи, з метою викорінення і запобігання виникненню таємних структур та незаконних сил безпеки. Іншими словами, предметна юрисдикція Комісії є справді унікальною в порівнянні з більш “традиційними” механізмами, створеними для боротьби з основними міжнародними злочинами, але ця модель доступна для держав, що прагнуть орієнтуватися на боротьбу з різними формами злочинної діяльності, що формують системний характер порушень прав людини.

У Колумбії позасудові страти та серйозні порушення прав людини з боку державних та недержавних суб’єктів переслідувалися в національних судах, у тому числі (зовсім недавно) на підставі положень Римського статуту, що застосовувались на національному рівні. Аналогічно в Аргентині масштабні вбивства, систематичні катування та викрадення загонами смерті, що раніше розглядалися на національному рівні як звичайні кримінальні злочини, все частіше кваліфікуються як злочини проти людяності. Хоча зі смертю колишнього гаїтянського диктатора Жан-Клода Дювальє (відомого також як “Бібі Док”) кримінальне провадження щодо нього було припинене, рішення апеляційного суду Порт-о-Пренс від 20 лютого 2014 року визнало, що поняття злочинів проти людяності є “частиною міжнародного звичаєвого права, і таке право є частиною національного законодавства Гаїті”⁸⁴.

У Європі низка національних або змішаних механізмів ілюструють складнощі, пов’язані з тлумаченням відповідних правових положень на національному

рівні. Наприклад, через плутанину у застосовному законодавстві Верховний Суд Косово неодноразово повертав справи про воєнні злочини для повторного розгляду Колегіями, створеними відповідно до Розпорядження Місії ООН 2000/64. Наступник Колегій – Місія Європейського Союзу з верховенства права у Косово покладалася на положення Кримінального кодексу Соціалістичної Федеративної Республіки Югославія (СФРЮ), але ці положення включали лише воєнні злочини, а не злочини проти людяності або геноцид. Недосконалість законодавства також є проблемою для судового переслідування в Хорватії, зокрема щодо положень про відповідальність командирів та злочини сексуального насильства⁸⁵. Боснія намагалася частково уникнути схожої невизначеності завдяки послідовним процесам: спочатку, у 2003 році, були прийняті нові кримінальний і кримінально-процесуальний кодекси, а потім, у березні 2005 року, відбулося раніше заплановане створення Палати з розслідування воєнних злочинів. Водночас суперечки щодо застосовного законодавства в Палаті та місцевих судах продовжуються, а нові та попередні редакції кодексів СФРЮ все ще використовуються.

Спеціалізовані палати та Спеціалізована прокуратура в Косово мають юрисдикцію щодо злочинів проти людяності, воєнних злочинів та злочинів, передбачених законодавством Косово, але з посиланням на звинувачення, що містяться у “Доповіді Парламентської асамблеї Ради Європи”⁸⁶. Таким чином, юрисдикція механізму обмежена посиланням на окремі звинувачення.

У Центральноафриканській Республіці Спеціальний кримінальний суд має юрисдикцію щодо грубих порушень прав людини та міжнародного гуманітарного права, а також міжнародних злочинів, визначених у Кримінальному кодексі ЦАР (геноцид, злочини проти людяності та воєнні злочини, в тому числі ті, щодо яких проводиться розслідування, і ті, які будуть розслідуватися в майбутньому). Нарешті, хоча це не єдині злочини під їхньою юрисдикцією, мобільні суди, що працюють у віддалених районах ДРК, приділяють значну увагу розгляду справ, пов’язаних із злочинами сексуального характеру.

⁸⁵ Див.: Міжнародна Амністія, “Behind a Wall of Silence: Prosecution of War Crimes in Croatia”, 2010, с. 5, режим доступу: www.amnesty.eu/content/assets/Doc2010/Croatia_BehindWallOfSilence.pdf. “Одним із ключових результатів дослідження Міжнародної Амністії є те, що сама правова база в Хорватії є недостатньою для розгляду справ про воєнні злочини. Це пояснюється тим, що вона не визначає відповідно до чинних міжнародних стандартів основні концепції, пов’язані з переслідуванням злочинів за міжнародним правом, такими як відповідальність командирів, воєнні злочини сексуального насильства та злочини проти людяності”.

⁸⁶ Стаття 6.1 Закону № 05 /L-053, “Закон про Спеціалізовані палати та Спеціалізовану прокуратуру” передбачає, що палати “мають юрисдикцію щодо злочинів, зазначених у статтях 12-16, які співвідносяться із Доповіддю Парламентської асамблеї Ради Європи” (виділено автором). Стаття 6.2 надає Спеціалізованим палатам додаткову юрисдикцію щодо певних правопорушень за Кримінальним кодексом Косово. До них відносяться злочини проти правосуддя і злочини проти державних посадових осіб, але знову ж таки стаття 6.2 обмежує юрисдикцію тими злочинами, що стосуються “офіційних проваджень та посадових осіб” Спеціалізованих палат.

⁸³ Проект Статуту Надзвичайного кримінального суду щодо Ліберії, стаття 11.4. Цей документ міститься у Додатку 2 Доповіді Комісії правди та примирення 2009 р. (Надзвичайний кримінальний суд щодо Ліберії був однією з рекомендацій за результатами роботи Комісії). Повний текст доповіді доступний за посиланням: <http://trcofliberia.org/resources/reports/final/trc-of-liberia-final-report-volume-ii.pdf>.

⁸⁴ Неофіційний переклад англійською мовою, режим доступу: <http://cja.org/cja/downloads/Duvalier%20Decision%20of%20the%20Court%20of%20Appeals%20of%20Port-au-Prince.pdf>.

Усі механізми, зокрема спеціальні, створені повністю за межами внутрішньої юрисдикції або паралельно з нею, стали потребувати додаткової предметної юрисдикції щодо злочинів проти правосуддя (таких як лжесвідчення, перешкоджання або втручання в діяльність свідків, а також перешкоджання чи підкуп судових службовців). У випадку з попередніми (спеціальними) трибуналами, юрисдикція щодо цих злочинів залишена на розсуд допоміжного законодавства (Правил процедури та доказування)⁸⁷. До того часу, коли був прийнятий Римський статут, такі правопорушення вже почали включатися до основного законодавства⁸⁸. Також до цієї категорії юрисдикції входять повноваження щодо накладення стягнень на адвокатів за неправомірну поведінку.

ВИНЕСЕНІ УРОКИ І МІРКУВАННЯ

1. **Предметна юрисдикція має відображати реалії конкретного конфлікту.** Широкий консенсус щодо ініціатив, спрямованих на переслідування міжнародних злочинів, полягає в тому, що вони мають зосереджуватися на злочинах геноциду, злочинах проти людяності та воєнних злочинах. Проте деякі моделі виключили категорії злочинів, що не були характерні для конфлікту; наприклад, статут Спеціального суду для Сьєрра-Леоне не включав геноцид. Більш поширеною є практика закріплення установчими документами механізмів юрисдикції щодо широкого кола правопорушень. Вони включають деякі внутрішні правопорушення (наприклад, мандати Надзвичайних палат у судах Камбоджі та Спеціального суду для Сьєрра-Леоне), зазначені з юридичних чи політичних міркувань. Установчі документи інших механізмів надавали їм повноваження щодо більш широкого спектра міжнародних злочинів, включаючи такі питання, як тероризм та піратство (наприклад, Статут Відділу з міжнародних злочинів в Уганді).
2. **Спостережні місії або комісії з розслідування можуть надати рекомендації щодо включення злочинів у мандат механізму.** Прикладом

цього може бути звіт Ліберійської Комісії правди та примирення, в якому містяться рекомендації щодо створення кримінального суду (Надзвичайного кримінального суду щодо Ліберії) та проект статуту в додатку. Доповідь також містить список потенційних підозрюваних для розслідування/кримінального переслідування. Проте необхідно з обережністю покладатися на такі висновки – їх слід розглядати лише як попередні та враховувати обмеження, з якими проводилися розслідування. Такі комісії можуть випустити з уваги деякі форми злочинів, особливо такі поширені, як сексуальне та гендерне насильство; предметна юрисдикція має передбачати всі можливі форми злочинів, навіть якщо їх скоєння замовчується⁸⁹.

3. **Зазначення конкретних злочинів, що викликають занепокоєння, може скерувати роботу виконавців.** Чітке зазначення про надання механізму повноважень щодо конкретних злочинів (таких як сексуальне насильство чи катування) може частково співпадати з більш широким мандатом щодо воєнних злочинів, злочинів проти людяності або геноциду чи може розширювати предметну юрисдикцію за рахунок злочинів, що не містять кваліфікуючих ознак міжнародних злочинів. Такий підхід рекомендований для ситуацій, коли зазначені види злочинів є вкрай поширеними. Це може стати суттєвою настановою для виконавців механізму та надіслати сигнал постраждалому населенню про те, що такі правопорушення не будуть проігноровані.
4. **Статuti мають визначати предметну юрисдикцію відповідно до міжнародних стандартів.** Використання визначень, що відповідають міжнародному законодавству (у тому числі положенням Римського статуту та/або міжнародним стандартам), може допомогти забезпечити повне охоплення конкретних видів злочинних діянь та елементів злочинів; це також може запобігти застосуванню термінів давності до тяжких злочинів і полегшити використання судової практики інших юрисдикцій. Якщо міжнародні злочини розглядаються в законодавстві країни відповідно до міжнародних стандартів або дозволяється пряме застосування таких визначень, це не створить проблем. Проте якщо це не так, запровадження нового механізму слід використати для прийняття визначень основних міжнародних кримінальних злочинів у національному праві, що відповідали б міжнародним стандартам. І навпаки, при розроблен-

⁸⁷ Див., наприклад, Правило 77: Недотримання Правил процедури та доказування МКТР, режим доступу: <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/legal-library/150513-rpe-en-fr.pdf>. Правило 77 було введено в ППД разом із низкою поправок до правил у травні 2003 р., через декілька років після початку роботи трибуналу.

⁸⁸ Див.: Римський статут Міжнародного кримінального суду, статті 70 та 71. Недавній приклад застосування цих положень на практиці див.: прес-реліз МКС “Справа Bemba та інші: “Палата VII визнала п’ять обвинувачених винними у скоєнні злочинів проти правосуддя”, 19 жовтня 2016 р., режим доступу: www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=pr1245. Усі п’ятеро були засуджені 22 березня 2017 р., детальні відомості можна знайти тут: www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1287.

⁸⁹ У Камбоджі дослідники на попередніх етапах дійшли висновку, що злочини сексуального насильства, поза контекстом примусових шлюбів, не були характерною ознакою злочинів червоних кхмерів. Це, можливо, мало надмірний вплив на поспішність прийняття рішень Офісом співпрокурорів. Хоча це приклад має суто конкретний характер, він за аналогією підкреслює небезпеку прийняття рішень, заснованих на передчасних висновках дослідників та дефіциті фактів.

ні проекту предметної юрисдикції слід уникати введення визначень, що суперечать міжнародним стандартам. Так трапилося зі Статутом Надзвичайного кримінального суду, рекомендованим Комісією правди та примирення в Ліберії⁹⁰.

5. При визначенні предметної юрисдикції механізму слід враховувати предметну юрисдикцію інших відповідних судових органів. Дублювання у предметній юрисдикції нового механізму та інших судових органів може бути виправданим, якщо їх мандати будуть диференційовані в інший спосіб. Наприклад, можна припустити, що наявний міжнародний суд (наприклад, МКС, МКТЮ або МКТР) розглядатиме складні справи проти підозрюваних осіб вищого рівня, тоді як національні суди (наприклад, військові суди в ДРК, Палата з розслідування воєнних злочинів у Боснії або місцеві суди в Руанді та суди “Гачача”) розглядатимуть більш прості справи, пов’язані з підозрюваними нижчого рівня. Це може бути важливим для ситуації, коли наявна велика кількість справ. У межах внутрішньої системи можуть існувати підстави для створення механізму із тимчасовою юрисдикцією, що відрізнятиметься від юрисдикції наявних судових органів, що займаються такими ж видами злочинів. Проте, якщо не розділити чітко мандати, то може з’явитись підвищений ризик юридичної невизначеності та навіть політичної маніпуляції з такою невизначеністю як засобу уникнення відповідальності. У межах системи Римського статуту принцип комплементарності може сприяти поширеності такого ризику.
6. Механізм, що має юрисдикцію щодо внутрішніх злочинів, може мати більший вплив на правову систему країни. Принаймні в теорії, це може бути особливо актуальним для країн загального права, де судова практика створює важливі юридичні прецеденти. Проте надання механізму спроможності застосовувати внутрішнє законодавство не гарантує, що подібне станеться. Мандат Спеціального суду дозволить судові переслідування “злочинів за відповідним законодавством Сьєрра-Леоне” поряд із міжнародними злочинами. Проте на практиці прокурор вирішив не використовувати цю можливість.
7. Занадто широка предметна юрисдикція може створити нереалістичні очікування, відкрити шляхи для перешкод та/або зробити механізм непрацездатним. Створення механізму, що має дуже широку

предметну юрисдикцію, передбачає більшу та дорожчу структуру, що, швидше за все, порушить питання про її доцільність. Такі питання виникли з огляду на запропоновану кримінальну юрисдикцію майбутнього Африканського суду справедливості та прав людини і народів та, можливо, вплинули на нездатність Ліберії створити спеціалізований механізм переслідувань. Насамкінець, надання механізму повноважень щодо широкого кола міжнародних злочинів, як у випадку з Відділом з міжнародних злочинів в Уганді, може дозволити урядам залучати ресурси для розслідування основних міжнародних злочинів, одночасно будуючи інфраструктуру для механізму, покликаного головним чином боротися з іншими видами злочинів (наприклад, тероризмом)⁹¹.

8. На додаток до міжнародних та/або транснаціональних злочинів, що становлять його основний мандат, механізм потребує повноважень для розслідування та притягнення до відповідальності за злочини проти правосуддя. Будь-який судовий механізм вимагатиме необхідних повноважень для контролю за власними провадженнями, включаючи право притягувати до кримінальної відповідальності тих, хто дає йому неправдиві свідчення. Бажано, щоб ця юрисдикція була передбачена в установчих документах, а не в допоміжному законодавстві (завбачливо).

⁹⁰ Запропонований статут включав надто широке визначення поняття “тероризм” та занадто вузьке визначення злочину “примусового вербування дітей-солдатів”. Див.: Human Rights Watch, Justice for Liberia: The Truth and Reconciliation Commission’s Recommendation for an Internationalized Domestic War Crimes Court (грудень 2009 р.), режим доступу: www.hrw.org/news/2009/12/11/liberia-trc.

⁹¹ Станом на жовтень 2017 р. більш ніж через дев’ять років після створення Відділу з міжнародних злочинів (який спочатку називався “Відділом з розслідування воєнних злочинів”), він розпочав (але не закінчив) роботу над лише одним випадком воєнного злочину. Див.: Додаток до цього звіту щодо Уганди.

Ключові питання, що допоможуть визначити предметну юрисдикцію

■ Чи проводилися при визначенні предметної юрисдикції консультації з усіма основними зацікавленими сторонами, включаючи потерпілих та інших осіб у постраждалих громадах?

■ Які основні злочини, скоєні під час конфлікту, викликають занепокоєння?

■ Які основні джерела інформації про порушення прав людини та кримінально-процесуальної документації можуть допомогти у визначенні цього питання (включаючи комісії з розслідування, тематичні звіти, звіти національних та міжнародних організацій громадянського суспільства)?

■ Щодо яких злочинів існує упереджене ставлення у суспільстві, що призводить до неповідомлення про такі правопорушення? Чи проводилися консультації, зокрема з організаціями чи установами, що працюють з такими видами злочинів?

■ Чи містить національне законодавство юридичні визначення, що відповідають міжнародним стандартам?

■ Чи можуть в країні безпосередньо застосуватись норми права, що містяться у міжнародних договорах, учасницею яких вона є, з метою використання таких юридичних визначень? Чи наявна усталена національна судова практика з цього питання?

■ Які інші судові органи мають юрисдикцію щодо найтяжчих злочинів? Чи може дублювання повноважень вплинути на зміцнення або послаблення шансів на забезпечення справедливого кримінального правосуддя?

■ Чи є запропонована предметна юрисдикція реалістичною?

■ Чи може надання механізму повноважень щодо тлумачення деяких національних законів призвести до формування судової практики, що сприятиме всеосяжній правовій реформі?

■ Чи потрібна механізму чітка юрисдикція щодо злочинів проти правосуддя, чи такими видами правопорушень, як лжесвідчення та залякування свідків, будуть опікуватись інші ланки системи правосуддя?

2. ПЕРСОНАЛЬНА ЮРИСДИКЦІЯ І ВИДИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Персональна юрисдикція включає сукупність суб'єктів, що підпадають під дію мандата механізму. Закріплені в законодавстві види відповідальності визначають коло осіб, які можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за певний злочин. Рішення щодо широкого або вузького визначення персональної юрисдикції та видів відповідальності матимуть наслідки для загальної кількості справ, на які може очікувати механізм, що впливає на його розмір, структуру та фінансування. Крім того, це відіграватиме головну роль у визначенні потенційної відповідальності вищих посадових осіб, що може мати політичні наслідки.

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Персональна юрисдикція

Більшість механізмів, що розглядаються в цьому посібнику, мають право проводити розслідування та судове переслідування “фізичних осіб”⁹². Проте деякі нещодавно створені та запропоновані механізми, зокрема в ДРК та Гватемалі, розширили поняття персональної юрисдикції, щоб охопити тих, хто фінансує або отримує вигоду від найтяжчих злочинів⁹³. Проект Конвенції про злочини проти людяності, попередньо прийнятий Комісією міжнародного права у 2017 році, містить положення про відповідальність юридичних осіб⁹⁴.

⁹² Наприклад, стаття 5 Статуту МКТР, режим доступу: www.unict.org/en/documents. Відповідно до пункту 2 статті 6, “офіційний статус будь-якої обвинуваченої особи, як то голови держави, уряду чи відповідального державного службовця”, не звільняє його від кримінальної відповідальності та не пом'якшує покарання. Крім того, згідно зі статтею 6(4), дії на підставі офіційних наказів не вважаються аргументом захисту, але можуть розглядатися як пом'якшуючі обставини.

⁹³ Запропоновані спеціалізовані палати в Демократичній Республіці Конго мали б юрисдикцію над “юридичними особами”. Крім того, Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі, яка за своїм характером не є судовим органом, має право, зокрема, “визначати існування незаконних груп та підпільних організацій безпеки, їх структуру, форми функціонування, джерела фінансування...” [тощо] і “співпрацювати з державою” для їх ліквідації. (Стаття 2.1 (а) та (б) Угоди про Міжнародну комісію проти безкарності в Гватемалі). Хоча функція Комісії полягає у сприянні розслідуванню, кримінальному переслідуванню та покаранню “членів” згаданих груп (ст. 2.1 (б), Угоди), вона також відіграє роль у їх ліквідації або розформуванні.

⁹⁴ Текст проекту статей про злочини проти людяності, прийнятий Комісією в першому читанні, UN Doc. A/72/10, 2017, стаття 6(8) (“За умови дотримання положень свого національного права, кожна держава у відповідних випадках вживає заходів для встановлення відповідальності юридичних осіб за правопорушення, зазначені в проекті цієї статті. За умови забезпечення дотримання правових принципів держави така відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною, цивільною чи адміністративною”).

Хоча спеціальні трибунали щодо Руанди і колишньої Югославії мали персональну юрисдикцію щодо будь-якого виконавця злочинів відповідно до їх статутів, мандат багатьох змішаних судів та судів з міжнародним компонентом, включаючи Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне та Надзвичайні палати у судах Камбоджі, був обмежений з погляду персональної юрисдикції завдяки формулюванням, що рекомендували їм зосередити увагу на тих, хто займали вищі посади та/або несли найбільшу відповідальність за злочини.

Деякі механізми, такі як Закон про справедливість та мир в Колумбії та Спеціальна юрисдикція за мир, мають обмежену персональну юрисдикцію, оскільки в них чітко прописані амністії щодо деяких категорій підозрюваних осіб (а також через директиву Генерального прокурора, що звужує Загальний мандат відповідно до Закону про справедливість та мир до переслідування “найбільш відповідальних” осіб). Як і в Південній Африці в період після апартеїду, запропонований статут Надзвичайного кримінального суду щодо Ліберії визначав співпрацю підозрюваних з комісією правди як підставу для припинення їхнього кримінального переслідування. Трибунал з міжнародних злочинів у Бангладеш визнає амністію щодо представників однієї зі сторін конфлікту, і його персональна юрисдикція ще більше обмежена, оскільки він не може розглядати справи щодо осіб, які проживають за межами країни.

Види відповідальності

Механізми використовують різноманітні види відповідальності. Спеціальні трибунали передбачають кримінальну відповідальність для тих, хто планує, підбурює, наказує, здійснює або допомагає та сприяє плануванню, підготовці чи вчиненню злочину в межах своєї компетенції. Вони визначають, що офіційна посада не звільняє особу від кримінальної відповідальності; запроваджують концепцію відповідальності командирів (відповідальність начальників за дії своїх підлеглих за певних обставин); і зауважують, що виконання наказу начальника не звільняє особу від відповідальності. Ці принципи закріплені у Статуті Спеціального суду для Сьєрра-Леоне та Законі про Надзвичайні палати у судах Камбоджі. Крім того, судді тлумачать кримінальну відповідальність як таку, що охоплює узгоджені дії (спільна злочинна діяльність)⁹⁵.

⁹⁵ Хоча це не є предметом аналізу у цьому посібнику, спільна злочинна діяльність (JCE) включає три категорії (відомі як JCE I, II та III відповідно), та охоплюється поняттям “виконавець” у статті 7(1)/6(1) статутів МКТЮ/МКТР відповідно. Див.: Prosecutor v. Dusko Tadić, IT-94-1-A, Апеляційна палата, рішення, 15 липня 1999 р. Див.: також Bigi, Giulia, “Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the [ICTY] and the Prosecution of Senior Political and Military Leaders: The Krajišnik Case, режим доступу: www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_02_bigi_14.pdf.

Протокол Малабо, який (якщо він буде затверджений достатньою кількістю держав) встановить кримінальну юрисдикцію для майбутнього Африканського суду справедливості та прав людини і народів, містить сумнівне обмеження кримінальної відповідальності щодо осіб, які діють в межах офіційних повноважень. Він надає імунітет чинним главам держав та урядів та “іншим вищим посадовим особам” у зв’язку з офіційними діями (див. обговорення міжнародних стандартів щодо амністії та імунітету в: II.B. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ). У колумбійському законі від 2016 року, що створює Спеціальну юрисдикцію за мир, міститься визначення відповідальності командирів, яке відрізняється від сформульованого у Римському статуті, і деякі спостерігачі вважають, що це може бути використано як де-факто імунітет для військових командирів.

“Принцип законності” також може обмежувати види відповідальності (див. також: “Часова і територіальна юрисдикція”, нижче). У Надзвичайних палатах у судах Камбоджі судді встановили, що форма спільної злочинної діяльності, відома як JCE III (або “розширена” спільна злочинна діяльність)⁹⁶, не може вважатись “передбачуваною для обвинувачених осіб у 1975-79 роках”, і тому “принцип законності” вимагає від суду “утриматися від застосування розширеної форми JCE у цих справах”⁹⁷. Відділ з міжнародних злочинів в Уганді не міг використовувати види відповідальності, передбачені Римським статутом та значною мірою включені до внутрішнього Закону про МКС, що набрав чинності в 2010 році. Положення цього Закону не можуть бути застосовані до подій, які мали місце до набуття ним чинності, через жорстке розуміння принципу законності, закріпленого у конституції країни та підтвердженого судовою практикою. Статут Спеціального трибуналу щодо Лівану критикувався за порушення принципу законності через застосування суто міжнародних форм кримінальної відповідальності (а саме спільної злочинної діяльності та відповідальності командирів) до внутрішніх (ліванських) злочинів⁹⁸.

⁹⁶ Ця форма відповідальності за спільну злочинну діяльність полягає в тому, що особа, яка навмисно бере участь у спільній злочинній діяльності, відповідає за злочини, скоєні за межами спільного плану, якщо ці злочини були обґрунтовано передбачуваними, але він/вона умисно прийняв(ла) ризик того, що вони будуть скоєні.

