

АНАЛІЗ НОВЕЛ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ

ANALYSIS OF NOVELS OF CRIMINAL LEGISLATION ON LIABILITY FOR CRIMINAL OFFENSES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INVIOABILITY

Ханішин М.О., студент III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Ромашко О.І., студент III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Прийняття Комітетом Міністрів Ради Європи 7 квітня 2011 р. Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами з подальшим поданням її до підписання ознаменувало встановлення європейських стандартів захисту від насильства за ґендерною ознакою та домашнього насильства, що цілком природно передбачало і встановлення стандартизованого підходу до відповідальності за таке насильство.

7 листопада 2011 р. Стамбульська конвенція була підписана Україною, проте процедура ратифікації Конвенції не була здійснена й дотепер. 6 грудня 2017 р. був прийнятий Закон України «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», положення якого загалом набрали чинності 11 січня 2019 р. Вслід за неспішною імплементацією норм Конвенції до кримінального законодавства була відсутня ратифікація цього міжнародно-правового акта Верховною Радою України, а тому впровадження положень Стамбульської конвенції до чинного законодавства обмежується лише зазначеною вище імплементацією.

Такий підхід законодавця зумовлює низку питань стосовно новел Кримінального кодексу України, обсягу реалізації у них положень Конвенції, а також, власне, змін до законодавства України про кримінальну відповідальність у площині порівняння попереднього та актуального підходу до відповідальності за насильство щодо жінок та домашнє насильство.

У статті проаналізовано положення Закону України «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», що повністю набули чинності 11 січня 2019 р., щодо наукової новизни цих даних не лише в змістовому контексті, а й у хронологічному.

Зазначені зміни були введені умовно недавно, з чого виникають питання до сталості та однозначності практичного застосування змінених норм Кримінального кодексу України, особливо з огляду на те, що змінений підхід до відповідальності за сексуальне насильство не відповідає положенням постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 30 травня 2008 р. «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи».

Метою статті є дослідження внесених змін до національного законодавства на предмет імплементації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами, аналіз відповідності змін у національному кримінальному законодавстві приписам Стамбульської конвенції та ступеня їх реалізації. Також метою є порівняння актуального та попереднього підходу до відповідальності за сексуальне насильство стосовно жінок за Кримінальним кодексом України та узагальнення наукометричної бази наведеної проблематики.

З огляду на соціальний складник проблеми насильства стосовно жінок та домашнього насильства, а також проєвропейський політичний курс України, все гостріше постає питання ратифікації Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. Так, зокрема, серед вимог Маршу жінок, що відбувся у Києві, Харкові, Львові, Полтаві, Запоріжжі, Херсоні, Івано-Франківську та Краматорську 8 березня 2021 р., зазначалася ратифікація Стамбульської конвенції, що вказує на суспільну актуальність цієї проблематики [1].

Методика наукового дослідження передбачає низку теоретичних (аналіз, синтез, узагальнення, дедукція, індукція та пояснення), а також функціональний та системний методи.

Ключові слова: Стамбульська конвенція, імплементація, зґвалтування, сексуальне насильство, задоволення статевої пристрасті неприродним способом, природність статевих зносин.

The adoption by the Committee of Ministers of the Council of Europe on April 7, 2011 of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and submitting it for signature marked the establishment of European standards for protection against gender-based violence and domestic violence, which is quite natural, provided for the establishment of a standardized approach to liability for such violence.

On November 7, 2011, the Istanbul Convention was signed by Ukraine, but the ratification procedure of the Convention has not been carried out to date. On December 6, 2017, the Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine to Implement the Provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence" was adopted, which entered into force on January 11, 2019. Following the slow implementation of the Convention to criminal law, there was no ratification of this international legal act by the Verkhovna Rada of Ukraine, and therefore the implementation of the Istanbul Convention into existing law is limited to the above implementation.

This approach of the legislator raises a number of issues related to the amendments to the Criminal Code of Ukraine, the scope of implementation of the provisions of the Convention, as well as changes to the legislation of Ukraine on criminal liability in comparing the previous and current approach to liability for violence against women and domestic violence.

