

УДК (094.58)343.541(477)

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО АНАЛІЗУ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНУ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ (СТ. 152 ККУ В РЕДАКЦІЇ ВІД 23.10.14 ТА 11.01.19) КРІЗЬ ПРИЗМУ ПОЛОЖЕНЬ СТАМБУЛЬСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ

Васільєва В.А.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті розглянуто міжнародну практику конструювання такого складу злочину як зґвалтування на прикладі законодавства Німеччини та Франції. Досліджено вплив Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами на законодавство тих країн, що ратифікували дану міжнародну угоду. Проведено порівняння двох редакцій статті 152 ККУ, а саме від 23.10.14 та від 11.01.19. Розглянуто гендерну рівність в аспекті відповідності норм національного законодавства принципу відсутності обмежень чи привілеїв за ознакою статі.

Ключові слова: Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами, Кримінальний кодекс України, злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи, гендерна рівність, зґвалтування.

Постановка проблеми. Законом України від 06.12.2017 р. № 227-VIII “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про

запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами” внесено зміни до Кримінального кодексу України (далі – ККУ). У новій редакції ККУ повному викладені склади злочинів проти стате-

вої свободи та статевої недоторканності особи, у тому числі й той з них, що передбачений статтею 152 ККУ. Відповідно до інформації, яка зазначена на офіційному сайті Верховної Ради України зміни повинні набути чинності 11.01.2019 р. Хоча Україна досі не ратифікувала Конвенцію Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (далі – Стамбульська конвенція), проте імплементація положень цієї міжнародної угоди в законодавство України безперечно позитивно вплине на відповідність міжнародним стандартам національної правової бази. Однак, оновлений зміст диспозиції статті 152 ККУ має певні недоліки щодо забезпечення гендерної рівності та точного відтворення положень статті 36 Стамбульської конвенції в цілому.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Для того, щоб більш детально проаналізувати особливості принципу гендерної рівності в кримінальному законодавстві та можливості запозичення досвіду зарубіжних країн щодо формулювання складу такого злочину як зґвалтування, слід, зокрема, звернутися до праць таких вчених як Ю.В. Баулін, Т.М. Головка, О.О. Дудоров, Т.М. Краснопольська, О.М. Костенко, І.І. Котюк, Т.М. Мельник, В.А. Серебрякова, М.В. Стрюк, О.В. Харитонова, М.М. Фозикош, П.Л. Фріса та інші.

Виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми. Розвиток правової держави, якою проголосила себе Україна в статті 1 Конституції України (далі – КУ), повинен супроводжуватися оновленням законодавством, яке неодмінно повинно ґрунтуватися на міжнародних принципах та стандартах. Метою Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами є попередження насильства, захист постраждалих та «покінчення з безкарністю злочинців», тому важливим є точне відтворення положень даної Конвенції та адаптації їх до національного законодавства.

Формулювання цілей статті. Цілями цієї роботи є аналіз нової редакції статті 152 ККУ та встановлення її відповідності статті 36 Стамбульської конвенції в співвідношенні з традиційним вітчизняному законодавству способом конструкції даного злочину проти статевої свободи. Крім того, поставити питання про порівняння зазначеного делікту складам злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності особи відповідно до законодавства Німеччини, Франції та інших країн, з урахуванням альтернативних визначень диспозицій такого складу злочину.

Виклад основного матеріалу дослідження. Конституція України 1996 р., Закон України "Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків" від 08.09.2005 р. та багато інших нормативно-правових актів нашої держави закріплюють принцип рівності жінок та чоловіків, проте і досі гендерна рівність у багатьох сферах ще не досягнута. Гендерний дисбаланс в Україні носить форму приниження прав як жінок, так і чоловіків. Перший варіант гендерної асиметрії (щодо прав жінок) висвітлюється в наукових статтях набагато частіше та повніше. Проте другий варіант дисбалансу (щодо прав чоловіків) рідко піддається розгляду [1, с. 207].