⁹⁷ Див.: Справа № 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38), “Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE)”, 20 травня 2010 р., п. 87, режим доступу: https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdec/D97_15_9_EN.pdf. Див. також: Karnavas, M., “Joint Criminal Enterprise at the ECCC: A Critical Analysis of the Pre-Trial Chamber’s Decision Against the Application of JCE III and Two Divergent Commentaries on the Same,” Criminal Law Forum (2010) 21:445-494.

⁹⁸ Див.: Milanović, M., “An Odd Couple: Domestic Crimes and International Responsibility in the Special Tribunal for Lebanon,” Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 1139-1152.

ВИНЕСЕНІ УРОКИ І МІРКУВАННЯ

1. **Персональна юрисдикція та види відповідальності мають відображати міжнародні стандарти, що розвиваються.** Відповідно, в них не слід передбачати імунітети для глав держав та урядів або інших осіб у зв'язку з посадами, які вони займають. Часто у скоєнні найтяжчих злочинів винні високопосадовці, які контролюють (а не фізично вчиняють) злочини, тому види відповідальності у застосовних законах мають охоплювати достатньо широкий спектр дій. Судова практика кількох механізмів показує, що доступність різних концепцій особливо важлива для забезпечення кримінальної відповідальності за злочини сексуального насильства. Розширена форма спільної злочинної діяльності – злочини, що не входять до обсягу початкової змови, водночас передбачувані на основі початкового плану – це форма відповідальності, що найчастіше використовується за злочини сексуального насильства. Держави та механізми, що передбачають прийняття стандартів Римського статуту, мають враховувати, що питання про те, чи охоплюється Статутом така форма відповідальності, є спірним⁹⁹.
2. **Розробники мають брати до уваги принцип законності в розумінні законодавства та практики у країні, а також звичаєвого міжнародного права.** Їм слід чітко визначити, які види відповідальності застосовуються до певного періоду подій згідно з чинним законодавством, і які законодавчі та конституційні зміни доцільно внести одночасно із запровадженням механізму, щоб забезпечити прокурорам та суддям дискреційні повноваження щодо визначення кола головних підозрюваних.
3. **Визначення персональної юрисдикції не повинно захищати від юридичної відповідальності можливих злочинців на будь-якому боці конфлікту.** Застосування практики одностороннього переслідування, або “судів переможців”, ще більше розділяє роз’єднані суспільства та посилює уявлення про те, що системи правосуддя служать владі, а не закону. Хоча президент Сьєрра-Леоне спочатку просив Організацію Об’єднаних Націй допомогти у створенні суду для притягнення до

відповідальності членів Об’єднаного революційного фронту, які вчинили тяжкі злочини (явно ігноруючи злочини членів інших учасників конфлікту), ООН належним чином наполягла на вилученні цього уточнення з мандата Спеціального суду. Зрештою Спеціальним судом для Сьєрра-Леоне було засуджено членів різних груп, у тому числі бійців урядових формувань.

4. **Персональну юрисдикцію слід визначити досить широко, щоб максимально охопити потенційних злочинців (наділяючи прокурорів та суддів дискреційними повноваженнями), але досить чітко, щоб не зумовити невизначений мандат та невинуваті витрати.** Досвід майже всіх механізмів демонструє, що значні інвестиції та витрати виникають на початковому етапі, при цьому розслідування та переслідування стають більш досконалими та ефективними згодом, у міру накопичення досвіду, компетенцій та інституційної пам’яті¹⁰⁰. Якщо можливість отримання згоди уряду на створення незалежного механізму є сумнівною, особливу увагу слід приділяти формулюванням, що спрямовані на звуження мандата. У Камбоджі критики звинувачують деяких судових посадовців у тому, що вони неналежним чином використовують формулювання мандата щодо персональної юрисдикції, що створює правове підґрунтя для уникнення переслідування підозрюваними¹⁰¹.
5. **Персональна юрисдикція має бути визначена з урахуванням інших наявних або запланованих механізмів переслідування та перехідного правосуддя.** Слід чітко враховувати типи злочинців, справи яких можна залишити на розгляд судів нижчого (або вищого) рівня, як це відбувалося в Боснії. Вона має також враховувати тих, хто підпаде під амністію за неміжнародні злочини, та діяльність комісій правди, що можуть мати справу зі злочинцями нижчого рівня (можливо, також за рахунок надання амністії за неміжнародні злочини в обмін на співпрацю). Колумбія є (нелегким) прикладом цілісного підходу до правосуддя перехідного періоду.

⁹⁹ Держави, які беруть за основу види відповідальності згідно з Римським статутом, можуть не використовувати найбільш інклюзивні визначення відповідальності. Принаймні, на думку деяких коментаторів, хоча Римський статут визнає кримінальну відповідальність за спільне скоєння або сприяння скоєнню злочину через спільну мету, він не передбачає розширеної форми відповідальності за спільну злочинну діяльність. Див.: статтю 25 Римського статуту, зокрема пункти (3)(а) та (d). Коментар про те, що Римський статут не охоплює відповідальність JCE III, див., наприклад, у: Heller, K., “JCE III, the Rome Statute, and Bashir”, *Opinio Juris*, режим доступу: <http://opiniojuris.org/2009/02/11/jce-iii-and-the-rome-statute>.

¹⁰⁰ У випадку з МКТЮ та МКТР широке визначення персональної юрисдикції (тобто “відповідальних осіб”) призвело до тривалих розслідувань та великої кількості справ, на що після декількох років роботи змушені були звернути увагу Рада Безпеки та судові органи. Це призвело до прийняття поправок до відповідних правил процедури та доказування трибуналів у формі правила 11bis, щоб вони могли зосередитись на більш серйозних справах, тоді як справи проти менш серйозних правопорушників були передані до внутрішніх юрисдикцій.

¹⁰¹ Комплексний аналіз цього питання див., наприклад, в: Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, “Recent Developments at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: June 2011 Update”; та Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, “Recent Developments at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: November 2011 Update.” Див., зокрема: звіт станом на листопад 2011 р. на с. 13-15, в якому описана персональна юрисдикція як “правовий ризик” і “правове рішення політичної проблеми”.

Ключові питання, що допоможуть визначити персональну юрисдикцію та види відповідальності

- Чи були проведені консультації з усіма основними зацікавленими сторонами, включаючи потерпілих та інших осіб у постраждалих громадах, при визначенні персональної юрисдикції та видів відповідальності?
- Чи повинен механізм мати юрисдикцію не тільки щодо фізичних осіб (наприклад, щодо юридичних осіб також)?
- Які стандарти слід застосовувати до персональної юрисдикції механізму та видів відповідальності та з якими можливими наслідками?
- Чи відповідає наявний кримінальний процес (там, де він буде застосовуватися) міжнародним стандартам щодо персональної юрисдикції та видів відповідальності? Якщо ні, то які конституційні та/або законодавчі зміни можуть бути необхідні?
- Чи наявні обмеження (там, де буде застосовуватися національне законодавство) щодо застосування нових видів відповідальності з погляду законодавства і практики, пов'язаної з принципом законності?
- Чи застосовують судді звичаєве міжнародне право?
- Чи пропонується персональна юрисдикція виділяє окремі групи для переслідування та/або захищає інші?
- Чи потенційне коло підозрюваних настільки велике, що можуть бути необхідні обмежувальні формулювання (наприклад, “найбільш відповідальні”) для звуження персональної юрисдикції і, водночас, збереження передбаченої мети механізму?
- Якщо ж персональна юрисдикція вузька, то чи мають прокурори та судді достатньо дискреційних повноважень для застосування мандата до досить широкої групи потенційних підозрюваних?
- Чи наявні інші діючі або заплановані судові або несудові інструменти перехідного правосуддя, що мають юрисдикцію стосовно підозрюваних, які вчинили злочини відповідно до предметної юрисдикції механізму? Якщо так, то як можна адаптувати персональну юрисдикцію механізму відповідно до міжнародних стандартів, щоб це врахувати?

3. ЧАСОВА І ТЕРИТОРІАЛЬНА ЮРИСДИКЦІЯ

Часова юрисдикція – це період основних подій, щодо якого судовий механізм може здійснювати повноваження. Територіальна або просторова юрисдикція є визначеною фізичною територією, де відбувалися події, щодо яких судовий механізм може здійснювати повноваження. Визначення кожного з цих аспектів впливає на кількість випадків, що може розглядати механізм, і матиме наслідки для його розміру, структури та вартості. Ці визначення також можуть мати важливі наслідки для справедливості механізму, легітимності серед населення та насліддя, а також потенційних ризиків виникнення політичних суперечностей. Нарешті, визначення часової юрисдикції може порушити питання про зворотну дію закону.

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Часова юрисдикція

Наявні приклади трьох типів часової юрисдикції. По-перше, багато механізмів мають юрисдикцію щодо чітко визначених часових періодів. До них відносяться механізми щодо Камбоджі, Руанди (МКТР), Бангладеш, Іраку та Надзвичайні африканські палати в судах Сенегалу. По-друге, деякі механізми мають мандат щодо окремих подій: юрисдикція Спеціального трибуналу щодо Лівану стосувалася вбивства (колишнього прем'єр-міністра Рафіка Харірі та інші вбивства в конкретний період 2004-2005 років – прим. редактора); Міждисциплінарна група незалежних експертів та експерток була направлена до Мексики у зв'язку зі злочинами, що розгорталися протягом двох днів; запропонований Спеціальний трибунал щодо Кенії мав би мандат щодо насильства після виборів, що відбулося протягом декількох місяців у 2007-2008 роках. Нарешті, наявні також механізми, що мали певну точку відліку їхньої часової юрисдикції, але не встановлену кінцеву дату. Це було у випадку з МКТЮ; це ж стосується і Міжнародного неупередженого та незалежного механізму щодо Сирії; розслідувань та кримінальних переслідувань в Кот-д'Івуарі, пов'язаних з подіями, що відбулися після президентських виборів 2010 року, без зазначеної дати завершення.

Деякі механізми мали проблеми з питанням часової юрисдикції, оскільки це стосується принципу законності (див. також: “Персональна юрисдикція та види відповідальності” вище). Судам, що застосовують міжнародне право, часто доводиться застосовувати новостворені правові положення

ретроактивно. Це означає, що вони мають проаналізувати, чи визнавалось кримінальним діяння, про яке йдеться в цих положеннях, за національним чи міжнародним правом на час вчинення злочинів¹⁰². Занепокоєння щодо тлумачення принципу заборони зворотної дії кримінального закону було порушено у випадку з Відділом з міжнародних злочинів в Уганді. Так само суд Економічного співтовариства західноафриканських держав (ECOWAS) прийняв спірне рішення про те, що законодавчі зміни, прийняті в 2007 році в Сенегалі, що включили міжнародні злочини до його Кримінального кодексу, “порушили 6 принцип заборони зворотної дії кримінального закону, якби були застосовані до злочинів, нібито вчинених Хабре майже 20 років тому”. З цієї причини Сенегал мав створити “надзвичайні” палати з міжнародним компонентом для розгляду справи Хабре¹⁰³. У Сьєрра-Леоне апеляційна палата Спеціального суду постановила в підготовчому слуханні, що на момент примусового вербування дітей-солдатів у звичайному міжнародному праві вже сформувалось визначення таких дій як злочину, тож прокурор міг належним чином здійснювати обвинувачення щодо таких дій.

Територіальна юрисдикція

Територіальна юрисдикція будь-якого механізму, як правило, визначається таким чином, щоб охопити територію, на якій відбувалися найтяжчі злочини. Переважно це вся територія відповідної країни (сюди відносяться механізми в Сербії, Хорватії, Боснії, Косово, Сьєрра-Леоне, Ліберії, Аргентині, Гватемалі та Колумбії). Якщо конфлікт має місце на певній частині країни, існує прецедент обмеження територіальної юрисдикції цим регіоном (запропонований Спеціальний суд для Дарфуру). І навпаки, існує також прецедент територіальної юрисдикції, що не обмежується кордонами однієї держави, зокрема

юрисдикція МКТЮ в усіх країнах на території колишньої Соціалістичної Федеративної Республіки Югославії, і запропонованої кримінальної палати майбутнього Африканського суду справедливості та прав людини і народів, яка б мала юрисдикцію над усім континентом.

Також наявні моделі обмеженої або необмеженої екстратериторіальної юрисдикції. Діяльність МКТР поширюється на громадян Руанди, відповідальних за злочини, скоєні на території сусідніх держав. Надзвичайні африканські палати в судах Сенегалу мали юрисдикцію над злочинами в Чаді. І хоча це не входить до аналізу в межах цього посібника, багато країн мають правову базу, яка дозволяє різні форми універсальної юрисдикції щодо найтяжчих злочинів, що здійснюються за межами їхньої території.

ВИНЕСЕНІ УРОКИ І МІРКУВАННЯ

Часова юрисдикція

1. Часова юрисдикція має визначатися таким чином, щоб виключалась можливість вибіркового притягнення до відповідальності. Само по собі це не гарантує відповідальність усіх сторін (як це видно на прикладі МКТР в Руанді¹⁰⁴), але це основна передумова справедливого застосування кримінальної відповідальності. Прогнозування на етапі розроблення механізму дає змогу максимально підвищити відповідальність та запобігає уникненню окремими злочинцями відповідальності. З погляду мандата та цілей це може бути забезпечено за допомогою чітких формулювань в преамбулі документа про заснування механізму та/або угоди про заснування з міжнародним органом. Часову юрисдикцію слід визначати таким чином, щоб підвищити шанси на притягнення до відповідальності всіх винних або, принаймні, забезпечити правову основу для цього¹⁰⁵. У Сьєрра-Леоне дата початку часової юрисдикції Спеціального суду була обрана як “не політично обумовлена дата”¹⁰⁶.

¹⁰² У багатьох випадках такі виклики на основі *nullem crimen sine lege* були подолані, коли судді дійшли висновку, що основна поведінка була злочином за національним чи міжнародним правом на момент здійснення. Судова практика встановила, що вимога *nullum crimen* може бути задоволена, навіть якщо дія не була криміналізована таким же чином, як вона згодом переслідується. Див., наприклад: *The Prosecutor v. Milutinović, et al.*, Рішення щодо скарги Драголюб Ойданича щодо юрисдикції – спільна злочинна діяльність, IT-99-37-AR72, п. 38 (Апеляційна палата МКТЮ, 21 травня 2003 р.) (“[N] ullum crimen не перешкоджає суду тлумачити та уточнювати елементи конкретного злочину”); *The Prosecutor v. Enver Hadžihasanović*, справа № IT-01-47-PT, Рішення щодо спільної скарги стосовно юрисдикції (Судова палата, 12 листопада 2002 р.) (“При тлумаченні принципу *nullem crimen sine lege*, важливо визначити, чи була основна поведінка на момент її вчинення кримінально карною. Першочергове значення має акцент на поведінці, а не на конкретному описі злочину в матеріальному кримінальному праві” (п. 62) (“[принцип] *nullum crimen sine lege* дотриманий, якщо основна кримінальна поведінка була карною, незалежно від того, як би були сформульовані конкретні звинувачення в конкретному законі”, п. 165).

¹⁰³ Valentina Spiga, “Non-retroactivity of Criminal Law: A New Chapter in the Hissène Habré Saga,” *J Int Criminal Justice* (2011) 9 (1): 5-23, с. 1. Авторка зазначає: “Суд справедливості помилився, прийнявши рішення про те, що існує різниця між спеціальним трибуналом (який матиме право застосовувати кримінальне законодавство із застосуванням зворотної сили) та судом Сенегалу (який не має повноважень цього робити)”.

¹⁰⁴ Часова юрисдикція МКТР була спеціально розроблена, щоб дозволити розслідування ймовірних злочинів, скоєних Патріотичним фронтом Руанди (ПФР). Однак МКТР не спромігся висунути обвинувачення проти когось з ПФР, що сформував чинний уряд в Руанді. Офіс Прокурора передав деякі матеріали справи щодо підозрюваних з ПФР Руанді, яка продовжила їх переслідування, однак ці процеси було піддано критиці через те, що каралися зазвичай виконавці нижчого рівня за ймовірні дії керівників-високопосадовців, які уникнули відповідальності.

¹⁰⁵ Наприклад, мандат МКТР включав повний календарний 1994 рік, попри те, що геноцид в Руанді тривав переважно протягом 100 днів (з квітня по липень 1994 р.). Теоретично це могло б дозволити судові переслідування тих, хто вчинив злочини на боці Патріотичного фронту Руанди (ПФР).

¹⁰⁶ Sigall Horowitz, “Sierra Leone: Interaction between International and National Responses to the Mass Atrocities”, *DOMAC/3*, грудень 2009 р., с. 33-34.

Однак рішення щодо моменту початку юрисдикції може супроводжуватися складним вибором між потребою та всеосяжністю. У колишній Югославії МКТЮ не мав юрисдикції щодо попередніх найтяжчих злочинів, скоєних під час та після Другої світової війни; в Кот-д'Івуарі найтяжчі злочини, скоєні під час спалахів насильства до 2010 року, не були розслідувані; і ні МКТР, ні механізм "Гачача" не розглянули найтяжчі злочини протягом десятиліть, що передували геноциду в Руанді.

2. Якщо механізм розробляється для подолання злочинів у далекому минулому, зацікавлені сторони мають усвідомлювати неминучі додаткові виклики. Наприклад, якщо свідчення не були зібрані під час подій, це може бути складно зробити сьогодні. Багатьох із тих, хто вчинив або зазнав насильства (жертви та свідки), може не бути в живих. Тривалий проміжок часу ускладнив спроби Надзвичайних палат у судах Камбоджі з розслідування та судового переслідування давніх злочинів (скоєних у 1975-1979 роках, під час правління "червоних кхмерів"). Ключові обвинувачені, підозрювані й свідки померли за минулі роки та під час судового розгляду. Аналогічні виклики постали перед Аргентиною, Гватемалою, Бангладеш та Сенегалом (щодо Чаду). Судове переслідування злочинів далекого минулого зазвичай передбачає необізнаність нового покоління із фактичними обставинами тих подій. Це може стати не тільки викликом, але також можливістю для механізмів відіграти важливу роль у встановленні істини. Для цього механізмам, можливо, необхідно буде приділяти особливу увагу комунікації з молоддю шляхом встановлення контакту та інформування громадськості.
3. Розробники механізму мають передбачити виклики, що виникнуть у зв'язку із зворотним застосуванням кримінального закону. Одним із варіантів може бути чітке зазначення в установчих документах, що зміст нових законів базується на звичаєвому міжнародному праві і, таким чином, не порушує принципу заборони зворотної дії. Проте, якщо це не є очевидним, механізми можуть застряти у складному попередньому процесі.

Територіальна юрисдикція

4. Територіальна юрисдикція не має визначатися таким чином, щоб була можливість використати її для захисту певних груп, які підозрюються у скоєнні найтяжчих злочинів. Якщо злочини, вчинені різними сторонами, відбувалися непропорційно в різних географічних локаціях, особливо важливо забезпечити, аби вони підпадали під територіальну юрисдикцію механізму. Це матиме вирішальне значення для об'єктивності та легітимності механізму.

5. Територіальна юрисдикція, що поширюється за межі однієї держави, ставить додаткові питання перед розробниками. Вони включають державний суверенітет, співпрацю та потенційну потребу в додатковій угоді (угодах), яка дозволить державним органам отримати доступ до доказів, свідків, територій та підозрюваних. Водночас розширення територіальної юрисдикції може знадобитися, щоб відобразити масштаби злочинності, особливо якщо підозрювані втекли до сусідніх держав, або там, де конфлікт (та відповідні злочини) поширилися за межі державного кордону. Це може стати ще більш актуальним, тому що багато конфліктів відходять від традиційних державних (або цілком внутрішньодержавних) форм до конфліктів за участю злочинних організацій, що діють одночасно на кількох територіях (таких як Даеш/Ісламська держава, Аль-Шабаб, Боко Харам або картель Лос-Зетас).

Ключові питання, що допоможуть визначити часову і територіальну юрисдикцію

- Чи проводилися консультації з усіма основними зацікавленими сторонами, включаючи потерпілих та інших осіб у постраждалих громадах, при визначенні часової та територіальної юрисдикції?
- Коли і де сталися основні злочини під час конфлікту?
- Який вплив на справедливість механізму та легітимність в очах громадськості матимуть будь-які запропоновані обмеження часової та територіальної юрисдикції?
- Чи вважаються діяння, що підпадають під предметну юрисдикцію механізму, карними відповідно до чинного національного законодавства впродовж всього періоду, визначеного мандатом запропонованого механізму? Якщо ні, чи були вони карними за міжнародним стандартом, і чи система, в якій діє механізм, має правові норми, що дозволяють прямо застосувати міжнародне звичаєве право або практику визнання міжнародного звичаєвого права?
- Якщо злочини були скоєні поза державними кордонами, чи наявна підтримка з боку постраждалих держав та регіональних або міжнародних органів для створення механізму, що матиме юрисдикцію за межами однієї країни? Якщо так, то які угоди можуть знадобитися для забезпечення доступу до доказів, свідків та підозрюваних, а також для виконання інших функцій, у тому числі інформування громадськості за кордоном?

Г

ДЖЕРЕЛО ПОВНОВАЖЕНЬ

При створенні механізму кримінальної відповідальності слід враховувати орган, що має надати офіційний дозвіл чи схвалити його створення, та джерело його повноважень. Деякі приклади таких органів (орган і документ):

- Рада Безпеки Організації Об'єднаних Націй (через резолюції);
- Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй (через резолюції);
- уряд держави у партнерстві з ООН (через угоду між державою та Організацією Об'єднаних Націй);
- уряд держави у партнерстві з регіональним органом (за домовленістю між державою та регіональним органом);
- відповідний національний законодавчий орган (через внутрішній законодавчий акт або серію законодавчих актів);
- за рішенням виконавчої влади, де це юридично можливо.

Зрозуміло, що може вимагатись прийняття спільного рішення кількох органами, оскільки для деяких механізмів потрібні як міжнародні, так і внутрішні дозволи.

Основа повноважень механізму тісно пов'язана з її співвідношенням із внутрішньою системою (див.: **II.Б. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ**). Наприклад, механізм, що отримав повноваження на основі резолюції Ради Безпеки ООН, швидше за все, матиме більш віддалені взаємовідносини з національною судовою системою. І навпаки, механізм, повноваження якого випливають винятково з внутрішнього законодавства, буде безпосередньо пов'язаним із нею.

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Рада Безпеки ООН санкціонувала створення МКТЮ та МКТР (шляхом прийняття резолюцій відповідно до повноважень, передбачених Розділом VII Статуту ООН). В обох випадках Рада постановила, що ситуації в колишній Югославії та Руанді становлять загрозу для міжнародного миру та безпеки. Повноваження як Спеціального суду для Сьєрра-Леоне, так і Надзвичайних

палат у судах Камбоджі значною мірою впливають із угод між ООН та урядами Сьєрра-Леоне та Камбоджі відповідно. Проте у випадку Надзвичайних палат ця угода регулює відносини Камбоджі з ООН в частині надання міжнародної допомоги суду, тоді як закон про Надзвичайні палати (внутрішнє законодавство Камбоджі) створює суд. Тому, по суті, Надзвичайні палати наділені правовими повноваженнями на основі внутрішнього законодавства.

Повноваження Надзвичайних африканських палат також впливають з угоди між Республікою Сенегал та Африканським Союзом, і, як і Надзвичайні палати у судах Камбоджі, вони знаходяться у межах національної судової системи з міжнародним компонентом (Сенегал). Спеціальний трибунал щодо Лівану є винятком з цього спектра трибуналів, встановлених резолюцією Ради Безпеки або договором між ООН та національним урядом, оскільки він запозичив обидва компоненти. Спочатку була спроба створити його як договірний трибунал з внутрішнім (ліванським) законодавством, подібно до Надзвичайних палат у судах Камбоджі (хоча і за межами Лівану). Проте, коли ліванський уряд зустрівся з руйнівною протидією ухваленню відповідного національного законодавства, Рада Безпеки ООН виступила з прийняттям резолюції (Резолюція 1757) про створення трибуналу, що мала обов'язкову силу¹⁰⁷.

