

I. Воєнні злочини: поняття та види

Види:

1. Воєнні злочини проти людей:

а) умисне вбивство (Статут МКТЮ, стаття 2 (а); Статут МКС, стаття 8(2)(а)(і));

б) злочини неналежного поводження: катування або нелюдське поводження, у тому числі експерименти та заподіяння каліцтва, а також умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень (Статут МКТЮ, стаття 2(б)-(с); Статут МКС, статті 8(2)(а)(іі)-(ііі), 8(2)(б)(х));

в) посягання на людську гідність, зокрема образливе і таке, що принижує людську гідність поводження (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(б)(xxi));

г) зґвалтування, сексуальне рабство, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-яка інша форма сексуального насильства порівнянної тяжкості (Статут МКС, стаття 8(2)(xxii));

г) примушення до служби у збройних силах ворожої держави/примушення до участі у воєнних діях (Статут МКТЮ, стаття 2(е); Статут МКС, статті 8(2)(а)(v), 8(2)(б)(xv));

д) набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або їх використання для активної участі у бойових діях (Статут МКС, стаття 8(2)(б)(xxvi));

е) умисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд (Статут МКТЮ, стаття 2(f); Статут МКС, стаття 8(2)(а)(vi));

є) оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони (Статут МКС, стаття 8(2)(б)(xiv));

ж) незаконна депортація або переміщення (Статут МКС, стаття 8(2)(а)(vii); Статут МКТЮ, стаття 2(g));

2. Воєнні злочини проти власності:

а) широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо (Статут МКТЮ, стаття 2(d); Статут МКС, стаття 8(2)(а)(iv));

б) розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом (Статут МКТЮ, стаття 3(d), Статут МКС, стаття 8(2)(б)(xvi));

в) знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю (стаття 8(2)(б)(xiii) Статуту МКС);

3. Воєнні злочини нападів на заборонені цілі:

а) умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у воєнних діях (Статут МКС, стаття 8(2)(б)(i); Статут МКТЮ, стаття 3);

б) умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(ii); Статут МКТЮ, стаття 3).

Це не повний перелік воєнних злочинів, а найбільш поширені військові злочини.

II. Злочини неналежного поводження: катування або нелюдське поводження, у тому числі експерименти та заподіяння каліцтва, а також умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень (Статут МКТЮ, стаття 2(b)-(c); Статут МКС, статті 8(2)(a)(ii)-(iii), 8(2)(b)(x)).

2.1. Катування (Статут МКТЮ, стаття 2(b); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(ii))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин катування можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передано частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1) Об'єктивні елементи

- Злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам.
- Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

2) Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно та свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань.
- Злочинець завдав болю або страждань з метою отримання інформації або зізнання, або покарання, залякування чи примусу, або дискримінації за будь-якою ознакою.
- Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчать про захищений статус осіб відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

3) Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438 КК України

Стаття 438 КК України не містить прямої згадки про воєнний злочин катування. Однак цей злочин охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість

яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

Катування є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Катування є порушенням МГП за чотирма Женевськими конвенціями 1949 року та Додатковим протоколом I. Україна є державою-учасницею Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.

Визнання воєнним злочином. Катування як порушення МГП є воєнним злочином у контексті міжнародного збройного конфлікту, оскільки воно є грубим порушенням Женевських конвенцій, а також Додаткового протоколу I. Такі діяння також криміналізовані відповідно до міжнародного звичаєвого права. З рештою, катування є воєнним злочином у контексті міжнародного збройного конфлікту за Статутом МКТЮ (стаття 2(b)) та Статутом МКС (стаття 8(2)(a)(ii)).

Зазначене вказує на те, що катування є злочином і за статтею 438 КК України.

Склад катування (об'єктивні елементи)

Об'єктивна сторона катування характеризується такими елементами: (1) злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам; (2) особа чи особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року. Ці елементи мають статус міжнародного звичаєвого права.

Злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам.

Катування можуть бути вчинені шляхом дії або злочинної бездіяльності.

Фізичний або душевний біль чи страждання. Завданий фізичний або душевний біль чи страждання не обов'язково повинні включати фізичну травму, порушення функцій організму або смерть. Будь-яка завдана травма не обов'язково має бути непоправною, а наслідки катувань не обов'язково мають бути видимими.

Тяжкість. Тяжкість означає значний ступінь болю чи страждань. Відповідно до практики спеціальних міжнародних кримінальних трибуналів, цей підвищений гострий ступінь болю або страждань відрізняє злочин катування від злочину нелюдського поводження, а також від злочину умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, обидва з яких передбачають порівняно нижчий ступінь болю чи страждань.

Ця різниця не була відтворена у формулюванні Елементів злочинів МКС, де використовується один і той самий термін «сильний» і для катування і для нелюдського поводження. Тим не менш, на цьому етапі нещодавня практика МКС з досудового розгляду справ, судячи з усього, визнає різницю в ступені тяжкості, необхідної для диференціації між злочинами катування та нелюдського поводження.

