

**Неділько Богдан Ігорович,**

*аспірант кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, вул. Ю. Ілленка, 36/1, Київ, 04119, Україна, bohdan.ned18@gmail.com, +380971301505, <https://orcid.org/0000-0002-5022-4833>*

## **ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ЗАБОРОНИ ПІДГОТОВКИ СВІДКІВ ДО ДАВАННЯ ПОКАЗАНЬ В МІЖНАРОДНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ СУДІ**

**Анотація.** У статті досліджується правове регулювання процесуального етапу досудової підготовки свідків в правовій системі Міжнародного кримінального суду. Міжнародний кримінальний суд є компромісом між англо-саксонською та романо-германською правовими системами. Тим не менш, безпосередньо процес розгляду справ більш характерний саме англо-саксонській правовій системі. У державах, які належать до англо-саксонської правової системи, зокрема Великобританії, Сполучених Штатів Америки, Австралії, досудова підготовка свідків стороною обвинувачення є невід'ємною складовою процесу. Її метою є підготувати свідка емоційно та психологічно до слухань, під час яких він буде давати показання стосовно тих чи інших подій. Враховуючи, що, по-перше, у багатьох випадках свідкам доводиться на слуханнях знову пережити трагічні для них події, по-друге, їм доводиться також зустрітися віч-на-віч із підсудним, це може негативно відобразитися на їх емоційному стані та здатності належним чином свідчити проти підсудного. Проте в Міжнародному кримінальному суді, де питання підготовки свідків зовсім не врегульовано в Римському статуті, Правилах процедури і доведення та Регламенті Суду, вже під час розгляду найпершої справи – справи Лубанги – Палата попереднього провадження та Судова палата заборонили сторонам провадження проводити підготовку свідків. Відповідно, у статті проводиться дослідження відповідних рішень та аргументації Палати попереднього провадження та Судової палати. На думку автора, ці рішення не містять належного обґрунтування накладеної заборони та не є переконливими. Більш того, автор вважає, що досудова підготовка свідків є необхідною для Міжнародного кримінального суду, оскільки у більшості випадків свідками є потерпілі особи, які пережили у своєму житті найтяжчі міжнародні злочини: геноцид, злочини проти людяності чи військові злочини. Тим не менш, в ході дослідження встановлено, що дана заборона не може вважатися абсолютною, оскільки формально судовий прецедент не є джерелом права для Міжнародного кримінального суду, а стаття 64.3(а) Римського статуту передбачає, що Судова палата вправі «вживати такі заходи, які є необхідними для справедливого та швидкого проведення слухань». Дана стаття ще жодного разу не застосовувалася на практиці. Відповідно, Офісу Прокурора після передачі кожної справи на розгляд Судової палати слід подавати відповідні клопотання, посилаючись саме на цю статтю, з проханням дозволити проводити підготовку свідків, обґрунтовуючи це необхідністю для справедливого та швидкого провадження.

**Ключові слова.** Міжнародний кримінальний суд, підготовка свідків, справа Лубанги, Офіс Прокурора, ознайомлення свідків із порядком слухань.

**Nedilko Bohdan Igorevich,**

*post-graduate student of the International Law department of Institute of International Relations Taras Shevchenko National University of Kyiv, 36/1 Y. Illienka, Kyiv, 04119, Ukraine, bohdan.ned18@gmail.com, +380971301505, <https://orcid.org/0000-0002-5022-4833>*