Генеральна Асамблея ООН має давню історію участі в зусиллях із забезпечення відповідальності за міжнародні злочини, включаючи затвердження Нюрнберзьких принципів після Другої світової війни, запит на розроблення Конвенції про геноцид та прийняття резолюції (60/147) у 2005 році, в якій викладені “Основні принципи та керівні положення щодо права на правовий захист та відшкодування шкоди для жертв грубих порушень міжнародного права, прав людини і серйозних порушень міжнародного гуманітарного права”. Генеральна Асамблея також брала як непряму, так і безпосередню участь щодо санкціонування створення конкретних механізмів. Вона уповноважила Генерального секретаря провести переговори з метою укладання угоди з урядом Камбоджі про створення Надзвичайних палат і затвердила проект угоди на основі цих переговорів. В умовах нездатності Ради Безпеки дійти згоди щодо відповідальності за злочини в Сирії, у грудні 2016 року Генеральна Асамблея ухвалила рішення про створення Міжнародного неупередженого та незалежного механізму для Сирії¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Див.: Tabbarah, B., “The Legal Nature of the Special Tribunal for Lebanon,” в Alamuddin, Jurdi and Tolbert, (ред.) The Special Tribunal for Lebanon, (Oxford University Press: Oxford, 2014) с. 32-49 на с. 49. “Спеціальний трибунал щодо Лівану є міжнародним інститутом sui generis... Трибунал не є міжнародним трибуналом на основі договору, оскільки його основоположний документ не є договором, належним чином ратифікованим Ліваном. Він також не є трибуналом, який належним чином інтегрується в судову систему Лівану ...”.

¹⁰⁸ Див.: Beth Van Schaack, “The General Assembly and Accountability for Grave Crimes”, Just Security, 27 лютого 2017 р., режим доступу: www.justsecurity.org/38145/general-assembly-accountability-international-crimes. Росія безуспішно заперечувала, що Генеральна Асамблея

Хоча повноваження деяких механізмів базуються на внутрішньому законодавстві, вони були створені через партнерство між національними та міжнародними органами для отримання певної міжнародної допомоги. Наприклад, Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі є органом, створеним через партнерство між ООН та національним урядом. Комісія отримала свої повноваження за угодою, схваленою Конституційним судом Гватемали, далі ця угода була ратифікована конгресом Гватемали. Спеціалізовані палати та Спеціалізована прокуратура Косово стали частиною національної судової системи після внесення відповідних поправок до конституції, хоча самі судові процеси проходитимуть у Гаазі.

У деяких країнах, включаючи Демократичну Республіку Конго, Уганду, Центральноафриканську Республіку, Аргентину, Колумбію, Гаїті, Бангладеш, Хорватію та Сербію, або вже діють, або створюються механізми, повноваження яких засновані на внутрішньому законодавстві. І хоча повноваження всіх цих механізмів базуються на основі одного чи декількох внутрішніх правових актів, їх моделі сильно відрізняються; наприклад, ЦАР створила змішаний механізм, тоді як багато інших країн використовують наявні або нові спеціалізовані підрозділи національних судів. У деяких випадках, наприклад, у ДРК, моністичний підхід до міжнародного права означає, що положення Римського статуту застосовуються на національному рівні з дати набуття чинності статутом для цієї країни¹⁰⁹. Пропозиції для спеціалізованих палат у Бурунді, Кенії, Ліберії та ДРК призупинилися принаймні частково через те, що прийняття законодавства на національному рівні вимагалося до того, як вони мали отримати фінансування і розпочати роботу.

Інша категорія міжнародних механізмів кримінального правосуддя – це ті, що мають повноваження, надані тимчасовим або перехідним органом або адміністрацією. Приклади механізмів у цій категорії включають колегії, що були створені відповідно до Розпорядження 2000/64 Місії ООН у справах тимчасової адміністрації у Косово (МООНТАК); Спеціальні колегії у справах щодо серйозних злочинів (Спеціальні колегії та Відділ з розслідування серйозних злочинів), створені Перехідною адміністрацією ООН у Східному Тиморі; та Верховний трибунал Іраку, створений Коаліційною тимчасовою адміністрацією.

не повинна мати можливості санкціонувати створення цього механізму, оскільки він “має характер карального органу”. Див.: Alex Whiting, Russia Maintains Objection to General Assembly's Mechanism for Syria, Just Security, 24 лютого 2017 р., режим доступу: www.justsecurity.org/38084/russia-maintains-objection-general-assemblys-mechanism-syria/.

¹⁰⁹ Попри те, що держави-учасниці Римського статуту з моністичними системами можуть безпосередньо застосовувати положення Статуту, досвід ДРК показав, що відсутність законодавства про впровадження може спричинити ускладнення. Див.: Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, Putting Complementarity Into Practice: Domestic Justice for International Crimes in DRC, Uganda, and Kenya, 2011, с. 27-29, режим доступу: www.opensocietyfoundations.org/reports/putting-complementarity-practice.

ВИНЕСЕНІ УРОКИ І МІРКУВАННЯ

Безпека

1. Якщо конфлікт триває, створення механізму правосуддя, швидше за все, вимагатиме повноважень, наданих зовнішніми організаціями. Проте навіть в цьому випадку (як у колишній Югославії та Руанді) подальше встановлення миру може відчинити двері для створення додаткових механізмів відповідальності (наприклад, Палата з розслідування воєнних злочинів у Боснії, внутрішні розслідування в Сербії та Хорватії, колегії у межах Розпорядження 2000/64 у Косово, а також національні провадження в судах “Гачача” в Руанді). МКТЮ та МКТР значною мірою допомогли прокласти шлях до цих більш внутрішніх ініціатив.
2. Якщо ситуація у сфері безпеки призвела до створення механізму правосуддя перехідним органом або тимчасовою адміністрацією, то слід звернути увагу на те, яким чином повноваження будуть передані новому уряду після його створення. У Косово, наприклад, це призвело до того, що колегії, створені на підставі Розпорядження 2000/64, передали повноваження Місії Європейського Союзу з верховенства права, що делегувала більше повноважень місцевим прокурорам та суддям.

Політичні та правові обставини

3. Там, де органи влади можуть бути причетні до злочинів або вважають, що розслідування та судове переслідування можуть дестабілізувати ситуацію в країні, створити механізм, що потребує внутрішнього дозволу, буде значно складніше. Такі уряди можуть відкрито виступати проти створення будь-якого механізму (як у Сирії), підтримувати його створення в теорії, але чинити перешкоди на практиці (як у Кенії) або намагатися створити механізм, який можна контролювати, щоб запобігти розслідуванню та кримінальному переслідуванню урядових чиновників, сил, або союзників (як в Уганді). У таких випадках потенційні міжнародні партнери матимуть декілька основних варіантів: (1) намагатися працювати з урядом, щоб створити надійний механізм, який не є одностороннім, наприклад, ООН зуміла домовитися з національним урядом про створення Спеціального суду для Сьєрра-Леоне; (2) затвердити механізм на міжнародному рівні, як це зробила Рада Безпеки ООН щодо Лівану (Спеціальний трибунал щодо Лівану) і Генеральна Асамблея ООН щодо Сирії (Міжнародний неупереджений та незалежний механізм щодо Сирії); (3) піти на поступки уряду щодо впливу на механізм, як це зробила ООН у проце-

сі створення Надзвичайних палат у судах Камбоджі; або (4) вирішити не брати участі у наданні дозволу на створення механізму. Приймаючи відповідне рішення, зацікавленим особам слід чітко розуміти можливі довгострокові наслідки для легітимності механізму з позиції різних сторін, його ефективності та дієвості (включаючи вартість), а також зважити ці чинники поряд з потенційними моральними, політичними та економічними втратами, пов’язаними з відмовою від участі, з погляду безпеки та верховенства права.

4. Там, де є політична воля та наявна можливість у внутрішньому законодавстві, певні частини спеціалізованих механізмів можуть бути створені національними судовими органами. Наприклад, у Боснії пленарне засідання суддів Палати з розслідування воєнних злочинів Державного суду створило Відділ підтримки захисту у кримінальних справах (відомий за його сербо-хорватською аббревіатурою ОКО). Однак такі ініціативи можуть стримуватись на політичному рівні. Наприклад, коли судова влада має повноваження для створення спеціалізованого підрозділу з міжнародних злочинів, але поліція та прокурори не бажають або не спроможні провести належне розслідування та переслідування цих правопорушень, відділ не принесе багато користі.

Легітимність

5. Якщо механізм створюється тимчасовим органом чи адміністрацією, загальна легітимність органу, який наділяє такий механізм повноваженнями, загалом впливатиме на його суспільну легітимність. Наприклад, Верховний трибунал в Іраку не отримав суспільної легітимності, особливо серед сунітів, оскільки був створений Коаліційною тимчасовою адміністрацією під керівництвом Сполучених Штатів, а потім керувався урядом, в якому домінували шиїти.
6. Якщо механізм створюється на підставі договору міжнародної організації (наприклад ООН, Африканський Союз або ЄС) із суверенною державою, його легітимність і авторитет можуть залежати від легітимності та авторитету тієї сторони, що має більший вплив та/або контроль над ситуацією в країні. Це видно на прикладі дещо відмінних джерел повноважень Спеціального суду для Сьєрра-Леоне та Надзвичайних палат у судах Камбоджі. У Сьєрра-Леоне статут Спеціального суду був частиною угоди, тоді як у випадку Камбоджі угода і закон вирішували різні матеріальні питання. Уряд Камбоджі поспішив прийняти закон про Надзвичайні палати, тоді як, на думку ООН, існували безліч невирішених питань (включаючи спосіб призначення суддів та нагляд). Результатом у випадку Спеціального суду для

Сьєрра-Леоне стало партнерство між ООН та урядом Сьєрра-Леоне, тоді як Надзвичайні палати отримали національний статус з більш суперечливою міжнародною допомогою. Це протиріччя також поглиблює різний баланс сил у прокуратурі та судових палатах у цих судах¹¹⁰. Непередбачуваний процес, який призвів до створення Надзвичайних палат, та характер цієї інституції мали серйозні наслідки для її функціонування, легітимності та довіри. Будь-яка міжнародна організація, що розглядає форму змішаного партнерства з місцевим урядом у створенні механізму, має бути обережною щодо надання свого дозволу на створення органу, над яким вона майже не матиме реального контролю. Особливо обережними слід бути в тих випадках, коли є достатньо доказів наявності адміністративного впливу на судові органи у відповідній державі.

Виконання

7. Використання резолюції Ради Безпеки ООН, прийнятої відповідно до Розділу VII Статуту ООН, для створення механізму може бути корисним з позиції забезпечення виконання прийнятого рішення. Якщо механізм створений у такий спосіб, резолюція та її положення (включаючи ордери на арешт та доступ до доказів) стають обов'язковими для всіх держав-членів ООН. На практиці повноваження будь-якої резолюції РБ ООН можуть бути оскаржені її супротивниками, а виконання в таких умовах залежить від готовності та здатності держав-членів дотримуватись своїх зобов'язань¹¹¹. Дозвіл РБ ООН може певною мірою послабити легітимність механізму та посилити деякі проблеми, пов'язані з його створенням. Наприклад, надання РБ ООН повноважень Спеціальному трибуналу щодо Лівану після того, як внутрішня спроба створення механізму шляхом прийняття відповідного акта парламентом Лівану виявилась невдалою, розкритикували як таке, що підриває демократичний процес та є втручанням у державний суверенітет. Крім того, оскільки Рада Безпеки є політичним органом, в якому п'ять потужних держав мають право вето, він може погодитися створювати механізми в одних місцях, але не в інших (наприклад, в Сирії). Це може

¹¹⁰ Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне мав міжнародного прокурора, а міжнародні судді становили більшість у кожній палаті суду. (Різниця була не між "міжнародними" співробітниками і співробітниками зі Сьєрра-Леоне, а між тими, хто мав повноваження для призначення: Генеральний секретар ООН або уряд Сьєрра-Леоне). У випадку Надзвичайних палат існував повний баланс між спів-обвинувачами (один міжнародний, один камбоджійський) та слідчими суддями (один міжнародний і один камбоджійський), хоча для вирішення спорів між ними і довелося прийняти особливі правові положення.

¹¹¹ Попри те, що обов'язковість правових установчих документів МКТЮ і МКТР виявилася успішною в багатьох випадках, слід зазначити, що обидві держави погодилися на розслідування та кримінальне переслідування на своїй території (принаймні значною мірою).

стати підставою для критики механізмів, створених через резолюції Ради Безпеки, як таких, що запроваджуються з метою виконання волі світових держав.

Ясність законодавчої бази

8. Коли дозвіл на створення спеціального або змішаного механізму має міжнародне походження, це може забезпечити визначеність у питанні застосовного законодавства та процедур. Хоча запровадження спеціалізованих міжнародних кримінальних розслідувань та судових переслідувань у вже наявних судах чи установах має безліч корисних переваг (див.: П.Б. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ), узгодити застосування національного законодавства та процедур із спеціалізованими провадженнями може бути складно. Якщо не вирішити цю проблему до початку розслідування/судового переслідування, це може породити плутанину та стати причиною тривалого і ресурсозатратного розгляду¹¹². Як зазначає УВКПЛ:

“Вкрай важливо від початку з'ясувати, які внутрішні закони підлягатимуть застосуванню. Більш того, в деяких випадках необхідність внесення поправок до внутрішніх законів, положення яких суперечать міжнародним стандартам, може стати корисною частиною переговорів щодо створення [механізму]. Наприклад, у Камбоджі попередня реформа кримінального процесуального кодексу та закону Вищої ради магістратів [орган, відповідальний за призначення суддів у Камбоджі], значною мірою сприяла б діяльності Надзвичайних палат”¹¹³.

Час

9. Якщо механізм створюється місцевою владою (що може вимагати змін до конституції), заполітизованість законотворчого процесу може призвести до значної затримки або навіть поразки ініціативи. Пропозиції щодо змішаних палат у ДРК, Спеціальний трибунал щодо Кенії та запропоновані суди у Ліберії та Бурунді не змогли отримати парламентського схвалення. За відсутності резолюції Ради Безпеки Спеціальний трибунал щодо Лівану ніколи не був би створений.
10. Якщо механізм запроваджується ООН, його процедури та правила можуть також призвести до затримки в діяльності – призначенні

¹¹² Спеціальні та ранні змішані трибунали також не були захищені від цих проблем; на ранніх етапах діяльності цих судів також виникали спори щодо повноважень цих трибуналів (зокрема, щодо права Ради Безпеки створювати спеціальний трибунал відповідно до Статуту ООН у сфері миру та безпеки).

¹¹³ УВКПЛ “Механізми забезпечення верховенства права (змішані суди)”, с. 12.

суддів та початку судових процесів. Це також може призвести до тривалого попереднього тримання під вартою, як це було у відомому випадку з МКТР¹¹⁴. Механізми, що підтримуються ООН, але не є його частиною (наприклад, Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне, Спеціальний трибунал щодо Лівану та Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі), мають більшу гнучкість у комплектуванні персоналом та інших сферах, і, як правило, є більш швидкими. Водночас наслідки інших міжнародних джерел повноважень (наприклад, Управління Верховного представника в Боснії) можуть бути менш бюрократичними (див. також: **II.Ж. ЗАЛУЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДДІВ І ПЕРСОНАЛУ, II.З. ФІНАНСУВАННЯ та II.І. НАГЛЯД**).

Ключові питання, що допоможуть визначити джерело повноважень

- Чи наявний уряд, що має ефективний контроль над державою?
- Чи зацікавлені органи влади в реальній кримінальній відповідальності за найтяжчі злочини всіх винних, незалежно від приналежності до сторони конфлікту?
- Чи наявна внутрішня політична протидія щодо створення механізму (однієї чи декількох фракцій)? Якщо так, чи допоможе, ймовірно, подолати цю протидію підтримка міжнародної організації?
- Чи наявні в національному законодавстві відповідні правові можливості для боротьби з міжнародними злочинами? Якщо ні, чи може міжнародне схвалення або співавторство у заснуванні механізму допомогти у створенні відповідної законодавчої бази?
- Беручи до уваги міжнародне та договірне законодавство, а також геополітику та регіональну політику, які міжнародні та регіональні органи можуть потенційно (спільно) наділити повноваженнями механізм?
- Чи є підстави вважати, що наявні значні труднощі у забезпеченні виконання рішень механізму, настільки, що може бути бажаним застосування Розділу VII Статуту ООН?
- Чи обмежується у часі (наприклад, мирними переговорами або політичним вікном можливостей) вирішення питання щодо обрання внутрішніх чи міжнародних джерел повноважень, яке може тривати занадто довго?
- Якщо передбачається створення змішаного механізму на основі договору, яким є громадське сприйняття наявної організації-партнера?
- З погляду партнерської організації та з врахуванням реальних умов, яким буде співвідношення повноважень щодо передбачуваної установи (тобто чи буде більше повноважень у національних органів влади, міжнародної організації, чи буде існувати справжній баланс)? Чи є це найкращою моделлю для поєднання вимог судової незалежності та права на справедливий суд із вимогою легітимності та бажанням позитивно вплинути на розвиток сфери правосуддя та реформування інших сфер?
- Якщо тимчасовий орган пропонує створити підзвітний йому механізм, який орган візьме на себе відповідальність за цю функцію, коли термін повноважень перехідного органу закінчиться?
- Чи існує у внутрішньому законодавстві можливість для санкціонування окремих елементів механізму національною судовою системою?

¹¹⁴ Сама ООН визнала недоліки як МКТР, так і МКТЮ, що негативно вплинули на права обвинувачених. Див.: Доповідь Генерального Секретаря ООН для Ради Безпеки, Верховенство права і правосуддя перехідного періоду в конфліктних та постконфліктних суспільствах, S/2004/616, п. 45. "Багатьом підозрюваним, чий справи розглядалися двома спеціальними судами, в очікуванні початку судового процесу довелося провести під вартою досить тривалий час. Що стосується спеціальних міжнародних трибуналів, то для завершення багатьох судових процесів знадобився дуже тривалий час, що частково обумовлено складнощами в проведенні розгляду справ щодо міжнародних злочинів".

Д

МІСЦЕЗНАХОДЖЕННЯ

Чи має механізм розташовуватися у країні, в якій (або в певній частині/ частинах якої) були скоєні злочини, чи в іншому місці? Якщо він буде за межами відповідної країни, може виникнути потреба у додаткових офісах всередині країни. Якщо так, то де мають розташовуватися такі офіси та які функції виконувати?

Наявний консенсус у сфері міжнародного кримінального правосуддя полягає в тому, що за можливості судові процеси мають відбуватися всередині країни. Це виражено у принципі комплементарності, що лежить в основі діяльності МКС. Судочинство усередині країни може мати кілька переваг, зокрема: (1) сприяння більшій місцевій участі та легітимності розслідування та обвинувачення; (2) здійснення позитивного впливу на сферу правосуддя та юридичну професію (сприяння розвитку правової держави); (3) більш ефективне забезпечення безпосередньої участі постраждалих громад у процесі; (4) створення можливостей для всеосяжного розслідування; (5) поліпшення доступу до доказів та свідків; (6) забезпечення кращого розуміння контексту співробітниками механізму; (7) більша ефективність з погляду витрат. З іншого боку, вимоги безпеки можуть не дозволяти здійснювати провадження на території держави. Національна судова система також може виявитись настільки політизованою чи слабкою, що це унеможливить забезпечення справедливого розслідування, кримінального переслідування та судового розгляду.

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Сучасний етап міжнародного кримінального правосуддя розпочався на початку 90-х років, коли було створено спеціальні трибунали для Руанди та колишньої Югославії, розташовані за межами постраждалих країн – відповідно в Аруші (Танзанія) та Гаазі (Нідерланди). Далі слідував перехід від повністю міжнародних механізмів до більш внутрішніх. Нещодавні винятки в цьому напрямі – Спеціальний трибунал щодо Лівану (розташований у Гаазі), Надзвичайні африканські палати (розташовані в Дакарі

(Сенегал), що займаються злочинами, скоєними в Чаді), Спеціалізовані палати та Спеціалізована прокуратура Косово (розташовані в Гаазі). Гаага також стала місцем судового процесу над колишнім президентом Ліберії Чарльзом Тейлором, хоча Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне розглядав всі інші провадження у Сьєрра-Леоне. Гаага була місцем розташування спільної апеляційної палати МКТЮ та МКТР, Механізму міжнародних трибуналів, що розглядатиме ще не вирішені юридичні питання для обох трибуналів, а так само уповноважений Залишковий спеціальний суд для Сьєрра-Леоне. У разі набуття чинності, Протокол Малабо розширить юрисдикцію Африканського суду справедливості та прав людини, створивши механізм міжнародного правосуддя в Африці в Аруші, що також зможе працювати в країнах-членах Африканського Союзу (з їх дозволу).

Більшість механізмів, розглянутих у цьому посібнику, знаходяться на території відповідних країн. Вони варіюються від змішаних установ або установ з міжнародним компонентом (наприклад, у Сьєрра-Леоне, Іраку, Камбоджі та Гватемалі) до суто внутрішніх інституцій (включаючи Аргентину, Колумбію, Кот-д'Івуар, Гаїті та Хорватію). У низці інших країн пропозиції щодо змішаних або повністю внутрішніх механізмів були розглянуті та відхилені або знаходяться на початковій стадії (зокрема Кенія, Дарфур, Південний Судан і Центральнаафриканська Республіка). Що стосується цілком національних ініціатив, то в деяких випадках судові слухання проходили лише в конкретному суді або судах, часто у столиці, зокрема в Бангладеш, а в інших – по всій країні, наприклад у судах “Гачача” в Руанді, спеціалізованих судах в чотирьох колумбійських містах або федеральних окружних судах в Аргентині. У ДРК є мобільні суди, в яких судді, прокурори та адвокати захисту “вирішують суперечки та здійснюють правосуддя у тих місцевостях, де найближчий офіційний суд знаходиться на відстані подорожі тривалістю у понад тиждень”¹¹⁵.

ВИНЕСЕНІ УРОКИ І МІРКУВАННЯ

Безпека

1. Якщо механізм знаходиться в країні в умовах триваючого конфлікту або загальної нестабільності, це може мати серйозні наслідки для безпеки учасників судового розгляду (обвинувачених, свідків, суддів, представників обвинувачення та захисту, інших працівників), а також захисту приміщення механізму, доказів та матеріалів. Провадження у Верховному трибуналі Іраку супрово-

¹¹⁵ Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, *Justice in DRC: Mobile Courts Combat Rape and Impunity and Eastern Congo*, січень 2013 р.

джувалися вбивствами суддів, адвокатів та свідків¹¹⁶. Занепокоєння у сфері безпеки стали вирішальними у питанні щодо розміщення МКТР, МКТЮ, Спеціального трибуналу щодо Лівану та суду у справі Чарльза Тейлора Спеціального суду для Сьєрра-Леоне на користь інших локацій. Аналогічні міркування вплинули на рішення розмістити в Гаазі Спеціалізовані палати та Спеціалізовану прокуратуру Косово. З цього досвіду можна зробити деякі висновки. Наприклад, ризикам безпеки внаслідок особи окремих обвинувачених можна запобігти шляхом переміщення конкретних (високоризикових) судових процесів в інше місце, залишивши більшість (менш суперечливих) проваджень у країні. У разі серйозних проблем, пов'язаних із безпекою, судові процеси, як правило, не варто проводити всередині країни. І це питання не лише безпеки учасників, що є найголовнішим, але й довіри та вартості проваджень. Механізм має гарантувати безпеку всіх свідків, щоб вони могли правдиво розповідати про події, не побоюючись помсти.

Легітимність та доступ до правосуддя

2. **Провадження, що знаходяться в межах чи близько до постраждалих суспільств, часто сприймаються як більш законні, ніж судочинство в механізмах за межами країни.** Як правило, рівень недовіри щодо іноземних механізмів очікувано високий у країнах, історія яких характеризується колонізацією та іншими формами міжнародної експлуатації. Ступінь застосування цього уроку також залежить від рівня довіри місцевого населення до національного судового органу, що повноважний розглядати справи про найтяжчі злочини. Це, своєю чергою, може відрізнятись залежно від етнічних, мовних, релігійних, регіональних чи інших конфліктів. Довіра до розслідування найтяжчих злочинів, що проявляється з боку лише однієї зі сторін конфлікту, може відображати реальність однобокого конфлікту, як у Гватемалі чи Боснії, де певні громади (а саме корінні майя та бошняки) у непропорційній більшості ставали жертвами нападів. У таких випадках провадження всередині країни можуть поляризувати суспільство, але можуть і сприяти необхідному осмисленню історії через судові процеси. В інших місцях, як в Кот-д'Івуарі або Уганді, пов'язані з урядом угруповання можуть розглядати одностороннє правосуддя як цілком виправдане, але це буде відчувати громади, які стають свідками нездатності системи притягнути до відповідальності осіб, винних у скоєнні злочинів проти їх членів. Справді, в таких ситуаціях багато хто може розглядати зовнішній механізм (включаючи МКС) як такий, що має більшу легітимність.

