

КРИТЕРІЇ ІДЕНТИФІКАЦІЇ НАЦІОНАЛЬНИХ, ЕТНІЧНИХ, РАСОВИХ ТА РЕЛІГІЙНИХ ГРУП ПІД ЧАС КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНУ ГЕНОЦИДУ

У статті проаналізовано підходи міжнародних судів (Міжнародного суду ООН, Міжнародного кримінального суду, міжнародних кримінальних трибуналів *ad hoc* та гібридних Надзвичайних палат у судах Камбоджі) до критеріїв ідентифікації груп, захищених Конвенцією про запобігання злочину геноциду та покарання за нього. Зокрема, розглянуто ставлення цих судів до дихотомічних підходів до ідентифікації групи: позитивного/негативного та об'єктивного/суб'єктивного. Окрім того, досліджено підходи міжнародних судів до тлумачення сталості та мобільності як можливих критеріїв для розгляду групи захищеною в контексті Конвенції.

Важливе місце в статті відведено пошуку алгоритмів ідентифікації захищених груп міжнародними судами та взаємодоповнювальних стратегій використання різних підходів до такої ідентифікації. У статті вказано на те, що визначення належності до групи є контекстуальною обставиною злочину геноциду. Стверджується, що, через варіабельність підходів і стратегій, що використовуються міжнародними судами для ідентифікації груп, таку належність можна розглядати як «вікно можливостей» для контекстуального прочитання міжнародного кримінального права.

Ключові слова: Римський статут, позитивна та негативна ідентифікація групи, суб'єктивна та об'єктивна ідентифікація геноцидальної групи, сталість та мобільність групи.

Злочин геноциду, або злочин злочинів, як його часто позначають навіть у юридичній літературі, може бути скоєно щодо чотирьох груп, визначених Конвенцією про запобігання злочину геноциду та покарання за нього та статутами міжнародних кримінальних судів: національної, етнічної, расової чи релігійної. Належність до цих груп, користуючись сучасною термінологією Римського статуту та Елементів злочинів, є контекстуальною обставиною (контекстуальним елементом) злочину геноциду. Саме цей елемент чи не найбільш випукло відрізняє контекст геноциду від контексту інших злочинів (як загальнокримінальних, так і злочинів проти людяності). Як наслідок, з'ясування належності до групи, а передусім критеріїв ідентифікації таких груп, є базовою практичною проблемою під час кваліфікації конкретних діянь як геноциду. Ця стаття є спробою запропонувати огляд практики міжнародних кримінальних судів щодо ідентифікації груп та відповіді на питання, наскільки уніфікованою є така практика і чи закрита вона до динамічного врахування особливостей окремих ситуацій та зовнішнього для відповідного суду середовища.

Вивченню злочину геноциду, його історичних проявів, політико-соціальних наслідків,

юридичних тонкощів кваліфікації, мнемонічної важливості тощо присвячено величезну кількість наукових розвідок. Аби не потонути в океані цих праць та сфокусуватися лише на правових дослідженнях злочину геноциду, варто згадати принаймні роботи Рафала Лемкіна (Raphael Lemkin), автора терміна та проповідника необхідності криміналізації геноциду, Вільяма Шабаса (William Schabas), автора коментарів до статутів міжнародних судів, численних статей, присвячених злочину геноциду та компаративним аспектам цього злочину та злочинів проти людяності, Герхарда Верле (Gerhard Werle), який у своїх дослідженнях цікавився геноцидальним умислом та ідентифікацією груп саме як контекстуальними обставинами, Марджолейна Купідо (Marjolein Cupido), котрий запропонував термін «контекстуальне вбудовування» (*contextual embedding*) злочину геноциду та розглядав ідентифікацію груп як його частину, Паоли Гаети (Paola Gaeta), впорядкувальниці коментаря до Конвенції про запобігання злочину геноциду, Фанні Мартін (Fanny Martin), авторки статей щодо визначення захищених груп за Конвенцією та статутами міжнародних кримінальних судів.

Усі перераховані дослідники та багато інших торкаються цілої мережі питань, пов'язаних

з елементами злочину геноциду та їх осмисленням поколіннями науковців та міжнародних кримінальних судів. Чи не в кожному з попередніх досліджень широко коментувалася практика як міжнародних, так і національних судів, яка переломлювалася через призму найбільш коректного з погляду автора та відповідного задуму укладачів Конвенції чи статутів міжнародних кримінальних судів тлумачення поняття геноциду.

