

I. Геноцид за міжнародним правом

Міжнародні договори що кодифікують геноцид включають:

Конвенцію про геноцид;

Статут Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії (МТКЮ);

Статут Міжнародного кримінального трибуналу по Руанді (МКТР)

Статут Міжнародного кримінального суду (МКС).

Поняття та складова геноциду

Геноцид складається з певного набору заборонених міжнародним кримінальним правом діянь (основних діянь), які повинні бути вчинені з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку (загальний суб'єктивний склад).

Наявність у виконавця конкретного наміру «знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу» відрізняє цей злочин від загальнокримінальних злочинів, а також від злочинів проти людяності і воєнних злочинів.

Ідентифікація та класифікація геноциду в міжнародному праві

Різні міжнародні договори та інституції розробили поняття геноциду та його елементи. Організація Об'єднаних Націй (ООН) та міжнародні кримінальні трибунали — завдяки своїм статутам та судовій практиці — відіграли важливу роль у розвитку геноциду як правової концепції. Практика міжнародних судів і трибуналів, зокрема, поступово сформувала правову базу, що допомагає визначати які злочини можуть кваліфікуватися як геноцид та якими є їх елементи.

1948 рік: Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього. Стаття II Конвенції про геноцид, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 9 грудня 1948 року, визначає геноцид як “будь-яке з наступних діянь, вчинених з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку: (а) вбивство членів такої групи; (Б) заподіяння серйозної фізичної або психічної шкоди членам такої групи; (в) умисне створення для такої групи умов життя, розрахованих на її повне або часткове фізичне знищення; (г) введення заходів, спрямованих на запобігання дітонародження всередині такої групи; (е) насильницька передача дітей з однієї людської групи в іншу”. Україна ратифікувала Конвенцію про геноцид 15 листопада 1954 року. думку Міжнародного Суду ООН (МС ООН), визначення геноциду, що міститься в Конвенції, є міжнародним звичаєвим правом.

1993/1994 роки: Статути і практика МКТЮ та МКТР. У статутах МКТЮ і МКТР міститься визначення геноциду, ідентичне визначенню, що міститься в Конвенції про геноцид. МКТЮ та МКТР винесли низку важливих рішень, що стосуються серії питань, пов'язаних з тлумаченням поняття геноциду та його елементів. Спеціальні (ad hoc) трибунали розробили та роз'яснили об'єктивні та суб'єктивні елементи для кожного акту геноциду. Про авторитетність рішень МКТЮ та МКТР свідчить також той факт, що на них

посилаються інші міжнародні суди та трибунали, зокрема Європейський суд з прав людини та Міжнародний суд ООН.

1998: Статут МКС. Як і Статути МКТЮ та МКТР, Статут МКС відтворює визначення геноциду, наведене в Конвенції проти геноциду. Відповідно, Статут МКС визначає “геноцид” як *«будь-яке з наступних діянь, вчинених з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку:*

a. Вбивство членів такої групи;

b. Заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу членам такої групи;

c. Умисне створення для такої групи умов життя, розрахованих на доведення її до повного або часткового фізичного знищення;

d. Впровадження заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню всередині такої групи;

e. Насильницька передача дітей цієї групи до іншої групи.”

Детальний перелік конкретних елементів кожного акту геноциду міститься також у так званих “Елементах злочинів”, які є одним з джерел права МКС.

Співвідношення статті 442 Кримінального кодексу України з міжнародними договорами щодо геноциду

Конвенція про геноцид, Статут МКС та Статути спеціальних (ad hoc) трибуналів визначають геноцид як “будь-яке з наступних дій, вчинених з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку: вбивство членів групи; заподіяння серйозних тілесних чи психічних ушкоджень групі; умисне створення для такої групи умов життя, розрахованих на доведення її до повного або часткового фізичного знищення; впровадження заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню всередині такої групи; насильницька передача дітей цієї групи до іншої групи”.

Геноцид забороняється статтею 442 ККУ. Геноцид визначається в ККУ як “діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу”.

Фраза “діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення” є аналогом вимоги міжнародного права про те, що діяння повинно бути вчинене з “наміром знищити, повністю або частково”.

Діяння описані у статті 442 ККУ, що є геноцидом, а саме “знищення членів будь-якої такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу”,

охоплюють ті ж самі діяння, що й діяння, які кодифіковані як такі, що складають злочин геноциду відповідно до міжнародно-правових актів.

Застосування інструментів міжнародного кримінального права: чи можна розглядати статтю 442 КК України у сукупності зі Статутами та практикою МКТЮ та МКС

Конвенція про геноцид була ратифікована Україною 15 листопада 1954 року, а отже Україна погодилася на обов'язковість її положень. Відповідно до статті 1 Конвенції, Україна визнає, що геноцид є “злочином за міжнародним правом, якому вона зобов’язується запобігати і карати”. Крім того, визначення геноциду в Конвенції відображає міжнародне звичаєве право. Звичаєве право є обов’язковим для всіх держав, зокрема України.

Статути МКТР/МКТЮ та МКС відтворюють визначення, що міститься в Конвенції про геноцид, а їхня практика додатково уточнює сферу його застосування. Українське законодавство дозволяє покладатися на застосовне право та практику МКС і МКТЮ/МКТР, для тлумачення статті 442 ККУ.

Визначення злочину геноциду за міжнародним правом та застосування статті 442 ККУ

Геноцид вважається вчиненням, коли відбувся (1) акт геноциду, тобто вбивство, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу, умисне створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення, запровадження заходів, спрямованих на запобігання народженню, або насильницьке переміщення дітей (основні діяння); (2) цей акт скоюється з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу (контекстуальний елемент).

Контекстуальні елементи злочину геноциду

Загальні елементи геноциду відокремлюють акти геноциду від загальнокримінальних злочинів, воєнних злочинів та злочинів проти людяності.

Для того, щоб діяння вважалось геноцидом, воно повинно бути вчинено з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку. Всі акти геноциду вимагають встановлення контекстуальних елементів.

Відповідно, контекстуальними елементами геноциду є:

1. Потерпіла особа (особи) належать до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи.

2. Виконавець (виконавці) мав (мали) умисел знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.

Крім того, Елементи злочинів МКС включають наступний контекстуальний елемент геноциду, який відсутній у Конвенції про геноцид або Статутах спеціальних (ad hoc) трибуналів.

3. Діяння було вчинено в контексті явної лінії схожої поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було таким, що саме по собі могло призвести до її знищення.