## **LEGAL ANALYSIS OF THE PROHIBITION OF WITNESS PROOFING IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**

**Summary.** This article examines the legal regulation of the procedural stage of witness proofing within the system of the International Criminal Court. Legal system of the International Criminal Court can be called as a compromise between the Anglo-Saxon and Romano-Germanic law systems. However, the process of cases hearing is more typical to the Anglo-Saxon law system. In countries, that belong to the Anglo-Saxon law system, in particular the United Kingdom, the United States, and Australia, witness proofing by the prosecution constitutes an integral part of the process. Its purpose is to prepare the witness emotionally and psychologically for the hearings, during which he will testify about certain events. Taking into account, that during the hearings witnesses have to relive tragic events, and that they also have to meet the accused face to face, this can negatively affect their emotional state and ability to properly testify. However, in the legal system of the International Criminal Court the witness proofing is not regulated at all neither in the Rome Statute, nor in the Rules of Procedure and Evidence or Regulations of the Court. However, the Pre-Trial Chamber and the Trial Chamber forbade the practice of witness proofing by the parties during the hearings of the very first case, namely Lubanga case. Accordingly, this article examines the relevant decisions and arguments of the Pre-Trial Chamber and the Trial Chamber. According to the author, these decisions do not contain a proper justification for the imposed ban, neither they are convincing. Moreover, the author believes that the practice of witness proofing is necessary for the International Criminal Court, as in most cases the witnesses are victims, who have suffered from the most serious international crimes in their lives: genocide, crimes against humanity or war crimes. However, the study found that this prohibition could not be considered as absolute, since judicial precedent is not formally a source of law for the International Criminal Court, and Article 64.3 (a) of the Rome Statute provides, that the Trial Chamber may “adopt such procedures as are necessary to facilitate the fair and expeditious conduct of the proceedings”. Nonetheless, this article has never been applied in practice. Therefore, the Office of the Prosecutor should, after the Trial Chamber is composed for hearing of each case, make appropriate motions according to this article 64.3 (a) with the request to permit witness proofing, justifying it by the need for a fair and expeditious procedure.

**Key words.** International Criminal Court, witness proofing, Lubanga case, Office of the Prosecutor, familiarization of witnesses.

**Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями.** Міжнародний кримінальний суд (надалі – «МКС») наразі є єдиною універсальною постійно діючою міжнародною судовою установою, призначеною для притягнення до відповідальності індивідів за вчинення міжнародних злочинів, а саме геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів та агресії. Оскільки МКС є універсальною установою, а в його створенні брали участь делегації з країн, що належать до різних правових систем світу, це стало причиною того, що і правова система створеного МКС містить в собі елементи як з англо-саксонської правової системи, так і романо-германської. Тим не менш, якщо брати до уваги саме процесуальні норми, тобто безпосередньо процедуру розгляду справ, то вона більше схожа на процедуру розгляду справ в англо-саксонських країнах. Однак, багато процесуальних елементів були і залишаються неврегульованими у системі МКС. Це є причиною того, що розгляд кожної справи в МКС затягується з причини того, що сторони часто подають суддям клопотання з приводу неврегульованих питань. Зокрема, у найпершій справі, що розглядалася МКС, а саме у справі Лубанги, таким питанням стала можливість проводити сторонами процесу підготовку свідків до давання показань. Така можливість передбачена в законодавстві більшості англо-саксонських країн, а також була санкціонована у попередніх кримінальних трибуналах – Міжнародному кримінальному трибуналі для колишньої Югославії (далі – «МКТЮ»), Міжнародному три-

буналі щодо Руанди (далі – «МКТР») та Спеціальному суді по Сьєрра-Леоне (далі – «СССЛ»). Тим не менш, судді як Палати попереднього провадження, так і Судової палати у справі Лубанги заборонили проводити сторонам процесу таку підготовку. Враховуючи той факт, що більшість свідків, які надають в МКС свої показання, – це особи, що є жертвами чисельних злочинів, вчинених підсудними, є імовірність того, що відсутність підготовки негативно вплине на їх здатність адекватно та належним чином свідчити в Суді, що вже траплялося у практиці МКС. Тому аналіз підстав, з яких виходили Палата попереднього провадження та Судова палата, забороняючи таку підготовку свідків, а також її доцільності є актуальним питанням.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття.** У вітчизняній науці міжнародного права це питання не підіймалося та не досліджувалося. Серед закордонних дослідників до уваги було взято роботи Сергія Васильєва, Рубена Каремейкера, Томаса Вайда Піттмана, Б. Дона Тейлора, Гідеона Боаса.

