

ДОМАШНЄ НАСИЛЬСТВО В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

DOMESTIC VIOLENCE IN UKRAINIAN CRIMINAL LAW: CERTAIN ASPECTS

Щербак С.В., к.ю.н.,

доцент кафедри права та методики викладання правознавства
Сумський державний педагогічний університет імені А.С.Макаренка

Мирославський С.В., к.ю.н.,

доцент кафедри права та методики викладання правознавства
Сумський державний педагогічний університет імені А.С.Макаренка

Стаття присвячена дослідженню окремих аспектів домашнього насильства в кримінальному праві України, а саме фізичного насильства, з урахуванням як теоретичних положень щодо домашнього насильства, так і практичного застосування. Проведено порівняльно-правовий аналіз попереднього законодавчого поняття «наси́льство в сім'ї» з чинним законодавством про домашнє насильство в контексті кримінально-правового регулювання фізичного насильства та простежено його еволюцію в сучасному законодавстві про домашнє насильство. Проаналізовано особливості імплементації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Стамбульської конвенція) від 11 травня 2011 року щодо фізичного насильства в кримінальному законодавстві України як на теоретичному, так і на практичному рівнях з метою виявлення недоліків кримінально-правового регулювання інституту домашнього насильства. Досліджено зміст фізичного насильства в КК України й у Стамбульській конвенції та зроблено висновок про необхідність приведення положень щодо домашнього насильства до підходів Стамбульської конвенції для посилення кримінально-правового захисту жертви та забезпечення отримання комплексу заходів, спрямованих на захист проти кривдника й протидію домашньому насильству. Зроблено аналіз деяких новел КК України, упроваджених у зв'язку з криміналізацією домашнього насильства, і надано їх кримінально-правову оцінку, проведено відмежування поняття «домашнє насильство» та поняття «кримінальне правопорушення, пов'язане з домашнім насильством». Досліджено проблеми реалізації положень ст. 126-1 КК України в правозастосовній практиці та розмежування фізичного насильства як адміністративного правопорушення від кримінального правопорушення, унесено пропозиції щодо вдосконалення кримінально-правового регулювання в частині фізичного насильства з метою забезпечення захисту осіб, які постраждали від домашнього насильства, і подальшої імплементації положень щодо домашнього насильства в національне кримінальне законодавство.

Ключові слова: насильство в сім'ї, домашнє насильство, фізичне насильство, Стамбульська конвенція, імплементація, криміналізація.

The article is devoted to the study of certain aspects of domestic violence in the criminal law of Ukraine, namely physical violence, taking into account both theoretical provisions on domestic violence and practical application. A comparative legal analysis of the previous legislative concept of "domestic violence" with the current legislation on domestic violence in the context of criminal law regulation of physical violence and traced its evolution in modern legislation on domestic violence. The peculiarities of the implementation of the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) of 11 May 2011 on Physical Violence in the criminal legislation of Ukraine are analyzed both at the theoretical and practical level in order to identify the shortcomings of the criminal law regulation of the institution of domestic violence. The content of physical violence in the Criminal Code of Ukraine and in the Istanbul Convention is studied and the conclusion is made about the need to bring the provisions on domestic violence to the approaches of the Istanbul Convention to strengthen the criminal-legal protection of the victim and to ensure the receipt of a set of measures aimed at protection against the perpetrator and combating domestic violence. An analysis of some novelties of the Criminal Code of Ukraine, introduced in connection with the criminalization of domestic violence, and their criminal assessment, a distinction was made between the concept of "domestic violence" and the concept of "criminal offense related to domestic violence". The problems of implementation of the provisions of Article 126-1 of the Criminal Code of Ukraine in law enforcement practice and delimitation of physical violence as an administrative offense from a criminal offense are studied, proposals are made to improve criminal law regulation of physical violence to protect victims of domestic violence and the further implementation of domestic violence provisions in national criminal law.

Key words: domestic violence, domestic violence, physical violence, Istanbul Convention, implementation, criminalization.

Постановка проблеми. Україна стала однією з перших країн у Східній Європі, яка визнала насильство в сім'ї суспільною проблемою, прийнявши у 2001 році Закон України «Про попередження насильства в сім'ї» [1].