Це дослідження не має на меті створювати чергову антологію юридичної думки щодо елементів злочину геноциду. Не є воно й спробою кваліфікації конкретної ситуації як геноцидальної. Натомість основною метою тут є вільне від концептуалізації та коментарів відстеження практики міжнародних кримінальних судів щодо лиш одного аспекту контекстуального елементу злочину геноциду – ідентифікації групи. Отже, дослідження є своєрідною спробою деконструкції визначення груп за Конвенцією про запобігання злочину геноциду та статутами міжнародних кримінальних судів. Деконструкції, що полягає в поверненні до буквального розгляду текстів рішень таких судів без вивчення їх «оздоблення» у вигляді коментарів та критиків у доктрині.

Така увага до «чистої» практики міжнародних кримінальних судів не випадкова. Вона пов'язана з бажанням встановити існування повторюваних патернів та алгоритмів, за якими такі суди вирішують питання ідентифікації групи. Своєю чергою, вивчення цих алгоритмів дасть змогу зрозуміти, наскільки гнучкими є міжнародні кримінальні суди в їхньому прочитанні конкретного контекстуального елементу злочину геноциду – належності до групи. Гнучкість у підходах до ідентифікації групи може означати, що детермінування груп та їхніх характерних ознак може динамічно калібруватися відповідно до специфіки досліджуваних ситуацій та зовнішнього середовища, в якому працює суд.

Що ж до конкретної релевантної судової практики, яку вивчатимемо в цій роботі, то найширше розглянемо тут практику Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (далі – МКТЮ) та Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди (далі – МКТР). Це зумовлено тим, що на сьогодні практика Міжнародного кримінального суду (далі – МКС) щодо ідентифікації груп є доволі тонкою. Вона далека від відповіді навіть на окремі центральні питання, що можуть постати у зв'язку зі встановленням належності конкретних осіб-жертв злочину до однієї з чотирьох груп. МКС розглядав лише одну справу, пов'язану

з обвинуваченням у скоєнні злочину геноциду, до того ж лише у зв'язку з вирішенням питання про видачу ордеру на арешт Омара аль-Башира, а не по суті. Тому все ще актуальним є досвід міжнародних кримінальних трибуналів другого покоління щодо злочину геноциду та практика МКТР щодо злочинів проти людяності, адже контекстуальним елементом злочинів проти людяності в Статуті МКТР названо й належність до однієї з чотирьох груп: національної, етнічної, расової чи релігійної.

Враховуючи специфічність завдань дослідження, в цій статті я зупинюся на кількох принципових стартових позиціях, з яких починається ідентифікація групи міжнародними кримінальними судами. Найперше буде вивчено питання позитивної і негативної ідентифікації групи. Далі буде розглянуто суб'єктивну та об'єктивну ідентифікацію груп, захищених Конвенцією про запобігання геноциду. Наостанок дослідимо питання сталості груп як чинника, що уможливлює їхню ідентифікацію. У висновках буде запропоновано оцінку того, наскільки уніфікованою є практика міжнародних кримінальних судів щодо означених вище питань та наскільки це впливає на їхню відкритість до динамічного тлумачення положень Конвенції та відповідних статутів.

Позитивна та негативна ідентифікація групи. Як наголосила суддя А. Ушацька в окремій думці в першій справі про ордер на арешт Омара аль-Башира [1, пара. 23], визначення того, чи представляють жертви злочину одну із захищених Конвенцією груп, має відбуватися від справи до справи, без заздалегідь встановлених однозначних критеріїв. Попри таке загальне застереження, усталеною можна вважати думку про те, що вибір групи суб'єктом злочину геноциду має здійснюватися за позитивним принципом. Він полягає в тому, що жертви нападів ідентифікуються виконавцем злочину через їхню належність до національної, етнічної, расової чи релігійної групи, тобто через позитивні характеристики належності до групи. Негативний же принцип означає ідентифікацію осіб, на яких здійснюється посягання, як інших без усвідомлення та орієнтації на те, що вони, ці інші, складають певну національну, етнічну, расову чи релігійну групу.

Це правило добре відоме трибуналам *ad hoc* та було сприйняте й МКС у згадуваній єдиній власній справі щодо геноциду [2, пара. 135]. Отже, поза межі геноциду винесено злочини, що переслідують, скажімо, усіх, хто представляє нетитульну націю в певній країні.