Немає конкретно визначеного порогового рівня сильних страждань або болю, заподіяння яких становить катування. Його можна визначити лише в кожному випадку окремо з огляду на всі обставини справи. Умова щодо тяжкості може відповідати одному діянню або сукупності діянь, що розглядаються як ціле.

Крім того, при визначенні тяжкості неналежного поводження можуть враховуватися об'єктивні та суб'єктивні критерії, а також соціальний, культурний і релігійний контекст.

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ БРДЖАНІНА, П. 484, ЩОДО ВІДПОВІДНИХ КРИТЕРІЇВ ОЦІНКИ ТЯЖКОСТІ:

Під час визначення тяжкості будь-якого неналежного поводження необхідно враховувати об'єктивну тяжкість заподіяної шкоди, зокрема характер, мету та послідовність вчинених діянь. Суб'єктивні критерії, як-от фізичний або психічний стан потерпілої особи, вплив поводження та, в деяких випадках, такі чинники, як вік, стать, стан здоров'я та нижчий статус потерпілої особи, також будуть мати значення для визначення тяжкості шкоди.

ПРИКЛАДИ СИЛЬНОГО ФІЗИЧНОГО ЧИ МОРАЛЬНОГО БОЛЮ АБО СТРАЖДАНЬ, ЯКІ Є КАТУВАННЯМ.

У міжнародній судовій практиці вважається, що катуванням можуть бути такі приклади сильного фізичного або морального болю:

- Шмагання батоном як метод катування після арешту.
- Тілесне покарання у вигляді «15 ударів батоном» по ув'язненому, якого прив'язують голим до металевої конструкції та надягають капюшон на голову.
- Тілесне покарання за допомогою електричних кабелів або ураження електричним струмом.
- Спричинення опіків.
- Викликання відчуття задухи за допомогою води, в тому числі шляхом занурення в брудну воду або імітації утоплення.
- Імітація страти або ампутації.
- Примушування бути свідком страти чи зґвалтування іншої особи.
- Змушування бути свідком жорстокого поводження з родичем.
- Примушування потерпілих ховати тіла своїх сусідів і друзів.
- Зворотне підвішування (також відоме як «палестинське підвішування», «l'estrade» або «страппадо», під час якого руки потерпілої особи зв'язані за спиною, а потерпіла особа підвішується на мотузці, яка кріпиться до зап'ясть, що зазвичай призводить до вивиху плечей).
- Виривання нігтів.
- Тривала ізоляція, у тому числі сенсорна депривація.
- Зґвалтування.

Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року. Особи, яким було заподіяно сильного фізичного чи морального болю або страждань, повинні були підлягати захисту відповідно до однієї з чотирьох Женевських конвенцій, а саме:

- військовослужбовці та комбатанти, які є пораненими, хворими та/або такими, що зазнали корабельної аварії в морі (Женевська конвенція I, стаття 13; Женевська конвенція II, стаття 13);
- Медичний і духовний персонал (Женевська конвенція I, статті 24, 25, 26; Женевська конвенція II, статті 36, 37; Женевська конвенція IV, стаття 20);
- Військовополонені (Женевська конвенція III, стаття 4); або
- Цивільні особи, які в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є (Женевська конвенція IV, статті 4, 13).

Лояльність певній стороні та контроль цієї сторони над людьми та територією. У тому, що стосується останньої категорії цивільних осіб за статтею 4 Женевської конвенції IV формальне/юридичне громадянство не є настільки важливим, як суть відносин між потерпілими та злочинцями. Лояльність стороні конфлікту та контроль цієї сторони над особами на певній території можна розглядати як вирішальний критерій. В міру того, як сили сторони конфлікту, що здійснюють наступ, поступово встановлюють контроль над територією, цивільні особи в цих районах, що послідовно захоплюються, автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, за умови, що вони не заявляють про лояльність цій стороні.

Відсутність умови щодо участі офіційної особи або перебування особи (осіб) «під вартою або під контролем обвинуваченого» — наразі загальновизнаним є те, що катування як воєнний злочин не вимагає присутності державного посадовця чи будь-якої іншої особи з владними повноваженнями під час катування, на протипагу визначенню катування за статтею 1 Конвенції проти катувань.

На додаток і на відміну від визначення МКС катування як злочину проти людяності, для катування як воєнного злочину не існує вимоги про те, що особа (особи) мала/и перебувати «під вартою або під контролем особи, яка вчинила злочин».

Склад катування (суб'єктивні елементи)

Суб'єктивні елементи катування, відповідно до системи права МКС, полягають в тому, що (1) злочинець умисно та свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань; (2) злочинець завдав болю або страждань з метою отримання інформації або зізнання, або покарання, залякування чи примусу, або дискримінації за будь-якою ознакою; і (3) злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус особи відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

Злочинець умисно та свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань. Злочинець не обов'язково повинен був зробити оціночне судження щодо тяжкості завданого болю чи страждань.

Злочинець завдав болю або страждань для: отримання інформації або зізнання, або покарання, залякування чи примусу, або дискримінації за будь-якою ознакою. Цей суб'єктивний елемент спеціального умислу щодо цілі діянь є додатковим до обов'язкового знання та умислу заподіяння болю чи страждань.