Після прийняття й відкриття до підписання Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Стамбульська конвенція) 11 травня 2011 року [2] Україна підписала її, на виконання міжнародних зобов'язань у 2016–2017 роках розробила комплексне законодавство про домашнє насильство, спрямоване на криміналізацію домашнього насильства та насильства щодо жінок. Проте питання щодо ратифікації Україною Стамбульської конвенції так і залишилося відкритим. Проект Закону про ратифікацію Стамбульської конвенції вносився до українського парламенту в листопаді 2016 року й не набрав необхідної кількості голосів, оскільки низка народних депутатів побачила в ратифікації Стамбульської конвенції «загрозу сімейним цінностям» і «пропаганду гомосексуальних шлюбів» через наявність понять «гендер» і «сексуальна орієнтація». Проти ратифікації Конвенції виступила Всеукраїнська рада церков і релігійних організацій [3].

Актуалізації питання ратифікації Стамбульської конвенції набуло у 2019–2020 роках, коли Європейський Союз і Рада Європи закликали Україну ратифікувати її без зволікань. У спільній заяві ЄС і Ради Європи зазначено: «В Україні насильство над жінками залишається однією з найгостріших соціальних проблем: щорічно кількість жертв сягає 1,1 мільйона. Таке насильство має руйнівні фізичні та психологічні наслідки для жінок, сімей і громад» [4].

Теоретичні засади домашнього насильства в кримінальній доктрині розроблені такими вченими, як О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк, О.В. Харитоновна, Г.О. Христова.

Виклад основного матеріалу. У контексті з'ясування ступеня кореспондування положень Кримінального кодексу (далі – КК) України з положеннями Стамбульської конвенції щодо фізичного насильства доцільним є проведення порівняльного аналізу й попереднього національного законодавства про домашнє насильство.

Уперше поняття «наси́льство в сім'ї» з'явилося в ст. 1 Закону України «Про попередження насильства в сім'ї», під яким розумілися будь-які умисні дії фізичного, сексуального, психологічного чи економічного спрямування одного члена сім'ї щодо іншого члена сім'ї, якщо ці

дії порушують конституційні права і свободи члена сім'ї як людини та громадянина й наносять йому моральну шкоду, шкоду його фізичному чи психічному здоров'ю.

Звернімо увагу на те, що фактично запропоноване поняття потрапило у сферу адміністративно-правового регулювання, адже відповідальність за вчинення насильства в сім'ї втілена в статті 173-2 Кодексу України про адміністративне правопорушення (далі – КУпАП) «Вчинення насильства в сім'ї або невиконання захисного припису», якою Кодекс доповнений Законом України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо встановлення відповідальності за вчинення насильства в сім'ї або невиконання захисного припису» від 15.05.2003 року № 759-IV.

Стосовно характеристики фізичного насильства в сім'ї, зауважимо, що воно стало охоплюватися складом адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 173-2 КУпАП, лише в разі застосування насильства, що не завдало фізичного болю й не спричинило тілесних ушкоджень, про що прямо зазначено в диспозиції цієї норми.

Саме ж формулювання фізичного насильства в сім'ї в цьому Законі (як умисного нанесення одним членом сім'ї іншому члену сім'ї побоїв, тілесних ушкоджень, що може призвести або призвело до смерті постраждалого, порушення фізичного чи психічного здоров'я, нанесення шкоди його честі й гідності) виходило далеко за рамки адміністративної відповідальності, що не можна визнати вдалим, і корелювалося виключно з кримінальною відповідальністю за перераховані в ст. 1 цього Закону дії, що потребувало кваліфікації ст. ст. 121, 122, 125, 126, 115 КК України або іншими статтями КК залежно від наслідків, які настали, чи інших обставин.

Відсутність кримінальної відповідальності за домашнє насильство, досконалих заходів щодо припинення насильства в сім'ї, впливу на кривдника та надання допомоги постраждалим особам у попередньому законодавстві потребувала застосування більш дієвих механізмів для забезпечення захисту осіб, постраждалих від домашнього насильства.