Міжнародний суд ООН дотримується ідентичного підходу, що він виразив у своєму рішенні в справі Боснії і Герцеговини проти Сербії (далі – БіГ проти Сербії). Суд відкинув можливість негативної ідентифікації групи, проти якої спрямований геноцид, вказавши, що лише знаходження позитивних характеристик (національних, етнічних, расових або релігійних) може дати можливість встановити наявність злочину геноциду [3, paras. 191-196]. Втім, МС ООН не був надто детальним в описі того, як він розуміє ліміти терміна «позитивні характеристики». Єдине, що взагалі змусило Суд вдатися до короткого аналізу позитивної та негативної ідентифікації груп – це використання БіГ у тексті власної заяви широковживаного в рішеннях МКТЮ терміна *non-Serbs* (не сербів). Цей термін викликав критику Сербії у контрмеморандумі. Саме тому МС ООН необхідно було пояснити, який підхід до визначення групи Суд сповідуватиме. У рішенні у справі зазначено, що БіГ лише кілька разів апелює до «не сербів», а в більшості випадків визначає захищену групу як боснійських мусульман [3, para. 196]. Тому МС ООН не вважав за потрібне надто детально означати ідею позитивної ідентифікації і у своєму дослідженні належності до групи не вийшов за межі цитування вироку Нюрнберзького трибуналу з дуже загальною згадкою про геноцид і вказівкою на те, що Рафал Лемкін та розробники Конвенції проти геноциду мали на увазі захист групи, що означає обов'язкову позитивну ідентифікацію такої групи [3, paras. 193-196].

Попри те, що трибунали *ad hoc*, як і згодом МС ООН та МКС, наполягали на необхідності позитивної ідентифікації групи для встановлення існування контекстуального елементу злочину геноциду, в практиці трибуналів *ad hoc* трапляються й інші відповіді на питання про допустимість негативної ідентифікації. У першій справі, де МКТЮ по суті розглядав обвинувачення в геноциді (справа «Прокурор проти Горана Єлішича» (*The Prosecutor v. Goran Jelisić*)), Трибунал зазначив, що ідентифікація групи може відбуватися як за позитивним, так і за негативним критерієм [4, para. 71]. Використання негативного критерію, на думку Палати, означає, що виконавець злочину ідентифікує жертв як тих, хто не входить до його власної національної, етнічної, расової або релігійної групи. Інакше кажучи, відбувається стигматизація жертв за негативним критерієм.

Для пояснення своєї позиції МКТЮ відсилає до Фінальної доповіді Комісії експертів, що вивчала порушення Женевських конвенцій та інші

порушення міжнародного гуманітарного права під час конфлікту в колишній Югославії. Один параграф доповіді стосується питання ідентифікації жертв. У ньому наведено приклад уявної ситуації, за якої одна група хоче знищити повністю або частково деякі або й всі групи, які вона розглядає як відмінні за національною, етнічною, расовою або релігійною ознаками. Позиція Комісії полягала в тому, що за подібної ситуації групи, на які здійснюється посягання, потрібно розглядати як велике утворення, проти якого спрямований геноцидальний умисел умовної титульної групи [5, para. 96]. Це, своєю чергою, означає, що в такій ситуації можливою є кваліфікація посягань на різні групи «інших» як злочин геноциду.

Непрямо про можливість негативної ідентифікації йдеться в справі 002, що слухалася в Надзвичайних палатах у судах Камбоджі, де в рішенні про підтвердження обвинувачення вказано на те, що напади здійснювалися на представників народу тям, водночас представники інших груп явно виключалися з об'єктів атак [6, para. 71].

У своїй позиції щодо обов'язковості позитивної ідентифікації груп для притягнення до міжнародної кримінальної відповідальності МКС у справі аль-Башира згадує три судових рішення трибуналів *ad hoc*. Два з них (справи «Прокурор проти Крстича» в МКТЮ та «Прокурор проти Акаїєсу» в МКТР), хоч, найімовірніше, й справді можуть бути витлумачені на підтримку позиції МКС, проте не містять дослівного підтвердження того, що негативна ідентифікація групи не є можлива під час кваліфікації протиправних діянь як злочину геноциду [7, paras. 551-561; 8, paras. 510-516]. Проте рішення Апеляційної палати МКТЮ у справі «Прокурор проти Стакіча» (*The Prosecutor v. Stakić*) не уникає дискусії щодо дилеми позитивної/негативної ідентифікації.