3. **Розміщення механізму за межами країни, в якій скоєні злочини, зазвичай ускладнює доступ до правосуддя для постраждалих громад.** Механізми поза межами країни зазвичай створюють значно більше матеріально-технічних перешкод для жертв та свідків, які взаємодіють із слідчими, прокурорами та представниками потерпілих. На більшій відстані звичайним громадянам або навіть місцевим журналістам вкрай важко стежити за процесами. Оскільки розташованому за межами країни механізму, як правило, складніше забезпечити інформування громадян постраждалої країни, він стає більш вразливим до дезінформації чи кампаній з демонізації з боку противників його місії в цілому або щодо окремих справ. Відповідно, можуть виникнути проблеми з легітимністю, що, своєю чергою, матиме негативний вплив на бажання свідків брати участь у провадженнях. Це ще більше посилює роль налагодження комунікації та інформаційних зусиль. Трансляції засідань для місцевого населення – один із шляхів вирішення проблем, пов'язаних із віддаленістю. Проте провадження всередині країни, як правило, є найкращим способом полегшення контакту з постраждалими громадами та зменшення витрат на транспортування обвинувачених, свідків та жертв. Близькість розташування може підвищити відвідування процесів громадськістю (як було в Камбоджі), хоча не обов'язково (так, наприклад, було у Боснії). Це також може сприяти широкій суспільній дискусії та розумінню історії конфлікту. Зазначене може мати позитивний вплив на загальний дискурс з прав людини, зокрема щодо свободи слова.

Незалежність прокурорів і суддів

4. **Розташування механізму в країні із системними проблемами незалежності судової системи, слабкою судовою гілкою влади та/або сильним виконавчим контролем над судовими структурами збільшує ризик того, що проблеми торкнуться й самого механізму (як у Бангладеш та Камбоджі), якщо він не матиме сильного міжнародного характеру (як у Сьєрра-Леоне).** Це може стати підставою для розміщення механізму за межами країни, що, втім, не подолає повністю зазначені проблеми¹¹⁷. При розміщенні механізму всередині країни в умовах політичної опозиції до справжнього правосуддя (наприклад, коли представники чинного уряду є потенційними цілями розслідування та кримінального переслідування), можна зіткнутися з неперебор-

¹¹⁶ Security Main Concern in Saddam Hussein Trial, Voice of America, 27 жовтня 2009 р.

¹¹⁷ Наприклад, попри створення МКТР як цілком міжнародного трибуналу, розташованого за межами країни, уряд Руанди спромігся настільки суттєво впливати на трибунал, що жодних обвинувальних актів проти членів Патріотичного фронту Руанди (ПФР) не було видано. Є й інші приклади політичного впливу в Руанді на прийняття судових рішень МКТР. Їх обговорення див., наприклад у: Reydam, Wouter and Ryngaert (eds.), "International Prosecutors", 2012, Oxford: Oxford University Press, с. 379-385.

ними затримками у його створенні, у тому числі під час прийняття відповідного закону (або створення допоміжних органів у межах наявних судових механізмів). Так сталося в Кенії, Дарфурі та Бурунді.

Розвиток верховенства права

5. Розташування механізму всередині країни, в якій було скоєно злочини, збільшує додаткові переваги для внутрішньої системи, включаючи передачу навичок та/або інфраструктури. Наприклад, у Боснії Палата з розслідування воєнних злочинів запровадила сучасні зали суду, приміщення для утримання під вартою та підрозділи, що також можуть використовуватися для боротьби з іншими тяжкими злочинами. Верховний суд Уганди виграв подібним чином від утворення Відділу з міжнародних злочинів. Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне залишив національній системі комплекс, що включає приміщення суду з двома сучасними залами засідань та місцем для тримання під вартою. Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі допомогла прокурорам та суддям заявити про свою незалежність від виконавчої влади; завдяки роботі з Комісією і наданому нею захисту співробітники системи правосуддя розвинули спроможність для розслідування, кримінального переслідування та судового розгляду широкого кола кримінальних справ. У деяких місцях нестача навичок та знань (у тому числі через навмисне переслідування суддів та адвокатів під час конфлікту, як у Камбоджі, Східному Тиморі та Руанді) може бути заповнена міжнародними фахівцями, які працюють разом із місцевими співробітниками. Це також може сприяти відродженню та реформуванню сфери правосуддя.
6. Коли механізм знаходиться всередині країни, ризики “зворотного насліддя” набагато більші. Надзвичайні палати у судах Камбоджі, попри певні позитивні наслідки, мали і негативне насліддя в сенсі подальшого посилення скептицизму населення щодо незалежності національної судової системи. Навіть після запровадження механізму із міжнародним елементом камбоджійський уряд все ще міг здійснювати значний контроль над справами (і як над камбоджійськими, так і над міжнародними суддями). Два незалежних дослідження Університету Берклі (проведені в 2008 та 2010 роках) продемонстрували, що, попри загальне визнання Надзвичайних судових палат населенням Камбоджі, в цілому довіра до системи правосуддя серед жителів країни протягом того ж періоду знизилась¹¹⁸.

¹¹⁸ Pham PN, Vinck P, Balthazard M, Hean S, (2011). “After the First Trial: A Population-Based Survey on Knowledge and Perceptions of Justice and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia”. Human Rights Center, University of California, Berkeley.

Час і гроші

7. Якщо судові процеси проходять всередині країни, економічна ефективність механізму, як правило, підвищується. Віддалені суди, включаючи МКС, МКТЮ та МКТР, змушені витратити величезні ресурси на місії з питань розслідування, роз’яснювальної роботи та захисту свідків у відповідних країнах, а також міжнародні поїздки жертв та свідків для участі в судовому розгляді. Крім того, такі експлуатаційні витрати, як будівництво, орендна плата та технічне обслуговування суду в Гаазі та інших віддалених місцях зазвичай значно вищі, ніж витрати місцевих механізмів. До того ж, внутрішні механізми полегшують доступ до доказів та свідків, а також покращують розуміння контексту відповідальними особами, що може допомогти їм уникнути серйозних помилок у процесі оцінювання доказів.
8. Однак діяльність механізму всередині країни не є гарантією його фінансової ефективності. Забезпечення безпеки механізму під час триваючого конфлікту (як це було у Центральноафриканській Республіці станом на кінець 2017 року) може коштувати дорого. Політика також відіграє важливу роль. Наприклад, Надзвичайні палати у судах Камбоджі, хоча й діяли всередині країни, не були економічно ефективними, частково через складну структуру із наявним дублюванням (тривалі досудові розслідування, а потім тривалі судові процеси). Важливо також зазначити, що окремі підрозділи суду, зокрема управління слідчих суддів, які проводять розслідування та висувають обвинувачення, хоча й були укомплектовані персоналом, не змогли функціонувати протягом тривалих періодів. Здебільшого це пов’язувалося із політичним контекстом – протидією влади розслідуванню справ щодо деяких підозрюваних. В Уганді міжнародне співтовариство надало суттєву підтримку Відділу з міжнародних злочинів, завданням якого був розгляд міжнародних та інших тяжких видів злочинів. Проте Відділ не продемонстрував помітного бажання працювати над злочинами, скоєними угандійськими військовими, і станом на жовтень 2017 року розглядав лише одну справу, пов’язану з Армією опору Господа. Витрати ресурсів можуть виявитись марними, якщо ключові суб’єкти чи органи механізму не в змозі вести справи через політичні причини (див. також: П.3. ФІНАНСУВАННЯ).
9. У місцях, де майже відсутня базова інфраструктура, складна конструкція механізму може призвести до тривалих затримок у роботі. У Східному Тиморі інтеграція місії з питань правосуддя у межах місії ООН не гарантувала планомірного запуску Спеціальних колегій у справах щодо серйозних злочинів. Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне та Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі – інституції з

підтримкою ООН, що не входили до складу її місій – зіштовхнулися з численними подібними проблемами в процесі становлення. Ці проблеми також можуть виникнути у механізмів, що знаходяться за межами країни, як це було з МКТР, розміщеному в Аруші (Танзанія). Як бажане місце для трибуналу спочатку згадувалося Найробі, оскільки його інфраструктура більш розвинена, ніж у Аруші. З іншого боку, діяльність мобільних судів у східній частині ДРК продемонструвала, що проведення у справах про міжнародні злочини не обов'язково потребують наявності складної матеріально-технічної бази.

10. **Змішаний суд, що розташований всередині країни та має значне міжнародне залучення, додатково може мати позитивний вплив на місцеву економіку.** Але недостатня увага до розроблення стратегії завершення його роботи може мати суттєві, хоча й ненавмисні негативні наслідки для місцевих громад, особливо в країнах, що розвиваються. Планувати цей етап потрібно від самого початку роботи над концепцією, щоб, наприклад, передбачити поступове згортання діяльності або передачу функцій.

Вибір на користь розміщення на території країни

11. **Якщо буде прийнято рішення про розміщення механізму всередині країни, необхідно вирішити питання щодо місця розташування головного офісу та будь-яких допоміжних чи мобільних офісів.** Стандартна практика передбачає розміщення внутрішніх механізмів у столицях, хоча можуть існувати причини для тимчасового або постійного розміщення в інших місцях. Наприклад, Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне, в очікуванні завершення будівництва його штаб-квартири у Фрітауні та з міркувань безпеки, деякий час протягом 2003 року працював у тимчасовому приміщенні, розташованому на віддаленому острові Бонте, де також знаходилось місце попереднього ув'язнення для обвинувачених. У такій великій за розмірами країні, як Демократична Республіка Конго, неможливо або недоцільно здійснювати розслідування подій у віддалених частинах країни слідчими, прокурорами або суддями, перебуваючи у столиці. Так само, жертви навряд чи зможуть отримати доступ до судового механізму, розташованого у віддаленій столиці. Саме тому розгляд справ про найтяжчі злочини значною мірою здійснювався судами, розташованими у східній частині ДРК, у тому числі мобільними судами.
12. **Якщо населення роз'єднане і розшароване, вибір місцезнаходження може мати наслідком виникнення або зміцнення відчуття упередженості.** Рішення розмістити Державний суд Боснії та Герцеговини, з його Палатою з розслідування воєнних злочинів, у столиці країни Сараєво

стало приводом неминучої дискусії щодо федералізму і сепаратизму. Для окремих етнічних громад країни таке розташування посилювало сприйняття того, що в уряді нібито переважають бошняки (мусульмани). Хоча варто зазначити, що в цій ситуації важко було віднайти альтернативу, адже будь-яке інше рішення викликало б аналогічне невдоволення з боку інших громад. Як бачимо, досвід показує, що в подібних ситуаціях необхідно ретельно продумати можливі наслідки прийняття того чи іншого рішення щодо місця розташування механізму.

Вибір на користь розміщення поза межами країни

13. **Коли існує потреба у розміщенні механізму за межами країни, в якій відбувалися злочини, інколи краще розмістити його у тому ж регіоні, щоб скористатися перевагами з погляду фінансів, мови, культури та верховенства права.** Інакше кажучи, правосуддя може сприйматися як місцеве (і, отже, мати більше місцевої легітимності) також за умови фізичної наближеності до країни, в якій було вчинено злочини, якщо це дозволяють обставини. Наприклад, МКТР знаходився в сусідній з Руандою Танзанії, а Надзвичайні африканські палати (для Чаду) – в Сенегалі.

Ключові питання, що допоможуть визначити місцезнаходження механізму

- Чи продовжує тривати конфлікт або наявні інші серйозні проблеми безпеки в країні вчинення злочинів?
- Чи наявний неприйнятний рівень ризику для учасників судового процесу (включаючи свідків, потерпілих, суддів, прокурорів, адвокатів та обвинувачених) та/або їх сімей, якщо вони беруть участь у місцевих судових процесах¹¹⁹? Якщо так, які заходи можуть мінімізувати ці ризики?
- Чи є вагомі підстави вважати, що створення внутрішнього механізму може ще більше дестабілізувати країну/регіон?
- Чи наявні політичні перешкоди для створення внутрішнього механізму, що мав би діяти справедливо, незалежно та відповідно до міжнародних стандартів?
- Підвищить чи знизить рівень довіри постраждалого суспільства до правосуддя запровадження механізму за межами країни?
- Чи підтримуватиме створення суду/механізму наявна внутрішня інфраструктура, у разі прийняття рішення про його розташування всередині країни?
- Чи докладаються значні зусилля з реформування або удосконалення системи правосуддя, що можуть зменшити занепокоєння щодо запровадження механізму всередині країни, а також чи може запровадження механізму, своєю чергою, підтримати ці зусилля?

¹¹⁹ Проте навіть якщо механізм знаходиться поза межами країни, свідки, потерпілі та сім'ї, які все ще перебувають у цій країні, можуть наражатися на небезпеку. Хоча кенійські справи, що перебувають у МКС не ввійшли до цього посібника, слід зазначити, що віддалене розташування судових процесів проти вищих посадових осіб не захищало свідків у цих справах від ризику. Кримінальне переслідування МКС щодо Кенії зазнало невдачі на тлі поширених заяв про вплив та вбивство свідків. Див. *наприклад*: Claims of witnesses in ICC Kenya trial disappearing, BBC, 8 лютого 2013 р.

Е

СТРУКТУРА

Яку організаційну форму повинен мати механізм відповідальності? У вигляді єдиної організації з допоміжними органами та підрозділами, або ж у вигляді декількох окремих структур і установ, що відповідатимуть за виконання різних частин мандата? Які основні варіанти побудови органів/підрозділів/структур/установ для забезпечення провадження протягом усього процесу судочинства? Коли мають бути створені структури, та коли і яким чином буде згортатись їх діяльність?

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Механізми, призначені для притягнення до кримінальної відповідальності за найтяжчі злочини, зазвичай виконують функції на всіх етапах, включаючи всі пов'язані елементи, такі як попереднє розслідування та судове переслідування, захист, судовий розгляд, захист свідків та утримання під вартою. Мандати деяких механізмів обмежені роботою тільки з одним чи кількома з цих елементів. Незалежно від того, обмежені чи всеосяжні їхні мандати, механізми функціонують у різних організаційних формах, що загалом є найбільш прийнятними для конкретних ситуацій.

На одному кінці умовного ряду розташувалися механізми, мандати яких розподіляються між кількома наявними в країні установами: генеральною прокуратурою чи слідчими суддями, які співпрацюють з поліцією для розслідування справ; звичайними судовими та апеляційними палатами, палатами, які розглядають справи за підтримки адміністраторів судів; а також державними адміністраціями в'язниць, що займаються питаннями тримання під вартою. З механізмів, розглянутих у цьому посібнику, Аргентина та Демократична Республіка Конго демонструють наочні приклади такої розподіленої моделі.

Далі вздовж ряду йдуть механізми, що функціонують в межах однієї або кількох наявних національних інституцій, що спеціалізуються на роботі з визначеним колом найтяжчих злочинів. Прикладами такого типу є, зокрема, Надзвичайні африканські палати в судах Сенегалу, Спеціалізована

прокуратура і суди Колумбії для виконання Закону про справедливість та мир, боснійська модель, Відділ з міжнародних злочинів в Уганді, Трибунал з міжнародних злочинів у Бангладеш і запропоновані Спеціальні палати щодо Бурунді. Ці механізми можуть бути тимчасовими (як у Сенегалі або в контексті Спеціальної юрисдикції за мир у Колумбії) або створені на умовах постійних складових національної системи правосуддя (як в Уганді).

Нарешті, існують механізми, складові яких є одночасно спеціалізованими та об'єднаними в межах одного екстраординарного утворення. До цього типу належать повністю міжнародні спеціальні трибунали щодо колишньої Югославії та Руанди, а також запропонований Африканський суд справедливості та прав людини і народів (після того, як набуде сили *Протокол Малабо, що передбачає об'єднання Африканського суду з прав людини і народів та Суду справедливості Африканського Союзу* – прим. редактора). Також сюди відносяться змішані моделі, реалізовані в Сьєрра-Леоне та Центральноафриканській Республіці, а також суди “Гачача” в Руанді. Нещодавно в цій категорії з'явилася підгрупа, до якої можна віднести незалежні організації, що працюють паралельно з відповідними національними структурами над тими самими справами: Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі та Міждисциплінарна група незалежних експертів та експерток у Мексиці. З помітними винятками, на кшталт постійного Міжнародного кримінального суду та майбутнього Африканського суду справедливості та прав людини і народів, всі ці уніфіковані надзвичайні механізми були задумані як тимчасові органи.

ВИНЕСЕНІ УРОКИ І МІРКУВАННЯ

Загальний підхід до структури механізму

Відповідність мандату

1. Цілі та мандат механізму мають визначати тип необхідної структури. Мандат може обмежувати повноваження механізму, зосереджуючи їх на конкретній ланці процесу притягнення до відповідальності. Наприклад, у Гватемалі та Мексиці основним завданням Міжнародної комісії проти безкарності та Міждисциплінарної групи незалежних експертів та експерток (відповідно) є розслідування. Однак частіше цілі та мандат включають інші аспекти, у тому числі судову процедуру, захист і відшкодування шкоди. Закон про справедливість та мир у Колумбії та Спеціальна юрисдикція за мир мають амбітні мандати у

сфері перехідного правосуддя, що не обмежуються судовим переслідуванням. Як і в Колумбії, кожен механізм повинен мати доступ до наявних або новостворених структур, відповідно до кожного елементу свого мандата.

2. Цілі та мандат механізму мають визначати масштаб його структури. Масштаб, включаючи кількість органів обвинувачення та кількість судових палат, має співвідноситись із заявленими амбіціями механізму. Суди для розгляду справ тих, “хто несе найбільшу відповідальність” за міжнародні злочини, можуть мати лише три судові палати (Сьєрра-Леоне), тоді як країни, що ставлять за мету забезпечення всеосяжного кримінального переслідування, потребують більш масштабного механізму (серед них Аргентина, Боснія та, мабуть, найбільш яскравий приклад – суди “Гачача” в Руанді). У випадку широкого мандата відсутність відповідних структур може перешкоджати його виконанню; така проблема виникла в ДРК та Колумбії.
3. Розробляючи механізм, слід передбачити можливість створення мобільних судових структур та/або можливість слухання справ на місцях, що сприятиме доступу до правосуддя та прозорості процесу, особливо у віддалених місцевостях. У Демократичній Республіці Конго мобільні суди, передбачені національним кримінальним законодавством, спростили доступ до правосуддя для громад у віддалених районах країни; мобільні суди, тимчасово розміщені у невеликих містах і селах, розглядали справи щодо воєнних злочинів та злочинів проти людяності. Аналогічно Відділ з міжнародних злочинів в Уганді, що зазвичай базується в Кампалі, проводив слухання на півночі країни, де громадам, що найбільш постраждали від цих злочинів, значно легше слідкувати за провадженнями (див. також: П.Д. МІСЦЕЗНАХОДЖЕННЯ).
4. Структури, передбачені основними документами механізму (законодавчими актами чи статутами), можуть допомогти забезпечити людські та фінансові ресурси для реалізації важливих складових мандата. Якщо такі структури не визначені, а їх створення покладається на суддів та адміністраторів механізму, виникає ризик, що вони будуть недостатньо надійними, виникнуть із затримкою або зовсім не з'являться. Це видно на прикладі захисту в МКТЮ та МКТР, а також питань інформування громадськості та відшкодування шкоди у багатьох механізмах. У рішеннях ООН, що санкціонують створення механізму для розгляду серйозних злочинів у Східному Тиморі, не згадується про захист свідків, відповідно, такі структури не були створені, що негативно вплинуло на процес загалом (див.: “Конкретні уроки щодо структур для кожної з цих сфер” нижче).

5. Варто порівняти переваги визначення структури в первинних документах з потенційними перевагами від гнучкості структури, які виникають при делегуванні повноважень щодо визначення структур операторам механізму. Оператори можуть мати кращі можливості для формування моделі, що враховувала б поточні потреби, динамічні політичні контексти та додаткові зусилля інших державних, міжнародних чи громадських інституцій. Можна стверджувати також, що при роботі з надзвичайно мінливими ситуаціями та новими типами установ необхідно проявляти більшу гнучкість. Успіх Міжнародної комісії проти безкарності в Гватемалі частково пояснюється наданою їй широкою свободою розсуду у прийнятті рішень щодо своїх пріоритетів та визначення внутрішньої структури, що найбільше підходить для їх досягнення. Аналогічно при створенні Міжнародного неупередженого та незалежного механізму для Сирії, що мав працювати синхронно із багатьма зацікавленими сторонами у надзвичайно складному контексті, Генеральна Асамблея ООН обмежилась визначенням категорій експертів для роботи у секретаріаті, але не нав'язувала своє бачення того, якою має бути внутрішня структура механізму.

Автономія

6. Доцільність створення незалежних від національних та міжнародних інституцій механізмів істотно залежить від контексту. Оцінка реальної незалежності, доброчесності, а також відповідної репутації органів, що наділяють механізм повноваженнями (національних урядів або міжнародних інституцій), а також структур самого механізму допоможе визначити належний рівень його автономії. Верховний трибунал Іраку постраждав через сильну залежність від Тимчасової коаліційної адміністрації під проводом США, що не користувалася довірою. Надзвичайні палати у судах Камбоджі, схоже, були розроблені з недостатньою опорою на Організацію Об'єднаних Націй та постраждали внаслідок залежності від національної судової системи, вразливої до впливу виконавчої влади. Структури запропонованого гібридного суду для Дарфуру, ймовірно, зіткнулися б з недовірою з боку жертв та міжнародної спільноти, оскільки спиралися на суданський уряд, що був значною мірою причетний до основних злочинів. На противагу в Сенегалі Надзвичайні африканські палати успішно поклалися на інституції неупередженої держави, що з готовністю сприйняла його в межах спроможної та незалежної судової влади. Питання відповідної структурної автономії перетинається з іншими аспектами будови механізму (див.: П.А. МЕТА; П.Б. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ; та П.Г. ДЖЕРЕЛО ПОВНОВАЖЕНЬ).

7. Автономні установи часто не отримують політичної підтримки у діях, що мають значні політичні наслідки, їм необхідні для цього структури, здатні залучати прихильників. Коли Відділ з розслідування тяжких злочинів у Східному Тиморі висунув обвинувачення проти індонезійського генерала Віранто – тодішнього кандидата в президенти Індонезії – і Організація Об'єднаних Націй, і тиморський уряд відсторонилися від рішення, залишивши цей механізм без політичної підтримки. Попри мандат МКТЮ за Розділом VII, більшість держав не бажали впливати на Сербію через її недостатню співпрацю з судом, хоча вона на той час приховувала обвинувачених у воєнних злочинах, зокрема Слободана Мілошевича, Радована Караджича та Ратко Младича. Зрештою, знадобився фінансовий вплив Конгресу США та рішучість Нідерландів і Бельгії у блокуванні прогресу у приєднанні Сербії до Європейського Союзу, щоб врешті-решт взяти втікачів під варту¹²⁰. Аналогічно серйозним викликом для Спеціального суду для Сьєрра-Леоне став арешт колишнього президента Ліберії Чарльза Тейлора після його вигнання в Нігерію відповідно до угоди між Нігерією, Організацією Об'єднаних Націй, Африканським Союзом, ПАР, США та Великою Британією¹²¹. Подальші успіхи МКТЮ та Спеціального суду для Сьєрра-Леоне у досягненні політично чутливих арештів за умов жорстокої опозиції частково пояснювалися спроможністю органів прокуратури та секретаріатів обох механізмів відігравати відповідні політичні та дипломатичні ролі в більш широких коаліціях, що примушували уряди до співпраці.

Ефективність

8. Спроба втілити механізм відповідальності у партнерстві з урядом, не надто зацікавленим у реалізації його цілей, може потребувати запровадження додаткових структур, що негативно вплине на ефективність механізму. У камбоджійських Надзвичайних палатах часто підкреслюють, що вони дотримуються принципів (і структури) континентального права, проте у процедурному та матеріально-правовому відношенні це набагато більш складна правова конструкція, ніж система внутрішнього судочинства Камбоджі або французька система, з якої вона походить. Справи у Надзвичайних палатах часто йдуть шляхом дублюючих один одного процесів. Окрім того, що в цих процесах вимушено робиться більше кроків, це означає також залучення до них більшої кількості судових службовців, ніж, наприклад, у Спеціальному суді для Сьєрра-Леоне, МКТЮ чи МКТР. На ці додаткові процедури,

¹²⁰ Див.: Tracey Gurd, "Arresting the "Big Fish": Lessons on State Cooperation for the International Criminal Court", в: Aegist Trust, The Enforcement of International Criminal Law, 2009, с. 27-34.