Зважаючи на необхідність приведення законодавства України у відповідність до конвенційних норм, при прийнятті нового законодавства національним законодавцем прийнятний термін «домашнє насильство», що відтворює зазначене поняття в п. б ст. 3 Стамбульської конвенції [5], є конкретизованим і розгорнутим, зокрема під домашнім насильством розуміються всі акти фізичного, сексуального, психологічного або економічного насильства, які відбуваються в лоні сім'ї, чи в межах місця проживання, або між колишніми чи теперішніми подружжями, або партнерами, незалежно від того проживає правопорушник у тому самому місці, що й жертва, чи ні або незалежно від того проживав правопорушник у тому самому місці, що й жертва, чи ні.

Згідно зі Стамбульською конвенцією, сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб умисну поведінку, яка полягає в учиненні актів фізичного насильства проти іншої особи, було криміналізовано (ст. 35).

Імплементациєю терміна «домашнє насильство» в національне законодавство забезпечена відповідність термінології Стамбульській конвенції та значно розширений сутнісний зміст цього поняття: визначальним для визнання дій (бездіяльності) домашнім насильством стало не місце його вчинення (місце проживання, як це було раніше), а характер родинних чи інших зв'язків, що є доволі широким (до нього включені не лише подружжя чи колишні подружжя, а й партнери, родичі та навіть особи, які спільно проживають, однак не є родичами між собою).

За таких обставин місцем учинення домашнього насильства може бути будь-яке місце, де знаходяться члени сім'ї, – дача, місце відпочинку, перебування в гостях, у громадському місці тощо.

Спробуємо проаналізувати модернізоване законодавство щодо запобігання та протидії домашньому насильству й насильству щодо жінок у розрізі практичного застосування.

Криміналізація домашнього насильства, що відбулася у 2017 році, шляхом доповнення КК України новим складом – ст. 126-1 «Домашнє насильство» – і внесенням змін і доповнень до інших статей КК України, показує, що кримінальне законодавство України не вирішує всіх проблем, що виникають у зв'язку із застосування фізичного насильства. Виявилось, що значна кількість постраждалих від домашнього насильства не може отримати комплексу заходів, спрямованих на захист проти кривдника і протидію домашньому насильству, внаслідок неадекватності вже оновленого та приведенного у відповідність до міжнародно-правових стандартів законодавства.

Наведемо приклад. К., перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, у нічний час, перебуваючи у квартирі за місцем свого мешкання та місцем мешкання своєї колишньої дружини К., вселившись до квартири за постановою державного виконавця, після 20 років перебування в інших шлюбах вирішив з'ясувати стосунки, з огляду на те що К. чинила йому перешкоди у вселенні. К., будучи інвалідом 2 групи та особою похилого віку, закрилася в себе в кімнаті, проте колишній чоловік сильно стукав у двері. К. злякалася та викликала поліцію. Після прибуття працівників поліції К. не відчинив їм двері, коли К. вийшла зі своєї кімнати, щоб відчинити двері, К. притиснув її до косяку та деякий час придушував її за шию й утримував за руку, сподіваючись на те, що працівники поліції покинуть їхню адресу, проте К. вирвалася та відчинила двері. Після прибуття трьох екіпажів працівників поліції, включаючи підрозділ з домашнього насильства, жодного процесуального документа складено не було, оскільки К. категорично заперечував проти вчиненого. Працівниками поліції з кривдником була проведена профілактична бесіда, у результаті чого він до ранку покинув місце проживання.

Кримінальне провадження внесене до Єдиного реєстру кримінальних розслідувань за ухвалою слідчого судді за ч. 1 ст. 125 КК України.

Цей приклад із судової практики, на нашу думку, є як показовим для правозастосування, так і свідчить про те, що ступінь кореспондування норм Стамбульської конвенції до КК України є неповним.

Чи передбачені чинним законодавством заходи протидії домашньому насильству в подібних правовідносинах і чи здатні вони забезпечити захист і допомогу постраждалим особам від домашнього насильства?

При вирішенні питання криміналізації домашнього насильства підлягали врахуванню умови криміналізації – підстави кримінально-правової заборони, які слугують об'єктивними передумовами її встановлення, і принципи криміналізації, що відносяться до законодавчої техніки. Як зазначає Д.О. Балабанова [6], криміналізація діяння доречна тільки тоді, коли немає та не може бути норми, яка б досить ефективно регулювала відповідні відносини методами інших галузей права.