У цьому рішенні Апеляційна палата вирішила відреагувати на мовчазне відкидання позиції Судової палати МКТЮ в справі Єлішича, в рішеннях Судових палат у справах «Прокурор проти Стакіча» та «Прокурор проти Брджаніна» (*The Prosecutor v. Brđanin*) [9, para. 19]. У першому зі згаданих рішень зафіксовано незгоду Судової палати з висновками у справі Єлішича і зазначено, що за спрямованості атак на кілька груп елементи злочину геноциду (по суті, йдеться про геноцидальний умисел) потрібно вивчати щодо кожної з таких груп [10, para. 512]. У другій же справі, справі Брджаніна, Трибунал недвозначно визнає можливість суб'єктивної стигматизації та самоідентифікації групи [11, para. 683]. Водночас без додаткових пояснень

вказано на сповідування Трибуналом підходу про позитивну ідентифікацію груп (див., напр.: [11, para. 685]).

Лише у згаданому вище рішенні Апеляційної палати у справі Стакіча Трибунал детально пояснює, чому вважає прийнятним оцінювати ідентифікацію групи обвинуваченими лише на основі позитивного критерію. Зокрема, стаття 4 Статуту Трибуналу вимагає існування умислу в обвинуваченого щодо знищення національної, етнічної, расової або релігійної групи *як такої*. Трибунал особливо підкреслює, що принципове значення має словосполучення «як таких», адже воно наголошує, що метою посягань має бути знищення саме груп, а не окремих індивідів [9, para. 20]. Ба більше, дороговказом у визначенні належного критерію для Трибуналу слугує етимологія слова «геноцид», яке походить від давньогрецького *genos* (раса, плем'я) та латинського *cide* (вбивство). Таке походження назви злочину наштовхує Трибунал на думку про те, що метою злочину геноциду є знищення саме груп, їхніх традицій та виробленої національної психології [9, para. 21].

Ще ближче підводять Апеляційну палату до висновку про сприйняття лише позитивної ідентифікації *travaux préparatoires* до Конвенції про запобігання злочину геноциду. Трибунал пояснив, що невиключення політичних груп до числа тих, що захищаються Конвенцією, через направленість останньої на захист лише «визначених груп, що відрізняються від інших певними, добре встановленими ознаками», свідчить про задум укладачів договору запрограмувати позитивний критерій ідентифікації захищених груп [9, para. 22]. Негативна ідентифікація, згідно з розглядуваним рішенням, не дає змоги встановити відмінних характеристик групи [9, para. 23], адже така ідентифікація полягає в усвідомленні потенційними злочинцями лише відмінностей від власної групи, а не об'єктивних характеристик специфічної групи, на яку здійснюється посягання.

За всієї теоретичної обґрунтованості такого підходу Трибуналу кілька важливих нюансів питання залишилися без розгляду. Зокрема, використання негативного критерію ідентифікації не нівелює того факту, що геноцид є злочином проти груп, а не індивідів. Більше того, викладена в рішенні Апеляційної палати у справі Стакіча позиція не враховує того, що часом групи, на які здійснюються посягання, первинно ідентифікуються за негативним критерієм через відмінність від себе. Водночас позитивна ідентифікація не виключається, проте може бути

імпліцитною. Наприклад, католицька церква протягом значної частини Середньовіччя переслідувала єретиків, визначаючи їх як тих, хто не дотримується ортодоксального вчення Церкви. Водночас для організаторів переслідування була цілком очевидною різниця між аріанами, несторіанцями, катарами тощо. Але ці релігійні групи ідентифікували радше за негативним критерієм. Подібне спостерігалось й під час конфлікту в колишній Югославії. Жертвами нападів часто обиралося населення, відмінне від титульного (або того, що нападник вважав за титульне). До того ж цілком усвідомлювалася різниця між різними групами «нетитульного» населення. Ще одним прикладом є ситуація в Дарфурі, де утисків зазнавали «африканські племена», які склалися з етнічних груп фор, масаліт та загхава. Первинна ідентифікація була вочевидь негативною, що не виключало позитивну, але передувало їй.

Природність негативної ідентифікації під час скоєння злочинів проти групи наголошено й у кримінологічних дослідженнях. Н. Рафтер наводить приклади лейблів, використовуваних для такої ідентифікації, що яскраво ілюструє звичність використання негативного критерію у разі геноциду: представників гереро під час проведення кампанії расового викорінення Німецькою імперією позначали як бабуїнів; турки розглядали вірмен як невірних; за часів Третього Рейху осіб з обмеженими фізичними можливостями маргіналізували як дармоїдів; тутсі у Руанді, як відомо, оголошували тарганами; жертв геноциду Червоних Кхмерів знищували через те, що були новими людьми, або ворогами народу [12, para. 20]. Ці дисфемізми теоретично є застосовними до широкого кола інших та не підкреслюють особливості конкретної групи-жертви.