Концепція і практичне застосування гендерної рівності є центральними поняттями сталого розвитку суспільства. У гендерній рівності не йдеться про вирішення проблем жінок. Мова йде про рівну участь чоловіків та жінок у покращенні умов як їхнього власного життя, так і життя громади в цілому.

Хоча за останні часи було досягнуто значного прогресу у сфері гендерної рівності, проте все багато питань все ще залишається поза увагою законодавця. Ціллю гендерної рівності є підтримка досягнення рівності між жінками та чоловіками з метою забезпечення стабільного розвитку суспільства, подолання будь-яких проявів дискримінації [2, с. 1].

У статті 1 Закону України "Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків" від 08.09.2005 р. рівні права жінок і чоловіків визначаються як відсутність обмежень чи привілеїв за ознакою статі [3]. Однак, у статті 152 ККУ в редакції від 11.01.19 можна констатувати певне порушення прав чоловіків. Так, О.О. Дудоров справедливо зазначає, що нормативно-правовий акт в редакції від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII закріплює гендерно нейтральні визначення зґвалтування (ст. 152 КК) і відмінного від нього сексуального насильства (ст. 153 КК), у яких природні біологічні відмінності між чоловіком і жінкою до уваги не беруться [4, с. 8]. Це пояснюється тим, що у редакції статті 152 від 11.01.19, чоловік не у всіх випадках, передбачених диспозицією цієї норми може бути потерпілим.

Такий висновок ґрунтується на тому, що у новій редакції відповідна норма суттєво відрізняється від традиційного для вітчизняного законодавства способу її викладення, з точки зору конструкції об'єктивної сторони відповідного складу злочину. Так, наприклад, у статті 152 ККУ в редакції від 23.10.14 визначено зґвалтування як статеві зносини із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи. У новій же редакції об'єктивна сторона відповідного делікту викладена наступним чином: вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета, без добровільної згоди потерпілої особи.

Мовна конструкція «з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета» дає змогу зробити логічний висновок про те, що геніталії, а також інші частини тіла можна віднести до предмета, що не відповідає об'єктивній реальності, а по-друге, доцільно було б у даній редакції статті 152 поставити питання про використання видового поняття – зовнішні статеві органи замість родового поняття – геніталії.

Крім того, у статті 152 КК в редакції від 23.10.14 статеві зносини визнавались зґвалтуванням лише у трьох формах: якщо вони поєднуються 1) із застосуванням фізичного насильства, 2) погрозою його застосуванням або 3) з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Один із трьох альтернативно вказаних способів, як складова цілеспрямованої злочинної поведінки і криміноутворююча ознака, слугує характеристикою ознаки протиправності для подальшої

суспільно небезпечної поведінки заради, з використанням якої вони і вчинювались винним. При цьому перелік способів, за наявності хоча б одного з яких природні статеві зносини між особами жіночої і чоловічої статі визнавались згвалтуванням, був вичерпним.

У статті 152 КК, викладеною в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, як на криміноутворюючу ознаку законодавець вказує (за винятком ч. 4 цієї статті) не на традиційні для вітчизняного КК способи, а на оціночну ознаку недобровільності, яка, в свою чергу, пов'язується з відсутністю вільного волевиявлення потерпілої особи на проникнення в один із трьох її природних отворів. Тому вагінальне, анальне або оральне проникнення в тіло іншої особи визнається згвалтуванням як у тому разі, коли воно поєднується із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосуванням або з використанням безпорадного стану потерпілої особи, так і в інших випадках відсутності її добровільної згоди на таке проникнення.