¹²¹ Див.: Jo Becker, "Campaigning for Justice: Human Rights Advocacy in Practice", Stanford Studies in Human Rights, 2013, с. 113-130.

призначені для подолання політичного втручання у роботу судів (відомі як процедури щодо незгоди), ООН мусила погодитись заради компромісу – для того, щоб Надзвичайні палати у судах Камбоджі були створені із дотриманням умов, на яких наполягав камбоджійський уряд. Результатом такого компромісу стало запровадження додаткової процедури у Секції попереднього провадження (вона вирішувала спори між співобвинувачами та слідчими суддями), а також збільшення пов'язаних із цим витрат.

9. **Послідовне запровадження елементів механізму саме на етапі, коли в них виникає потреба, може забезпечити економію ресурсів.** Угода між ООН та урядом Камбоджі про заснування Надзвичайних палат передбачала “поетапний підхід... відповідно до хронологічного порядку судочинства”¹²² з метою досягнення ефективності та зменшення витрат. У Сьєрра-Леоне Спеціальний суд створив третю судову палату лише тоді, коли перші дві були завантажені, а нові справи вже підготовлені до розгляду. У Сенегалі апеляційну палату Надзвичайних африканських палат було сформовано лише після ухвалення першого вироку судом нижчої інстанції. Спеціальний кримінальний суд для Центральноафриканської Республіки вводився в дію у декілька етапів. Однак несвоечасність у цьому питанні може спричинити проблеми. Так, запізніле заснування апеляційної палати Спеціальних колегій у Східному Тиморі спричинило неефективність та затримки в судовому процесі. Для визначення того, які саме структури будуть потрібні в певний момент, потрібне ретельне стратегічне планування з урахуванням особливостей конкретної ситуації.
10. **Для тимчасових механізмів поступове завершення роботи та згортання їх структур має плануватись вже на початковому етапі створення.** Один із варіантів механізмів для країн, в яких проходить широка реформа системи правосуддя, полягає в тому, щоб їх структури передавали свої функції національним органам у процесі просування реформ. Наприклад, у Боснії тимчасовий міжнародний Секретаріат, що супроводжує Палату з розслідування воєнних злочинів та спеціалізовану прокуратуру, спочатку ніс відповідальність за відбір міжнародних суддів; як тільки запрацювала реформована Національна вища рада суддів і прокурорів, вона взяла на себе цю функцію у межах поступового скасування міжнародної участі в механізмі. Інші механізми передали свої обов'язки по закінченні строку дії мандатів. Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне, наприклад, передав відповідальність за постійну охорону свідків національним органам у межах стратегії виходу. Після завершення строку дії мандата механізму вся його інфраструктура також була передана владі Сьєрра-Леоне.

¹²² Угода про Надзвичайні палати у судах Камбоджі, стаття 27(1).

Міркування щодо конкретних структур

Палати/судові органи

11. **Прийняті з урахуванням різних чинників рішення щодо цілей механізму та його зв'язку з національною системою (див.: П.А. МЕТА та П.Б. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ) значною мірою визначатимуть, чи зможе він скористатися наявними палатами або ж необхідно створювати спеціалізовані.** Країни з більш розвченими можливостями, включаючи Аргентину, використовували наявні суди, так само як і Демократична Республіка Конго, яка використала власні військові та (віднедавна) цивільні суди. Інші країни, що віддали перевагу використанню національних судів, створили спеціалізовані палати у складі суддів, які пройшли навчання з міжнародного кримінального законодавства та мають навички спілкування зі свідками та жертвами злочинів. До них відносяться Уганда, Боснія та Сенегал, а також запропоновані змішані палати у ДРК та Спеціальному трибуналі щодо Кенії. Деякі з цих спеціалізованих палат передбачали міжнародну участь, а інші ні (див.: П.Ж. ЗАЛУЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДДІВ І ПЕРСОНАЛУ).
12. **Створення судів високого ступеня ризику може посилити незалежність суддів.** Судді, які стикаються із серйозними загрозами безпеки, можуть схилитися до дій всупереч суддівській незалежності. Гватемала створила “суди високого ступеня ризику” для розгляду найбільш резонансних справ, зокрема тих, що включають найтяжчі злочини та корупцію у вищих ешелонах влади. Суддям в цих судах (на етапі досудового слідства, судового розгляду і апеляції) забезпечують особистий захист та захист для їх сімей, а судові приміщення є більш надійними з погляду безпеки. Деякі судді, які працюють у цих суто національних судах, приймали рішення проти інтересів дуже могутніх осіб, не зважаючи на погрози, які вони продовжували отримувати протягом судового розгляду.
13. **Якщо очікуються складні та довготривалі судові процеси, включення резервних суддів до складу колегії може забезпечити безперервність, якщо хтось із суддів не зможе продовжувати участь у розгляді справи.** У МКТЮ головуючий суддя в багаторічному судовому процесі проти колишнього президента Сербії Слободана Мілошевича змушений був піти у відставку, коли сторона обвинувачення майже завершила представлення своїх доводів. Після призначення судді на заміну ознайомлення ним із раніше поданими доказами спричинило додаткову затримку¹²³. Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне включив резервного

¹²³ Gideon Boas, et al, “International Criminal Procedure”, (International Criminal Law Practitioner Series, том III), Cambridge University Press, 2011, с. 260-261.

суддю до складу колегії, що розглядала справу колишнього президента Ліберії Чарльза Тейлора, а Спеціальний трибунал щодо Лівану має двох резервних суддів (національного та міжнародного) у своїх колегіях. Резервні судді присутні під час слухань, але не беруть у них участь.

Розслідування та кримінальне переслідування

14. **Необхідно ретельно підійти до забезпечення достатньої кількості слідчих і прокурорів, що володіють спеціальними знаннями та навичками.** Для таких типів справ слідчі та прокурори повинні добре знати міжнародне кримінальне право та володіти такими навичками, як розслідування складних справ, проведення допиту свідків, поведення із вразливими свідками, взаємодія зі свідками-інсайдерами, забезпечення захисту свідків, яким загрожує небезпека, пошук та залучення експертів, збирання та фіксація доказів, проведення фінансових розслідувань, долучення речових доказів. В умовах великої кількості тяжких злочинів прокурори також повинні мати навички у розробленні стратегії обвинувачення, що визначає, які справи та яким чином слід розслідувати. Багато з цих навичок будуть значною мірою або зовсім не притаманні поліцейським та прокурорам, які раніше мали справу лише зі звичайними злочинами. Якщо не ставиться завдання проведення комплексного переслідування за всі тяжкі злочини (див.: II.A. МЕТА) та не робляться спроби розвинути ці навички серед всіх працівників поліції та прокурорів, то є сенс зосередитись на підвищенні професійної підготовки тих, хто працюватиме у складі спеціалізованих груп. Для прикладу, в Аргентині та Гватемалі, де справи розглядалися неспеціалізованими палатами у звичайній системі правосуддя, команди слідства і обвинувачення пройшли спеціальну підготовку.
15. **Навіть у механізмах із переважно зовнішнім характером перевірені слідчі національної поліції, за можливості, мають включатися до складу слідчих груп і обвинувачення.** Це обумовлено тим, що національна поліція добре знайома з місцевими громадами, володіє місцевими мовами та має безліч корисних контактів. Іноземні слідчі ніколи не матимуть цих переваг. Навіть у вкрай складних умовах завжди можна використати процедури перевірки для відбору сумлінних, мотивованих місцевих слідчих, які будуть інтегровані до складу слідства та обвинувачення. У Сьєрра-Леоне успіх Спеціального суду у здійсненні розслідувань та проведенні політично суперечливих арештів був би неможливий без налагодження співпраці з місцевою поліцією та її інтеграції до відділу розслідування прокуратури. Проте не рекомендується залучати місцеву поліцію, якщо вона причетна до злочинів, безнадійно політизована та/або має явні етнічні, мовні, релігійні чи інші упередження.

Там, де місцева поліція широко дискредитована, механізми можуть зосередитись на пошуку слідчих, добре обізнаних із місцевою специфікою, серед людей, які документували злочини від імені національних місій з прав людини або місцевих організацій громадянського суспільства.

16. **Створення спільних слідчо-прокурорських груп має значні переваги.** Якщо національний кримінальний процес передбачає таку можливість, роль слідчих, слідчих суддів і/або прокурорів, а також їх взаємодія між собою та між структурами, у межах яких вони взаємодіють, визначається у внутрішньому праві (див.: II.B. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ). У деяких системах цей процес є “горизонтальним”, тобто справи переходять від одного органу до іншого залежно від стадії справи (досудове слідство, судовий процес чи оскарження); для механізмів, що працюють над великою кількістю подібних випадків, такий підхід може забезпечити ефективність¹²⁴. Проте механізми, що займаються розслідуванням та кримінальним переслідуванням найтяжчих злочинів, переважно стикаються з проблемою відносно невеликої кількості вкрай складних справ, коли “вертикальна” структура більш вигідна¹²⁵. Відповідно, якщо розробники чи оператори нових механізмів мають право самостійно визначати ці структури, вони повинні ретельно розглянути можливість створення груп за участі слідчих під керівництвом прокурорів. У МКТЮ, МКТР та Спеціальному суді для Сьєрра-Леоне практика з часом змістилася в цьому напрямі, оскільки формування спільних груп забезпечувало кращу комунікацію протягом всього процесу роботи над справою, зменшувало інституційні суперечності між слідством та підрозділами прокуратури, забезпечувало зосередження слідчих на пріоритетних версіях серед безлічі можливих і допомагало уникати застосування слідчими практик (наприклад, надмірного розміру компенсацій витрат свідкам), що могли б пізніше створити проблеми для прокурорів під час судового розгляду. У МКС Офіс Прокурора утворив спільні групи, що складаються з трьох підрозділів офісу (розслідування, обвинувачення та співробітництва), однак модель, заснована на консенсусі між трьома сторонами, призвела до напруження та неефективності¹²⁶. До 2015 року офіс перейшов до моделі інтегрованих груп під керівництвом старших прокурорів відповідно до найкращих практик, розроблених у спеціальних трибуналах¹²⁷.

¹²⁴ Обговорення “горизонтальних” та “вертикальних” структур обвинувачення див. у: Guénaél Mettraux, et. al., “Expert Initiative on Promoting Effectiveness at the International Criminal Court”, грудень 2014 р., с. 63-65.

¹²⁵ Там само, с. 64.

¹²⁶ Див.: War Crimes Research Office (American University Washington College of Law), “Investigative Management, Strategies, and Techniques of the International Criminal Court’s Office of the Prosecutor”, жовтень 2012 р., с. 19-23.

¹²⁷ Міжнародний кримінальний суд, Офіс Прокурора, Стратегічний план на 2016-2018 рр., 16 листопада 2015 р., с. 40.

17. Потрібно уважно оцінити переваги організації слідчих та слідчо-прокурорських груп за географічним принципом, колом підозрюваних або іншими чинниками та прийняти рішення з урахуванням потреб конкретної ситуації. У Боснії Спеціальний відділ з розслідування воєнних злочинів у прокуратурі створив п'ять груп, кожна з яких відповідає за певний регіон країни, а шоста – за один масштабний злочин (у Сребрениці). Переваги такого підходу полягали в тому, що це дало змогу слідчим та прокурорам отримувати швидку та детальну інформацію про події та їх учасників безпосередньо на місцях. У Сьєрра-Леоне слідчо-прокурорські групи для розслідування злочинів озброєних угруповань формувались залежно від суб'єкта переслідування – повстанці, військова хунта чи проурядові загони¹²⁸. Це дало змогу членам груп отримати специфічні знання щодо внутрішньої організації цих структур. Деякі прокуратури також залучають експертів з окремих специфічних видів злочинів, таких як сексуальне та гендерне насильство або злочини проти дітей. Це може допомогти приділити належну увагу злочинам, що часто не розслідуються повною мірою.
18. Щоб уникнути неузгодженості в роботі слідчих і прокурорів та пов'язаних із цим підводних каменів, прокуратура має забезпечити виділення ресурсів для створення міжвідомчих структур. Спільні відділи кримінального аналізу можуть допомогти провести аналіз зібраних різними групами даних на предмет наявності певних закономірностей. В Аргентині автономія районних прокурорів, які розслідують найтяжчі злочини, створила природну географічну спеціалізацію. Це призвело до того, що прокурори, які працювали розрізнено, не змогли виявити спільні закономірності для окремих видів злочинів. Водночас наявність таких закономірностей свідчить про широкомасштабність або систематичність злочинів, що є необхідним елементом злочинів проти людяності. Зрештою, Аргентина заснувала для цієї мети координаційний підрозділ. Аналогічно відділ правового аналізу, що працює для всіх команд, як у Боснії, може допомогти забезпечити узгодженість юридичних аргументів у різних справах. Також експерти з окремих злочинів (таких як сексуальне та гендерне насильство, злочини проти дітей чи насильницькі зникнення) або методів розслідування (наприклад, фінансова судова експертиза, широкомасштабна екзумація або прослуховування) можуть служити спільними ресурсами для команд.

¹²⁸ Серйозне розслідування щодо колишнього президента Ліберії Чарльза Тейлора розпочалося лише після його затримання та передачі до суду у 2006 році. Команда у цій справі широко залучила тих, хто раніше працював над розслідуванням та обвинуваченням членів Революційного об'єднаного фронту і Збройних сил Революційної Ради, які діяли на стороні Тейлора.

Захист

19. Щоб гарантувати дотримання права на справедливий суд, механізм має утворити структури захисту вже на початковому етапі. Коли миротворча місія ООН створила відділи обвинувачення та судового розгляду міжнародних злочинів у Східному Тиморі, спочатку вона не передбачала відділу захисту. Створення через два роки підрозділу адвокатів захисту дещо покращило ситуацію, але недостатня забезпеченість обвинувачених захисниками призвела до порушення права на справедливий суд.
20. Структури захисту мають бути автономними, щоб служити обвинуваченим, а не політично упередженим посадовим особам чи бюрократичним пріоритетам судових чиновників. У внутрішніх системах місцеві асоціації адвокатів можуть бути на боці уряду або інших сторін, що може породити конфлікт інтересів обвинуваченого та призначеного захисника, що врешті-решт може зашкодити справедливості судового розгляду та авторитету механізму. У таких ситуаціях бажаним може стати створення незалежного офісу захисту, щоб замінити або покращити наявний порядок забезпечення захисту¹²⁹. У Косово Організація з безпеки та співробітництва в Європі створила Ресурсний центр кримінального захисту для підтримки захисту колегами, які діяли згідно з Розпорядженням 2000/64; у Боснії Відділ підтримки кримінального захисту спочатку входив до складу Секретаріату, але згодом став самостійною організацією. У межах міжнародних трибуналів відбувається еволюція статусу відділів захисту¹³⁰. Хоча в статутах МКТЮ та МКТР сформульована низка процесуальних гарантій¹³¹, створення відповідних структур для забезпечення дотримання цих гарантій, фактично за замовчуванням, було залишено на розсуд Секретаріату (і передбачено у допоміжних документах судів)¹³². У МКС та Спеціальному суді для Сьєрра-Леоне офіси захисту хоча офіційно й входять до Секретаріату, але отримали значну автономію. У Спеціальному трибуналі щодо Лівану офіс захисту був створений як четвертий незалежний судовий

¹²⁹ Rupert Skilbeck, "Ensuring Effective Defence in Hybrid Tribunals", *Revue Québécoise de Droit International*, 2010, с. 95.

¹³⁰ Там само, с. 95. Див. також: Rupert Skilbeck, "Building the Fourth Pillar: Defence Rights at the Special Court for Sierra Leone", *Essex Human Rights Review*, том 1, № 1, 2004.

¹³¹ Статuti МКТЮ та МКТР окреслюють низку гарантій належного процесу, що відповідають статтям 9(2), 14 та 15 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (див.: статті 9, 19 та 20 Статуту МКТР, а також статті 10, 20 та 21 Статуту МКТЮ).

¹³² Статті 14 та 15 Статутів МКТР і МКТЮ, відповідно, надають повноваження суддям трибуналів ухвалити правила процедури та доказування "для проведення досудового етапу провадження, судового розгляду та апеляції, прийнятності доказів, захисту потерпілих і свідків та інших відповідних заходів".

орган¹³³. Така ж тенденція відображається у документах запропонованого Африканського суду справедливості та прав людини і народів, де офіс захисту буде мати той самий статус, що й обвинувачення.

21. **Необхідно чітко визначити, яка структура відповідає за формування та ведення реєстру захисників, що відповідають критеріям для роботи з механізмом, і який орган відповідає за організацію прозорого процесу апеляції для адвокатів, яким відмовлено у внесенні до реєстру.** Вимоги до адвокатів, які мають право здійснювати процесуальне представництво в національних судах, встановлюються внутрішнім законодавством, але в ньому, мабуть, необхідно передбачити спеціальну процедуру, яка дасть змогу відібрати адвокатів захисту, які мають додаткові компетенції крім тих, що необхідні захисникам у звичайних кримінальних справах, оскільки забезпечення права на справедливий суд вимагає від адвокатів знань в сфері міжнародного кримінального права та практики його застосування. У Боснії новий вид змішаного офісу захисту пропонував відповідне навчання для місцевих адвокатів та приймав рішення щодо їх допуску до здійснення захисту у Спеціалізованій палаті з розслідування воєнних злочинів. У змішаних та спеціальних трибуналах, як у Сьєрра-Леоне або Руанді, офіс захисту зазвичай розробляє та впроваджує критерії відбору адвокатів для внесення до реєстрів захисників, з яких їх потім можуть обрати клієнти. Секретаріат або судді відповідають за розгляд скарг адвокатів щодо відмов у внесенні до реєстру. Незалежно від того, на які структури покладається виконання цих обов'язків, важливо забезпечити прозорість цього процесу¹³⁴.

Участь потерпілих

22. **Якщо ціль і мандат механізму передбачають охоплення великої кількості жертв, мають бути створені відповідні підрозділи для забезпечення опрацювання великої кількості звернень.** Деякі національні системи, особливо системи континентального права, вже мають структури для сприяння участі потерпілих у процесі, включаючи юридичне представництво в суді, а також надання психосоціальної допомоги тим,

хто бере участь у процесі, та забезпечення доступу до процедур відшкодування. У Сенегалі, наприклад, участь потерпілих у судочинстві є стандартною практикою. У Колумбії за надання правової допомоги потерпілим відповідно до Закону про справедливість та мир відповідає офіс Омбудсмена. Якщо механізм менш інтегрований у внутрішню систему, в якій наявні такі структури, може знадобитися створення нових офісів, як у Надзвичайних палатах у судах Камбоджі та Спеціальному трибуналі щодо Лівану. Такі структури повинні мати можливість спрощення процедур, що визначають право потерпілої особи на участь у провадженні. Враховуючи велику кількість потерпілих, що характерна для більшості ситуацій, в яких були вчинені найтяжчі злочини, зазначені структури також, імовірно, мають взяти на себе відповідальність за створення баз даних, що можуть допомогти упорядкувати інформацію про таких осіб. Для виконання деяких функцій, крім юридичного представництва потерпілої особи в судовому процесі (наприклад, надання психосоціальної допомоги), механізм може бути наділений можливістю заключати угоди про надання реабілітаційної допомоги із зовнішніми структурами, включаючи неурядові організації.

23. **Плануючи створення структур для сприяння представництву потерпілих у механізмі, слід враховувати, яким чином забезпечити таке представництво для великої кількості потерпілих.** У Колумбії Закон про справедливість та мир надає потерпілим право безпосередньо брати участь у допиті обвинувачених у скоєнні злочинів, від яких вони постраждали. Надзвичайні палати у судах Камбоджі спочатку дозволили жертвам бути представленими в судах окремо або колективно – у складі груп, але коли це виявилось надто складним, була обрана система колективного представництва, в якій провідні адвокати координують дії адвокатів, що представляють різні групи жертв. Варіанти спільного юридичного представництва були використані також в МКС та Спеціальному трибуналі щодо Лівану. Розробляючи критерії для об'єднання в групи з метою спільного юридичного представництва, важливо забезпечити, щоб потерпілих з протилежними інтересами представляли різні адвокати. Крім того, структура повинна надавати підтримку адвокатам потерпілих у виконанні їхніх зобов'язань щодо регулярних консультацій з клієнтами, яких може бути багато і які можуть жити на значній відстані один від одного, бути обмеженими у спілкуванні за допомогою засобів електронного зв'язку та/або проживати у громадах з низьким рівнем грамотності.

Відшкодування

24. **Необхідно передбачити структури для здійснення відшкодувань, якщо це є частиною мети механізму та передбачено його мандатом.**

¹³³ Стаття 13 Статуту Спеціального трибуналу щодо Лівану, що стосується Відділу захисту, надає Генеральному секретареві ООН (за погодженням з головою трибуналу) повноваження "призначити незалежного керівника Відділу захисту", який відповідає за призначення співробітників цього відділу, а також складання реєстру захисників. В ній також сформульовані обов'язки відділу. Спеціальний трибунал щодо Лівану став першим механізмом такого роду, в якому органи захисту і обвинувачення офіційно отримали рівний статус. (Див.: John RWD Jones i Miša Zgonec-Rožej, "Rights of Suspects and Accused," в Alamuddin, Jurdi and Tolbert (ред.), The Special Tribunal for Lebanon, Oxford University Press, 2014, с. 191.

¹³⁴ Skilbeck, "Ensuring Effective Defence," с. 93.

Коли механізми створюються всередині національної системи, в якій наявні процедури та практика відшкодувань, питань щодо структури та повноважень таких органів може не виникати. Проте вони можуть виявитись не готовими до цього, коли мова йде про найтяжчі злочини. Структури, відповідальні за здійснення відшкодування у таких справах, швидше за все, повинні мати повноваження на відстеження та заморожування активів засуджених (часто дуже впливових) та співпрацю з цією метою з посадовими особами в інших державах. Поширеною є практика, коли засуджені виявляються неплатоспроможними або їхні активи не можна відстежити. Для таких ситуацій може бути актуальним створення цільового фонду відшкодувань, як у випадку з Надзвичайними африканськими палатами у Сенегалі. Однак, як показує цей досвід, навіть такий крок може виявитись недостатнім, якщо фонд не буде мати повноважень для залучення коштів або це завдання не буде чітко покладене на інший структурний підрозділ (наприклад, адміністрацію або секретаріат) (див.: II.3. ФІНАНСУВАННЯ).

Управління

25. Специфіка забезпечення функціонування механізму має враховувати його зв'язок із національною системою та джерело повноважень, а також чи будуть у його складі міжнародні судді та персонал. Суто внутрішній механізм, як в Аргентині, використовує наявні структури для адміністрування суду. У разі тимчасового міжнародного залучення та/або обмеженого мандата, як у Сенегалі чи Боснії, внутрішні інституції, можливо, доведеться тимчасово доповнити новими з урахуванням особливих потреб, пов'язаних із переслідуванням за найтяжчі злочини. Це може стосуватися реалізації функцій, не пов'язаних із здійсненням правосуддя, як то: роз'яснювальна робота та інформування громадськості, налагодження відносин з міжнародним співтовариством для забезпечення проваджень, а також відбір міжнародних фахівців та адміністрування їх діяльності. У Надзвичайних африканських палатах ця додаткова спроможність була виражена у формі додаткового адміністратора в секретаріаті внутрішньої системи. У Боснії, де зовнішній компонент був набагато більш вираженим, це був додатковий секретаріат, в якому форма міжнародного контролю поступово трансформувалась у внутрішній контроль. У змішаному або спеціальному суді, що має виражений зовнішній характер, такому як Спеціальний трибунал щодо Лівану, МКТЮ або МКТР, доцільним буде великий секретаріат для управління всіма аспектами організації діяльності суду, включаючи кадри, фінанси, охорону, закупівлі, діловодство, переклад, інформаційну підтримку, захист свідків та забезпечення архівної роботи.