Цей спеціальний умисел відрізняє злочин катування від злочину нелюдського поводження, а також від злочину умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, обидва з яких вимагають лише наміру заподіяти болю або страждань та знання про це.

Перелік конкретних цілей (отримання інформації чи зізнання, покарання, залякування чи примус, або дискримінація будь-якого виду) не є вичерпним. Відповідна конкретна ціль має бути частиною мотивації діяння, але вона не обов'язково повинна бути єдиною чи навіть переважною мотивацією діяння. У випадку згвалтування та сексуального насильства сексуальна мотивація може співіснувати з наміром катування і не виключати його.

Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус особи відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року. Щодо громадянства цивільних осіб злочинець мав знати тільки те, що потерпілий належав до протилежної сторони конфлікту.

Контекстуальні елементи

Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- ✓ Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ✓ Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;
- ✓ Злочинець усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

2.2. Нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти (Статут МКТЮ, стаття 2(b); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(ii))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів, можна вважати злочином за статтею 438 КК України. Нелюдське поводження може частково охоплюватися «жорстоким поводженням з військовополоненими або цивільним населенням» або «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець (а) завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам; або (b) піддав одну чи більше осіб біологічному експерименту, при чому
- (лише у випадку біологічних експериментів)
 - експеримент не служив терапевтичним цілям, не був виправданим медичними показаннями, чи проведеним в інтересах особи або осіб; та
 - експеримент поставив під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я або недоторканність особи або осіб.
- Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець (а) умисно та свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань; або (б) умисно та свідомо піддав особу або осіб біологічному експерименту.
- Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчать про захищений статус осіб відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

Воєнний злочин нелюдського поводження частково охоплюється «жорстоким поводженням з військовополоненими або цивільним населенням», передбаченого в статті 438 КК України. Крім того, нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, можна віднести до «порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті

Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

Нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, є порушенням МГП, яке міститься в чотирьох Женевських конвенціях 1949 року та Додатковому протоколі I.

Україна є державою-учасницею Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.

Визнання воєнними злочинами. Нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, як порушення МГП визнаються воєнними злочинами, оскільки вони є грубими порушеннями Женевських конвенцій, а також Додаткового протоколу I. Така криміналізація має статус міжнародного звичаєвого права. З рештою, нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, чітко визнано воєнними злочинами статтею 2(b) Статуту МКТЮ та статтею 8(2)(a)(ii) Статуту МКС.

Злочин нелюдського поводження явно, принаймні частково, збігається зі злочином «жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням». Згідно зі Статутами МКС і МКТЮ, а також судовою практикою, нелюдське та жорстоке поводження є схожими злочинами. У вузькому сенсі формулювання «нелюдське поводження» використовується в міжнародних збройних конфліктах, а формулювання «жорстоке поводження» використовується в неміжнародних збройних конфліктах, але ознаки цих двох злочинів є однаковими. Крім того, поняття військовополонених у статті 438

застосовується лише у міжнародних збройних конфліктах, що передбачає застосування терміну «нелюдське поводження».

Зазначене вказує на те, що за нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України.

Склад нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів (об'єктивні елементи)

Об'єктивна сторона цього злочину характеризується такими елементами: (1) злочинець (а) завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній або кільком особам; або (б) піддав одну чи більше осіб біологічному експерименту, при чому (і) експеримент не служив терапевтичним цілям, не був виправданим медичними показаннями, чи проведенням в інтересах особи або осіб; та (ii) експеримент поставив під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я або недоторканність особи або осіб. Крім того, (2) особа чи особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

У випадку злочину нелюдського поводження, злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам.

Злочин нелюдського поводження може бути вчинено шляхом дії або бездіяльності.

Фізичний або душевний біль чи страждання. Фізичний або душевний біль чи страждання, заподіяні жертві, не обов'язково повинні бути тривалими або непоправними, якщо їх вплив на жертву є більш ніж тимчасовим і/або реальним та серйозним.

Будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили; всі форми сексуального насильства, які не передбачають проникнення; а також зґвалтування, можуть становити нелюдське поводження.

Тяжкість. Немає конкретно визначеного порогового рівня сильних страждань або болю, заподіяння якого характеризує неналежне поводження як нелюдське. Оцінку слід проводити в кожному випадку окремо.

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КРНОЄЛАЦА, П. 484 ПРО ОЦІНКУ ТЯЖКОСТІ НЕЛЮДСЬКОГО ПОВОДЖЕННЯ:

Необхідно взяти до уваги всі фактичні обставини, зокрема характер дії чи бездіяльності, контекст, у якому вона сталася, її тривалість та/або повторюваність, фізичні, психічні та моральні наслідки діяння для потерпілого та особисті обставини потерпілого, включно з віком, статтю і станом здоров'я

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ПРИКЛАДИ СИЛЬНОГО ФІЗИЧНОГО ЧИ МОРАЛЬНОГО БОЛЮ АБО СТРАЖДАНЬ, ЩО СТАНОВЛЯТЬ НЕЛЮДСЬКЕ ПОВОДЖЕННЯ

У міжнародній судовій практиці вважається, що нелюдське поводження може характеризуватися такими прикладами сильного фізичного або морального болю чи страждань:

- Погрози фізичного насильства по відношенню до потерпілої особи або членів її родини.
- Побої, «пороття» або серія фізичних ударів.
- Примушування копати окопи або виконувати примусові роботи на лінії фронту в небезпечних умовах.
- Використання затриманих як «живих щитів».
- Умисне позбавлення людей води та їжі.
- Ненадання медичної допомоги.
- Певні умови тримання під вартою або ув'язнення.
- Ув'язнення людей зі зв'язаними руками протягом багатьох годин у кімнаті, заповненій трупами чоловіків, жінок і дітей.
- Сексуальний напад.