**Формулювання мети статті (постановка завдання).** Метою цієї статті є висвітлення причин заборони проведення сторонами процесу підготовки свідків до давання показань, аналіз доцільності та ризиків такої заборони, а також шляхи подолання проблеми.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових резуль-**

**татів.** Правову систему Міжнародного кримінального суду можна описати як компроміс між англо-саксонською та романо-германською правовими системами. Це є зрозумілим, враховуючи особливості його створення, оскільки МКС, як і його установчі документи – Римський статут, Правила процедури й доведення та Регламент Суду – є результатом компромісу між державами, які належать до різних правових сімей. Як зазначив ГідеонБоас, стисло правову систему МКС можна охарактеризувати як англо-саксонську (змагальний процес) з багатьма елементами романо-германської [1; С.278-287]. Наприклад, сам процес розкриття сторонами провадження своїх доказів та інформації більш характерний англо-саксонській правовій системі. Зокрема, зобов'язання як сторони обвинувачення, так і сторони захисту, розкривати іншій стороні всю інформацію, включаючи записи, фото, документи, книги, інші рухомі речі, які будуть використані в якості доказів, а також імена свідків та копії їхніх заяв на мові, зрозумілій обвинуваченому [2] характерне для держав загального права, оскільки є одним із гарантів змагальності процесу, де сторони максимально, наскільки це можливо, зрівняні в процесуальних правах.

Тим не менш, деякі процесуальні моменти зовсім не врегульовані установчими документами МКС. До них відноситься, зокрема, і підготовка свідків до давання показань. З цієї причини, у справі Лубангина етапі затвердження обвинувачень Прокурор МКС проінформував Палату попереднього провадження, що він збирається підготувати єдиного свідка до слухань щодо затвердження під-

судному обвинувачень, у відповідь на що Палата попереднього провадження прийняла окреме рішення, яким постановила Прокурора утриматися від будь-яких відповідних дій та надати роз'яснення, що маєтись на увазі під «підготовкою свідка». Прокурор у своїй відповіді пояснив, що метою підготовки свідка є «допомога свідку, який буде свідчити на слуханнях, у розумінні судового процесу, його учасників та їх ролей». До самої процедури підготовки відноситься, на думку Прокурора, наступне:

1. Гарантування свідку права на адвоката, який буде на суді вести допит.
2. Ознайомлення свідка з місцем проведення слухань, учасниками справи та процедурою слухань.
3. Роз'яснення свідку його ролі на слуханнях.
4. Обговорення питань, пов'язаних із безпекою свідка, з метою визначення необхідних захисних заходів.
5. Роз'яснення свідку того, що він зобов'язаний говорити лише правду, даючи показання.
6. Роз'яснення особливостей процедури головного допиту, перехресного допиту та повторного допиту.
7. Дозвіл свідку перечитати його свідчення та оновити в пам'яті все, що них стосується.
8. Ставлення свідку запитань, які будуть йому задані під час слухань, у відповідній послідовності.
9. Спілкування зі свідком на предмет можливої додаткової інформації, яка свідчить про можливу винуватість/невинуватість підсудного [3].

На підтримку аргументу, що така підготовка має бути дозволена, Прокурор зазначив, що оскільки вона

була дозволена в МКТЮ, МКТР та СССЛ, то вона повинна підпадати під статтю 21.1(б) Римського статуту, яка говорить, що у практиці Суду застосовуються «принципи і норми міжнародного права, включаючи загальноновизнані принципи міжнародного права збройних конфліктів» [4].

Тим не менш, Палата попереднього провадження відмовила у дозволі Прокурору провести підготовку свідка. На її думку, пункти з 1 по 6 включно є процесом «ознайомлення свідка із порядком слухань», що повинен проводитися Підрозділом потерпілих та свідків, а не Офісом Прокурора МКС. Стосовно пунктів 7-9, то це дійсно, на думку Палати, є підготовкою свідка, правова база для якої, тим не менш, не передбачена статтю 21.1 Римського статуту, яка визначає застосовне право [5; С.213]. Зокрема, Палата не погодилася з думкою Прокурора, що відповідна практика трибуналів з цього питання може бути принципом міжнародного права. Більш того, Палата навіть дійшла висновку, що практика підготовки свідків не може вважатися загальним принципом права, взятим із національних законів, оскільки така практика не передбачена у жодному національному законодавстві. Останній аргумент буде спростований Судовою палатою.