Ідеться про те, що КК України вже встановлював низку кримінальних правопорушень, які охоплювали різні форми насильства, як фізичного, так і психічного. Так, розділом 2 Особливої частини КК України вже передбачалася відповідальність за всі форми насильства, незалежно від наслідків (тілесні ушкодження різного ступеня тяжкості, удари та побої тощо).

Відповідно до п. 188 Пояснювальної записки до Стамбульської конвенції [7], термін «фізичне насильство» передбачає тілесне ушкодження, отримане в результаті застосування прямої та протизаконної фізичної сили. Він також охоплює насильство, що має наслідком смерть жертви.

Системний аналіз положень КК України щодо домашнього насильства дає змогу дійти висновку про появу

в нормах КК України двох нових термінів – домашнє насильство як кримінальне правопорушення, віднесене до нетяжкого злочину (ст. 126-1 КК України), і кримінальне правопорушення, пов'язане з домашнім насильством (ст. 91-1 КК України).

Описова диспозиція ст. 126-1 КК України визначає домашнє насильство як умисне систематичне вчинення фізичного, психологічного або економічного насильства щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, що призводить до фізичних або психологічних страждань, розладів здоров'я, втрати працездатності, емоційної залежності або погіршення якості життя потерпілої особи.

Кримінальне правопорушення, пов'язане з домашнім насильством, – це більш широке поняття, ніж домашнє насильство. Воно може бути як кримінальним проступком, так і злочином.

Кримінальне правопорушення, пов'язане з домашнім насильством, матиме всі ознаки, зазначені в диспозиції ст. 126-1 КК України (полягає у фізичному, психологічному або економічному насильстві, учиняється в сім'ї чи в межах місця проживання, наслідками є фізичні або психологічні страждання, розлади здоров'я, втрата працездатності, емоційна залежність або погіршення якості життя).

Однак для кваліфікації дій за ст. 126-1 КК України законодавцем передбачена ще одна обов'язкова ознака домашнього насильства як прояву негативного соціального явища – систематичність. Систематичність означає постійну повторюваність тождесних чи схожих дій (чи бездіяльності), кожна з яких сама по собі може створювати враження незначної, але в сукупності вони впливають на потерпілу особу надзвичайно негативно, інтенсивність цього впливу може залежати як від ступеня агресивності кожного окремого діяння, так і від їх кількості [8, с. 78].

Систематичність варто відрізняти від повторності, для якої достатньо вчинення домашнього насильства вдруге, що передбачено ч. 2 ст. 173-КУпАП.

Тобто в розумінні цього положення КК України для кваліфікації діяння за ст. 126-1 КК України домашнє насильство щодо потерпілого має відбутися, як мінімум, утретє й лише на третій раз діяння набуде ознак кримінального правопорушення.

У разі поодиноких насильницьких дій (як це наведено в прикладі) їх кваліфікація відбудеться за статтями, що встановлюють кримінальну відповідальність за іншими кримінальними правопорушеннями проти життя, здоров'я чи волі особи з огляду на відсутність ознаки систематичності.

Дії, які охоплюються поняттям фізичного насильства, визначені в ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству»: це можуть бути ляпаса, стусани, штовхання, щипання, шмагання, кусання, а також незаконне позбавлення волі, нанесення побоїв, мордування, заподіяння тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості, залишення в небезпеці, ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані, заподіяння смерті, учинення інших правопорушень насильницького характеру.

Конструкція цієї норми має комплексний характер стосовно визначення поняття фізичного насильства, що включає дії (бездіяльність), що можуть тягнути за собою й адміністративну, і кримінальну відповідальність.

При цьому сучасна редакція ст. 173-2 КУпАП щодо фізичного насильства, що охоплюється цією статтею, відносить таке, що не спричинило тілесних ушкоджень (що відповідає підходу Стамбульської конвенції).

За таких умов колізійною виглядає норма ст. 126 КК України – у разі вчинення фізичного насильства, яке завдало фізичного болю (удари та побої), проте не спричинило тілесних ушкоджень: в одних випадках це тягнучиме адміністративну відповідальність і буде визнаватися домашнім насильством (за умови вчинення фізичного насильства членом сім'ї, партнером, родичем), а в інших – кримінальну відповідальність і вважатися кримінальним проступком.