Об'єктивний елемент заподіяння сильного фізичного чи морального болю чи страждань є особливістю системи МКС. Відповідно до судової практики МКТЮ еквівалентним елементом є «серйозна фізична або моральна шкода чи страждання або [...] серйозна наруга над людською гідністю». Злочини проти людської гідності, які включені до категорії нелюдського поводження в системі МКТЮ, натомість охоплюються окремим злочином наруги над людською гідністю у системі МКС.

Щодо злочину біологічних експериментів, злочинець піддав одну або більше осіб певному біологічному експерименту. У коментарі зазначається, біологічні експерименти та медичні чи наукові експерименти багато в чому перетинаються.

Біологічний експеримент не служив терапевтичним цілям і не був ані виправданим медичними показаннями, ані проведеним в інтересах особи або осіб. Хоча сучасної судової практики щодо цього злочину немає, у коментарях зазначається, що термін «біологічні експерименти» в його звичайному значенні охоплює діяння, основною метою яких є вивчення невідомих впливів продукту чи ситуації на організм людини. У коментарі йдеться про те, що особи, які перебувають під захистом, не можуть давати правомірну згоду на певний біологічний експеримент, який загрожує їхньому фізичному або психічному здоров'ю чи недоторканості.

Біологічний експеримент поставив під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я або недоторканність особи або осіб. За біологічний експеримент, який фактично завдає шкоди жертві, може бути передбачена кримінальна відповідальність. Проте, у коментарі зазначається, на підставі формулювання «під серйозну загрозу», що злочин не обов'язково характеризується настанням шкоди, а для його завершення достатньо небезпеки заподіяння шкоди.

Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року. Особи, яким було заподіяно сильного фізичного чи

морального болю або страждань, повинні були підлягати захисту відповідно до однієї з чотирьох Женевських конвенцій, а саме:

- військовослужбовці та комбатанти, які є пораненими, хворими та/або такими, що зазнали корабельної аварії в морі (Женевська конвенція I, стаття 13; Женевська конвенція II, стаття 13);
- Медичний і духовний персонал (Женевська конвенція I, статті 24, 25, 26; Женевська конвенція II, статті 36, 37; Женевська конвенція IV, стаття 20);
- Військовополонені (Женевська конвенція III, стаття 4); або
- Цивільні особи, які в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є (Женевська конвенція IV, статті 4, 13).⁴⁴¹

Лояльність певній стороні та контроль цієї сторони над людьми та територією. У тому, що стосується останньої категорії цивільних осіб за статтею 4 Женевської конвенції IV, формальне/юридичне громадянство не є настільки важливим, як суть відносин між потерпілими та злочинцями.⁴⁴² Лояльність стороні конфлікту та контроль цієї сторони над особами на певній території можна розглядати як вирішальний критерій. В міру того, як сили сторони конфлікту, що здійснюють наступ, поступово встановлюють контроль над територією, цивільні особи в цих районах, що послідовно захоплюються, автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, за умови, що вони не заявляють про лояльність цій стороні.

Склад нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів (суб'єктивні елементи)

Суб'єктивними елементами нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів, відповідно до системи права МКС, є такі: (1) злочинець (а) умисно та свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань; або (б) умисно та свідомо піддав особу або осіб біологічному експерименту. Крім того, (2) злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус особи відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

Щодо злочину нелюдського поводження злочинець свідомо і умисно завдав сильного фізичного чи морального болю або страждань. Злочинець не обов'язково повинен був зробити оціночне судження щодо тяжкості завданого болю чи страждань.

Щодо біологічних експериментів злочинець умисно та свідомо піддав одну або більше осіб певному біологічному експерименту.

Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус особи відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року. Щодо громадянства цивільних осіб злочинець мав знати тільки те, що потерпілий належав до протилежної сторони конфлікту.