Вдруге це питання постало вже під час слухань справи Лубанги Судовою палатою. Фактично, одразу після формування складу Судової палати та передачі їй справи на розгляд Прокурор МКС подав клопотання про роз'яснення процедури стосовно інструктування свідків-експертів, ознайомлення свідків із порядком слухань та підготовки свідків [6]. Прокурор погодився

з проведеною Палатою попереднього провадження різницею між підготовкою свідка та ознайомленням свідка із порядком слухань, проте заперечив те, що підготовка свідка не підпадає під статтю 21.1 Римського статуту. Зокрема, Прокурор зазначив, що статтю 21.1 у цьому випадку слід тлумачити разом із статтею 70 Римського статуту, у якій міститься перелік злочинів проти здійснення правосуддя. Іншими словами, якби підготовка свідка не була передбачена у правовій системі МКС, то тоді вона була б чітко заборонена статтею 70, а також Кодексом МКС професійної поведінки для радників. По-друге, Прокурор знову послався на практику попередніх трибуналів, які дозволяли практику підготовки свідків стороною обвинувачення, а також на законодавство деяких країн світу, включаючи Австралію, Канаду, Англію та США.

Тим не менш, Судова палата, заборонила стороні обвинувачення проводити підготовку свідка, хоча її обґрунтування дещо відрізнялося від Палати попереднього провадження. Судова палата не погодилася з думкою Прокурора, що відсутність прямої заборони на підготовку свідка в статті 70 Римського статуту означає її автоматичний дозвіл. Стосовно практики попередніх кримінальних трибуналів, то Судова палата вказала, що їх процесуальні рамки відрізняються від системи МКС, а тому процесуальні норми МКТЮ, МКТР та СССЛ не є автоматично прийнятними в МКС, навіть якщо в правовій системі останнього наявні прогалини. Це пояснюється тим, що в МКС прокурор зобов'язаний розслідувати та збирати не лише докази, що вказують на вину підсудного, а й на

його невинуватість, судді МКС мають більше повноважень втручатися в процес та впливати на хід розгляду справ, ніж це було у попередніх трибуналах, а також тим, що в МКС дозволена участь потерпілих у слуханнях [7]. Проте, на думку автора, ці три фактори не дають відповіді на питання, чому вони є перешкодою для проведення підготовки свідка, а відповідне пояснення було надано Судовою палатою у своєму рішенні. Стосовно практики різних держав, то Судова палата, на відміну від Палати попереднього провадження, визнала, що більшість держав англо-саксонської правової сім'ї дозволяють цю практику, проте оскільки вона регулюється всюди по-різному, її не можна вважати загально визнаним принципом права [8; С.695]. Відповідно, заборона на підготовку свідків Прокурором МКС залишилася в силі.

Крім власне рішення, яким підготовка свідків була заборонена, Судова палата також опублікувала додаткові роз'яснення з цього питання [9]. Зокрема, було наголошено на тому, що під час процесу ознайомлення свідків із порядком слухань, що проводиться Підрозділом потерпілих та свідків, заборонено бути присутнім жодній стороні процесу, як обвинувачення, так і захисту. Крім того, свідки повинні надавати суддям не лише свої підписані свідчення та показання, а й також відповідні аудіо чи відеозаписи. І останнє, що важливо, Судова палата дозволила проводити сторонам процесу підготовку свідків-експертів, жодним чином однак не обґрунтувавши причину такої різниці між свідками-експертами та іншими свідками.