Як вбачається, утілений законодавчий підхід до визначення згвалтування, серед іншого, дійсно, бере до уваги позицію ЄСПЛ, яка полягає в тому, що для кваліфікації вчиненого як згвалтування принциповим є не стільки застосування сили чи погрози її застосуванням, скільки встановлення відсутності згоди потерпілої особи на статевий контакт (див., зокрема, рішення ЄСПЛ у справі «М.С. проти Болгарії» від 4 грудня 2003 р.). Крім того, у цьому рішенні ЄСПЛ надає тлумачення «примусу» не у вузькому значенні, а розуміє його як порушення принципу статевої автономії, коли істинним загальним знаменником примусування є відсутність добровільних і консенсуальних дій з боку потерпілої особи [4, с. 13].

Однак, не всі фахівці оцінюють подібний підхід схвально. Так, інколи висловлюється точка зору, згідно з якою побудова кримінального законодавства про відповідальність за статеві злочини за прикладом кримінального законодавства США, що засноване не на об'єктивних критеріях використання фізичної сили або погрози її застосуванням, а на суб'єктивних ознаках «словесного умовляння», є неприйнятною. У такій моделі кожен чоловік сприймається як потенційний, грубий і цинічний гвалтівник і переслідувач, а кожна жінка – як жертва утисків, безневинна і сумирна істота [4, с. 14].

Слід зазначити, що законодавець спробував виправити цю ситуацію через поняття добровільної згоди, яку він розкриває у примітці статті 152 КК. Так, згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин. При цьому очевидним є оціночний характер «супутніх обставин», згаданих у примітці. До речі, остання не містить обмежувального застереження про те, що закріплене в ній розуміння добровільної згоди є прийнятним при застосуванні лише ст. 152 КК [4, с. 21]. Тому, напевно чи його (це визначення) можна визнати вдалим.

Дійсно, відповідно до статті 36 Стамбульської конвенції положення про сексуальне насильство, у тому числі згвалтування викладене наступним чином, а саме сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечен-

ня того, щоб було криміналізовано такі форми умисної поведінки: а) здійснення, без згоди, вагінального, анального або орального проникнення сексуального характеру в тіло іншої особи з використанням будь-якої частини тіла або предмета; б) здійснення, без згоди, інших актів сексуального характеру з особою; с) примушування іншої особи до здійснення, без згоди, актів сексуального характеру з третьою особою. 2. Згода повинно бути надано добровільно як результат вільного волевиявлення особи, отриманого в контексті супутніх обставин. 3. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб положення пункту 1 також застосовувалися до актів, учинених проти колишніх чи теперішніх подружжів або партнерів, як це визнається національним законодавством [5, с. 30].

Тому, порівнявнюючи п.а) ч. 1 статті 36 Стамбульської конвенції та ч. 1 статті 152 ККУ в редакції від 11.01.19, можна дійти до висновку, що законодавець мав на меті відтворити положення Стамбульської конвенції. Однак, на наш погляд, не зовсім тотожна імплементація даної норми дає підстави для науково-практичних дискусій з приводу їх відповідності вітчизняній традиції, що побудована на континентальній системі права.

У зв'язку з цим, викликає інтерес вирішення відповідного питання у КК провідних європейських держав, які, на відміну від України, не лише підписали, а й ратифікували Стамбульську конвенцію. Адже Німеччина підписала Стамбульську конвенцію 11.05.2011 і ратифікувала її 12.10.2017, Франція підписала міжнародну угоду 11.05.2011, ратифікувала ж 04.07.2014. При цьому обидві демократичні країни не вносили змін у своє національне законодавство, вважаючи, що воно у повній мірі відповідає тим стандартам, що передбачені у Стамбульській конвенції.

Так, у КК ФРН § 177. Примушування до сексуальних дій: згвалтування (1) Хто іншу особу 1. силою 2. загрозою реальної небезпеки для здоров'я і життя або 3. за допомогою ситуацію, коли жертва виявляється беззахисною перед діями особи, змушує терпіти сексуальні дії особи або третьої особи щодо себе або здійснювати такі дії по відношенню до особи, яка вчинила діяння, або третій особі, карається позбавленням волі на строк не менше року [6].