Контекстуальні елементи

Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- Тривав міжнародний збройний конфлікт;

- Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

2.3. Заподіяння фізичного каліцтва або медичні, наукові чи біологічні експерименти (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(x))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин заподіяння фізичного каліцтва або здійснення медичних чи наукових експериментів можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець заподіяв одній або більше особам (а) фізичне каліцтво; або (б) піддав одну або більше осіб медичному або науковому експерименту, при чому
- Заподіяння каліцтва або експеримент не були обґрунтовані необхідністю медичного, стоматологічного або стаціонарного лікування відповідної особи або осіб і здійснювалися не в їхніх інтересах; та
- Каліцтво чи експеримент спричинили смерть або поставили під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я та/або недоторканність особи чи осіб.
- Особа або особи перебували під владою ворожої сторони.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно та свідомо заподіяв каліцтво або здійснив експеримент.
- Злочинець усвідомлював, що інша особа або особи перебували під владою ворожої сторони.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту

Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

Стаття 438 КК України не містить прямої згадки про воєнні злочини заподіяння фізичного каліцтва або здійснення медичних чи наукових експериментів. Однак такі злочини охоплюються «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

Заподіяння фізичного каліцтва або медичні чи наукові експерименти є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Фізичне каліцтво, медичні або наукові експерименти є порушеннями норм міжнародного гуманітарного права, закріплених у Женевській конвенції III, Женевській конвенції IV та Додатковому протоколі I. Україна є державою-учасницею Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.

Визнання воєнними злочинами. Заподіяння каліцтва, медичні чи наукові експерименти як порушення МГП визнано воєнними злочинами, оскільки вони є грубими порушеннями Додаткового протоколу I. Така криміналізація має статус звичаєвого міжнародного права. Нарешті, вони чітко визнані воєнним злочином у міжнародному збройному конфлікті статтею 8(2)(b)(x) Статуту МКС.

Вищенаведене вказує на те, що за заподіяння каліцтва, медичні чи наукові експерименти передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України.

Склад фізичного каліцтва або медичного чи наукового експерименту (об'єктивні елементи)

Фізичного каліцтва або медичні чи наукові експерименти з об'єктивної сторони характеризуються такими елементами: (1) злочинець заподіяв одній або більше особам (а) фізичне каліцтво; або (b) піддала одну або більше осіб медичному чи науковому експерименту; (2) при цьому заподіяння каліцтва або експеримент не були обґрунтовані необхідністю медичного, стоматологічного або стаціонарного лікування відповідної особи або осіб і здійснювалися не в інтересах цієї особи або осіб; та (3) каліцтво чи експеримент спричинили смерть або поставили під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я та/або недоторканність особи чи осіб. Крім того, (4) особа або особи перебували під владою ворожої сторони.

Щодо злочину фізичного каліцтва особа, яка його вчинила, заподіяла каліцтво одній чи кільком особам.

Заподіяння каліцтва. Заподіяння каліцтва треба розуміти як заподіяння «фізичних страждань», що призводять до поранення, ушкодження або нівечення осіб через ламання, відрив або відрізання частини тіла». В Елементах злочинів МКС зокрема зазначено незворотне понівечення особи або осіб, або незворотне виведення з ладу або видалення органа чи кінцівки як приклади каліцтва. Іншими прикладами каліцтва є ампутації та травми кінцівок, нанесення порізів на тілі, виривання ока, пошкодження внутрішніх органів або рубцювання обличчя кислотою. Такий злочин охоплює сексуальне каліцтво, наприклад, відрізання статевих органів. Міжнародна судова практика загалом вважає каліцтво особливо тяжкою формою фізичної шкоди, зокрема через його непоправний характер.

Об'єктом злочину є жива особа або кілька осіб, але не трупи. Злочин каліцтва передбачає діяння, вчинене щодо людини, а не мертвого тіла. Каліцтво має бути заподіяно до, а не після смерті людини.

Заподіяння каліцтва не було обґрунтовано необхідністю медичного, стоматологічного або стаціонарного лікування відповідної особи чи осіб, а також не здійснювалося в інтересах цієї особи чи осіб.

Згода не звільняє від відповідальності за цей злочин. Склад цього злочину охоплює будь-яку медичну процедуру, яка не показана за станом здоров'я відповідної особи і яка не відповідає загальноприйнятим медичним стандартам, що застосовуються за аналогічних медичних обставин до осіб, які є громадянами сторони, що проводить процедуру, і які жодним чином не позбавлені свободи.

Заподіяння каліцтва спричинило смерть або поставило під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я особи або осіб. За заподіяння каліцтва, яке фактично спричиняє смерть потерпілого або завдає їй шкоду, передбачена кримінальна відповідальність. Проте, у коментарі зазначається, на підставі формулювання «під серйозну загрозу», що цей злочин не обов'язково характеризується завданням шкоди здоров'ю, проте, може характеризуватися небезпекою заподіяння шкоди.

Щодо медичного або наукового експерименту особа, яка його вчинила, піддала одну або більше осіб медичному або науковому експерименту. У коментарі зазначається, що біологічні експерименти та медичні чи наукові експерименти багато в чому перетинаються.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ВІЙСЬКОВИЙ ТРИБУНАЛ США № 1 У НЬЮРНБЕРГІ, РІШЕННЯ У СПРАВІ БРАНДТА ТА ІН.

Військовий трибунал виніс обвинувальні вирoki за проведення медичних експериментів над військовополоненими та цивільними особами, зокрема за «жорстоке поводження» як воєнний злочин згідно зі статтею 2(1)(b) Закону № 10 Контрольної ради Німеччини. В обвинувальному висновку підсудних звинуватили у воєнних злочинах «медичних експериментах [...], під час яких [вони] вчиняли вбивства, акти брутальності, жорстокості, тортури, звірства та інші нелюдські діяння». Зокрема:

• (А) Експерименти на екстримальних висотах.