На думку автора, таке рішення є доволі спірним, оскільки йому не

лише бракує юридичної вмотивованості, а й доцільності, оскільки свідки, які не є експертами, а, наприклад, потерпілими чи просто людьми, на очах у яких вчинялися міжнародні злочини, є людьми, психіка яких може бути порушена внаслідок пережитих ними подій. А це, у свою чергу, може призвести до того, що останні через певні емоційні переживання без попередньої підготовки саме сторонами процесу, які будуть їх ретельно допитувати та перевіряти надійність їх свідчень під час судових слухань, не зможуть належним чином свідчити, результатом чого стане визнання суддями відповідних свідчень та показань ненадійними та яким бракує доказової сили. Сама справа Лубанги продемонструвала в подальшому недоліки такого підходу МКС. Під час слухань Прокурором був залучений свідок під псевдонімом «Дьйомерсі», якого було викрадено бійцями Томаса Лубанги Д'їло та якого примусово зробили дитиною-солдатом. Спочатку свідок свідчив проти Лубанги, розповівши Суду про обставини свого викрадення та як з нього примусово тренували бійця. Проте вже на наступному засіданні він повністю відмовився від своїх показань. Тим не менш, пізніше, вже будучи візуально прихованим від підсудного, він знову підтвердив свої найперші показання про його викрадення та тренування, пояснивши свою відмову від них емоційним потрясінням від пережитого та присутністю підсудного [10].

Відповідно, постає питання, чи можна було цього уникнути, якби Прокурор мав змогу провести попередню підготовку свідка, особливо враховуючи його трагічну історію. На думку автора, цього можна було б уникнути,



якби до засідань Прокурор мав змогу окремо задати питання, що задавалися під час слухань, та переконати його, що підсудний більше не становить жодної загрози для його життя. Той факт, що цей свідок був дитиною-солдатом, представником однієї з найбільш вразливих під час збройних конфліктів групи осіб, лише підтверджує необхідність у наявності в правовій системі МКС такого процесуального етапу, як досудова підготовка свідків, яка повинна проводитися саме сторонами процесу, а не Підрозділом потерпілих та свідків, оскільки саме сторонами процесу на слуханнях ставлять свідкам питання стосовно, фактично, найтрагічніших подій в їхньому житті. Відповідно, є велика вірогідність того, що слухання для свідків можуть стати справжнім емоційним та психологічним випробуванням, що безпосередньо вплине на доказову силу їх показань.

**Висновки.** Отже, ми бачимо, що справа Лубанги, крім самого факту, що це була найперша справа МКС, стала справою, якою було заборонено досудову підготовку свідків, не дивлячись на важливість цього процесуального етапу. На думку автора, мотивація цієї заборони була слабкою і в рішенні Палати попереднього провадження, і в рішенні Судової палати. Більш дивно ця заборона видається з огляду на те, що жодне положення Римського статуту, Правил процедури і доведення та Регламенту Суду жодним чином не забороняють підготовку свідків. Крім того, якщо детально проаналізувати Римський статут, то можна знайти положення, через яке судді могли б санкціонувати підготовку свідків сторонами процесу. Це стаття 64.3(а), яка