У доктрині міжнародного кримінального права переважно визнано юридичну обґрунтованість вимоги про позитивну ідентифікацію [13, р. 14–15], але визнано й корисність негативної ідентифікації в тому сенсі, що вона дає змогу додатково захистити уразливі групи населення під час здійснення нападів на них із боку представників домінуючої гомогенної групи [13, р. 20].

Суб'єктивна та об'єктивна ідентифікація групи. З попереднім питанням про позитивну та негативну ідентифікацію тісно пов'язане інше, часом розглядуване як його продовження – про суб'єктивну та об'єктивну ідентифікацію груп. Мова йде про спосіб підтвердження існування національної, етнічної, расової чи релігійної групи. Суб'єктивна ідентифікація означає самоідентифікацію жертв як представників

певної групи. Крім того, вона може проявлятися в ідентифікації жертв як представників певної групи виконавцями злочину геноциду. Об'єктивна ж ідентифікація полягає у визначенні об'єктивно наявних характеристик групи, що й лягають в основу ідентифікації.

МКС у справі аль-Башира зазначив, що в міжнародному праві немає ясності щодо підходу (об'єктивний/суб'єктивний), що має використовуватися для визначення відповідної групи [2, para. 137]. Формулювання МКС виглядає таким чином, наче Суд шукає єдиного підходу, який би міг забезпечити визначення, чи належали особи, на яких здійснено посягання, до певної групи. Натомість в окремій думці суддя А. Ушацька відкидає необхідність обрання одного з цих двох підходів. Суддя Ушацька, апелюючи до кількох рішень *ad hoc* трибуналів, справедливо зауважує взаємодоповнюваність цих підходів та важливість їх сумісного використання [1, para. 23].

Про це ж ідеться, наприклад, у рішенні у справі «Прокурор проти Брджаніна», де МКТЮ резонно закликає орієнтуватися на об'єктивний та суб'єктивний критерії для визначення групи [11, para. 684]. Така орієнтація повинна мати *case by case* основу. Це означає, що щоразу конфігурацію суб'єктивних та об'єктивних ознак, які можуть використовуватися для визначення групи, суд повинен визначати окремо.

Паралельне використання суб'єктивного та об'єктивного критеріїв сповідує й Міжнародний трибунал по Руанді. Зокрема, Судова палата у справі Акайесу, реагуючи на аргументи захисту про неіснування національної, етнічної, расової чи релігійної групи тутсі (або тва), звертається як до суб'єктивних (самоідентифікація представників групи та існування ментальної концепції цієї групи – Трибунал називає це «*existence in the minds*»), так і до об'єктивних критеріїв (наявність ідентифікаційних карток із зазначенням етнічної належності) [8, paras. 170, 172]. У рішенні у справі Акайесу є дві цікаві особливості порівняно з розглянутою вище справою Брджаніна. Суб'єктивний критерій у ній розуміється не з погляду виконавців злочинів, а з позиції жертв, їхнього самоусвідомлення, самоідентифікації. Це доповнює наше розуміння суб'єктивного підходу як дуалістичного, такого, що комбінує зовнішнє та внутрішнє сприйняття групи.

Нестандартно в цій самій справі інтерпретовано й об'єктивний критерій. З одного боку, його й справді позначено як щось, що не залежить від свідомості членів групи та виконавців злочину (ідентифікаційні картки), а з іншого – він

багато в чому штучно створений та породжений законодавством Руанди.

Щоб випукліше представити попередню думку, звернемося до кіноприкладу. За сюжетом радянської картини «Кін-дза-дза!», на планеті Плюк проживають два народи: чатлани та пацаки. Визначити, до якого народу належить той чи інший мешканець далекої планети, можна лише за допомогою спеціального приладу – візатора. Якщо навести його на чатланина, загоряється помаранчевий індикатор. Унаслідок аналогічної маніпуляції з пацаком засвічується зелена лампочка. Оскільки влада на Плюку належить чатланам, то пацаки зазнають тривалої дискримінації. Пробуючи застосувати міжнародне кримінальне право до ситуації на Плюку, було б важко однозначно відповісти на питання, яким саме критерієм буде миготіння індикатора візатора – об'єктивним чи суб'єктивним. З одного боку, він об'єктивний, адже є чіткий, «позапсихологічний» спосіб ідентифікації групи. З іншого – суб'єктивний, бо це жителі Плюку придумали, яким чином розділити мешканців планети на два табори. Схожа логіка застосовна, як видається, й до руандійської системи ідентифікації через картки.