Дослідження меж людської витривалості та існування на екстремальних висотах. Піддослідних поміщали в барокамеру з низьким тиском, а потім в ній імітувалися умови перебування на великій висоті.

• (В) Експерименти із заморожуванням людей.

Дослідження найефективніших засобів лікування людей, які зазнали сильного переохолодження або замерзання. Піддослідних змушували залишатися в резервуарі з крижаною водою до 3 годин. Багато жертв загинуло. Людей, які вижили і зазнали екстремального переохолодження, намагалися зігріти різними способами. Піддослідних також годинами тримали оголеними на відкритому повітрі за температури нижче нуля.

• (С) Експерименти з малярією.

Дослідження імунізації та лікування малярії. Здорових в'язнів концтабору заражали за допомогою комарів або ін'єкцій екстрактів слизових залоз комарів. Після зараження малярією піддослідних лікували різними

препаратами, щоб перевірити їхню відносну ефективність. Було залучено понад 1 000 піддослідних проти їхньої волі.

• **(D) Експерименти з іпритом.**

Дослідження найефективнішого лікування ран, спричинених іпритом. Рани, умисно заподіяні піддослідним, були заражені іпритом.

• **(E) Експерименти з сульфаніламидами.**

Піддослідним були умисно заподіяні поранення, і ці рани були інфіковані такими бактеріями, як стрептокок, збудник газової гангрені та правцева паличка. Кровообіг переривали перев'язуванням кровоносних судин з обох кінців рани, щоб імітувати бойові поранення. Інфекцію посилювали тим, що в рани засипали дерев'яну стружку та мелене скло. Інфекцію лікували сульфаніламидами та іншими препаратами, щоб визначити їхню ефективність.

• **(F) Експерименти з регенерації та трансплантації кісток, м'язів і нервів.**

У піддослідних видаляли ділянки кісток, м'язів і нервів.

• **(G) Експерименти з морською водою.**

Вивчення різних методів перетворення морської води в питну. Піддослідних повністю позбавляли їжі й давали лише хімічно оброблену морську воду.

• **(H) Експерименти з епідемічною жовтяницею.**

Дослідження причин епідемічної жовтяниці та щеплення від неї. Піддослідних умисно заражали епідемічною жовтяницею.

• **(I) Експерименти зі стерилізації.**

Розроблення методу стерилізації, який був би придатний для стерилізації мільйонів людей з мінімальними витратами часу та зусиль. Ці експерименти проводили за допомогою рентгенівського випромінювання, хірургічного втручання та різних препаратів. Тисячі жертв були стерилізовані.

• **(J) Експерименти з висипним тифом (Fleckfieber) та іншими збудниками.**

Здорових ув'язнених інфікували вірусом висипного тифу, щоб зберегти вірус живим; внаслідок цього загинули понад 90 відсотків жертв. Для визначення ефективності вакцин і хімічних речовин використовували інших здорових ув'язнених. Деяких із них вакцинували певною вакциною або їм давали споживати певну хімічну речовину, а потім інфікували вірусом. Інших інфікували без будь-якого попереднього захисту, як контрольну групу. Сотні піддослідних загинули. Також проводили експерименти з жовтою лихоманкою, віспою, паратифами А і В, холерою і дифтерією.

• **(K) Експерименти з отрутою.**

Отрути таємно вводили піддослідним разом з їжею.

Потерпілі помирали від отрути або їх негайно вбивали, щоб можна було провести розтин. У деяких піддослідних стріляли отруйними кулями.

• **(L) Експерименти із запалювальними бомбами.**

Перевірка дії різних фармацевтичних препаратів на фосфорні опіки. Цих опіків завдавали піддослідним фосфорною речовиною, взятою із запалювальних бомб.

У всіх випадках вищезазначені експерименти проводили для військово-повітряних сил Німеччини, збройних сил і військово-морського флоту, вони не мали нічого спільного з лікуванням відповідних осіб і не проводилися в інтересах цих осіб.

Багато жертв загинули в результаті цих експериментів, а ті, хто вижив, зазнали інтенсивних, тяжких і серйозних мук, болю, страждань, морального болю, ушкоджень, каліцтв та/або повністю втратили працездатність.

Експеримент не був обґрунтованим необхідністю медичного, стоматологічного або стаціонарного лікування відповідної особи або осіб і здійснювався не в інтересах такої особи або осіб. Цей елемент проілюстровано на прикладі зазначеної справи Брандта та ін. У коментарі стверджується, що злочин, пов'язаний з медичними або науковими експериментами, спрямований на заборону експериментів, які не служать терапевтичній меті, а натомість проводяться в цілях отримання медичних або наукових знань.

Згода не звільняє від відповідальності за цей злочин. Склад цього злочину забороняє будь-яку медичну процедуру, яка не показана за станом здоров'я відповідної особи і яка не відповідає загальноприйнятим медичним стандартам, що застосовуються за аналогічних медичних обставин до осіб, які є громадянами сторони, що проводить процедуру, і які жодним чином не позбавлені свободи.