Для того, щоб діяння вважалось геноцидом згідно з міжнародним правом, воно має бути скоєне з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку. Це часто називають вимогою спеціального або специфічного умислу.

Положення статті 442 ККУ яке відображає спеціальний умисел — “умисно вчинене діяння з метою повного або часткового знищення”, аналогічне формулюванню, що використовується у міжнародному праві, а саме: діяння має бути вчинено з “умислом знищити повністю або частково”. Отже, стаття 442 ККУ охоплює в цілому ті ж самі контекстуальні елементи, що й міжнародне кримінальне право.

МКТР, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ АКАЙЕСУ, пар. 497-498.

Всупереч поширеній думці, злочин геноциду не вимагає фактичного знищення групи у цілому, але може бути кваліфікований тоді, коли будь-яка з дій, зазначених у статті 2(2)(а) — 2(2)(е) [Статуту МКТР], вчиняється зі спеціальним умислом знищити “повністю або частково” національну, етнічну, расову або релігійну групу.

Геноцид відрізняється від інших злочинів тим, що передбачає наявність спеціального умислу або *dolus specialis*. Спеціальний умисел злочину — це специфічний умисел, необхідний як складовий елемент злочину, який вимагає, щоб виконавець чітко прагнув вчинити геноциду полягає в “намірі знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку”

Відповідно до Елементів злочинів МКС, контекстуальними елементами геноциду є:

- Потерпіла особа (особи) належать до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи;
- Виконавець (виконавці) мав (мали) умисел знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку; та
- Діяння було вчинено в контексті явної лінії схожої поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було таким, що саме по собі могло призвести до її знищення.

Потерпіла особа (потерпілі) належать до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи

Потерпілі від геноциду повинні належати до однієї з чотирьох перелічених груп, що містяться в Конвенції про геноцид та міжнародних кримінальних статутах, а саме до національної, етнічної, расової або релігійної групи.

Ці групи були визначені наступним чином:

- **Національні групи** охоплюють осіб, які поділяють визнані / усвідомлені правові зв'язки спільного громадянства, визнаного законом

(тобто в межах правової системи держави) або міжнародним співтовариством, а також спільне розуміння взаємних прав і обов'язків.

- **Етнічні групи** охоплюють осіб, які поділяють спільну мову, традиції, історію, соціальні структури та культуру, серед іншого, наприклад, племінні звичаї та традиційні зв'язки з землею.

- **Расові групи** охоплюють осіб, які мають спільні спадкові фізичні риси (наприклад, колір шкіри), “часто ідентифікуються як пов'язані з певним географічним регіоном, незалежно від мовних, культурних, національних або релігійних факторів”.

- **Релігійні групи** охоплюють осіб, які сповідують одну і ту ж релігію, спосіб відправлення служінь або релігійні переконання.

Приналежність до групи може бути встановлена як на основі об'єктивного, так і суб'єктивного підходу. Об'єктивний підхід вимагає оцінки того чи має група, проти якої було спрямоване діяння, певні характеристики, які об'єктивно вказують на існування окремої національної, етнічної, расової або релігійної групи. За суб'єктивного ж підходу, національні, етнічні, расові або релігійні групи розрізняються на основі того, як вони сприймаються самими членами групи та іншими особами (зокрема і виконавцями) у світлі конкретного політичного та соціального контексту, в якому вони перебувають.

Групу, проти якої здійснюється геноцид, не можна визначати негативними термінами, тобто за характеристиками, якими вони не володіють.

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ БРАНДНІНА, П. 684-685

Правильне визначення відповідної захищеної групи має здійснюватися в кожному конкретному випадку з урахуванням як об'єктивного, так і суб'єктивного підходу. Це пов'язано з тим, що використання одного лише суб'єктивного підходу може бути недостатньо для визначення групи, яка зазнає знищення і перебуває під захистом Конвенції про геноцид, з тієї причини, що діяння, визначені в підпунктах (а) — (е) статті 4(2) [Статуту МТКЮ], повинні бути фактично спрямовані проти “членів групи”

Крім того, Судова палата погоджується з Рішенням Судової палати у справі Стакіча, а саме з тим, що “у разі, коли об'єктом нападу є більш ніж одна група, недоцільно визначати групу в загальних термінах, наприклад, “не-серби”. З цього можна зробити висновок, що Палата не погоджується з можливістю визначення відповідної групи шляхом виключення, тобто на основі “негативних ознак”.

Виконавець мав умисел знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку

Другий контекстуальний елемент встановлює конкретний елемент суб'єктивної сторони злочину геноциду. Таким чином, докази повинні підтверджувати, що заборонені злочинні діяння геноциду були здійснені з конкретним умислом виконавця знищити, повністю або частково, певну національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку. Цей конкретний умисел геноциду має бути встановлений додатково до умислу на вчинення основного діяння.

Встановлення факту скоєння злочину геноциду не вимагає фактичного знищення групи в повному обсязі, але, натомість, достатньо того щоб один з актів геноциду було вчинено з умислом знищити. Іншими словами, має бути доведено, що виконавець прагнув досягти знищення групи, повністю або частково.

Умисел повинен виходити за рамки простої дискримінаційної спрямованості, а натомість бути спрямованим на знищення групи як “окремого та відмінного суб’єкта”. Виконавець повинен був мати намір знищити групу повністю або частково, тобто знищити принаймні значну частину групи, незалежно від остаточної кількості потерпілих. Чи є група, проти якої спрямовані дії, достатньо значною, може визначатися такими факторами, як чисельний розмір частини групи, проти якої спрямовані дії, стосовно всієї групи, значимість частини групи, проти якої спрямовані дії, та територія на якій діяли та яку контролювали виконавці, а також їх можливості поширити свій вплив на певну територію.

Виконавець повинен був обрати потерпілих через їхнє членство в групі, з кінцевою метою знищення групи (на що вказує словосполучення “як такої”). Це не виключає випадків, коли виконавець керувався й іншими факторами, такими як особистий мотив сексуального задоволення або отримання особистої економічної вигоди, політичної переваги чи отримання певної форми влади.

Знищення повинно бути фізичним або біологічним (а не просто культурним).

Біологічне знищення спрямоване на “регенеративну спроможність групи”, в той час як фізичне знищення має на меті “знищення відповідної групи”.

Малоймовірно, що судді будуть надані прямі докази конкретного умислу виконавця, проте такий умисел можна встановити на основі фактів та обставин.