Роз'яснювальна робота

26. Будь-який механізм забезпечення відповідальності за найтяжчі злочини повинен мати спеціальну структуру для роз'яснювальної роботи з постраждалими громадами та зацікавленими сторонами. У Східному Тиморі ООН створила Відділ з розслідування серйозних злочинів та Спеціальні колегії, що не мали ані структури, ані ресурсів для роз'яснювальної роботи, тож їхня діяльність залишилася незрозумілою для громад, яким вони повинні були служити¹³⁵. У перші шість років МКТЮ не мав програми роз'яснювальної роботи і це дало змогу націоналістичним силам у колишній Югославії, що мали власні причини протистояти роботі трибуналу, принижувати його роль та діяльність¹³⁶. Верховний трибунал Іраку ніколи не мав структури для роз'яснювальної роботи. Навпаки, відділ роз'яснювальної роботи Спеціального суду для Сьєрра-Леоне розробив інноваційні шляхи взаємодії з громадами по всій країні до, під час та після процесів. Завдяки сильній підтримці та залученню суддів ці методи включали інтерактивні форуми в школах та інших місцях, де потерпілі, школярі, поліція, військові або загальна публіка могли послухати посадових осіб суду та поділитися своїми думками щодо його роботи; відділ також видавав прес-релізи судових засідань та брав участь у радіопередачах, організував театральні вистави та конференції про суд. Секретаріат суду організував інтерактивний форум Спеціального суду, в якому представники громадянського суспільства країни могли щомісячно зустрічатися із відповідальними співробітниками усіх підрозділів Суду, щоб задавати питання та обмінюватися думками. Суду доводилось постійно переконувати донорів фінансово підтримувати цю роботу, адже багато хто вважав її не "основною" функцією суду (див.: II.3. ФІНАНСУВАННЯ).
27. Організації громадянського суспільства можуть доповнювати і бути важливими партнерами в роз'яснювальній роботі механізму, але вони не можуть замінити структури для такої роботи. Ефективність роз'яснювальної роботи не можна забезпечити простим її делегуванням неурядовим організаціям. Щоб здобути довіру громадськості, механізми відповідальності повинні бути здатними надавати чітку і зрозумілу інформацію про те, що вони роблять і навіщо. І щоб постраждалі громади відчували, що механізм усвідомлює їх позиції, його офіційні особи мають брати участь у заходах для громадськості, навіть якщо вони є певною мірою обмеженими у висловлюваннях щодо поточних справ

¹³⁵ Caitlin Reiger and Marieke Wierda, "The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect", International Center for Transitional Justice, March 2006, с. 31-32.

¹³⁶ Diane F. Orentlicher, "That Someone Guilty Be Punished: The Impact of the ICTY in Bosnia", Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, 2010, с. 101-105.

суду. Оскільки така активність вимагає відповідної інфраструктури та ресурсів, організації громадянського суспільства слід розглядати як ключових партнерів для її реалізації. Наприклад, у Сьєрра-Леоне місцеві та міжнародні неурядові організації проводили заходи з інформування громадськості щодо мандата Спеціального суду до і після його створення. Надзвичайні африканські палати в судах Сенегалу розробили новий підхід до співпраці для вирішення проблеми залучення громад як у Сенегалі, так і в Чаді. Адміністратор суду уклав угоду з асоціацією НУО, що складалася з міжнародних експертів та місцевих організацій двох країн, які були знайомі з місцевим контекстом та мережею громад. Асоціація мала можливість організовувати моніторинг судових засідань, а також налагоджувати зворотний зв'язок між громадськістю та посадовими особами суду. Проте делегування функцій інформування громад організаціям громадянського суспільства не слід розглядати як просте рішення проблеми обмеженого фінансування механізму, оскільки НУО також можуть мати подібні труднощі при залученні коштів для роз'яснювальної роботи.

Захист і підтримка свідків

28. Слід оцінити, чи необхідно створення нових структур для захисту та підтримки свідків. Кримінальні процесуальні, кримінальні кодекси, акти виконавчих органів, правила суду або інше спеціальне законодавство відповідних країн може містити положення щодо забезпечення захисту та підтримки свідків. Необхідно провести оцінювання, щоб визначити ефективність наявних мандатів та структур з урахуванням ризиків, з якими стикаються окремі свідки, зменшення ризику в залі суду та поза нею, забезпечення конфіденційності особи свідка в разі потреби, реагування на загрози та переселення свідків у разі необхідності. Відповідні законодавчі положення для надання психосоціальної та медичної допомоги вразливим свідкам також можуть існувати, проте слід оцінити дієвість заходів, що здійснюються на їх підставі, та ефективність цих дій у подоланні наслідків злочинів.
29. Якщо державні установи, уповноважені на забезпечення захисту свідків, можуть бути причетні до злочинів, перебувати під контролем або бути пов'язаними зі злочинцями, вони не виконуватимуть цих функцій належним чином. Наприклад, у Сербії відділ захисту свідків у складі національної поліції, що мав би захищати свідків під час судових процесів щодо воєнних злочинів, був звинувачений у тому, що серед його співробітників були злочинці, а також у залякуванні свідків. У глибоко розділеному суспільстві, наприклад у Боснії та Кот-д'Івуарі, працівники органів захисту свідків можуть мати довіру однієї громади,

тоді як інші їм не довіряють. Причиною тому може стати як помилкове сприйняття, так і реалії "правосуддя переможців", що здійснюється механізмом із критичними недоліками (як у Бангладеш). Якщо є підстави вважати, що суспільні розбіжності можуть викликати недовіру до наявних у країні заходів чи програм захисту свідків, запроваджені механізми відповідальності мають розглянути питання про створення структури захисту свідків під міжнародним керівництвом (як це було певний час у Боснії) або з міжнародною участю (див.: П.Ж. ЗАЛУЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДДІВ І ПЕРСОНАЛУ).

30. Якщо механізми не мають структур і спроможності для захисту та підтримки свідків, зовнішні учасники можуть зменшити ризик завдання шкоди. У ДРК судові процеси у справах про найтяжчі злочини розпочалися без ресурсів чи структур для захисту та підтримки свідків, і це призвело до того, що свідки виявилися вразливі до ризику фізичного впливу, залякування та тиску. Певною мірою ці недоліки було виправлено тим, що миротворча місія ООН, дипломатичні місії та неурядові організації взяли на себе здійснення таких заходів, як переселення деяких свідків або направлення їх на психосоціальну допомогу¹³⁷.
31. Розробники механізмів повинні проконсультуватися з особами, що представляють сектор реформ, донорами та представниками загальної системи правосуддя щодо захисту свідків у відповідній країні, оскільки ця сфера є перспективною для співпраці. Створення нового механізму відповідальності, тимчасового чи постійного, може дати імпульс для країн вперше запровадити власні програми захисту свідків. У Гватемалі одним із перших пріоритетів Міжнародної комісії проти безкарності була пропозиція генеральній прокуратурі створити програму захисту свідків та впровадити нові правила судочинства, що дозволили б захищеним свідкам давати показання за допомогою відеоконференцій¹³⁸. Обидві пропозиції були вкрай важливими не тільки для розслідування корупційних злочинів, вчинених високопосадовцями, але й для спроможності національних прокурорів вести справи про найтяжчі злочини проти високопоставлених підозрюваних. В Уганді посадовці, залучені до створення Відділу з міжнародних злочинів, від самого початку визнали захист свідків пріоритетом¹³⁹, а через кілька років законопроект про захист свідків був включений до порядку денного парламенту.

¹³⁷ Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, "Putting Complementarity into Practice: Domestic Justice for International Crimes in DRC, Uganda, and Kenya", 2011, с. 36-37.

¹³⁸ Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, "Against the Odds: CICIG in Guatemala", 2016, с. 118.

¹³⁹ Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, "Putting Complementarity into Practice", с. 72-73.

32. Структури захисту та підтримки свідків повинні продовжувати функціонувати навіть після завершення роботи тимчасового механізму. Деякі свідки матимуть потребу в захисті та підтримці ще тривалий час після завершення роботи механізму, тому з самого початку має бути розроблений план забезпечення того, щоб вразливі свідки продовжували отримувати послуги від цих структур і надалі. Наприклад, Міжнародний залишковий механізм для кримінальних трибуналів візьме на себе функцію захисту свідків стосовно МКТЮ і МКТР, а Залишковий спеціальний суд для Сьєрра-Леоне зробить те саме стосовно Спеціального суду для Сьєрра-Леоне. Крім того, у Сьєрра-Леоне Відділ по роботі з потерпілими і свідками Спеціального суду приділив час та інвестував значні ресурси для підготовки десятків національних поліцейських, які будуть відповідати за здійснення безперервності захисту.

Тримання під вартою

33. Якщо місця утримання під вартою не відповідають належним стандартам, то це може підірвати досягнення та авторитет механізму. Відсутність належних місць тримання під вартою може перешкоджати проведенню ефективних розслідувань та загрожувати безпеці свідків, а також персоналу та приміщенням механізму. У ДРК величезні зусилля національних судів, спрямовані на проведення судових розглядів у справах з міжнародних злочинів, що отримали значну допомогу від неурядових організацій та міжнародних донорів, знецінилися через залежність від ненадійних місцевих в'язниць. Багато хто з засуджених за найтяжчі злочини, змогли втекти без особливих зусиль¹⁴⁰.
34. Якщо для механізму відповідальності за найтяжчі злочини створені нові місця тримання під вартою, що відповідають міжнародним стандартам, слід також докласти зусиль для покращення умов тримання під вартою в звичайних національних установах. У протилежному разі виникає контраст, коли підозрювані у скоєнні воєнних злочинів утримуються в належних умовах, тоді як ті, кого звинувачують у менш серйозних злочинах, перебувають у поганих умовах у переповнених в'язницях. Це може призвести до загальної критики механізму. У Сьєрра-Леоне це стало проблемою Спеціального суду, хоча інвестиції суду в підготовку персоналу для національних в'язниць і наступна передача судом його сучасної в'язниці державі дещо виправили ситуацію.

¹⁴⁰ Там само, с. 42.

Ключові питання, що допоможуть визначити структуру

- Які інституційні структури можуть бути необхідними для виконання кожного елемента визначеної мети та мандата механізму?
- Структури якого масштабу необхідні для реалізації мандата механізму?
- Які варіанти побудови дадуть змогу громадам, які постраждали найбільше, отримати доступ до механізму, наприклад, використання мобільних судів або виїзних процесів?
- Чи існує ризик того, що деякі елементи мандата, важливі для успіху механізму, не отримають достатньо уваги без структур, визначених за допомогою основних документів (законодавства чи статутів)?
- Чи означає мінливість поточної ситуації, що ключові рішення про структуру механізму мають залишатися на розсуд його операторів?
- Чи сприймаються постраждалим населенням як неупереджені державні органи влади та/або міжнародні установи, які наділяють механізм повноваженнями; чи можливо очікувати, що національні уряди не політизуватимуть судові органи? Якщо ні, чи будуть захищені від неналежного впливу та сприйматися як більш легітимні механізми, що є більш автономними від держави та/або міжнародних організацій?
- Якщо очікується, що процес виконання судових рішень механізму матиме внутрішній та/або міжнародний опір, чи зможуть його структури ефективно використовувати дипломатичні та політичні важелі для сприяння виконанню рішень?
- Які структури обов'язково створити з самого початку, а запровадження яких можна відкласти на більш пізні етапи судочинства або до розширення масштабів діяльності механізму?
- Що стосується тимчасових механізмів, яким чином його структури поступово припинятимуть діяльність, і які інституції візьмуть на себе необхідні залишкові функції?
- Враховуючи спроможність системи правосуддя, чи було б доцільно використовувати наявні структури (в одній або декількох сферах), або ж необхідно створити нові спеціалізовані структури?
- Чи можуть судді та їхні родичі стикатися із серйозними загрозами, та чи можна знизити рівень таких загроз шляхом створення судів із високим ступенем ризику?

■ Чи мають слідчі та прокурори достатній рівень знань з міжнародного кримінального права, чи володіють навичками ведення складних справ, роботи із особами, що є носіями інсайдерської інформації, експертами та вразливими свідками, а також фіксації специфічних доказів, що можуть мати місце у цьому контексті, включаючи ті, що отримані із використанням експертних знань?

■ Чи можливо залучити до розслідування співробітників національної поліції, зокрема із використанням механізму їх спеціальної перевірки? Якщо ні, то які існують інші джерела залучення як слідчих місцевих спеціалістів, глибоко обізнаних із контекстом?

■ Чи очікується, що цей механізм буде працювати над великою кількістю справ, що передбачає більш “горизонтальне” структурування розслідувань та обвинувачення, чи акцент буде зроблений на порівняно небагатьох масштабних справах, для чого доречно було б використати “вертикальну” структуру?

■ Які структури прокуратури чи засоби співпраці дали б прокурорам змогу побачити закономірності у злочинах, над якими працюють окремі групи слідчих і прокурорів?

■ Чи розглядає постраждале населення місцеві адвокатські об’єднання як неупереджені та незалежні, чи виникає потреба у створенні спеціального органу захисту для розгляду найтяжчих злочинів?

■ Чи зрозуміло, яка структура визначатиме, хто з адвокатів матиме право представляти захист перед механізмом і яка структура буде розглядати скарги адвокатів, яким буде відмовлено в цьому?

■ Якщо представництво потерпілих включене до мандата механізму, яка структура буде нести відповідальність за його організацію?

■ Скільки потерпілих, як очікується, потребуватимуть представництва в процесі розгляду справ механізмом, і які структури можуть бути сформовані для полегшення координації між окремими представниками потерпілих, представниками груп, а також консультацій представників із постраждалими громадами?

■ Якщо відшкодування становлять частину мандата, які його види передбачені й яка структура буде здійснювати індивідуальні та/або групові відшкодування, відстежувати та заморожувати активи засуджених та/або створювати цільовий фонд і займатися залученням ресурсів до нього?

■ Які адміністративні повноваження можуть бути покладені на структури звичайної системи правосуддя, і які з них можуть потребувати створення додаткових структур або окремого секретаріату?

■ Яка структура буде відповідати за підготовку та проведення роз’яснювальної роботи з громадами, на яких впливає робота механізму? Яким чином впливатимуть на розроблення цієї структури географічне розташування постраждалих громад та рівень спроможності громадянського суспільства?

■ Чи є ефективними наявні механізми захисту та підтримки свідків, та чи користуються вони довірою населення? Наскільки велика кількість потенційних свідків, що опинились під загрозою або знаходяться у вразливій ситуації, з якими видами ризику та травмами вони можуть зіткнутися, і які внутрішні та міжнародні партнери можуть надати допомогу механізму для забезпечення їх захисту та підтримки?

■ Чи були причетні до злочинів ті, хто відповідає за забезпечення захисту свідків у звичайній системі правосуддя, або чи не сприймаються вони постраждалими громадами як такі, що пов’язані з будь-якою групою підозрюваних у скоєнні найтяжчих злочинів?

■ Чи були проведені з особами, що представляють сектор реформ, донорами та представниками загальної системи правосуддя консультації щодо потенційних сфер спільних інтересів у забезпеченні захисту та підтримки свідків?

■ Якщо механізм має тимчасовий характер, які структури візьмуть на себе зобов’язання щодо захисту та підтримки свідків після закінчення його мандата?

■ Чи задовольнятимуть очікуваним потребам механізму наявні місця тримання під вартою та чи забезпечене належне управління ними?

■ Яким чином створення нових або вдосконалення наявних місць тримання під вартою для забезпечення провадження у справах щодо найтяжчих злочинів можна було б використати для посилення спроможності загальних установ тримання під вартою та покращення управління ними?

Ж

ЗАЛУЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДДІВ І ПЕРСОНАЛУ

На яких умовах варто залучити до механізму міжнародних суддів та персонал? Коли вони залучені, якими мають бути масштаб та форма їх участі? Які вимоги до їх кваліфікації? Яким повинен бути процес відбору міжнародного персоналу, і яка їх відповідальність за свої дії під час роботи в механізмі? Які процеси можна запровадити, щоб сприяти партнерським відносинам між національними та міжнародними співробітниками механізму, з користю для діяльності механізму та підвищення його спроможності?

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Механізми відповідальності, до складу яких залучались міжнародні судді та персонал, вдавалися до цього з однієї чи кількох основних причин: (1) забезпечити неупередженість механізму, робота якого пов'язана із питаннями, що розділяють суспільство та національні інституції, і таким чином підвищити довіру громадськості до об'єктивності та результатів роботи механізму; (2) надати суттєву експертну допомогу у тих ситуаціях, коли представники місцевих органів правосуддя не мають достатнього рівня знань чи досвіду в міжнародному кримінальному праві або інших відповідних навичок (включаючи логістичні, безпекові та інші операційні питання); (3) розвинути спроможність місцевих фахівців шляхом співпраці та навчання. Успіх такого залучення різнився залежно від обставин. Зокрема, це залежало від професійності міжнародних співробітників, а також від того, наскільки форма залучення сприяла розвитку партнерства з місцевими співробітниками, а не створювала напруження у відношеннях.

Ступінь міжнародної участі в механізмах відповідальності різнився. У деяких місцях, наприклад в Аргентині, Бангладеш та Уганді, практично не було міжнародного залучення, не рахуючи окремих консультантів та тренерів. У Надзвичайних африканських палатах переважали місцеві сенегальські судді та співробітники, а міжнародні представники брали участь у судових

слуханнях, представництві потерпілих та інформаційно-просвітницькій діяльності. У Сьєрра-Леоне значно вагомішу роль у всіх складових роботи суду відіграють місцеві співробітники, в той час як у міжнародних спеціальних трибуналах щодо колишньої Югославії та Руанди працювали лише міжнародні судді та переважно міжнародні співробітники.

Різноманітними є і форми міжнародної участі. У багатьох моделях основна відповідальність міжнародних співробітників полягала в безпосередній залученості до проваджень як суддів, прокурорів, адвокатів, судових адміністраторів тощо. До них відносяться спеціальні трибунали та механізми для Камбоджі, Центральноеафриканської Республіки, Східного Тимору та Лівану. У національних судах з міжнародним компонентом, таких як в Боснії та Косово, акцент робився на розвитку спроможності місцевих кадрів. Міжнародне залучення через наставництво було ще більш вираженим в інших місцях, де воно набувало різних форм та мало різний рівень успіху. У ДРК організовані ООН Відділи підтримки обвинувачення делегували міжнародних слідчих для участі в національному розслідуванні як консультантів. Ця модель, адаптована для використання в Центральноеафриканській Республіці, мала труднощі на початковому етапі, оскільки контракти міжнародних слідчих були настільки короткотривалі, що вони не встигали зрозуміти контекст і вивчити справи настільки добре, щоб принести користь до свого від'їзду. Мандат Міжнародної комісії проти безкарності в Гватемалі дозволяє їй проводити незалежні розслідування, але до суду справи можуть бути подані Генеральною прокуратурою. Рекомендації Комісії щодо реформування цього органу відіграли ключову роль, і, як тільки ці реформи були проведені, Комісія дедалі частіше стала проводити розслідування спільно із національними партнерами. У підсумку це сприяло розвитку кваліфікованих кадрів серед місцевих прокурорів та поліції, які цінують власну незалежність.

Кваліфікація, необхідна міжнародним суддям та персоналу, а також відповідний рівень міжнародних службовців різняться між механізмами та всередині них. Деякі судді та співробітники, вмотивовані місією ефективного здійснення правосуддя, активно ділилися знаннями, отриманими з багаторічного досвіду, виявляли повагу до національних співробітників і стали їх ефективними партнерами (у відповідних ситуаціях). Проте деякі іноземні фахівці мали недостатній досвід або знання, не виявляли відданості своїй роботі та зверхньо ставилися до місцевих колег. Хоча якість персоналу всередині будь-якої організації різнилася, коли мова йде про професійність міжнародних суддів та персоналу, процес відбору значною мірою впливає на загальний рівень кваліфікації та остаточне співвідношення хороших і поганих кандидатур.

Критерії, за якими держави пропонують кандидатури до трибуналів ООН та Міжнародного кримінального суду, є дуже різними та часто непрозорими. У МКТЮ і МКТР судді були обрані Генеральною Асамблеєю зі списку,

ВИНЕСЕНІ УРОКИ І МІРКУВАННЯ

Форми міжнародного залучення

1. **Причини міжнародного залучення до роботи механізму мають визначати ступінь міжнародної участі.** Ці причини повинні відповідати прийнятим рішенням щодо мети механізму та його зв'язку з внутрішньою системою (див.: П.А. МЕТА та П.Б. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ). Як правило, країни відчують більшу потребу у міжнародному залученні тоді, коли відсутня безпека та внутрішня політична воля, наявні високий рівень суспільної поляризації та/або криза сфери правосуддя та інфраструктури країни, що вимагають більшої кількості зовнішніх елементів у структурі механізму. Було б важко уявити надійні механізми без міжнародної участі для колишньої Югославії, коли війна ще тривала, або в Руанді чи Сьєрра-Леоне одразу після війни. Якщо рівень внутрішньої спроможності та політичної волі високий, як в Аргентині після правління хунти або у Сенегалі, міжнародна участь може не знадобитися. У Надзвичайних африканських палатах міжнародні судді були включені лише через постанову Суду Економічного співтовариства західноафриканських держав, за якою Палати не повинні були стати складовою частиною системи правосуддя Сенегалу.
2. **Підготуйтеся до можливої зміни форми міжнародної участі з часом.** Умови, що призводять до необхідності міжнародної участі, можуть змінитися, слід враховувати можливість зміни форми участі з урахуванням нових реалій або її повного припинення. МКТЮ, Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне та інші суди з вагомим міжнародним компонентом, певно, могли б по закінченні війн та у міру зростання спроможності на національному рівні долучитися до системи загального судочинства у своїх країнах. Можливо, найбільшим нововведенням боснійської моделі була запланована відмова від міжнародних суддів, прокурорів та представників захисту, та врешті-решт, перехід до повністю внутрішнього механізму. У Боснії така поступова відмова була запланована і здійснювалась відповідно до графіка, що, можливо, провокувало політичні напади з боку опонентів суду. Поетапний підхід до припинення міжнародної участі може залежати від просування реформ у секторі правосуддя; це могло б стимулювати уряд до проведення реформ та сприяти більшій інтеграції зусиль, спрямованих на забезпечення відповідальності за найтяжчі злочини, та загального розвитку верховенства права.
3. **Подумайте, чи можуть суто наставницькі моделі допомогти уникнути необхідності безпосередньої міжнародної участі.** Можуть існувати

наданого Радою Безпеки. Втручання у внутрішню політику та дипломатичні торги в процесі номінації та відбору часто призводили до вибору не найбільш кваліфікованих кандидатів¹⁴¹. Подібне свавілля і неоднозначність результатів відбору простежувались і там, де механізми комплектувались міжнародними суддями і персоналом на умовах відрядження. Якщо механізми під егідою Організації Об'єднаних Націй або регіонального міжурядового органу (як у випадку зі Спеціалізованими палатами та Спеціалізованою прокуратурою в Косово, так і з Міждисциплінарною групою незалежних експертів і експерток у Мексиці), може бути нелегко прийняти гнучкі політики прийому на роботу та уникнути підводних каменів усталених у деяких міжнародних організаціях процесів призначення та відбору.

Пропонуючи заробітну плату на рівні ООН або ЄС, пільги, у тому числі у сплаті податків, механізми приваблювали не тільки багатьох кваліфікованих співробітників, але й іноземців, яких більше цікавили гроші, ніж відданість його місії. Тим часом такі установи, як неурядові організації або інші механізми перехідного правосуддя (наприклад, Комісія правди та примирення у Сьєрра-Леоне), змогли залучити високомотивованих, кваліфікованих міжнародних юридичних фахівців зі скромною оплатою праці та пільгами. Медичні НУО також регулярно залучають мотивованих лікарів, які працюють у складних місцях, попри скромну оплату. Різниця в оплаті праці між місцевими та міжнародними посадовими особами в межах одного і того ж органу може призвести до значного невдоволення; у ДРК стурбованість уряду та громадянського суспільства перспективою значної різниці в оплаті праці міжнародних та місцевих посадовців стала одним із чинників, що призвели до невдачі процесу створення змішаних палат для розслідування найтяжчих злочинів.

Механізми, що користуються підтримкою міжнародної організації, але формально не є її частиною (Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі або Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне), більш гнучкі у визначенні критеріїв відбору міжнародних співробітників. Проте механізми, що залежали від добровільних внесків, такі як Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне, також часто мали приймати нефінансову допомогу у формі відрядженого персоналу, що мало неоднозначні наслідки.