Експеримент спричинив смерть або поставив під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я або недоторканість особи або осіб. Цей елемент проілюстровано на прикладі зазначеної справи Брандта та ін. За експерименти, які фактично спричиняють смерть потерпілої особи або завдають їй шкоди, передбачена кримінальна відповідальність. Крім того, у коментарі зазначається, на підставі формулювання «під серйозну загрозу», що цей злочин не обов'язково характеризується настанням шкоди здоров'ю, а достатньо наявності небезпеки заподіяння шкоди. Щодо посилання на «недоторканість» у зв'язку з медичними або науковими експериментами, то коментатори зазначають, що розробники Елементів злочинів розглядали її як таку, що стосується лише медичних або наукових експериментів, а не заподіяння каліцтва.

Особа або особи потерпілі від каліцтв або експерименту, перебували під владою ворожої сторони. Потерпілі від цієї групи злочинів визначені у статті 11(1) Додаткового протоколу I: «осіб, що перебувають під владою ворожої сторони, або інтернованих, затриманих чи яким-небудь іншим чином позбавлених свободи в результаті [збройного конфлікту]». У коментарі зазначається, що термін «особи, які перебувають під владою ворожої сторони» охоплює переважно військово-полонених, інтернованих цивільних осіб та всіх осіб, що належать до сторони конфлікту, які опинилися на території ворожої сторони конфлікту, зокрема на території, окупованій ворожою стороною, над

якою ворожа сторона здійснює державну владу, або яка просто перебуває під контролем ворожої сторони.

Склад фізичного каліцтва або медичного чи наукового експерименту (суб'єктивні елементи)

Суб'єктивна сторона цього злочину характеризується такими елементами: (1) злочинець свідомо і умисно заподіяв каліцтво або здійснив експеримент. Окрім того, (2) злочинець усвідомлював, що інша особа або особи перебували під владою ворожої сторони.

Щодо злочину фізичного каліцтва злочинець свідомо і умисно заподіяв каліцтво.

Щодо злочину медичних або наукових експериментів злочинець свідомо і умисно здійснив медичний або науковий експеримент.

Злочинець усвідомлював, що інша особа або особи перебували під владою ворожої сторони.

Контекстуальні елементи

Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- ✓ Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ✓ Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;
- ✓ Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

2.4. Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю (Статут МКТЮ, стаття 2(с); Статут МКС, стаття 8(2)(а)(iii))

Воєнний злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю заповнює прогалини, які не визначені іншими «злочинами неналежного поводження», він є взаємопов'язаним і дещо перетинається з катуваннями або нелюдським поводженням, включно з експериментами на людях і каліцтвом.

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він може частково охоплюватися «жорстоким поводженням з військовополоненими або цивільним населенням» або «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено ч. 1 ст. 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець завдав сильного фізичного або психічного болю чи страждань, або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю одній, чи кільком особам.

• Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

2. Суб'єктивні елементи

• Злочинець умисно і свідомо завдав сильного фізичного або психічного болю чи страждань, або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю.

• Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус осіб відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

3. Контекстуальні елементи

• Тривав міжнародний збройний конфлікт.

• Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.

• Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

Воєнний злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю частково охоплюється складом злочину «жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням». Такий злочин також охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень є порушенням законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень є грубим порушенням МГП під час міжнародного збройного конфлікту в розумінні чотирьох Женевських конвенцій 1949 року. Україна є державою-учасницею Женевських конвенцій.

Визнання воєнним злочином. Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень визнається воєнним злочином у міжнародному збройному конфлікті, оскільки є грубим порушенням Женевських конвенцій. Така криміналізація також відображена в міжнародному звичаєвому права. Ці порушення чітко визнано воєнними злочинами у статті 2(с) Статуту МКТЮ та статті 8(2)(a)(iii) Статуту МКС.

Склад злочину умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень охоплюється складом «жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням». Воєнний злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень перетинається з нелюдським поводженням. Як пояснювалося вище, цей злочин прямо охоплюється складом

«жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням», за статтею 438 КК України.

Вищенаведене вказує на те, що умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю є злочином за статтею 438 КК України.

Склад умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю (об'єктивні елементи)

З об'єктивної сторони заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень характеризується так: (1) злочинець завдав (а) сильного фізичного або психічного болю чи страждань, або (б) тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю одній чи кільком особам; (2) така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

Злочинець завдав сильного фізичного або психічного болю чи страждань, або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю одній чи кільком особам.

Цей злочин може бути вчинено шляхом дії або бездіяльності.

Фізичний або душевний біль чи страждання, або тілесні ушкодження чи шкода здоров'ю. Це єдиний злочин, перший елемент якого сформульований в альтернативний спосіб, тобто фізичний або душевний біль чи страждання; та/або тілесні ушкодження чи шкода здоров'ю.