Умисел можна встановити як зі слів, так і з діянь виконавця, і він може бути продемонстрований через модель цілеспрямованих діянь. Якщо суддя покладається виключно на непрямі докази, встановлення умислу вчинити геноцид “має бути єдиним обґрунтованим висновком з усієї сукупності доказів”.

Докази дискримінаційних умислів можуть містити наступний невичерпний перелік:

- **Заяви виконавця, у тому числі якщо вони не містять прямого заклику до вчинення геноциду, але все ж є прямим підбурюванням до вчинення геноциду в конкретному контексті;**

- **Загальний контекст ситуації:** наприклад, систематичне вчинення протиправних діянь, спрямованих проти цільової групи, тим самим виконавцем або іншими особами, або нестабільне середовище/атмосфера насильства, що існувала між групою виконавця та цільовою групою;

- Повторення деструктивних та дискримінаційних дій;

- **Умисне, дискримінаційне та систематичне** націлювання на потерпілих та їхнє майно через приналежність до групи та виключення з кола об'єктів націлювання членів інших груп;

- **Характер, тяжкість, масштаби та географічне охоплення** злочинів, вчинених проти членів групи, у тому числі застосована зброя та ступінь тілесних ушкоджень. Масштаби та інтенсивність сексуального насильства також можуть свідчити про умисел геноциду, особливо коли таке насильство призводить до того, що потерпілі “настільки травмовані, що більше не можуть розглядати можливість репродуктивних стосунків, навіть після повернення до своєї групи”.

- **Організація або планування діянь**, спрямованих на групу;

- Використання принизливих висловлювань стосовно представників цільової групи та кількість потерпілих; та

- **Політична доктрина** (окреслена заходами, стратегією, промовами або проєктами виконавця (виконавців)), яка призвела до злочинних діянь.

МКТР, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ НИПРАМАСУХУКО ТА ІН, П. 5732
Судова практика визнає, що в більшості випадків умисел вчинити геноцид доводиться непрямыми доказами. Такий умисел може бути встановлено за допомогою низки фактів та обставин, зокрема загального контексту, вчинення інших злочинних діянь, систематично спрямованих проти тієї самої групи, масштабів скоєних звірств, систематичного націлювання на потерпілих через їхню приналежність до певної групи або повторюваність руйнівних та дискримінаційних діянь. Докази обмеженої та вибіркової допомоги кільком особам, як правило, не перешкоджають обґрунтованому висновку про наявність умислу на вчинення геноциду. Якщо обвинувачення ґрунтується на непрямих доказах, будь-який висновок про те, що обвинувачений мав намір вчинити геноцид, має бути єдиним обґрунтованим висновком з усієї сукупності доказів.

Діяння було скоєно в контексті явної лінії схожої поведінки, спрямованої проти цієї групи, або діяння як таке могло призвести до такого знищення.

Конвенція про геноцид прямо не вимагає цього контекстуального елемента, так само як і Статути або прецедентне право спеціальних (ad hoc) трибуналів не вимагають наявності плану або стратегії як елемента злочину геноциду.

Отже, відповідно до них не має значення, чи міг геноцидальний акт становити будь-яку конкретну загрозу для існування групи, проти якої спрямовані діяння, або частини такої групи.

Однак, Елементи злочинів МКС вимагають, щоб “діяння було скоєне в контексті очевидної системи подібних діянь, спрямованих проти цієї групи, або було діянням, яке саме по собі могло спричинити її знищення”. Таким чином, на думку МКС, злочин геноциду має місце лише тоді, “коли загроза існуванню цільової групи або її частини стає конкретною і реальною, а не просто латентною або гіпотетичною”.

Для цього необхідно, щоб:

а. діяння виконавця мало місце в контексті інших діянь, які були масштабними, систематичними і такими, що слідувала аналогічній лінії (тобто, “явна лінія схожої поведінки”). До них відносяться перші акти закономірності, яка стала очевидною лише згодом (тобто закономірність, що формується). Це об’єктивна кваліфікація.

б. якщо не було явної лінії подібної поведінки, діяння повинно було мати характер і тяжкість, які самі по собі могли спричинити знищення групи. Іншими словами, поведінка виконавця повинна бути достатньо жорстокою, щоб знищити групу, повністю або частково, власними силами, наприклад, шляхом застосування зброї масового знищення.

с. виконавець повинен усвідомлювати, що діяння існувало в контексті явної лінії подібних діянь, спрямованих проти групи, або було діянням, яке саме по собі могло призвести до її знищення.

ККУ відповідає Конвенції про геноцид і прямо не містить цього контекстуального елементу. Отже, для встановлення злочину геноциду не потрібно доводити що діяння відбулося в контексті явної лінії подібних діянь, спрямованих проти групи, або було діянням, яке само по собі могло спричинити її знищення.

II. Основоположні акти геноциду

Конвенція про геноцид, Статут МКС та Статути спеціальних (ad hoc) трибуналів перераховують такі основні акти геноциду: вбивство членів групи; заподіяння серйозних тілесних ушкоджень або психічної шкоди групі; умисне створення для групи умов життя, розрахованих на повне або часткове фізичне знищення; запровадження заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей у групі; насильницька передача дітей групи до іншої групи.

Вбивство членів групи (Конвенція про геноцид, стаття 2(a); Статут МКС, стаття 6(a); Статут МКТЮ, стаття 4(2)(a); Статут МКТР (стаття 2(2)(a))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Вчинення геноциду шляхом вбивства членів групи охоплюється поняттям "будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи" за статтею 442 ККУ.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження виконавця за вчинення геноциду шляхом вбивства членів групи необхідно встановити наявність наступних елементів:

1. Об’єктивні елементи

- Виконавець убив одну або більше осіб.

2. Суб’єктивні елементи

- Виконавець мав умисел на вбивство однієї або більше осіб.

3. Контекстуальний елемент

- Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи.

- Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу.
- Тільки для МКС:
 - Діяння мало місце в контексті явної лінії подібної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було діянням, яка сама по собі могла призвести до такого її знищення.

Стаття 442 ККУ визначає “знищення членів будь-якої такої групи” як основний акт геноциду. Це формулювання охоплює ту саму поведінку, що й “вбивство членів групи” за Конвенцією про геноцид, Статутом МКС та Статутами спеціальних (ad hoc) трибуналів.