У КК Франції § 1. Стаття 222-23. – Будь-який акт сексуального проникнення будь-якого роду, здійснений по відношенню до іншої особи шляхом насильства, примусу, загрози або обману, є згвалтуванням. Згвалтування карається п'ятнадцятьма роками кримінального ув'язнення [7].

У французькому кримінальному законі не розкривається поняття обману, його змісту та сутності. У кримінальному законодавстві деяких інших країн міститься така конкретизація. Наприклад, у КК Таїланду і в Законі про кримінальне право Ізраїлю. У першому випадку обман полягає у тому, що особа «...вступає в інтимний зв'язок з жінкою ... роблячи так, що жінка не приймає його за іншу людину» (ст. 276 КК Таїланду). Відповідно до п. 2 ст. 345 (алеф) Закону про кримінальне право Ізраїлю, відповідальності за згвалтування підлягає той, хто вступає в статеві зносини з жінкою... при її згоді, яка була отрима-

на шляхом обману відносно особи, що вступила з нею у статеві зносини, або характеру самого діяння». Таким чином, у Законі про кримінальне право Ізраїлю міститься більш широке поняття обману, хоча б акцентуванням уваги на характеристиках, в яких обман існує [8].

Порівняльний аналіз статті 152 ККУ в редакції від 23.10.14 та від 11.01.19, а також § 177 КК ФРН, § 1. Стаття 222-23 до статті 222-24 КК Франції дає змогу дійти до наступних висновків: по-перше, формулювання у КК ФРН та КК Франції є майже точним відтворенням способів вчинення діянь, що відтворюють об'єктивну сторону злочину, передбаченого статтею 152 ККУ в редакції від 23.10.14. По-друге, досить суттєво відрізняється кримінальна відповідальність за згвалтування. Так у статті 152 ККУ в редакції від 23.10.14 та від 11.01.19 простий склад злочину передбачає міру покарання у вигляді позбавлення волі від 3 до 5 років. У КК ФРН санкція – позбавлення волі не менше року. Проте у КК Франції санкція за цей злочин без кваліфікуючих ознак передбачає двадцять років тюремного ув'язнення. По-третє, у КК Франції наявний такий спосіб, як обман. Так як у статті 152 ККУ в редакції від 11.01.19 не зазначено взагалі способи вчинення злочину, то презюмується що можуть бути будь-які способи, а тому доцільно зазначити межі обману у даному складі злочину, як це зроблено у КК Таїланду і в Законі про кримінальне право Ізраїлю.

Таким чином, як бачимо, Німеччина та Франція не внесли суттєвих змін до свого законодавства, у тому числі у формулювання статті КК про згвалтування. Тобто, виникає небезпідставне питання, а чи є доцільними та обґрунтованими зміни, внесені українським законодавцем у запропо-

нованій ним на сьогодні редакції, адже в тій чи іншій мірі порушені принципи, які діяли на теренах сучасної України протягом тривалого часу?

Висновки з даного дослідження і перспективи.

1) У редакції статті 152 від 11.01.19 порушено гендерну рівність в контексті ККУ, Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 08.09.2005 р. 2) Не зовсім вдала юридична техніка, що була запозичена з тексту Стамбульської конвенції, дає приводи для дискусій стосовно ототожнення, поза межами анатомії людини, статевих органів з предметами матеріального світу, то тим самим здійснюється розширення предмету злочину. 3) Перспективи побудови вітчизняного кримінального законодавства шляхом визначення відповідальності за статеві злочини за прикладом американської розширеної моделі, заснованої не на об'єктивних критеріях використання фізичної сили або погрози її застосуванням, а на суб'єктивних ознаках «словесного умовляння» є доволі суперечливими і можуть викликати проблеми при правозастосуванні. 4) Стаття 152 КК, викладена в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, не передбачає диференціації кримінальної відповідальності залежно від характеру тих чинників, які викликають добровільність згоди потерпілої особи, і це є вадою аналізованої заборони. Адже за ч. 1 оновленої ст. 152 КК (за відсутності у вчиненому кваліфікуючих (особливо) кваліфікуючих ознак згвалтування) має кваліфікуватись і сексуальне проникнення із застосуванням фізичного насильства, і, наприклад, таке проникнення, яке стало можливим через введення гвалтівником потерпілої особи в оману, тобто діяння, яке за попередньою редакцією ст. 152 КК взагалі не визнавалось злочином [4, с. 21].