Це альтернативне посилення на «тілесні ушкодження» відрізняє злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень від інших злочинів неналежного поводження. Зокрема, катування та нелюдське поводження передбачають фізичний або душевний біль чи страждання, незалежно від наявності або відсутності тілесних ушкоджень. Каліцтво та біологічні, медичні або наукові експерименти ставлять під загрозу фізичне або психічне здоров'я та/або недоторканність, знову ж таки, незалежно від того, чи було завдано тілесних ушкоджень, чи ні.

Розвиток судової практики спеціальних міжнародних кримінальних трибуналів передбачає, що сильні страждання або тяжкі тілесні ушкодження чи шкода здоров'ю можуть передбачати психічне здоров'я. Щодо МКС у коментарі зазначається, що держави-учасниці під час переговорів щодо «Елементів злочинів МКС» умисно застосували слово «моральний» до «фізичного чи морального болю або страждань», але не до «тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю». У судовій практиці МКС це питання досі не розглянуто.

Терміни «сильні» та «тяжкі»: необхідний рівень тяжкості. Оцінювання рівня тяжкості здійснюється в кожному випадку окремо. Спеціальні міжнародні кримінальні трибунали тлумачили термін «тяжкі» як такий, що не обов'язково характеризується «постійним та непоправним ушкодженням», а лише «ушкодженням, що виходить за межі тимчасового нещастя, незручностей чи приниження», тобто

«призводить до серйозного і довготривалого порушення здатності людини вести нормальне і конструктивне життя». Ще одним критерієм, який може бути використаний для оцінювання тяжкості тілесних ушкоджень або шкоди здоров'ю, є тривалість непрацездатності потерпілої особи.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ДІЯННЯ, ЩО Є ЗЛОЧИНОМ УМИСНОГО ЗАПОДІЯННЯ СИЛЬНИХ СТРАЖДАНЬ АБО ТЯЖКИХ ТІЛЕСНИХ УШКОДЖЕНЬ

Відповідно до практики міжнародних судів, наведені нижче приклади можуть становити злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень.

- Побиття, завдання ударів руками та ногами.
- Ножові поранення кінцівок.
- Прив'язування затриманого до балки даху, побиття, зокрема бейсбольною битою.
- Обливання бензином штанів затриманого, підпалювання їх та обпікання ніг.
- Розміщення шнура запалу, що горить, навколо статевих органів затриманого.
- Примушування жертв співати націоналістичні пісні ворожої сторони.
- Примушування потерпілої особи жувати та їсти кулю.
- Примушування потерпілої особи роздягатися, віджиматися та чистити чоботи офіцерів ворожої сторони.
- Примушування жертв повзати по землі та багнюці.
- Примушування затриманих пити сечу.
- Створення та підтримання атмосфери терору у в'язниці-таборі та постійного страху ув'язнених через вбивства та знущання.
- Нелюдські умови тримання під вартою та постійне позбавлення ув'язнених достатньої кількості води, їжі, можливостей для сну і користування туалетом, а також медичної допомоги.

Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року. Особи, яким було заподіяно сильних страждань або тілесних ушкоджень, повинні підлягати захисту відповідно до однієї з чотирьох

Женевських конвенцій, а саме:

- військовослужбовці та комбатанти, які є пораненими, хворими та/або такими, що зазнали корабельної аварії в морі (Женевська конвенція I, стаття 13; Женевська конвенція II, стаття 13);
- Медичний і духовний персонал (Женевська конвенція I, статті 24, 25, 26; Женевська конвенція II, статті 36, 37; Женевська конвенція IV, стаття 20);
- Військовополонені (Женевська конвенція III, стаття 4); або
- Цивільні особи, які в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є (Женевська конвенція IV, статті 4, 13).

Лояльність певній стороні та контроль цієї сторони над людьми та територією. Щодо цивільних осіб за статтею 4 Женевської конвенції IV, формальне/юридичне громадянство не є настільки важливим, як суть відносин між потерпілими особами та злочинцями. Лояльність стороні конфлікту та контроль цієї сторони над особами на певній території можна розглядати як вирішальний критерій. В міру того, як сили сторони конфлікту, що здійснюють наступ, поступово встановлюють контроль над територією, цивільні особи в цих районах, що послідовно захоплюються, автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, за умови, що вони не заявляють про лояльність цій стороні.

Склад умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю (суб'єктивні елементи)

З суб'єктивної сторони умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень характеризується такими елементами: (1) злочинець умисно і свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань, або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю; (2) злочинець знав про фактичні обставини, що свідчать про захищений статус осіб відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

Злочинець умисно і свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань, або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю. Коментатори дотримуються думки про те, що внаслідок використання поняття «умисно» в Статуті МКС до цього правопорушення може застосовуватися нижчий стандарт *mens rea*, оскільки «умисно» зазвичай тлумачиться судовою практикою МКТЮ як таке, що охоплює прямий умисел і безвідповідальність (*dolus eventualis*).

Злочин може бути скоєний з будь-яких мотивів або без них, наприклад, з помсти або з садистських спонукань. Злочинець не обов'язково повинен був зробити оціночне судження щодо аспектів «значності» чи «серйозності» наслідків.

Контекстуальні елементи

Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- ✓ Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ✓ Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;
- ✓ Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.