Об’єктивні та суб’єктивні сторони акту геноциду вбивства ідентичні воєнному злочину у вигляді умисного вбивства (див. Розділ 1, частина I, пункт I.C.3.b)i. “Умисне вбивство (Статут МКТЮ, стаття 2(a); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(i))” та злочину проти людяності у вигляді вбивства (див. Розділ 1, Частина I, пункт IV.B.3.b) “Злочин проти людяності — вбивство (Статут МКС, стаття 7(1)(a); Статут МКТЮ, стаття 5(a); Статут МКТР, стаття 3(a); Статут СССЛ, стаття 2(a))”).

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ БРДАНІНА, П. 381

За винятком деяких незначних варіацій у формулюванні складових елементів злочину вбивства та умисного вбивства [...], практика цього Трибуналу послідовно визначає основні елементи цих злочинів наступним чином:

1. Потерпіла особа є мертвою;
2. Смерть була спричинена дією або бездіяльністю обвинуваченого, або особи чи осіб, за сукупність дій або бездіяльності яких обвинувачений несе кримінальну відповідальність; та
3. Дія або бездіяльність була вчинена обвинуваченим або особою чи особами, за дії або бездіяльності яких він несе кримінальну відповідальність, з умислом:
 - Вбити, або
 - Заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або серйозних поранень, завідомо усвідомлюючи, що така дія або бездіяльність могла спричинити смерть потерпілого.

Визначення вбивства членів групи (об’єктивні елементи)

Об’єктивна сторона цього акту геноциду вимагає, щоб виконавець вбив одну або більше осіб. Тобто, виконавець спричинив смерть потерпілій особі, прямо чи опосередковано, через дію чи бездіяльність. Повинні існувати докази результату (тобто смерті потерпілої особи) та поведінка виконавця повинна бути істотною причиною смерті потерпілої особи.

Вбивство прямими методами включає такі діяння, як розстріл, вбивство мачете, вбивство гранатою, артилерійський обстріл, що спричинив смерть, підпал, що спричинив смерть, і побиття, що спричинило смерть. Тоді як вбивство непрямыми методами ширше охоплює смерть, що настала в результаті серйозних тілесних або психічних ушкоджень або в результаті

“умисного створення для групи умов життя, розрахованих на повне або часткове її фізичне знищення”, таких як примусове утримання на жорсткій дієті, відмова в наданні медичної допомоги та систематичне вигнання.

Самогубство може бути прирівняне до вбивства, якщо дії або бездіяльність виконавця “спонукали потерпілу особу до дій, які призвели до її смерті, і якщо її самогубство було очікуваним, або було таким, яке розсудлива людина могла передбачити як наслідок”.

Смерть потерпілої особи може бути встановлена шляхом виявлення та ідентифікації її тіла; однак “не обов’язково, щоб тіло потерпілої особи було знайдено, щоб довести, що вона померла”. Відповідно, непрямих доказів достатньо, за умови, що смерть потерпілої особи є єдиним обґрунтованим висновком, що випливає з доказів. Такі докази включають: відсутність контакту потерпілої особи з родиною або друзями; факт, що потерпілу особу востаннє бачили в районі, на який було скоєно напад; існування патерну поведінки жорстокого поводження виконавця (виконавців) з іншими потерпілими; збіг або близькість у часі смерті інших потерпілих.

Визначення вбивства членів групи (суб’єктивні елементи)

Щодо суб’єктивної сторони необхідно встановити, що виконавець мав умисел.

Такий умисел буде доведено, якщо (1) виконавець умисно скоїв діяння або допустив бездіяльність (умисел на діяння) з метою спричинити смерть однієї або більше осіб, або коли він усвідомлював, що це станеться за звичайного перебігу подій (умисел на наслідок).

Необхідно, щоб виконавець мав намір вчинити діяння або бездіяльність, які спричинили смерть однієї чи більше осіб. Іншими словами, він свідомо діяв або бездіяв. Що стосується наслідків, тобто загибелі однієї або більше осіб, то необхідно довести, що виконавець мав намір спричинити смерть або знав, що вона настане за умов звичайного перебігу подій.

У спеціальних (ad hoc) трибуналах цей умисел тлумачився як “смерть потерпілої особи внаслідок дії або бездіяльності обвинуваченого, вчиненої з наміром вбити або заподіяти тяжкі тілесні ушкодження, які він/вона повинні були обґрунтовано усвідомлювати, як такі, що можуть призвести до смерті”, тобто це був ймовірний наслідок діяння або бездіяльності виконавця. МКС вимагає більш високий рівень доказування, а саме потрібно встановлювати, що смерть настане майже напевно.

З огляду на те, що геноцид вже вимагає спеціального умислу виконавця знищити національну, етнічну, расову чи релігійну групу, повністю або частково, немає необхідності доводити додатковий елемент умислу щодо вбивства.

Заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу (Конвенція про геноцид, стаття 2(b); Статут МКС, стаття 6(b); Статут МКТЮ, стаття 4(2)(b); Статут МКТР (стаття 2(2)(b))

<i>ЗАСТОСОВНІСТЬ. Акт геноциду у вигляді заподіяння тяжких тілесних і</i>

психічного розладу широко охоплюється формулюванням “заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень”, передбаченим статтею 442 ККУ.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для притягнення виконавця до відповідальності за вчинення геноциду шляхом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу необхідно встановити наявність наступних елементів:

1. Об'єктивні елементи
2. Виконавець заподіяв тяжкі тілесні ушкодження чи психічний розлад одній або кільком особам.
3. Суб'єктивні елементи
 - Виконавець умисно заподіяв тяжкі тілесні ушкодження або психічні розлади одній чи кільком особам.
4. Контекстуальний елемент
 - Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової чи релігійної групи.
 - Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу.
 - Тільки для МКС:
 - Діяння мало місце в контексті явної лінії подібної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було діянням, яка сама по собі могла призвести до її знищення.

Сфера застосування за статтею 442

Стаття 442 ККУ передбачає, що злочин геноциду може бути скоєний шляхом “заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень”. Це формулювання в цілому охоплює ту саму поведінку, що й “заподіяння тяжких тілесних ушкоджень і психічного розладу”, яка кодифікована як акт геноциду відповідно до Конвенції про геноцид, Статут МКС та Статутів спеціальних (ad hoc) трибуналів.

Тяжкі тілесні ушкодження, закріплені у статті 442, можна тлумачити як синонім серйозної шкоди, що міститься у міжнародному праві. Хоча стаття 442 прямо не згадує про психологічну шкоду, для того, щоб забезпечити тлумачення цього положення в контексті міжнародного права, фразу “тілесні ушкодження” слід розширити, щоб вона охоплювала також і психічну шкоду.