Необхідність сумісного застосування суб'єктивного та об'єктивного критеріїв визнано й у справі МКТР «Прокурор проти Клемента Кайішеми та Обеда Рузіндани», де суб'єктивний критерій тлумачиться в його дуалізмі [15, para. 98]. Те саме маємо і в деяких інших рішеннях трибуналів *ad hoc* (див., напр.: [16, para. 317; 17, para. 667; 8, para. 254]).

Деякий відхід від ідеї паралельного застосування об'єктивного та суб'єктивного критеріїв спостерігаємо в згаданому тут контраверсійному рішенні у справі «Прокурор проти Єлішича». МКТЮ зазначав у своєму рішенні, що більший сенс має використання суб'єктивного критерію, який дає змогу точніше встановити існування групи [4, para. 70]. До того ж Трибунал розумів суб'єктивний підхід як стигматизацію групи виконавцями злочинів, а не як самоідентифікацію групи [4, para. 70]. Аналогічний пріоритет суб'єктивного критерію проголошено в рішенні МКТР у справі Мусеми [19, para. 161].

Як бачимо, однозначна позиція в практиці міжнародних кримінальних судів навряд чи існує, що означає потенційну варіативність практики з питання критеріїв для ідентифікації груп. Це також перетворює контекстуальний елемент належності до груп у своєрідний канал контекстуальності міжнародного кримінального права *stricto sensu*.

Якщо й можна звести накопичену практику міжнародних кримінальних судів стосовно критерію до якихось тезових висновків, то вони мали б виглядати так:

- для ідентифікації груп з метою застосування Конвенції проти геноциду чи статутів міжнародних кримінальних судів використовують як об'єктивний, так і суб'єктивний критерій;
- якщо якийсь критерій і має перевагу, то це – суб'єктивний критерій.

Сталість/мобільність захищених груп.

Інше важливе питання визначення груп, щодо яких можливо скоїти злочин геноциду, є питання їхньої сталості. Як відомо, Конвенція проти геноциду мала на меті захистити групи, які, серед іншого, вирізняються сталістю. Зокрема, на цьому наголошувалося під час підготовки фінального проєкту Конвенції Шостим комітетом ГА ООН у межах дискусії щодо можливості захисту Конвенцією політичних груп. Було вказано, що такі групи є недостатньо сталими і тому не можуть бути ефективно захищені Конвенцією [19, para. 69].

Хоча така позиція й не мала абсолютної підтримки в представників Комітету, виключення політичних груп з тих, щодо яких можливо скоїти злочин геноциду, зрештою матеріалізувалося в Конвенції та в подальшому в статутах міжнародних кримінальних судів. Присутність п'ятої групи, що ідентифікується на основі політичних переконань, у першому проєкті Конвенції проти геноциду [19, para. 69] так і залишилася історією, що не мала розвитку на міжнародно-правовому рівні.

Розробникам Конвенції здавалося, що уникнення поширення договору на політичні групи дасть можливість захистити ті групи, які через свої об'єктивні характеристики є сталими. Сталість мала уможливити ідентифікацію груп та, як наслідок, ефективно захищати їхній захист. Утім, сьогодні є обґрунтовані сумніви в тому, чи й справді залишені в Конвенції чотири захищені групи є сталими. Напевно, можна говорити лише про їхню умовну сталість. Наприклад, буває, що сповідувана релігія змінюється протягом життя. Національну ідентичність формують соціальні, культурні та психологічні чинники, що не є абсолютно детермінованими народженням у певній місцевості. Етнічна ідентифікація в глобалізованому світі ускладнюється взаємопроникненням етносів та народів. Те саме, хоч і меншою мірою, стосується й раси.

Тому в практиці міжнародних кримінальних судів використовується поняття відносної

сталості групи, чим підкреслюється те, що вони не можуть бути абсолютно стабільними [20, para. 71]. Це, втім, не скасовує того факту, що захист Конвенції та статутів не може бути поширеним на мобільні групи [20, para. 71]. Такими традиційно вважають політичні та економічні групи. Такі групи характеризуються через легкодоступність, тобто можливість приєднатися до них через вираження індивідуальної або політичної волі (див., напр.: [20, para. 71]).