Повертаючись до характеристики вищевказаного практичного прикладу, варто зазначити, що діяння, кваліфіковане за ч. 1 ст. 125 КК України, варто зараховувати до категорії кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством (кримінального проступку), що зумовлює можливість застосування судом обмежувальних заходів щодо обвинуваченого, передбачених ст. 91-1 КК України, зокрема заборону перебування в місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства, тощо. Проте обмежувальні заходи можуть бути застосовані судом лише одночасно з призначенням покарання, а тому жертва після вчинення фізичного насильства тривалий період часу (під час здійснення досудового розслідування, розгляду справи судом тощо, а це може відбуватися роками) буде почуватися незахищеною з огляду на відсутність системи заходів, спрямованих на захист проти кривдника та протидію домашньому насильству.

Варто зважати й на те, що положення Стамбульської конвенції містять зазначення на спосіб поведінки, а не окремої події, що відбувається з часом (ст. 181 Пояснювальної записки до Стамбульської конвенції), що відтворює ознаку систематичності для характеристики психологічного (а не фізичного) насильства, хоча в значній кількості випадків психологічне насильство супроводжуватиме насильство фізичне.

Особливістю домашнього насильства та фізичного насильства зокрема є його вчинення в лоні сім'ї, а на практиці це найчастіше є місцем проживання теперішнього чи колишнього подружжя, партнерів, родичів тощо, тобто тоді, коли відсутні інші особи, які можуть бути очевидцями та потенційними свідками певних подій. Питання видачі термінового заборонного припису стосовно кривдника зараховано на розсуд уповноважених підрозділів органів Національної поліції України з доволі незрозумілим для них формулюванням: у разі існування безпосередньої загрози життю чи здоров'ю постраждалої особи з метою негайного припинення домашнього насильства, недопущення його продовження чи повторного вчинення [9]. На практиці це призводить не лише до безпідставної відмови у видачі термінового заборонного припису, а й до відмови в складанні протоколу про адміністративне правопорушення за ст. 173-2 КУпАП з причини відсутності свідків учиненого чи в разі раптового зникнення правопорушника з місця вчинення домашнього насильства до прибуття працівників поліції. Тому навіть у випадках систематичного вчинення фізичного насильства кривдник може бути не притягнутий і до кримінальної відповідальності за ст. 126-1 КК України з огляду на неможливість доказування ознаки систематичності.

Висновки. Підсумовуючи викладене, варто зазначити, що подальша імплементація положень Стамбульської конвенції має спрямовуватися на кримінально-правовий захист жертви, особи, що постраждала від домашнього насильства, і забезпечуватися реальними заходами захисту таких осіб, що потребує перегляду й удосконалення редакції ст. 126-1 КК України в частині фізичного насильства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про попередження насильства в сім'ї: Закон України від 15.11.2001 № 2789-III. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 2002. № 10. Ст. 70.
2. Istanbul Convention Action against violence against women and domestic violence, 11 May 2011, CETS No.210. *Council of Europe*. URL: <http://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/home> (дата звернення: 10.01.2021).

3. Ратифікація Стамбульської конвенції – це питання нашої приналежності до європейської спільноти. URL: <https://uacrisis.org/uk/ratyfikatsiya-stambulskoyi-konventsii-tse-pytannya-nashoyi-prynalezhnosti-do-yevropejskoyi-spilnoty-ekspertka#:~:text=> (дата звернення: 22.01.2021).
4. ЄС і Рада Європи закликали Україну без зволікань ратифікувати Стамбульську конвенцію. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/news/2019/11/27/7103565/> (дата звернення: 22.01.2021).
5. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (офіційний переклад). URL: <https://rm.coe.int/1680462546> (дата звернення: 12.01.2021).
6. Балобанова Д.О. Загальні засади теорії криміналізації. *Актуальні проблеми держави і права* : збірник наукових праць. 2009. Вип. 47. С. 145–148.
7. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, 11.V.2011. URL: <https://rm.coe.int/16800d383a> (дата звернення: 12.01.2021).
8. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / за ред. М.І. Хавронюка. Київ : Ваїте, 2019. 288 с.
9. Про затвердження Порядку винесення уповноваженими підрозділами органів Національної поліції України термінового заборонного припису стосовно кривдника : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 1 серпня 2018 р. № 654. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0965-18#Text> (дата звернення: 22.01.2021).