Те, наскільки механізм сприяв створенню середовища для розбудови потенціалу, значною мірою залежало від прийнятих на роботу міжнародних співробітників, зокрема їх відкритості, готовності дізнаватися від місцевих колег про особливості національної юридичної практики та культури, готовності виявляти повагу, а також їх майстерності та досвіду у поясненні правових понять. Це підкреслює важливість процесу відбору міжнародних співробітників.

¹⁴¹ Див.: Ruth Mackenzie, Kate Malleson, Penny Martin, and Philippe Sands QC, "Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics", Oxford University Press (International Courts and Tribunals Series), 2010.

конституційні або законодавчі обмеження щодо залучення міжнародних суддів та посадових осіб безпосередньо до національної системи правосуддя. Навіть якщо це юридично можливо, але наявна виражена стурбованість щодо зовнішнього впливу (як у ДРК), будь-яке пряме залучення іноземців може дискредитувати механізм або виявитись політично неможливим. І якщо однією з цілей механізму є розвиток внутрішньої спроможності (як у випадку з Міжнародною комісією проти безкарності в Гватемалі), за певних обставин краще використати спрощений підхід і створити модель, за допомогою якої міжнародні співробітники працюватимуть поруч, але не будуть офіційними представниками системи.

4. **Якщо міжнародні прокурори безпосередньо чи опосередковано беруть участь у підтримці справ, то повинна передбачатися міжнародна підтримка захисту, а також будь-яких представників потерпілих.** Якщо спроможність захисту на національному рівні вкрай низька, як це було у Східному Тиморі, міжнародна підтримка захисту має ключове значення для забезпечення права на справедливий суд. Запровадження для іноземних юристів права виступу у національних судах може бути складним завданням і потребувати внесення змін до правил судочинства, згоди місцевої асоціації адвокатів чи внесення змін до законодавства¹⁴².

Кваліфікаційні вимоги

5. **Мотивація та ставлення міжнародних співробітників не менш важливі, ніж їхні знання та досвід.** Внесок міжнародних суддів та співробітників в успіх механізму може бути неоціненним, якщо вони беруть участь, тому що вірять у місію; ставляться до місцевих колег з повагою – готові опанувати місцевий контекст, законодавство, що застосовується та практику, використовують можливості поділитися власним досвідом без зверхності та перебувають у країні досить довго, щоб вивчити контекст і досягти реальних результатів. На відміну від цього переваги міжнародного втручання зменшуються або зникають, коли посадові особи вмотивовані насамперед завдяки високій, неоподатованій зарплаті, щедрими добовими або сповненим привілеїв життям та відсутністю особистої відповідальності в часто доволі “екзотичних” місцях, зверхньо ставляться до національних колег, відмовляються вивчати відповідні закони та правові звичаї, демонструють недостатню відданість роботі або працюють за короткостроковим контрактом і не встигають опанувати місцевий контекст. У процесі

залучення суддів та посадових осіб до механізму із міжнародною участю завжди присутні представники цих двох протилежних груп. У таких випадках досягнення розумного балансу залежало від якості процедур відбору, і розробники нових механізмів мають прагнути до ще більшого прогресу у порівнянні з минулою практикою (див.: “Уроки щодо процесу відбору та підзвітності” нижче).

6. **Міжнародні співробітники повинні мати бездоганну репутацію з погляду етичних питань.** Потенційні судді повинні мати у своїх країнах послідовну репутацію, що підтверджує їх відданість Бангалорським принципам поведінки суддів¹⁴³ незалежно від займаних раніше посад: з погляду незалежності, неупередженості, доброчесності, порядності, рівності та старанності. Судді та адвокати повинні мати бездоганну репутацію перед усіма відповідними наглядовими органами в їхній державі.
7. **Міжнародні співробітники мають бути обізнані з правовою системою, в якій працюватимуть.** У протилежному разі виникнуть труднощі, як було у Східному Тиморі та Косово. Наприклад, суддям системи загального права, які не розуміють принципів захисту потерпілих, або слідчим суддям системи континентального права, які не розуміють угод про визнання винуватості, буде важко бути корисними для механізмів з такими юридичними ознаками. У Боснії, де елементи змагальності були внесені до загальної частини кримінального процесуального кодексу, міжнародні прокурори мали досвід роботи переважно в системі загального права, тоді як міжнародні судді переважно працювали у системі континентального права, що ускладнило гармонізацію практики в Палаті з розслідування воєнних злочинів.
8. **Міжнародні співробітники повинні мати обширні знання і досвід відповідно до ролі, яку вони мають виконувати.** У тимчасових трибуналах судді повинні бути “особами високої моралі, неупередженості та чесності, мати кваліфікацію, що вимагається в їхніх відповідних країнах для призначення на найвищі судові посади”¹⁴⁴. На додаток до цього, у загальному складі палати “необхідно приділити належну увагу досвіду суддів у кримінальному праві, міжнародному праві, включаючи норми міжнародного гуманітарного права та права прав людини”¹⁴⁵. Ці вимоги повторюються в Статуті Спеціального суду для Сьєрра-Леоне¹⁴⁶. Важливо також мати практичні навички і досвід у розробленні законопроектів та веденні справ. У Боснії судді та прокурори мали вісім років

¹⁴³ Бангалорські принципи поведінки суддів, 2002 р.

¹⁴⁴ Ст. 13 Статуту МКТЮ, ст. 12 Статуту МКТР.

¹⁴⁵ Ст. 13.1 Статуту МКТЮ, ст. 12.1 Статуту МКТР.

¹⁴⁶ Ст. 13, Статут Спеціального суду для Сьєрра-Леоне.

¹⁴² Щодо наслідків для права на справедливий суд, див.: Skilbeck, “Ensuring Effective Defence,” с. 92

досвіду роботи зі складними кримінальними справами. Щоб уникнути невдоволення в змішаних механізмах, такі вимоги ніколи не повинні бути нижчими для міжнародних учасників, ніж для місцевих колег.

9. **За можливості, іноземці мають вільно володіти робочими мовами національних колег.** Робота через усних та письмових перекладачів витратна, трудомістка, створює ризик помилок і непорозумінь, а також менш сприятлива для побудови партнерських відносин, що сприяють довірі та розбудові потенціалу. Значна кількість суддів та юристів з досвідом у міжнародному кримінальному праві володіють англійською, французькою та іспанською мовами. Якщо це одна з робочих мов механізму, вільне володіння цією мовою має бути обов'язковою вимогою. Вочевидь, у деяких місцях, таких як Східний Тимор або Косово, коло міжнародних експертів, які володіють місцевою мовою, недостатньо широке, щоб висувати вимогу вільного володіння нею. В інших місцях (наприклад там, де використовують російську або арабську) може знадобитися оцінка, щоб визначити, чи знайдеться достатня кількість іноземців, які володіють мовою та відповідають основним потребам механізму.

Процес відбору

10. **Відбір міжнародних суддів та персоналу має бути прозорим.** Іноземних суддів у Палаті з розслідування воєнних злочинів у Боснії спочатку відряджали уряди, в результаті чого деякі судді не мали знань, досвіду та мотивації¹⁴⁷. Створена пізніше Вища рада суддів і прокурорів, відповідальна за відбір національних суддів та прокурорів, взяла на себе процес відбору міжнародних суддів та прокурорів відповідно до критеріїв, що застосовуються до їхніх національних колег. Участь національної установи у відборі міжнародних суддів чи інших посадових осіб стає проблематичною, якщо цей орган політизований; таким був досвід у Камбоджі, де політизована Вища рада магістратури отримала функцію формального затвердження до Надзвичайних палат посадових осіб, призначених ООН.
11. **Цей процес має підкреслювати гендерну рівність та гендерну компетентність.** Римський статут містить корисні положення про відбір та призначення суддів. Окрім характерної для спеціальних трибуналів вимоги щодо належного врахування представництва основних правових систем світу, Римський статут вимагає “справедливого географічного представництва” та “справедливого представництва суддів

жінок та чоловіків”¹⁴⁸. Враховуючи досвід, вкрай важливо включити справедливе представництво серед суддів (та персоналу) до установчих документів. Ці правові норми важливі для гарантування рівного або рівноправного представництва та забезпечення основи підзвітності, якщо органи, що призначають суддів, не дотримуються зазначених стандартів. У випадку з механізмами, підтриманими ООН, слід враховувати також довгострокову мету цієї організації щодо досягнення 50-50 гендерного розподілу на всіх її рівнях, при цьому особлива увага приділяється особам, які приймають рішення (включаючи суддів)¹⁴⁹. На додаток до аргументів рівності та покращення процесу прийняття рішень за врахуванням поглядів представників різних груп, окремі факти дають підстави припустити, що послідовний перехід раніше заснованих міжнародних органів кримінального правосуддя до серйозного розгляду згвалтувань та інших сексуальних злочинів та ретельного їх розслідування обумовлює участь жінок у спеціальних трибуналах як слідчих, експертів, суддів, юридичних радників і прокурорів¹⁵⁰.

12. **Уникайте надмірної оплати та пільг для міжнародних суддів та персоналу.** Якщо джерело повноважень не пов'язує механізм із системою ООН або іншою інституцією, що характеризується високою заробітною платою, механізми мають будуватись таким чином, щоб забезпечувалась гнучкість у встановленні більш розумних ставок та пільг. Слід провести оцінювання потреб та встановити, яка саме плата та пільги потрібні. Для кваліфікованих посадовців, з якими укладені довгострокові контракти на посади, що характеризуються високим ступенем ризику або не передбачають переміщення сім'ї, може вимагатись вищий рівень оплати праці. Для Спеціального кримінального суду в Центральноафриканській Республіці це виявилось складним завданням. Якщо передбачається високий рівень заробітної плати, для залучення кваліфікованих міжнародних спеціалістів необхідно активніше використовувати цілеспрямоване поширення інформації про вакансію серед фахівців у цій галузі (а не спиратися на стандартні списки ООН чи інших систем) (див. також: П.Г. ДЖЕРЕЛО ПОВНОВАЖЕНЬ).
13. **Контракти для іноземних суддів та посадових осіб мають укладатись як мінімум на два роки.** Короткостроковий характер контрактів міжнародних експертів у Східному Тиморі, Косово та ДРК призвів

¹⁴⁸ Ст. 36(8) Римського Статуту.

¹⁴⁹ Див.: “Пекін +20: Минуле, сьогодні, майбутнє: Представленість жінок у системі ООН”, режим доступу: www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2015/03/the-representation-of-women-and-the-united-nations-system.

¹⁵⁰ Див.: Kelly Askin, “The Power of Women in Advancing the Cause of Gender Justice”, Фондації Відкритого Суспільства, 7 березня 2013 р., режим доступу: www.opensocietyfoundations.org/voices/power-women-advancing-cause-gender-justice.

до того, що міжнародні експерти часто ставали швидше тягарем, ніж допомогою. Якщо міжнародні судді залучаються лише на один рік, як наприклад деякі судді в Боснії, вони можуть не встигнути до закінчення їхнього контракту розглянути розпочаті справи. Укладання договорів на більш тривалий термін може бути неможливим, якщо в основної або партнерської міжнародної організації складні внутрішні правила чи процедури, або умови фінансування, що перешкоджають цьому. Відповідно, за таких обставин кандидати, які висловлюють готовність продовжувати контракти, мають отримувати перевагу перед іншими.

Підзвітність

14. **Механізми повинні з самого початку мати суворі кодекси поведінки для міжнародних суддів та персоналу і процедури забезпечення їх дотримання, а також передбачати обов'язкове навчання нових співробітників.** Коли майже через два роки після початку роботи Спеціального суду для Сьєрра-Леоне його старшого міжнародного слідчого звинуватили в зґвалтуванні дитини, суд ще не мав власного кодексу поведінки персоналу; звинувачення і судовий процес розділили співробітників і зашкодили репутації суду¹⁵¹. Такі інциденти менш вірогідні, якщо існують суворі кодекси поведінки, донесені до персоналу, і наявні механізми їх дотримання. Чітко визначені процедури дають змогу механізмам більш адекватно реагувати на подібні обвинувачення. Обов'язкові до виконання кодекси поведінки сигналізують міжнародним суддям і персоналу про відповідальність за власну поведінку, навіть за наявності угод, що надають юридичні привілеї та імунітети (див. також: П.І. НАГЛЯД).

Процес інтеграції

15. **У механізмі, включеному в національну систему правосуддя, роль та відповідальність міжнародних суддів і персоналу мають бути чітко визначені з самого початку.** Щоб уникнути плутанини, необхідно чітко визначити, коли міжнародні співробітники працюють у межах ієрархії національної системи, і коли вони відповідають перед міжнародним секретаріатом або адміністраторами (якщо такі передбачені).

16. **У відповідних випадках варто очікувати, що міжнародні судді та персонал будуть брати участь у тренінгах від національних колег щодо питань, пов'язаних із внутрішньою системою правосуддя.** Це дає істотну перевагу для покращення розуміння національного кримінального процесу та місцевої правової культури. Крім того, це демонструє повагу до місцевих колег.
17. **Має існувати процедура спільного визначення місцевими та міжнародними колегами тренінгів та ресурсів, що найбільш необхідні для розбудови національного потенціалу.** Нові механізми відповідальності можуть отримувати численні пропозиції щодо навчання від неурядових організацій, владних органів та академічних інституцій. Проте часто такі короткострокові тренінги мають дублюючий характер, є надто абстрактними та відволікають співробітників від справ, що потребують їхньої уваги. Процедура, що надає місцевим співробітникам можливість обрати лише найбільш значущі навчальні або менторські пропозиції, з урахуванням рекомендацій міжнародних колег, може допомогти краще використовувати ресурси та сприяти створенню атмосфери колегіальності.

¹⁵¹ Автор, на той час співробітник Офісу Прокурора, брав участь у робочій групі, яка підготувала проект Кодексу поведінки, що не був ані схвалений високопосадовцями суду, ані доведений до відома співробітників. Більше інформації щодо інциденту, в якому слідчий був у підсумку виправданий за звинуваченнями, див.: Sydney Morning Herald, "I was brutalised, says cleared UN worker", 15 жовтня 2005 р.

Ключові питання для забезпечення інтеграції міжнародних суддів і персоналу

- У світлі політичних обставин та внутрішнього потенціалу, які посади потрібно заповнити міжнародними фахівцями і чому?
- Якщо обставини, що вимагають міжнародної участі, можуть змінюватися з часом, як масштаб і форма такої участі мають змінитися з часом, щоб адаптуватися до нової ситуації?
- Чи існують юридичні обмеження щодо залучення міжнародних фахівців до внутрішньої системи, через які прийнятною є саме модель з міжнародними консультативними функціями?
- Навіть якщо це дозволено згідно із законом, чи існують певні суспільні занепокоєння щодо прямого іноземного залучення у сфері правосуддя, через які модель менторства виглядала б більш прийнятною?
- Якщо для забезпечення справедливості передбачається залучення міжнародних обвинувачів, яким чином забезпечити таку ж можливість для захисту та представництва потерпілих?
- Як організувати процес відбору кандидатів на користь безсторонніх та високо мотивованих кандидатів?
- З огляду на кількість і категорії необхідних міжнародних фахівців, чи є достатня кількість претендентів, які володіють робочою мовою механізму, щоб висунути вимогою до кандидатів вільне володіння мовою?
- Які кроки можуть забезпечити прозорі процедури відбору на основі професійних критеріїв? Чи є національна процедура призначення суддів достатньо незалежною, щоб впоратись із цим завданням?
- Який рівень оплати і пільг є безумовно необхідним для залучення кваліфікованих міжнародних фахівців, однак не сприяє напливу тих, хто переважно зацікавлений у високих заробітних платах?
- Чи забезпечує розроблений процес відбору дотримання гендерного балансу серед міжнародних співробітників?
- Хто буде відповідальним за те, щоб кодекси поведінки були прийняті та введені в дію до початку відбору міжнародних фахівців?
- Якщо передбачено окремий секретаріат чи міжнародну адміністрацію, чи зрозуміло, коли міжнародні співробітники відповідатимуть перед ними, і коли це відбуватиметься у межах системи правосуддя, в якій вони працюють?
- Які можливі процедури участі місцевих співробітників у перевірці відповідності пропозицій щодо навчання пріоритетам розбудови спроможності?

3

ФІНАНСУВАННЯ

Чи може механізм фінансуватись із внутрішнього бюджету, або ж варто спиратися на міжнародну спільноту? Чи містять недоліки варіанти отримання достатніх бюджетних асигнувань від держави або фінансування з боку міжнародної установи? Які наслідки добровільного фінансування? Які наслідки того, що деякі функції механізму залишаються поза основним бюджетом механізму?

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Фінансування механізмів відповідальності за найтяжчі злочини було фіксованим (або забезпеченим), добровільним або ж представляло певне поєднання цих варіантів. На модель фінансової підтримки механізму суттєво впливають рішення щодо його зв'язку із національною системою (див.: **II.Б. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ**) та джерела його повноважень (див.: **II.Г. ДЖЕРЕЛО ПОВНОВАЖЕНЬ**). Водночас обрана модель фінансування впливала на структуру механізму (див.: **II.Е. СТРУКТУРА**) та спосіб відбору міжнародних суддів та співробітників (див.: **II.Ж. ЗАЛУЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДДІВ І ПЕРСОНАЛУ**).

У внутрішній системі фіксоване або забезпечене фінансування визначається відповідно до національного процесу розподілу бюджету. Так, наприклад, було в Аргентині. Колумбія також фінансувала провадження щодо найтяжчих злочинів зі свого національного бюджету, з якого також здійснювалася виплата більшості компенсацій жертвам (хоча згідно із Законом про справедливість та мир вони мали сплачуватися за рахунок майна злочинців). Для міжнародних або змішаних механізмів “фіксоване фінансування” забезпечується за рахунок обов'язкових внесків від ООН чи інших держав-членів міжнародної або регіональної організації. Наприклад, як МКТЮ, так і МКТР отримали надійне джерело фінансування за рахунок коштів ООН відповідно до статті 17 Статуту ООН (хоча щодо деяких витрат обидва механізми також поклалися на добровільні внески).

Коли не було фіксованого джерела фінансування, механізми спиралися на добровільне фінансування, але певні зацікавлені сторони (держави та між-

народні організації) висловлювали бажання фінансово підтримувати роботу механізму. Фінансування діяльності Спеціального суду для Сьєрра-Леоне спочатку здійснювалося за рахунок добровільних внесків урядів. Так само на добровільні внески міжнародного співтовариства покладалися Надзвичайні палати у судах Камбоджі, Надзвичайні африканські палати, Міжнародна комісія проти безкарності в Гватемалі та Спеціальний кримінальний суд для Центральноафриканської Республіки.

Деякі внутрішні механізми також отримували зовнішні добровільні внески. Переважна частина конголезької системи правосуддя, включаючи елементи, долучені до розгляду справ щодо найтяжчих злочинів, спиралася на підтримку донорів. В Уганді Відділ з міжнародних злочинів отримав підтримку таких країн, як Сполучені Штати, Данія, Ірландія, Нідерланди, Австрія, Норвегія та Швеція. У Колумбії Департамент юстиції США та Міжамериканський банк розвитку фінансували значні проекти, пов'язані з правосуддям.

У деяких місцях баланс фінансування з часом змінювався. Генеральна Асамблея завчасно створила “Добровільний цільовий фонд” для забезпечення фінансування роботи МКТР. У Сьєрра-Леоне дефіцит добровільних внесків змусив Спеціальний суд просити та отримувати фінансову підтримку ООН в 2004, 2011 та 2012 роках. У Східному Тиморі місія Організації Об'єднаних Націй фінансувала як Відділ з розслідування серйозних злочинів, так і Спеціальні колегії за рахунок обов'язкових і добровільних внесків, тоді як пізніше створена Група з розслідування особливих злочинів фінансувалася за рахунок обов'язкових внесків.

Що стосується Спеціального суду для Сьєрра-Леоне, приватні фонди та міжнародні установи відіграли значну роль у фінансуванні “непрофільних функцій”, таких як інформаційно-просвітницька діяльність та навчання суддів. Протягом кількох років Фондації Відкритого Суспільства були основним джерелом фінансування проекту мобільного суду для гендерного правосуддя в ДРК.

ВИНЕСЕНІ УРОКИ І МІРКУВАННЯ

1. **Переваги та недоліки фіксованого та добровільного фінансування мають розглядатися з урахуванням конкретного контексту.** Деякі попередні оцінки структур та функціонування механізмів рекомендували уникати добровільного фінансування та зосереджуватись на моделях із обов'язковими внесками¹⁵². Проте, навіть якщо переваги

¹⁵² Експертна комісія щодо оцінки механізмів у Східному Тиморі у 1999 році дійшла висновку, що “було б недоречно рекомендувати створення будь-якої форми кримінального трибуналу, без логічного наголосу, в першу чергу, на значенні гарантованого, достатнього та стабільного рівня фінансування [...]” Див.: Звіт Генеральному секретареві від Комісії експертів з розслідування серйозних порушень прав людини у Тиморі-Лешті (тоді Східний Тимор) ►

такого фінансування перевершують його недоліки, сукупність наявного досвіду свідчить про те, що це питання слід вирішувати залежно від обставин конкретної ситуації.

а. Переваги фіксованого та недоліки добровільного фінансування:

- i. Надійне фінансування забезпечує певний рівень стабільності механізму та допомагає операторам у плануванні. Невизначеність щодо добровільного фінансування через особливі вимоги донорів, а також циклічний характер фінансування може ускладнити планування.
- ii. Прогалини у фінансуванні можуть призвести до затримок у роботі та інших негативних наслідків, включаючи труднощі при відборі та утриманні персоналу.
- iii. Добровільне фінансування вимагає від старших адміністраторів механізму значного часу для залучення коштів а також відповідних організаційних витрат і витрат на відрядження.
- iv. Фіксоване внутрішнє фінансування може підкреслити національну відповідальність за механізм, а фіксоване міжнародне фінансування (наприклад, обов'язкові внески держав-членів ООН) забезпечує політичну дистанцію між фінансовими донорами і операторами судового механізму. На відміну від цього, залежність від зовнішніх добровільних донорів (наприклад, підтримка США Верховного трибуналу Іраку) може негативно позначатися на легітимності механізму.

б. Недоліки фіксованого та переваги добровільного фінансування:

- i. **Механізм, що залежить від регулярного бюджету держави, може бути більш схильним до політичного тиску.** Якщо у державі існує практика втручання виконавчої влади у дії судових органів та/або сильне бажання досягти одностороннього правосуддя (як у Бангладеш або у випадку запропонованого гібридного суду для Дарфуру), внутрішнє фіксоване фінансування може зашкодити реальній чи уявній незалежності механізму та його легітимності. Навпаки, зовнішнє добровільне фінансування механізмів у поляризованому суспільстві може забезпечити більшу легітимність механізмів (наприклад у Боснії та Косово), ніж це було б, якщо б вони фінансувались переважно з бюджетів держав, що асоціюються з однією версією суперечливих подій (як у Хорватії та Сербії).

у 1999 р., 26 травня 2005 р., с. 28. Аналогічно у доповіді Генерального секретаря від 2004 р., з посиланням на досвід Спеціального суду для Сьєрра-Леоне, був зроблений висновок про те, що “діяльність судових органів не може цілком залежати від мінливості добровільного фінансування”. Див.: “Верховенство права та правосуддя перехідного періоду в конфліктних та постконфліктних суспільствах” S/2004/616, п. 43. Щодо Надзвичайних палат у судах Камбоджі, див. також: Девід Шеффер, “No Way to Fund a War Crimes Tribunal”, 28 серпня 2012 р. New York Times, “Не в такий спосіб слід фінансувати ключовий трибунал з розслідування воєнних злочинів з історичним мандатом для забезпечення відповідальності за одне з найгірших вбивств невинних цивільних осіб в 20 столітті. Добровільна допомога уряду для трибуналів щодо воєнних злочинів – це, в кращому випадку, спекулятивна ініціатива, яка залежить від багатьох непередбачуваних з роками змінних, що первісна мета іноді просто забувається”.

ii. Фіксоване фінансування з боку Організації Об'єднаних Націй та інших міжнародних або регіональних органів супроводжується значною бюрократією. Процедури та положення передбачають забезпечення роботи механізмів відповідно до таких принципів, як прозорість, справедливість та фінансова відповідальність. Проте на практиці вимоги щодо відбору, оплати праці та пільг і нагляду можуть бути громіздкими, створювати хибні стимули для найму, мати високу вартість та значно подовжувати час, необхідний для створення механізму (див. також: П.Г. ДЖЕРЕЛО ПОВНОВАЖЕНЬ та П.Ж. ЗАЛУЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДДІВ І ПЕРСОНАЛУ).