Визначення тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу (об'єктивні елементи)

Об'єктивна сторона цього акту геноциду вимагає, щоб виконавець заподіяв тяжкі тілесні ушкодження або психічний розлад одній чи кільком особам. Для цього потрібне підтвердження результату.

Тілесні ушкодження передбачають заподіяння серйозної фізичної шкоди потерпілій особі. Це стосується “актів фізичного насильства, які завдають серйозної шкоди здоров'ю, спричиняють каліцтво або будь-яке серйозне ушкодження зовнішніх чи внутрішніх органів або органів чуття”. Психічна шкода полягає у заподіянні психологічної травми, що виходить за рамки “незначного або тимчасового порушення розумових здібностей”. Це може бути викликано “заподіянням сильного страху, терору, залякування або погроз”.

Тілесні або психічні ушкодження повинні бути серйозними. Шкода повинна “виходити за рамки тимчасового нещастя, збентеження чи приниження і завдавати серйозної та довготривалої шкоди здатності людини вести нормальне та конструктивне життя”. При цьому не вимагається, щоб шкода була постійною або непоправною.

ТЕМАТИЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ: ПРИКЛАДИ ТЯЖКИХ ТІЛЕСНИХ УШКОДЖЕНЬ І ПСИХІЧНОГО РОЗЛАДУ

Хоча не існує вичерпного переліку діянь, які можуть призводити до тяжких тілесних ушкоджень та психічних розладів, трибунали МКТР і МКТЮ визнали актами геноциду наведені нижче діяння:

- катування;
- нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження;
- сексуальне насильство, включно зі зґвалтуванням;
- допити у поєднанні з побиттям;
- погрози вбивством;
- шкода, що спричиняє каліцтво або тяжкі тілесні ушкодження;
- психічна травма, спричинена захопленням у полон, викраденням або погрозами вбивством;
- психічна травма, спричинена примусовим розлученням із сім'єю та примусовою депортацією; та
- психічна травма, спричинена обставинами, пов'язаними з сексуальним насильством.

Зґвалтування та інші форми сексуального насильства визнані МКТР та МКТЮ актами геноциду в силу того, що спричиняють серйозні тілесні та психічні ушкодження. У контексті геноциду в Руанді було визнано, що “сексуальне насильство було невід’ємною частиною процесу знищення, спрямованого саме на жінок тутсі і безпосередньо сприяло їх знищенню та знищенню групи тутсі в цілому”. Більше того, сексуальне насильство було “кроком у процесі знищення” захищеної групи, а точніше “знищення духу, волі до життя і самого життя”. В Елементах злочинів МКС тепер чітко визнається, що серйозні тілесні та психічні ушкодження можуть включати зґвалтування та сексуальне насильство.

МКТР, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ АКАЙЕСУ, П. 731-732

Що стосується, зокрема, актів [...] [зґвалтування і сексуального насильства], Палата хотіла б підкреслити той факт, що, на її думку, вони становлять геноцид так само, як і будь-який інший акт, якщо вони були вчинені з конкретним наміром знищити, повністю або частково, певну групу як таку. Дійсно, зґвалтування і сексуальне насильство, безумовно, є заподіянням серйозних тілесних ушкоджень і психічного розладу потерпілим особам і навіть, на думку Палати, є одним з найгірших способів заподіяння шкоди потерпілій особі, оскільки вона страждає як від тілесних, так і від психічних ушкоджень. У світлі всіх наявних у неї доказів, Палата переконана, що описані вище акти зґвалтування та сексуального насильства були вчинені виключно проти жінок тутсі, багато з яких зазнали найжорстокішого публічного приниження, були понівечені та зґвалтовані по декілька разів,

часто публічно, у приміщеннях Бюро Комунальних послуг або в інших громадських місцях, і часто більш ніж одним виконавцем. Ці згвалтування призводили до фізичного та психологічного знищення жінок тутсі, їх родин та їх громад. Сексуальне насильство було невід'ємною частиною процесу знищення, спеціально спрямованим на жінок тутсі і таким, що сприяло їхньому знищенню та знищенню групи тутсі в цілому.

Визначення заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу (суб'єктивні елементи)

Що стосується суб'єктивної сторони, то необхідно встановити, що у виконавця був умисел. Такий умисел буде доведено, якщо (1) виконавець умисно діяв або бездіяв (умисел на діяння) з метою заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу одній чи кільком особам або (2) усвідомлював, що це станеться за звичайного перебігу подій (умисел на наслідок).

Доведення умислу вимагає встановлення того, що виконавець мав намір вчинити діяння або бездіяльність, які спричинили тяжкі тілесні ушкодження або психічну шкоду життю. Іншими словами, він/вона свідомо діяв(ла) або не діяв(ла). Що стосується наслідків, тобто заподіяння особі або особам тяжких тілесних ушкоджень або психічної шкоди, то необхідно довести, що виконавець бажав настання цих наслідків або усвідомлював, що вони настануть за звичайного перебігу подій.

Що стосується усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, то МКС вимагає фактичної впевненості в тому, що вони матимуть місце. МКТЮ було визнано, що в разі, коли виконавець мав намір вбити потерпілих, а не заподіяти їм серйозних тілесних ушкоджень або психічної шкоди, “жахливі тілесні та психічні страждання тих небагатьох, хто вижив, очевидно, були природними і передбачуваними наслідками”.

Створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення (Конвенція про геноцид, стаття 2(с); Статут МКС, стаття 6(с); Статут МКТЮ, стаття 4(2)(с); Статут МКТР (стаття 2(2)(с))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Акт геноциду через умисне створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення, охоплюється формулюванням “створення життєвих умов, спрямованих на повне або часткове фізичне знищення групи” зі статті 422 ККУ.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для притягнення виконавця до відповідальності за злочин геноциду через створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення, необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Виконавець створив певні умови для життя однієї або кількох осіб.
- Умови життя були розраховані на повне або часткове фізичне знищення цієї групи.

2. Суб'єктивні елементи

- Виконавець мав умисел на створення певних умов життя для однієї або кількох осіб.