говорить, що після призначення слухань Судова палата вправі після відповідних консультацій із сторонами провадження «вжити такі заходи, які є необхідними для справедливого та швидкого проведення слухань»[4]. Проте, що підготовка свідків є необхідною для справедливого та швидкого проведення слухань, свідчить наведений вище випадок зі свідком «Дьйомерсі», який, по-перше, затягнув розгляд справи через необхідність його повторного заслуховування, по-друге, поставив під питання надійність його показань внаслідок його спочатку відмови від сказаного раніше, а потім повторення того, що було зазначено вперше. Також на користь застосування статті 64.3(а) говорить той факт, що відповідно до підготовчих матеріалів до Римського статуту, саме практика МКТЮ та МКТР вплинула на включення цієї статті в Римський статут для того, щоб судді МКС мали більше можливостей впливати на процес та змінювати процесуальні норми, як це робили судді попередніх кримінальних трибуналів. Відповідно, не дивлячись на той факт, що судді МКС беруть до уваги рішення, винесені в попередніх справах, судові прецеденти, однак, не є формальним джерелом права, обов'язковим до застосування у всіх спорах. Відповідно, Офісу Прокурора МКС чи стороні захисту слід за можливості подавати Судовій палаті клопотання про дозвіл на проведення підготовки свідків, відповідно до статті 64.3(а), обґрунтовуючи це необхідністю для справедливого та швидкого проведення слухань.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Gideon Boas, Comparing the ICTY and the ICC: Some Procedural and Substantive Issues, (2000) 47, Netherlands International Law Review 267, 278–287.
2. Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court.
3. The Prosecutor v. Thomas LubangaDyilo, Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing, ICC-01/04-01/06-679, 09 November 2006, Pre-Trial Chamber I, Decision.
4. Статут Міжнародного кримінального суду (Римський статут) від 17 липня 1998 року.
5. Vasiliev, S. (2009). Proofing the Ban on `Witness Proofing`: Did the ICC Get it Right? Criminal Law Forum, 20(2-3), 193–261. doi:10.1007/s10609-009-9096-y
6. The Prosecutor v. Thomas LubangaDyilo, Prosecution's submissions regarding the subjects that require early determination: procedures to be adopted for instructing expert witnesses, witness familiarization and witness proofing, ICC-01/04-01/06-952, 12 September 2007, Office of the Prosecutor, Submission.
7. The Prosecutor v. Thomas LubangaDyilo, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, ICC-01/04-01/06-1049, 01 December 2007, Pre-Trial Chamber I, Decision.
8. KAREMAKER, R., TAYLOR, B. D., & PITTMAN, T. W. (2008). Witness Proofing in International Criminal Tribunals: A Critical Analysis of Widening Procedural Divergence. Leiden Journal of International Law, 21(03). doi:10.1017/s0922156508005256
9. The Prosecutor v. Thomas LubangaDyilo, Transcript of Status Conference, ICC-01/04-01/06-ENG ET WT, 16 January 2009.
10. The Prosecutor v. Thomas LubangaDyilo, Transcript of Proceedings, ICC-01/04-01/06-T-123-ENG WT 10-02-2009 1/75, 10 February 2009.

## REFERENCES:

1. Gideon Boas, Comparing the ICTY and the ICC: Some Procedural and Substantive Issues, (2000) 47, Netherlands International Law Review 267, 278–287.
2. Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court.
3. The Prosecutor v. Thomas LubangaDyilo, Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing, ICC-01/04-01/06-679, 09 November 2006, Pre-Trial Chamber I, Decision.
4. Statut Mizhnarodnohokryminalnoho sudu (Rymskyistatut) vid 17 lypnia 1998 roku.
5. Vasiliev, S. (2009). Proofing the Ban on `Witness Proofing`: Did the ICC Get it Right? Criminal Law Forum, 20(2-3), 193–261. doi:10.1007/s10609-009-9096-y
6. The Prosecutor v. Thomas LubangaDyilo, Prosecution's submissions regarding the subjects that require early determination: procedures to be adopted for instructing expert witnesses, witness familiarization and witness proofing, ICC-01/04-01/06-952, 12 September 2007, Office of the Prosecutor, Submission.
7. The Prosecutor v. Thomas LubangaDyilo, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, ICC-01/04-01/06-1049, 01 December 2007, Pre-Trial Chamber I, Decision.
8. KAREMAKER, R., TAYLOR, B. D., & PITTMAN, T. W. (2008). Witness Proofing in International Criminal Tribunals: A Critical Analysis of Widening Procedural Divergence. Leiden Journal of International Law, 21(03). doi:10.1017/s0922156508005256
9. The Prosecutor v. Thomas LubangaDyilo, Transcript of Status Conference, ICC-01/04-01/06-ENG ET WT, 16 January 2009.
10. The Prosecutor v. Thomas LubangaDyilo, Transcript of Proceedings, ICC-01/04-01/06-T-123-ENG WT 10-02-2009 1/75, 10 February 2009.