2. Якщо механізм фінансується шляхом поєднання фіксованих та добровільних внесків, винесення важливих аспектів мандата за межі “основних видів діяльності” може призвести до їх невиконання або затримки. Низка механізмів поставилися до окремих аспектів своєї діяльності, таких як роз'яснювальна робота, представництво потерпілих, відшкодування збитків та насліддя, як до другорядних та залишили їх для фінансування за рахунок добровільних фондів. Що стосується роз'яснювальної роботи, це призвело до шкідливих затримок у спроможності механізмів сформулювати розуміння їхніх мандатів, як це трапилося з МКТР, МКТЮ, Палатою з розслідування воєнних злочинів у Боснії та Надзвичайними палатами у судах Камбоджі. Представництво жертв здатне підвищити затребуваність механізму для постраждалих осіб та громад; але окрім Спеціального трибуналу щодо Лівану та Міжнародного кримінального суду, механізми взагалі не передбачають правову допомогу для представництва потерпілих. У Боснії таке представництво передбачене кримінально-процесуальним кодексом, проте обмежене фінансування призвело до невиконання Палатою з розслідування воєнних злочинів цього обов'язку. Подібна проблема й у Колумбії, де широкі права потерпілих щодо участі у процесі обмежуються недостатнім фінансуванням. У Камбоджі Надзвичайні палати спираються на проекти НУО для фінансування представництва потерпілих. Відшкодування часто є надто важливим для постраждалих громад і може збільшити перспективи роботи механізму для сприяння примиренню; однак у багатьох ситуаціях коштів на відшкодування вкрай мало. Положення щодо репарацій за конголезьким законодавством ніколи не отримували адекватного фінансування; присуджені репарації, як правило, не сплачуються¹⁵³. Це призвело до того, що деякі жертви ставлять під сумнів доцільність кримінального переслідування. Станом на жовтень 2017 року фонд відшкодувань, створений для Надзвичайних африканських палат, перебував під загрозою розчарувати багатьох жертв засудженого колишнього президента Чаду Хіссена Хабре. Для тимчасових

механізмів питання насліддя “також має бути чітко визначене мандатом і отримувати підтримку з основного бюджету”¹⁵⁴.

3. Незалежно від того, чи фінансуються механізми за рахунок фіксованих або добровільних внесків, має забезпечуватися баланс у підтримці різних складових судового процесу. На початку провадження щодо серйозних злочинів у Східному Тиморі Організація Об'єднаних Націй надала широке фінансування для розслідування та обвинувачення, при цьому лише близько 10 відсотків цієї суми були виділені для судового розгляду, а на питання захисту не виділені кошти взагалі. Це призвело до порушень права на справедливий суд, значних затримок і втрати ефективності.
4. Механізм, що не відповідає міжнародним стандартам, буде складно отримати добровільне фінансування. Якщо у ключових напрямках, включаючи незалежність суду та право на справедливий суд, механізм не відповідає міжнародним стандартам, залучати добровільні внески буде важко. Тривале занепокоєння з приводу втручання уряду Камбоджі в роботу Надзвичайних палат сприяє тому, що механізму завжди складно отримувати кошти від донорів. Трибунал з міжнародних злочинів у Бангладеш не мав міжнародної підтримки через порушення стандартів справедливого судового розгляду та сприйняття його роботи як політизованого процесу. Аналогічно Європейський Союз, низка європейських держав та організацій громадянського суспільства відмовляються допомагати механізму, що передбачає смертну кару. Через це діяльність Верховного трибуналу Іраку значною мірою залежить від фінансової та інших форм підтримки Сполучених Штатів.
5. Якщо країни-члени механізму отримують міжнародну фіксовану або добровільну допомогу, необхідно розглянути питання про можливі зміни у джерелах фінансування з часом, що пов'язані із поступовим припиненням участі міжнародних суддів та персоналу (у разі наявності такої участі). Організація переходу від міжнародного до національного фінансування може допомогти підвищити рівень місцевої відповідальності, забезпечити інтеграцію зусиль із загальним розвитком сектору правосуддя, посилити довіру до послідовності зусиль у цій сфері в країнах, де проводяться реформи, та зменшити побоювання донорів щодо невиконання зобов'язань. Однак і в цьому існує потенційний ризик. Якщо національні органи влади погоджуються взяти на себе відповідальність за фінансування, але потім відмовляються, продовження роботи механізму може опинитися під загрозою.

¹⁵³ У 2011 році жертви в одній справі отримали відшкодування за підтримки програми ООН Жінки. Див.: <https://monusco.unmissions.org/en/un-supports-songo-mboyo-rape-victims-drc>.

¹⁵⁴ УВКПЛ “Механізми забезпечення верховенства права (змішані суди)”, с. 8, режим доступу: ohchr.org/Documents/Publications/HybridCourts.pdf.

Ключові питання, що допоможуть визначити питання фінансування

- Чи проводилися консультації щодо джерел фінансування механізму з усіма основними зацікавленими сторонами, включаючи потерпілих та інших осіб у постраждалих громадах?
- Для механізмів, інтегрованих у національну систему правосуддя, чи має держава бажання і засоби для забезпечення адекватного фінансування?
- Чи існує небезпека того, що в такому разі держава може використати фінансування, як інструмент впливу на рішення прокурорів та суддів?
- Підвищить чи зменшить державне фінансування потенційну легітимність механізму в очах постраждалих громад?
- Якщо суд отримав повноваження від міжнародного чи регіонального органу, чи буде забезпечено надходження обов'язкових внесків на період очікуваної тривалості мандата механізму?
- Якщо так, підвищить чи зменшить потенційну легітимність механізму в очах постраждалих громад фінансування з боку відповідного міжнародного або регіонального органу?
- Якщо передбачається фіксоване фінансування з боку міжнародного або регіонального органу, які правила та норми необхідно запровадити, включаючи питання найму, винагороди, закупівель та нагляду? Якщо такі норми і правила матимуть небажані наслідки, наприклад впливатимуть на якість міжнародних співробітників, збільшуватимуть час на створення механізму або загальні витрати, чи можливо обговорити наперед можливі зміни, що сприяли б усуненню цих наслідків?
- Якщо передбачається добровільне фінансування, чи наявна достатня кількість зацікавлених у цьому держав, організацій та, можливо, приватних донорів, і чи залишаться вони зацікавленими протягом багатьох років, необхідних для завершення механізмом своєї роботи?
- Чи впливатимуть внески потенційних донорів на підвищення або зменшення легітимності механізму в очах постраждалих громад?
- Чи наявні проекти розвитку верховенства права у країні, що можуть бути адаптовані для підтримки окремих аспектів діяльності механізму?

- Як можливі недоліки у дотриманні міжнародних стандартів механізмом можуть вплинути на зацікавленість донорів, а також чи можна уникнути цих недоліків або усунути їх?
- Чи всі аспекти механізму розглядаються як “основні”? Якщо ні, то які можливі наслідки для успіху механізму, якщо “непрофільні” аспекти фінансуються недостатньо або зовсім не фінансуються?
- Якщо механізм фінансується ззовні, чи можливий повний або частковий перехід на внутрішнє фінансування за рахунок державного бюджету протягом певного часу, без загрози для його мандата або діяльності?

I

НАГЛЯД

Які засоби офіційного нагляду, включаючи процеси призначення та звільнення суддів та прокурорів, правила етики та процеси для забезпечення їх дотримання, а також структури мають забезпечувати підзвітність механізму за рішення несудового характеру та використання коштів? Які засоби неформального нагляду потрібні для забезпечення відповідальності механізму за добросовісне та ефективне виконання його мандата, включаючи судовий моніторинг, адвокацію з боку громадянського суспільства та висвітлення у засобах масової інформації?

ТЕПЕРІШНІЙ ДОСВІД

Офіційний нагляд

Засоби нагляду за механізмом значною мірою визначаються його взаємовідносинами із внутрішньою системою (див.: **П.Б. ВІДНОШЕННЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ**), джерелом його повноважень (див.: **П.Г. ДЖЕРЕЛО ПОВНОВАЖЕНЬ**) та структурою (див.: **П.Е. СТРУКТУРА**). Функції нагляду можуть бути розподілені між різними органами та установами, відповідальними за різні складові національної судової системи (як в Аргентині та Уганді); спеціальні механізми у межах внутрішньої системи можуть мати деякі надзвичайні елементи нагляду (як у Боснії та, меншою мірою, в Надзвичайних африканських палатах); або бути набагато більш консолідованими у випадку надзвичайних, автономних міжнародних механізмів. У межах цієї останньої групи порядок нагляду визначений в основних документах і може частково спиратися на наявні наглядові органи та процедури міжнародного або регіонального органу, що наділив механізм повноваженнями, включаючи Організацію Об'єднаних Націй (для МКТЮ та МКТР)¹⁵⁵, Міжамериканську комісію з прав людини (для Міждисциплінарної групи

незалежних експертів і експерток) та Африканський Союз (для запропонованої кримінальної палати майбутнього Африканського суду справедливості та прав людини і народів).

Деякі механізми, підтримані ООН, прийняли окремі функції нагляду ООН, наприклад Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне. Попри те, що Суд не є установою ООН, в ньому застосовуються правила бухгалтерського обліку, прийняті в ООН; внутрішній аудит механізму переданий Управлінню служб внутрішнього нагляду Організації Об'єднаних Націй, а зовнішній – Комісії аудиторів ООН. Як внутрішні, так і зовнішні аудити проводились відповідно до тієї ж практики, що застосовується до аудиту будь-якої з установ ООН¹⁵⁶.

Крім того, в Спеціальному суді для Сьєрра-Леоне, на відміну від запроваджених до нього Надзвичайних палат у судах Камбоджі, був створений Керівний комітет з представників держав-донорів, уряду Сьєрра-Леоне та Генерального секретаря ООН¹⁵⁷. Його функції включали нагляд за річним бюджетом суду та іншими фінансовими питаннями, а також надання рекомендацій та стратегічного керівництва щодо позасудових аспектів діяльності суду, включаючи питання ефективності¹⁵⁸. Комітет щорічно відвідує суд. Ця модель була адаптована наступними механізмами, включаючи Спеціальний трибунал щодо Лівану.

Іншу модель офіційної публічної прозорості використано в Уганді, де у спеціалізованих судах передбачено створення “Комітету користувачів суду”. Відповідно до правил Відділу з міжнародних злочинів, комітет відіграє дорадчу роль і до його складу входять ключові офіційні зацікавлені сторони у суді, а також представники громадськості. Проте фінансові труднощі перешкодили скликанню комітету. Спеціалізовані палати в Косово мають нову посаду “Омбудсмена” у складі секретаріату. Він має мандат на прийняття та розслідування скарг щодо основних прав та свобод тих, хто взаємодіє з механізмом.

У Камбоджі функції нагляду за Надзвичайними палатами були розділені на внутрішні процедури та процедури ООН, для камбоджійських та міжнародних службовців і персоналу відповідно. У відповідь на постійні повідомлення про корупцію уряд ООН та Камбоджа узгодили створення Незалежного радника для перевірки заяв, хоча доповіді цього офісу ніколи не були оприлюднені. Щодо Міжнародної комісії проти безкарності у Гватемалі майже не

¹⁵⁶ Перший щорічний звіт Голови Спеціального суду для Сьєрра-Леоне за період з 2 грудня 2002 р. по 1 грудня 2003 р., с. 29, режим доступу: www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=NRhDcbHrcSs%3d&tabid=176.

¹⁵⁷ Угода між Організацією Об'єднаних Націй та урядом Сьєрра-Леоне про заснування Спеціального суду для Сьєрра-Леоне, 16 січня 2002 р., стаття 7, режим доступу: www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=CLk1rMQtCHg%3d&tabid=176.

¹⁵⁸ Генеральний секретар Організації Об'єднаних Націй, Доповідь Місії з планування зі створення Спеціального суду для Сьєрра-Леоне, S/2002/246, 8 березня 2002 р., Додаток III, режим доступу: www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2002/246.

було зовнішнього нагляду, ні від Організації Об'єднаних Націй, ні від керівного комітету; вона використовувала внутрішні процедури та роботу одного комісара з широкими повноваженнями¹⁵⁹.

Для ситуацій, що підпадають під потенційну юрисдикцію Міжнародного кримінального суду, принцип комплементарності розглядається як формальне зовнішнє джерело нагляду. Багато країн, ситуації щодо яких перебувають на етапі “попереднього вивчення” Офісом Прокурора МКС, хотіли б уникнути передачі справ до Гааги; до них відносяться такі держави, як Колумбія або Сполучене Королівство (у зв'язку з ймовірними злочинами в Іраку) та навіть держави, що не є учасниками Римського статуту (такі як Ізраїль), але щодо громадян яких може проводитися розслідування через ймовірні злочини, скоєні ними на території держави-учасниці. Ці держави мають продемонструвати, що виконують свої зобов'язання щодо повноцінного розслідування та обвинувачення за злочинами за міжнародним правом, щоб запобігти відкриттю повноцінного розслідування Офісом Прокурора. Якщо розслідування розпочате, держави можуть зіткнутися з вимогами МКС щодо арешту високопосадовців, якщо їх не було притягнуто до відповідальності на національному рівні, як це трапилося в Кот-д'Івуарі.

Неофіційний нагляд

Окрім формального, існують різні форми неофіційного нагляду за механізмами відповідальності. Держави, міжнародні організації, організації громадянського суспільства та засоби масової інформації відігравали важливу роль у цьому питанні.

Донори забезпечували певний рівень відповідальності за бюджет та діяльність механізмів, навіть якщо не мали офіційної ролі в керівному комітеті. Наприклад, в Уганді донори сектору правосуддя утворили “Групу партнерів розвитку”, що підтримує зв'язок з національним координаційним механізмом у сфері юстиції. За допомогою Групи донори координували свою діяльність у визначенні пріоритетів допомоги Відділу з міжнародних злочинів, встановлюючи деякі умови щодо порядку використання їхньої допомоги¹⁶⁰.

Судовий моніторинг та моніторинг інституційних змін є ще одним ключовим джерелом неформального нагляду. Перспектива викриття недоліків у діяльності або провадженнях може бути потужним стимулом для того, щоб чиновники механізму забезпечували належний рівень роботи. Таке викриття також може спричинити реагування з боку офіційних органів нагляду. Організація з безпеки та співробітництва в Європі здійснювала моніторинг

національних проваджень у Боснії, Косово та Сербії. У деяких країнах міжнародні неурядові організації або академічні установи проводили моніторинг судових процесів у справах про найтяжчі злочини (наприклад, Адвокати без кордонів у ДРК, Правова Ініціатива Відкритого Суспільства в Камбоджі та Гватемалі, Центр вивчення воєнних злочинів Університету Каліфорнії в Берклі в Камбоджі та Сьєрра-Леоне). Місцеві НУО також відіграли важливу роль у проведенні судового моніторингу в таких місцях, як Сербія, Косово, Сенегал та Сьєрра-Леоне. Їх здатність відігравати цю роль залежить від спроможності, що коливається від досить високої (як у Сербії та Кенії) до вкрай низької, особливо там, де конфлікт триває або щойно закінчився (як у Східному Тиморі та Центральноафриканській Республіці). Місцевим НУО може бути складніше стати ефективною силою нагляду в країнах з розділеними суспільствами, як у Сирії, Кот-д'Івуарі чи Боснії, або де державні репресії обмежують їхню свободу дій, як у Судані чи Бурунді, а також у менших масштабах у таких місцях, як Камбоджа та Мексика.

Нарешті, журналісти стали суттєвим джерелом неформального нагляду, оскільки порушують питання щодо діяльності механізмів та займаються викриттям несправедливості, політизації, корупції та неефективності. Їх здатність виконувати цю функцію залежить від загального рівня розвитку засобів масової інформації та свободи слова у відповідній країні.

ВИНЕСЕНІ УРОКИ І МІРКУВАННЯ

Офіційний нагляд

1. **Переконайтеся, що всі працівники механізму мають зобов'язання відповідно до практичних кодексів етики.** Необхідно забезпечити, щоб кожен суддя та співробітник механізму відповідальності за найтяжчі злочини мав зобов'язання за кодексом етики та одночасно залишався спроможним діяти незалежно. Для цього можна задіяти як елементи загальної системи правосуддя країни, що успішно функціонують, так і спеціальні документи, довгострокові політики і структури міжнародних чи регіональних організацій. У жодному разі механізм не повинен почати роботу без таких кодексів, як це сталося із Спеціальним судом для Сьєрра-Леоне (див. також: **ІІ.Ж. ЗАЛУЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДДІВ І ПЕРСОНАЛУ**). Процес впровадження дієвих кодексів поведінки для суддів є чутливим і може породжувати два негативні сценарії, яких слід уникати: перший, коли судді здійснюють нагляд за “своїми” на власний розсуд, або другий, коли орган нагляду за поведінкою суддів може мати (або сприйматися як такий, що має) політичні мотиви чи упередження.

¹⁵⁹ Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, “Against the Odds: CICIG in Guatemala”, 2016 с. 8.

¹⁶⁰ Правова Ініціатива Відкритого Суспільства, “Putting Complementarity into Practice”, 2011, с. 79-80.

2. **Необхідно мати чіткі та надійні засоби зовнішнього аудиту бюджету за участі спроможних та незалежних національних аудиторських установ, наявних органів міжнародних організацій або новостворених спеціальних структур.** Відсутність чітких правил аудиту фінансової діяльності Надзвичайних палат у судах Камбоджі втягнула суд у корупційні скандали, тоді як у Сьєрра-Леоне – країні, подібній до Камбоджі, з поширеною корупцією можновладців – Спеціальний суд використовував внутрішні та зовнішні процедури фінансового аудиту ООН та зміг запобігти подібному.
3. **Уникайте спільного нагляду, коли це може призвести до ускладнення роботи механізму.** У деяких ситуаціях можуть працювати спільні форми нагляду. Наприклад, у Надзвичайних африканських палатах усі старші посадові особи (за винятком головуючих суддів у справах в апеляційній палаті) були сенегальцями, яких номінував Сенегал, але офіційно призначав Африканський Союз. Це не викликало труднощів, оскільки обидві сторони підтримували місію палат. Проте в Камбоджі подібна домовленість, що передбачала номінації від ООН на посади міжнародного слідчого судді та лише формальне схвалення Камбоджі, не спрацювала і спровокувала дипломатичну напруженість, коли Камбоджа відмовилася давати згоду.
4. **У політизованих системах необхідно розглянути можливість використання зовнішніх спеціалізованих, більш прозорих процесів призначення та відсторонення.** Механізми втрачають довіру, коли залежать від чиновників із політизованих систем правосуддя. Наприклад, в Уганді державні обвинувачі не розглядали серйозні звинувачення у воєнних злочинах, що вчинялися національною армією; це створювало загрозу перетворення Відділу з міжнародних злочинів на механізм, призначений для застосування одностороннього правосуддя. Подібна практика знизила довіру до проваджень щодо найтяжчих злочинів у Кот-д'Івуарі та Бангладеш й повністю унеможливила їх у Кенії та Ліберії. У Мексиці, де федеральні прокурори також відмовлялися розслідувати участь військової та федеральної поліції у скоєнні широкомасштабних злочинів, цю роботу залишили міжнародним експертам із Міждисциплінарної групи.
5. **Необхідно, щоб адміністратори механізму регулярно звітували перед наглядовим органом.** У внутрішній системі це частково може відбуватися, коли судді, прокурори та слідчі поліції звітують відповідним посадовим особам у системі. В інших випадках може існувати вимога регулярних звітів постійним міжнародним організаціям або спеціальним структурам. Наприклад, Міжнародний неупереджений та незалежний механізм щодо Сирії має звітувати перед Генеральною Асамблеєю ООН два рази на рік, секретаріат Спеціального суду для Сьєрра-Леоне

щомісяця звітує перед Керівним комітетом, президент Спеціального трибуналу щодо Лівану щорічно звітує Генеральному секретареві ООН та уряду Лівану, а запропонована кримінальна палата майбутнього Африканського суду справедливості та прав людини і народів повинна буде подавати щорічні звіти про свою діяльність Асамблеї глав держав та урядів АС, а також фінансові звіти до Виконавчої ради АС.

Неформальний нагляд

6. **Забезпечте, щоб прозорість була ключовою цінністю для механізму та знайшла вираження в установчих документах.** Дієвість неформального нагляду залежить від інформації; і хоча механізму необхідно буде забезпечувати певну конфіденційність (з таких питань, як таємниця нарадчої кімнати та захист свідків), надання відповідей на запити про отримання інформації стосовно його діяльності та результатів, включаючи питання ефективності, фінансів та етики, має забезпечуватись. Основоположні документи повинні робити особливий акцент на принципі прозорості.
7. **Донори механізму мають максимально координувати свою діяльність.** Навіть якщо це не здійснюється через формальну структуру нагляду, таку як керівний комітет, координація донорів не тільки зменшує прогалини та дублювання в підтримці, але і дає донорам можливість здійснювати зовнішній контроль за використанням механізмом їхніх коштів. Координація донорів у ДРК була слабкою, тоді як в Уганді вона виявилась ефективною.
8. **Визначте потенційні міжнародні організації, що зможуть проводити моніторинг проваджень.** Міжнародна організація, що не бере участь в управлінні механізмом, але працює в тій самій країні, може відігравати важливу роль у моніторингу діяльності та проваджень. Так було з моніторингом проваджень з боку ОБСЄ в колишній Югославії.
9. **Ті, хто підтримує створення нового механізму, повинні допомогти забезпечити, щоб місцеві організації громадянського суспільства та журналісти мали свободу та ресурси для доступу до механізму, контролю за його діяльністю та критики.** Зміцнення довіри до роботи механізму впливає на підвищення його ефективності. Така довіра спирається на здатність механізму витримувати пильний контроль з боку громадських активістів, моніторів та журналістів. У разі необхідності держави та міжнародні організації повинні підтримувати таку зацікавленість громадянського суспільства та засобів масової інформації та зміцнювати їх здатність співпрацювати із створюваним механізмом.

Ключові питання, що допоможуть визначити питання нагляду

- Чи проводилися консультації з усіма основними зацікавленими сторонами, включаючи потерпілих та інших людей у постраждалих громадах, при визначенні механізмів нагляду?
- Чи діють наглядові органи для системи правосуддя у постраждалій країні, у тому числі щодо суддів, прокурорів, захисників, потерпілих та державних службовців?
- Чи наявні сильні та дієві етичні кодекси, як національні, так і міжнародні, на які можна посилатися в установчих документах?
- Чи наявні діючі національні органи для контролю за фінансовою діяльністю механізму, чи цю функцію можна буде передати міжнародній або регіональній організації?
- Якщо передбачається спільне виконання деяких чи всіх наглядових функцій, чи всі сторони підтримують цей механізм, і чи ймовірно продовження такої підтримки незалежно від того, які судові рішення він прийматиме? Чи можливі такі сценарії, що можуть призвести до безвиході або зловживання повноваженнями нагляду з метою перешкоджання реалізації мандата механізму?
- Чи призведе використання конкретного наявного механізму призначення та звільнення посадових осіб до зростання або зниження довіри до механізму з боку постраждалих громад? Якщо так, які зміни можуть зменшити або запобігти останньому ризику?
- Чи потрібно адміністраторам механізму регулярно звітувати перед наглядовою установою про результати судової, оперативної та фінансової діяльності?
- Яким чином може бути відображена в основних документах механізму цінність принципу прозорості?
- Якщо механізм отримує підтримку донорів, чи координують вони цю діяльність з метою забезпечення суворої звітності за використання коштів?
- Чи наявні національні чи міжнародні організації у відповідній країні, що могли б забезпечити проведення незалежного моніторингу судових проваджень та діяльності механізму в цілому?

- Чи мають організації громадянського суспільства та журналісти свободу та відповідні ресурси для налагодження співпраці, проведення моніторингу та висвітлення діяльності механізму, включаючи фінансову? Якщо ні, то що можна зробити для їх підтримки?

Другий том можна знайти за посиланням

