БЛИЗЬКИЙ СХІД 23.01.2024 | Кай Амбос

Справа про геноцид

ПАР подає на Ізраїль до Міжнародного суду ООН. Наскільки серйозні звинувачення в геноциді?

11 і 12 січня Ізраїль мусив захищатися в Міжнародному суді ООН в Гаазі від звинувачень у геноциді, які висунула ПАР. Вона вимагала забезпечувальних заходів, зокрема, припинення бойових дій в Газі, на підставі того, що Ізраїль порушує Конвенцію про запобігання геноциду 1948 року. Це викликало обурення як в Ізраїлі, так і за його межами, оскільки зразком для цієї конвенції свого часу став Голокост. Конвенція про геноцид мала стати частиною міжнародного права, яка забороняє подібну поведінку. Чи не ставиться Конвенція про геноцид з ніг на голову, коли на її підставі судять державу, саме існування якої значною мірою є наслідком Голокосту?

Перед Міжнародним судом ООН відповідають держави, але не окремі особи. Друге – компетенція Міжнародного кримінального суду (МКС), розташованого всього за кілька кілометрів. Він теж уже певний час розглядає поведінку Ізраїлю на окупованих ним територіях. До них, крім Західного берега річки Йордан і Східного Єрусалиму, належить і Газа. Поки що МКС, схоже, передусім переймається можливими воєнними злочинами Ізраїлю та злочинами проти людяності. Але ці злочини не стосуються Міжнародного суду ООН. Його юрисдикція в питанні ймовірного геноциду передбачає, що між ПАР та Ізраїлем існує правова суперечка про тлумачення Конвенції. Хоча Ізраїль це заперечує, той факт, що він захищає себе в Міжнародному суді, свідчить про наявність такої суперечки.

У той час як МКС може притягати до відповідальності недержавні суб'єкти, такі як ХАМАС, юрисдикція Міжнародного суду ООН обмежена державами. Це призводить до дивовижної ситуації, коли на лаві підсудних опиняється тільки одна сторона конфлікту (Ізраїль), хоча звинувачення в геноциді проти іншої (ХАМАСу) були би більш переконливі. Ізраїльська сторона справедливо наголосила на асиметрії, але це є закономірним наслідком обмеженості юрисдикції Міжнародного суду ООН. І все ж таки при

винесенні рішення суд не зможе не врахувати участі ХАМАСу в бойових діях – як своєрідної невидимої сторони процесу. Адже є величезна різниця, чи держава застосовує військову силу у відповідь на напад недержавної сторони конфлікту, чи її дії спрямовані виключно проти певної групи цивільного населення (некомбатантів).

Чи не ставиться Конвенція про геноцид з ніг на голову, коли на її підставі судять державу, саме існування якої значною мірою є наслідком Голокосту?

Цей нюанс відрізняє справу Ізраїлю від позову Гамбії проти М'янми, який теж зараз розглядається. Він стосується можливого геноциду з боку військової диктатури М'янми проти мусульманської групи рохінджа, тобто цілеспрямованого нападу на групу цивільного населення, захищену Конвенцією про геноцид, поза межами збройного конфлікту. В січні 2020 року Міжнародний суд ООН фактично задовольнив прохання Гамбії вжити заходів для запобігання геноциду, а в липні 2022-го визнав свою юрисдикцію щодо основного провадження у справі. Німеччина приєдналася до процесу в листопаді 2023 року і підтримує заяву Гамбії. При цьому німецький уряд прийняв відносно широке визначення геноциду, якого тепер муситиме дотримуватися, коли приєднається до процесу на користь Ізраїлю. Це завдання з зірочкою. Цікаво, чи впорається Німеччина з ним.

Що стосується конкретного звинувачення в геноциді, то з визначення, передбаченого міжнародним правом, очевидно, що йдеться про захист існування певних груп, при цьому – вирішальний момент – злочинець повинен діяти з загальним наміром хоча б частково знищити відповідну групу (*intent to destroy*). Отже, це злочин з «надмірною внутрішньою тенденцією», тобто злочинець повинен хотіти більше, ніж він об'єктивно здійснює. Самого факту вбивства членів певної групи – класичного, об'єктивно геноцидого акту – недостатньо для ствердження геноциду: має бути намір знищити, що виходить за межі цього. Водночас убивство всього двох членів групи може являти собою геноцид, якщо злочинець діє з наміром знищити. У випадку арабо-ізраїльського конфлікту це означає, що масовані удари, які завдають значної шкоди людям або майну, не є достатньою підставою для того, щоб припускати геноцид.

Відповідно, головна проблема справ про геноцид (чи то встановлення відповідальності держави Міжнародним судом ООН, чи то індивідуальної кримінальної відповідальності МКС) – довести наявність наміру знищити. Тут особливого значення набувають заяви на державному рівні з чітким геноцидним наміром. Класичний приклад – «остаточне розв'язання єврейського питання» в протоколі Ванзейської конференції 1942 року. Зараз ПАР також посилається на низку заяв ізраїльських політиків і військових, які, на її думку, дозволяють припускати геноцидні наміри щодо палестинського цивільного населення Гази. Проте цей аргумент стикається з двома суттєвими запереченнями.