- Виконавець знав, що умови були розраховані на фізичне знищення групи.
3. Контекстуальний елемент
- Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи.
 - Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу.
 - Тільки для МКС:
 - Діяння мало місце в контексті очевидної системи явної лінії подібної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було поведінкою діянням, яка сама по собі могла призвести до такого її знищення

Сфера застосування за статтею 442

Стаття 442 ККУ серед геноцидальних актів називає «створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення». Це формулювання охоплює ту саму поведінку, що й «створення життєвих умов, розрахованих на фізичне знищення», кодифіковане як акт геноциду відповідно до Конвенції про геноцид, Статуту МКС та Статутів спеціальних (ad hoc) трибуналів.

Визначення створення умов життя (об'єктивні елементи)

Об'єктивна сторона цього акту геноциду вимагає доведення того, що (1) виконавець створив певні умови життя для однієї чи більше осіб; і (2) умови життя були розраховані на повне або часткове фізичне знищення групи.

Виконавець створив певні умови для життя однієї або кількох осіб. Згідно з Елементами злочинів МКС, «умови життя» передбачають, але не обмежуються, «умисним позбавленням ресурсів, необхідних для виживання, як-от продуктів харчування або медичних послуг, або систематичного виселення».

Ці умови, мають носити характер, який не призвів би до негайної смерті потерпілих, а, замість цього, до повільної смерті потерпілих протягом певного періоду часу.

Цей акт геноциду не вимагає доведення досягнутого результату, тобто не потрібно доводити, що умови фактично призводять до смерті або тяжких тілесних чи психічних ушкоджень. Якщо такого результату досягнуто, то відповідним звинуваченням буде геноцид шляхом вбивства, або геноцид шляхом заподіяння тяжких тілесних чи психічних ушкоджень.

МКТЮ, РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОГО СУДУ У СПРАВІ ТОЛІМІР, П. 228
[...]Підпункт (с) тієї ж статті [Стаття 4(2), Статут МКТЮ] має на меті охопити ті методи знищення, які не призводять до негайного вбивства членів групи, але які, в остаточному підсумку, спрямовані на їхнє фізичне знищення. Палати Трибуналу та Міжнародний суд ООН перерахували низку дій як приклади таких методів знищення, які потенційно можуть відповідати критеріям статті 4(2)(с) Статуту та статті II(с) Конвенції про геноцид, зокрема позбавлення їжі, медичної допомоги, притулку чи одягу, відсутність засобів гігієни, систематичне вигнання з домівок або примушування членів групи до надмірної праці чи фізичних навантажень. Слід зазначити, що вбивства, які прямо згадуються як окремий акт геноциду згідно зі статтею

4(2)(a) Статуту, не можуть розглядатися як метод створення умов життя для захищеної групи, розрахованих на її знищення згідно зі статтею 4(2)(c) Статуту.

ТЕМАТИЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ: ПРИКЛАДИ ПЕВНИХ УМОВ ЖИТТЯ

Хоча не існує вичерпного переліку діянь, які можуть створювати певні умови життя, практика МКТР та МКТЮ розглядає наступні діяння як такі, що можуть створювати відповідні умови:

- Позбавлення достатньої кількості їжі і води;
- Систематичне виселення членів групи з їхніх осель або депортація;
- Відсутність належного житла;
- Відсутність достатньої кількості одягу, предметів санітарії та гігієни;
- Умови тримання під вартою, включно із сильною перенаселеністю, позбавленням їжі та відсутністю доступу до медичної допомоги;
- Надмірна робота або фізичне навантаження; або
- Відмова в праві на медичне обслуговування.

Хоча зґвалтування та сексуальне насильство історично не переслідувалися як “умови життя, розраховані на фізичне знищення групи”, в одній справі, що розглядалася МКТР, зґвалтування було визнано такою умовою. Міжнародний суд ООН також вказав, що зґвалтування може бути умовою життя, розрахованою на фізичне знищення групи.

Умови життя були розраховані на повне чи часткове фізичне знищення цієї групи. Цей елемент передбачає, що умови життя, створені виконавцем, хоча не призвели до негайного знищення членів групи, але були розраховані на їх фізичне знищення.

“Фізичне знищення” групи означає фактичне знищення групи (наприклад, шляхом спричинення смерті її членів), на відміну від “знищення національної, мовної, релігійної, культурної чи іншої ідентичності групи”. Однак, для кваліфікації діяння як злочину геноциду у вигляді створення умов життя, немає необхідності доводити, що діяння дійсно призвело до фізичного знищення групи.

При визначенні того, чи були умови життя розраховані на фізичне знищення, особливо за відсутності прямих доказів умислу виконавця, судді повинні враховувати, чи існувала “об’єктивна ймовірність того, що ці умови призведуть до фізичного знищення групи”, шляхом оцінки:

- Характеру умов, що створюються;
- Тривалості часу, протягом якого члени групи знаходилися в таких умовах;
- Характеристик групи, як-от її вразливості; та
- Сукупного впливу умов на потерпілих.

Визначення певних умов життя (суб’єктивні елементи)

Суб’єктивна сторона вимагає, щоб виконавець діяв з умислом і усвідомленням. Такий умисел і усвідомлення будуть доведені, якщо виконавець: (1) свідомо діяв або бездіяв (умисел на діяння), щоб створити небезпечні умови життя, або усвідомлював, що небезпечні умови для життя

виникнуть за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідків); та (2) усвідомлював, що створені ним умови були розраховані на фізичне знищення групи осіб (усвідомлення обставин).

Умисні діяння або бездіяльність виконавця були спрямовані на те, щоб створити умови життя, або коли він/вона усвідомлював(ла), що умови життя виникнуть за звичайного перебігу подій. Термін “умисне створення для групи умов життя”, який міститься в Конвенції про геноцид, Статуті МКС та Статутах спеціальних (ad hoc) трибуналів, підтверджує, що умисел є відповідним стандартом суб’єктивної сторони (mens rea) для цього злочину.

Умисел на діяння означає, що виконавець мав намір здійснити дії або бездіяльність, які створили такі умови життя. Іншими словами, він/вона свідомо діяв(ла) або бездіяв(ла). Що стосується умислу на наслідки, тобто того, що “умови для життя виникнуть за звичайного перебігу подій”, необхідно також довести, що виконавець мав необхідний умисел, тобто що він мав намір спричинити наслідки або усвідомлював, що вони настануть за звичайного перебігу подій. МКС вимагає, щоб виконавець майже напевно розумів, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій.