Деяке іншого смислового наповнення ідея сталості та постійності групи набуває в лінії справ, що слідували за висновками Судової палати у справі Акайєсу. Ключовим питанням, на яке шукали відповідь судді під час звернення до поняття сталості, було визначення того, чи можна розглядати тутсі як групу, що захищається Конвенцією проти геноциду та статтею 2 Статуту Трибуналу. У справі «Прокурор проти Акайєсу» МКТР нагадав про задум засновників Конвенції поширити її дію на сталі групи [8, para. 11]. Цю згадку Трибунал використав для формулювання позитивної, щоправда, не надто експліцитної, відповіді на питання: чи можна інтерпретувати Конвенцію в такий спосіб, щоб поширити її захист на сталі групи, що не можуть розглядатися як національні, етнічні, расові чи релігійні [8, para. 516]? Хоча жодних подальших висновків із цієї відповіді на самостійно поставлене запитання Трибунал не робить, більше того, він констатує, що тутсі перебувають під захистом Конвенції як етнічна група, все ж мимовільна згадка про можливість розширення лімітів Конвенції підкреслює важливість тесту сталості та постійності групи. Лінії, започаткованої справою Акайєсу, трибунали дотримувалися лише в кількох справах, тож її не можна назвати основною на сьогодні [14, paras. 6-7].

Отже, як бачимо, Конвенція проти геноциду, відповідні статті статутів міжнародних кримінальних судів і справді стосуються сталих груп. Утім, сталість потрібно сприймати як відносну, а не абсолютну характеристику. За переважною думкою концепт сталості не може відкривати дверей до поширення статті 6 на злочини проти груп, не перелічених у Римському статуті. Це має побічний ефект: самоідентифікація осіб як членів певної групи може не розглядатися достатньою для того, щоб їх вважати групою в розумінні Конвенції та Римського статуту. Цей висновок постає, зокрема, з рішення МКТР у справі «Прокурор проти Рутаганди» (*The Prosecutor v. Rutaganda*), де вказано на неможливість захисту мобільних груп, формування яких пов'язане з волевиявленням індивідів [20, para. 57].

Висновки

Як ми могли пересвідчитися із запропонованого на попередніх сторінках аналізу визначення етнічних, національних, расових та релігійних груп, до сьогодні далеко не очевидними є навіть загальні підходи та критерії їх вирішення. Якщо позитивному підходу до визначення груп більшість трибуналів та коментаторів віддає перевагу над негативним, то щодо пріоритетності суб'єктивного чи об'єктивного критеріїв, параметрів їх спільного використання немає заздалегідь встановлених імперативних правил.

Ідентифікація захищених груп завжди ґрунтується на *case-by-case* оцінці характеристик груп.

Без раз і назавжди встановлених алгоритмів ідентифікації груп залишається значний простір для динамічного тлумачення цього контекстуального елементу злочину геноциду. За відповідного запиту та вимог ситуації МКС чи інший міжнародний кримінальний суд цілком можуть прочитати визначення групи таким чином, який дасть змогу поширити поняття групи на спільноту, яка раніше за загальним консенсусом не покривалася поняттям групи з Конвенції чи відповідного статуту.

Список використаної літератури

1. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir of 4 March 2009. Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka) / ICC.
2. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir of 4 March 2009) / ICC.
3. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment of 26 February 2007) / ICJ.
4. *The Prosecutor v. Goran Jelisić* (IT-95-10-T, Trial Chamber Judgement of 14 December 1999) / ICTY.
5. Final Report of the Commission of Experts / United Nations Security Council. URL: https://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf (date of access: 20.09.2020).
6. *Co-Prosecutors v. Nuon Chea, Ieng Sary, Ieng Thirith, Khieu Samphan* (002/19-09-2007-ECCC-OCIJ/No: D427, Closing Order of 15 September 2010) / Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia.
7. *The Prosecutor v. Radislav Krstić* (IT-98-33-T, Trial Chamber Judgement of 2 August 2001) / ICTY.
8. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T, Judgement of 2 September 1998) / ICTR.
9. *The Prosecutor v. Milomir Stakić* (IT-97-24-A, Appeals Chamber Judgement of 2 August 2001) / ICTY.
10. *The Prosecutor v. Milomir Stakić* (IT-97-24-T, Trial Chamber Judgement of 22 March 2006) / ICTY.
11. *The Prosecutor v. Radoslav Brđanin* (IT-99-36-T, Trial Chamber Judgement of 1 September 2004) / ICTY.
12. Rafter N. *The Crime of All Crimes: Toward a Criminology of Genocide*. NYU Press, 2016.
13. McGoldrick D., Rowe P. J., Donnelly E. *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*. Hart Publishing, 2004.
14. Lingaas C. *Defining the Protected Groups of Genocide through the Case Law of International Courts*. ICD Brief. Issue 18. 2015. URL: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20151217T122733-Lingaas%20Final%20ICD%20Format.pdf> (date of access: 20.09.2020).
15. *The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR-95-1-T, Judgement, 21 May 1999) / ICTR.
16. *The Prosecutor v. Laurent Semanza* (ICTR-97-20-T, Trial Chamber Judgement of 15 May 2003) / ICTR.
17. *The Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić* (IT-02-60-T, Trial Chamber Judgement of 17 January 2005) / ICTY.
18. *The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbtsi* (ICTR-2001-64-T, Trial Chamber Judgement of 17 June 2004) / ICTR.
19. *The Prosecutor v. Alfred Musema* (ICTR-96-13-A, Trial Chamber Judgement of 27 January 2000) / ICTR.
20. *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda* (Judgement and Sentence), (ICTR-96-3-T, Judgment of 6 December 1999) / ICTR.