З одного боку, деякі з наведених висловлювань вирвано з контексту і процитовано не повністю. Наприклад, у своїй заяві від 28 жовтня 2023 року прем'єр-міністр Нетаньягу, всупереч південноафриканській версії, не тільки послався на біблійний наратив про боротьбу ізраїльського народу проти одвічного ворога – амаликитян, але й зазначив, що метою є знищення ХАМАС і звільнення заручників, а також те, що шкоди для цивільного населення слід уникати. З іншого боку, віднести до держави Ізраїль як відповідача перед Міжнародним судом ООН можна тільки заяви членів так званого кабінету безпеки та/або (меншого) військового кабінету. Саме ці два органи несуть (колективну) відповідальність за ведення війни.

Це завдання з зірочкою. Цікаво, чи впорається Німеччина з ним.

Виникає також запитання: чи можна приписувати геноцидні заяви конкретних членів вищезгаданих органів – зокрема, ультраправих політиків Бен-Ґвіра і Смотрича, членів кабінету безпеки – державі Ізраїль, якщо прем'єр-міністр їх спростував, а органи не врахували в своїх рішеннях? Але в будь-якому випадку політиків, про яких іде мова, вже давно слід було би звільнити. Інакше Ізраїль ризикує отримати звинувачення, цього разу небезпідставні, в тому, що він не вживає достатньо рішучих заходів проти підбурювань до геноциду. Такі заяви караються навіть ізраїльським законодавством (на чому наголошують самі ж ізраїльтяни).

Припустити наявність наміру знищити також можна з певної поведінки – за допомогою непрямих доказів. Що стосується конкретних бойових дій Ізраїлю, їхня відповідність нормам

міжнародного гуманітарного права, безперечно, сумнівна, але докази геноцидного наміру практично відсутні. За міжнародним кримінальним правом припускати наявність такого наміру доцільно тільки тоді, коли він є єдиним розумним висновком (*only reasonable inference*) з об'єктивно вчинених дій (згідно з рішенням Міжнародного суду ООН у справі Хорватії проти Сербії 2015 року). Та чи застосовується цей суворий стандарт також і до проваджень про тимчасовий правовий захист – суперечливе питання.

Як правило, вважається, що позивач повинен тільки надати правдоподібні свідчення того, що відбулося або відбувається порушення Конвенції про геноцид. Стандарт правдоподібності може бути знижено, якщо наявна особлива терміновість і ризик завдання непоправної шкоди. Втім, думки тут різняться. В будь-якому разі те, що Ізраїль ужив певних заходів для дотримання міжнародного гуманітарного права (таких як попередження та евакуація цивільного населення) і для сприяння наданню гуманітарної допомоги, вказує скоріше на відсутність геноцидного наміру.

Якщо ПАР назве наказ Ізраїлю про евакуацію геноцидним, міжнародне (гуманітарне) право буде поставлено з ніг на голову

Тож, якщо ПАР назве наказ Ізраїлю про евакуацію геноцидним, міжнародне (гуманітарне) право буде поставлено з ніг на голову, адже Ізраїль в такому разі буде звинувачено в виконанні своїх зобов'язань згідно з цим правом: евакуації цивільного населення з зони бойових дій. Навіть якщо вважати наказ про евакуацію невідповідним ситуації – наприклад, через те, що в Газі немає безпечних місць – стверджувати наявність геноцидного наміру на цій підставі неможливо.

Останнє: з тих дев'яти (!) забезпечувальних заходів, що про них просить ПАР, деякі виходять за межі прецедентного права, а інші заходять занадто далеко, оскільки їх прийняття надмірно обмежило би право Ізраїлю на самооборону від збройного нападу ХАМАСу. Звичайно, Ізраїль має дотримуватися міжнародного (гуманітарного) права під час оборони, зокрема, не чинити геноцид. Але не можна вимагати від держави, на яку напали, повністю припинити бойові дії і, таким чином, самооборону, особливо якщо ця вимога стосуватиметься лише однієї сторони конфлікту (Ізраїлю), в той час як інша (ХАМАС) зможе безперешкодно продовжувати й посилювати бойові дії. Отже, якщо Міжнародний суд ООН все-таки видасть наказ про забезпечувальні заходи (є певні підстави вважати,

що так і буде), він муситиме знайти компромісне формулювання, яке, з одного боку, мінімізувало б ризик геноциду (гуманітарне припинення вогню), а з іншого – не обмежувало б надмірно право Ізраїлю на самооборону.

Водночас ПАР слід зобов'язати, згідно з її ж вимогами (стор. 82, захід 3), працювати над тим, щоб ХАМАС та інші джихадистські угруповання також дотримувалися режиму припинення вогню і утримувалися від своїх геноцидних планів. Нарешті, треба також закликати Ізраїль, відповідно до шостого пункту (стор. 83), вжити більш послідовних заходів проти підбурювання до геноциду.

Переклад з німецької Дар'ї Прусенко



Кай Амбос

Профессор Кай Амбос (Kai Ambos) возглавляет кафедру уголовного права и уголовного процесса, сравнительного правоведения, международного уголовного права и международного права, а также возглавляет Институт уголовных наук Гёттингенского университета. Он также является судьей Специальной палаты по Косово в Гааге и советником Колумбийской специальной юрисдикции по вопросам мира.