Виконавець знав про те, що існують умови, розраховані на фізичне знищення групи. Вимога про те, що умови життя були розраховані на знищення групи, не стосується умислу безпосереднього виконавця, оскільки умови життя для знищення групи могли створюватися третьою особою (наприклад, коли військовий командир наказав виконавцю запровадити недостатній раціон харчування для затриманих). Скоріше, характер умов є обставиною, а це, в свою чергу, вимагає, щоб безпосередній виконавець про сам факт створення таких обставин.

Геноцид шляхом вжиття заходів, спрямованих на запобігання народжуваності (Конвенція про геноцид, Стаття 2(d); Статут МКС, Стаття 6(d); Статут МКТЮ, Стаття 4(2)(d); Статут МКТР (Стаття 2(2)(d))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Акт геноциду у вигляді запровадження заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей, охоплюється формулюванням “скорочення дітонародження чи запобігання йому в групі” за статтею 442 ККУ.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження виконавця за злочин геноциду у вигляді запровадження заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей, необхідно встановити такі елементи:

1. Об’єктивні елементи

- Виконавець застосував певні заходи до однієї або кількох осіб.
- Заходи, що були застосовані, були спрямовані на запобігання народженню дітей у цій групі.

2. Суб’єктивні елементи

- Виконавець мав умисел застосувати певні заходи до однієї або кількох осіб.
- Виконавець знав, що заходи, які застосовуються, мають на меті запобігти народженню дітей у цій групі.

3. Контекстуальні елементи

- Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи.
- Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову чи релігійну групу.
 - Тільки для МКС:
 - Діяння мало місце в контексті явної лінії подібної поведінки, спрямованої проти групи, або було діянням, яка сама по собі могло призвести до її знищення

Сфера застосування за статтею 442

Стаття 442 ККУ визначає геноцид як “скорочення дітонародження чи запобігання йому в групі”. Це формулювання охоплює в цілому ті самі дії, що й “застосування заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей”, які кодифіковані як акт геноциду відповідно до Конвенції про геноцид, Статуту МКС та Статутів спеціальних (ad hoc) трибуналів.

Визначення застосування заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей (об’єктивний елемент)

Об’єктивні елементи цього акту геноциду вимагають, щоб (1) виконавець застосував певні заходи до однієї чи більше осіб; та (2) ці заходи були спрямовані на запобігання народженню дітей у групі.

Виконавець застосував певні заходи до однієї або декількох осіб. Такі заходи можуть бути як фізичними, так і психічними:

- Фізичні заходи передбачають: примусову стерилізацію; каліцтво статевих органів; примусовий контроль над народжуваністю; примусові аборти; сегрегація статей; і перешкоди до вступу в шлюб.
- Психічні заходи це ті, які можуть залишити фізичну здатність потерпілої особи до народження дітей недоторканою, але мають психічні наслідки, які заважають їм робити це в результаті травматичного досвіду.

Запроваджені заходи були спрямовані на запобігання народжуваності в цій групі. Характер заходу (тобто умисел запобігти народженню дітей у групі) є непрямим елементом і може стосуватися умислу третьої сторони, а не безпосереднього виконавця злочину.

Про такий умисел можна зробити висновок з характеру застосованих заходів (тобто фізичних або психологічних заходів, описаних у першому елементі), або з обставин, за яких вони були застосовані. Наприклад, у патріархальних суспільствах, де членство в групі визначається за батьківською лінією, зґвалтування з метою умисного запліднення жінки членом іншої групи буде відповідати цьому елементу. Аналогічно, зґвалтування може мати на меті запобігти народженню дітей, коли “зґвалтована особа згодом відмовляється від дітонародження. Так само, як і члени групи можуть бути змушені через погрози або травму відмовитися від дітонародження”.

МКТР, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ АКАЙЕСУ, П. 507-508

Для цілей тлумачення статті 2(2)(d) Статуту [МКТР] Палата вважає, що заходи, спрямовані на запобігання народжуваності дітей в групі, повинні тлумачитися як статеві каліцтва, практика стерилізації, примусовий

контроль народжуваності, розділення статей і заборона шлюбів. У патріархальних суспільствах, де приналежність до групи визначається особою батька, прикладом заходу, спрямованого на запобігання народженню дітей у групі, є випадок, коли під час згвалтування жінку згаданої групи умисно запліднює чоловік з іншої групи з наміром змусити її народити дитину, яка в результаті не буде належати до групи своєї матері. Крім того, Палата зазначає, що заходи, спрямовані на запобігання народженню дитини в групі, можуть бути як фізичними, так і психологічними. Наприклад, згвалтування може бути заходом, спрямованим на запобігання народженню дітей, якщо згвалтована особа згодом відмовляється від дітонародження. Так само, як члени групи можуть бути змушені через погрози або травмування відмовитися від дітонародження.

Визначення застосування заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей (суб'єктивний елемент)

Суб'єктивна сторона вимагає, щоб виконавець діяв з умислом і усвідомленням. Такий умисел і усвідомлення будуть доведені, якщо виконавець: (1) свідомо діяв або бездіяв (умисел на діяння), щоб спричинити ці наслідки, або усвідомлював, ці наслідки можуть виникнути за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідків); та (2) виконавець усвідомлював ту обставину, що умови були спрямовані на запобігання народженню дітей у групі (усвідомлення обставин).

Виконавець умисно діяв або бездіяв, щоб спричинити ці заходи, або знав, що ці заходи відбудуться за звичайного перебігу подій. Застосування певних заходів передбачає як діяння, так і наслідки.

Щодо діяння, то необхідно встановити, що виконавець мав намір вчинити дії або бездіяльність, які спричинили такі умови життя. Іншими словами, він умисно діяв або бездіяв. Стосовно наслідків, тобто того, що заходи були застосовані до групи, необхідно довести, що злочинець мав намір вжити ці заходи або знав, що вони настануть за звичайного перебігу подій. МКС вимагає високого рівня впевненості у тому, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій.

Виконавець знав, що заходи спрямовані на запобігання народженню дітей у групі. Вимога про те, що заходи були умисно спрямовані на запобігання народженню дитини в групі, є непрямим елементом, який може стосуватися умислу третьої особи (окрім виконавця). Отже, необхідним суб'єктивним елементом для виконавця є те, що він принаймні знав про цю обставину, тобто усвідомлював, що ця обставина існує (тобто, що заходи були спрямовані на запобігання народженню дитини).