References

1. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka / ICC. (2009, March 4).
2. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir / ICC. (2009, March 4).
3. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment / ICJ. (2007, February 26).
4. *The Prosecutor v. Goran Jelisić*. IT-95-10-T, Trial Chamber Judgement / ICTY (1999, December 14).
5. United Nations Security Council. (1994). *Final Report of the Commission of Experts*. https://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf.
6. *Co-Prosecutors v. Nuon Chea, Ieng Sary, Ieng Thirith, Khieu Samphan*. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ/No: D427, Closing Order / Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. (2010, September 15).
7. *The Prosecutor v. Radislav Krstić*. IT-98-33-T, Trial Chamber Judgement / ICTY. (2001, August 2).
8. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. ICTR-96-4-T, Judgement / ICTR. (1998, September 2).
9. *The Prosecutor v. Milomir Stakić*. IT-97-24-A, Appeals Chamber Judgement / ICTY. (2001, August 2).
10. *The Prosecutor v. Milomir Stakić*. IT-97-24-T, Trial Chamber Judgement / ICTY. (2006, March 22).
11. *The Prosecutor v. Radoslav Brđanin*. IT-99-36-T, Trial Chamber Judgement / ICTY. (2004, September 1).
12. Rafter, N. (2016). *The Crime of All Crimes: Toward a Criminology of Genocide*. NYU Press.
13. McGoldrick, D., Rowe, P. J., & Donnelly, E. (2004). *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*. Hart Publishing.
14. Lingaas, C. (2015). *Defining the Protected Groups of Genocide through the Case Law of International Courts*. ICD Brief. Issue 18. <http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20151217T122733-Lingaas%20Final%20ICD%20Format.pdf>

15. *The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*. ICTR-95-1-T, Judgement / ICTR. (1999, May 21).
16. *The Prosecutor v. Laurent Semanza*. ICTR-97-20-T, Trial Chamber Judgement / ICTR. (2003, May 15).
17. *The Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić.*, IT-02-60-T, Trial Chamber Judgement / ICTY. (2005, January 17).
18. *The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbtsi*. ICTR-2001-64-T, Trial Chamber Judgement / ICTR. (2004, June 17).
19. *The Prosecutor v. Alfred Musema*. ICTR-96-13-A, Trial Chamber Judgement / ICTR. (2000, January 27).
20. *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*. Judgement and Sentence, ICTR-96-3-T, Judgment / ICTR. (1999, December 6).

Dmytro Koval

DEFINING THE NATIONAL, ETHNIC, RACIAL AND RELIGIOUS GROUPS OF GENOCIDE IN THE PRACTICE OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS

The article analyzes the approaches of international courts (the UN International Court of Justice, International Criminal Court, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, International Criminal Tribunal for Rwanda and hybrid Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia) to the criteria for defining genocide groups. The article emphasizes that the definition of belonging to a group is a contextual circumstance (contextual element) of the crime of genocide. In particular, the paper studies how the international courts applied positive/negative and objective/subjective identification strategies to conclude that certain groups constitute those protected by the Genocide Convention or the statutes of the international criminal courts. In addition, the article deals with the problem of the stability and mobility of the groups and the ways these characteristics help the international courts to apply the Convention.

The article focuses on a search for algorithms that allow international courts to identify genocide groups. It stresses that the international criminal courts have not demonstrated consistency in their assessment of the definition of the groups. Neither have they showed the synchronized understanding of the approaches (objective/subjective, positive/negative, stable/mobile) to be used for the identification of these groups. Therefore, it is further argued that, due to the variability of approaches and strategies used by international courts to identify genocide groups, belonging to the group is a window of opportunity for a contextual reading of international criminal law.

Keywords: Rome Statute, positive and negative identification of the group, subjective and objective identification of the genocidal group, stability and mobility of the group.

Матеріал надійшов 14.10.2020



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)