Список літератури:

1. Краснопольська Тетяна Миколаївна. Гендерний аспект впровадження принципу рівності в сучасній українській державі / Т.М. Краснопольська // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. / ред. кол.: С.В. Ківалов (голов. ред.), Л.І. Кормич (заст. голов. ред.), Ю.П. Аленін [та ін.] ; МОНмолодьспорт України, НУ ОЮА. – Одеса: Фенікс, 2011. – Вип. 42. – С. 207-215.
2. Фозикош М.М. Проблема гендерної рівності в сучасному українському суспільстві [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kds.org.ua/blog/fozikosh-mm-problema-gendernoi-rivnosti-v-suchasnomu-ukrainskomu-suspilstvi>.
3. Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 08.09.2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15>.
4. Дудоров О.О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики) : практ. poradnik / О.О. Дудоров; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Северодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2018. – 92 с.
5. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами та пояснювальна доповідь Стамбул (Туреччина) 11.V.2011. – 189 с.
6. Кримінальний кодекс ФРН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://constitutions.ru/?p=5854&page=5&attempt=1>.
7. Кримінальний кодекс Франції [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://constitutions.ru/?p=5859&page=3>.
8. Правовые исследования на кафедре уголовного права ВЮЗИ (МЮИ, МГЮА, Университета имени О.Е. Кутафина). М.: Проспект, 2016. С. 16-41.

Васильева В.А.

Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

**НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СРАВНИТЕЛЬНОГО АНАЛИЗА
СОСТАВА ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ПОЛОВОЙ СВОБОДЫ
(СТ. 152 УКУ В РЕДАКЦИИ ОТ 23.10.14 И 11.01.19)
СКВОЗЬ ПРИЗМУ ПОЛОЖЕНИЙ СТАМБУЛЬСКОЙ КОНВЕНЦИИ**

Аннотация

В статье рассмотрено международную практику конструирования такого состава преступления как изнасилование на примере законодательства Германии и Франции. Исследовано влияние Конвенции Совета Европы о Предотвращение насилия в отношении женщин и борьбу с этими явлениями на законодательстве тех стран, что ратифицировали данное международное соглашение. Проведено сравнение двух редакций статьи 152 УКУ, а именно от 23.10.14 и от 11.01.19. Рассмотрено гендерное равенство в аспекте соответствия норм национального законодательства принципу отсутствия ограничений или привилегии по признаку пола.

Ключевые слова: Конвенция Совета Европы о предотвращении насилия в отношении женщин и домашнего насилия и борьбу с этими явлениями, Уголовный кодекс Украины, преступления против половой свободы и половой неприкосновенности личности, гендерное равенство, изнасилование.

Vasilyeva V.A.

Yaroslav Mudryi National Law University

**COMPARATIVE ANALYSIS OF CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM
(ART. 152 CRIMINAL CODE OF UKRAINE AS AMENDED ON 23/10/14 AND 01/11/19)
THROUGH THE SCOPE OF THE PROVISIONS OF THE STAMBUL CONVENTION**

Summary

The article deals with the international practice of constructing such a crime as rape on the example of the laws of Germany and France. The author analyzes articles of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence on the legislation of those countries that have ratified this international agreement. The author compares two editions of Article 152 of the CCU, namely from 23.10.14 and from 11.01.19. Gender equality in the aspect of compliance of national legislation with the principle of the absence of restrictions or privileges on the basis of gender is considered.

Keywords: Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, the Criminal Code of Ukraine, crimes against sexual freedom and sexual integrity of a person, gender equality, rape.