Геноцид шляхом примусового переміщення дітей (Конвенція про геноцид, Стаття 2(е); Статут МКС, Стаття 6(е); Статут МКТЮ, Стаття 4(2)(е); Статут МКТР (Стаття 2(2)(е))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Акт геноциду у вигляді насильницького переміщення дітей охоплюється формулюванням “насильницька передача дітей з однієї групи в іншу” згідно зі статтею 442 ККУ.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для притягнення виконавця до відповідальності за вчинення злочину геноциду у вигляді насильницького переміщення дітей необхідно встановити наступні елементи:

1. Об'єктивний елемент

- Виконавець насильно перемістив одну або більше осіб.
- Переміщення відбувалося від цієї групи [тобто національної, етнічної, расової чи релігійної групи] до іншої.
- Особа або особи не досягли 18-річного віку.

2. Суб'єктивний елемент

- Виконавець знав або повинен був знати, що особа або особи не досягли 18-річного віку.
- Виконавець умисно насильно переміщував одну або більше осіб.
- Виконавець умисно переводив осіб з однієї захищеної групи в іншу або знав, що це станеться за звичайного перебігу подій.

3. Контекстуальний елемент

- Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи.
- Виконавець мав намір умисно знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу.
- Тільки для МКС:
- Діяння мало місце в контексті явної лінії подібної поведінки, спрямованої проти групи, або було діянням, яка сама по собі могло призвести до її знищення.

Сфера застосування за статтею 442

Стаття 442 ККУ серед геноцидальних актів називає “насильницьку передачу дітей з однієї групи в іншу”. Це формулювання охоплює ту саму поведінку, що й “насильницька передача дітей”, яка кодифікована як акт геноциду відповідно до Конвенції про геноцид, Статуту МКС та Статуту спеціального (ad hoc) трибуналу.

Визначення примусового переміщення дітей (об'єктивний елемент)

Об'єктивні елементи цього акту геноциду полягають у тому, що (1) виконавець насильно перемістив одну чи більше осіб; (2) переміщення відбувалося з однієї групи [тобто національної, етнічної, расової чи релігійної групи] в іншу; та (3) особа чи особи не досягли 18-річного віку.

Виконавець примусово перемістив одну чи кілька осіб. Цей елемент вимагає підтвердження результату, тобто того, що особу або осіб було фактично переміщено. Термін “примусово” (насильно) не обмежується фізичною силою, але може включати погрозу застосування сили або примусу, наприклад, викликану страхом перед насильством, примусом, затриманням, психологічним пригніченням або зловживанням владою щодо такої особи або осіб або іншої особи, або шляхом використання середовища примусу. Таким чином, це положення санкціонує як прямі акти насильницького фізичного переміщення, так і “акти погроз або травмування, які призводять до насильницького переміщення дітей з однієї групи в іншу”.

Палата вважає, що положення статті 2(2)(е) Статуту [МКТР] про насильницьке переміщення дітей з однієї групи в іншу спрямовані на покарання не тільки за безпосередній акт насильницького фізичного переміщення, а й за будь-які акти погроз або травмування, які можуть призвести до насильницького переміщення дітей з однієї групи в іншу

Переміщення з однієї захищеної групи до іншої.

Це положення спрямоване на запобігання вилученню та відчуженню дітей від їхньої власної групи. Дійсно, при переміщенні в іншу групу діти ростуть окремо від своєї власної групи і вони втрачають зв'язок з культурною самобутністю групи, включно з мовою і традиціями, що ставить під загрозу соціальне існування даної групи. Крім того, біологічне існування групи перебуває під загрозою, оскільки переміщенні діти, швидше за все, не будуть розмножуватися у своїй власній групі. Переміщення, здійснювані всередині однієї і тієї ж групи, виходять за рамки цієї заборони.

Особа або особи були віком до 18 років. Це може бути встановлено за допомогою ідентифікаційних документів, що засвідчують особу потерпілого, або офіційних державних записів (реєстрів). Це також може бути допущено з їх зовнішнього вигляду, загального фізичного розвитку (наприклад, таких факторів, як зріст і голос) і загальної поведінки.

Визначення примусового переміщення дітей (суб'єктивний елемент)

Суб'єктивні елементи цього злочину геноциду вимагають, щоб виконавець: (1) знав або повинен був знати, що особа або особи не досягли 18-річного віку (**усвідомлення**); (2) умисно діяв або бездіяв (**умисел на діяння**) з метою насильницького переміщення однієї або більше осіб, або усвідомлював, що ці дії відбудуться за звичайного перебігу подій (**умисел щодо наслідків**); та (3) мав намір перемістити осіб з однієї захищеної групи до іншої або усвідомлював, що це відбудеться за звичайного перебігу подій (**умисел щодо наслідків**).

Виконавець знав або повинен був знати, що особа чи особи не досягли 18 років. Елементи злочинів МКС встановлюють, що для цього елемента достатньо більш низького стандарту суб'єктивної сторони, ніж усвідомлення. Це означає, щоб виконавець “повинен був знати”, що переміщенні особи були молодше 18 років. Це може мати значення у ситуаціях, коли, наприклад, виконавцю не вистачало фактичних знань про вік потерпілих, оскільки він не діяв з достатньою обачністю у відповідних обставинах. У цьому сенсі тягар встановлення віку осіб, що зазнали насильного переміщення, лежить на виконавцеві.

Існування практики насильницької передачі дітей у віці до 18 років достатньо, щоб виконавці розуміли, що існує значна ймовірність того, що потерпіла особа була молодше 18 років.

Виконавець умисно діяв або бездіяв з метою насильницького переміщення однієї або більше осіб, або знав, що такі заходи відбудуться в умовах звичайного перебігу подій. Насильницьке переміщення однієї або більше осіб передбачає як поведінку, так і наслідок.

Умисел на діяння передбачає, що виконавець мав намір вчинити діяння або бездіяльність, які призвели до насильницького переміщення потерпілих осіб. Іншими словами, він обдумано діяв або бездіяв. Що стосується наслідку, тобто того, що потерпілі були насильно переміщені, необхідно довести, що виконавець мав намір спричинити насильницьке переміщення або знав, що особа або особи будуть насильно переміщені за звичайного перебігу подій.

Виконавець мав намір перевести осіб з однієї захищеної групи в іншу або знав, що це станеться за умов звичайного перебігу подій. Переведення осіб з однієї групи в іншу є наслідком, а отже, вимагає наявності умислу у виконавця. Іншими словами, виконавець повинен був мати на увазі переведення з однієї захищеної групи в іншу або усвідомлювати, що це станеться за звичайного перебігу подій.