The article analyzes the provisions of the Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine to implement the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence" came into force on January 11, 2019, data not only in the semantic context, but also in chronological.

These changes were introduced relatively recently, which raises questions about the sustainability and unambiguous practical application of the amended provisions of the Criminal Code of Ukraine, especially given that the changed approach to liability for sexual violence does not

comply with the Plenum of the Supreme Court of Ukraine No. 5 of May 30, 2008 "On Judicial Practice in Cases of Crimes against Sexual Freedom and Sexual Immunity".

The aim of the article is to study the amendments to national legislation to implement the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, analyzing the compliance of changes in national criminal law with the requirements of the Istanbul Convention and their implementation. The aim is also to compare the current and previous approach to the responsibility for sexual violence against women under the Criminal Code of Ukraine and to generalize the scientometric basis of these issues.

Given the social component of the problem of violence against women and domestic violence, as well as Ukraine's pro-European policy, the issue of ratification of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence is becoming increasingly acute. Thus, in particular, among the demands of the Women's March, which took place in Kyiv, Kharkiv, Lviv, Poltava, Zaporizhzhia, Kherson, Ivano-Frankivsk and Kramatorsk on March 8, 2021, was the ratification of the Istanbul Convention, which indicates the public relevance of this issue [1].

The methodology of scientific research involves a number of theoretical (analysis, synthesis, generalization, deduction, induction and explanation), as well as functional and systemic methods.

Key words: Istanbul Convention, implementation, rape, sexual violence, gratification of sexual desire in an unnatural way, naturalness of sexual intercourse.

З набранням чинності Закону України «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» № 2227-VIII від 11 січня 2019 р. окремі положення кримінального законодавства України зазнали суттєвих змін у частині кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Аналізуючи редакцію Кримінального кодексу України (далі – КК) до внесення змін у частині імплементації норм Стамбульської конвенції та після внесення зазначених змін до національного законодавства, спробуємо розкрити правовий зміст цих норм, а також їх значення для кримінального законодавства України [7].

Так, відповідно до попередньої редакції у ст. 153 КК встановлювалася відповідальність за насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом. Тоді як чинна редакція цієї статті передбачає відповідальність за сексуальне насильство. Зазначені зміни породжують низку питань щодо термінології КК, у тому числі і стосовно зміни ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 153 КК.

Для початку пропонуємо розмежувати «насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом» та «сексуальне насильство» в термінологічному аспекті та визначити наведені дефініції. Відповідно до п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 30 травня 2008 р. «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом визначається як дії сексуального характеру, за яких виключається природний статевий акт. Своєю чергою такі дії можуть полягати у вчиненні акту мужолозтва, лесбійства, а також в інших діях сексуального характеру, спрямованих на задоволення статевої пристрасті суб'єкта злочину (чоловіка або жінки) неприродним способом, із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Відповідно до диспозиції ст. 153 КК сексуальне насильство – це вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням у тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи. Розрізняючи запроваджену та попередню термінологію, варто зазначити, що чинне кримінальне законодавство не використовує формулювання «задоволення статевої пристрасті неприродним способом». В основу цього підходу покладено зміну поглядів на природність статевих зносин. Мотивом такої зміни стала потреба у відході від негативної моральної оцінки дій, що характеризувалися як задоволення статевої пристрасті неприродним способом [8].

Чинна редакція ст. 153 КК, як влучно зазначає О.О. Додуров, здійснила відхід від попереднього термінологічного апарату та не апелює нині поняттям «задоволення статевої пристрасті неприродним способом». Як

зазначає науковець, вказівка на «неприродність» статевих зносин змушувала застерігати про те, що кримінальна відповідальність за таку поведінку визначається не ознакою природності задоволення статевої пристрасті, а саме насильницьким характером [2, с. 149–150].

Проблемність зазначеної термінології висвітлюється в дискримінаційному характері зазначених приписів, адже поділ статевих зносин на природні та неприродні не відповідає засадам гендерної рівності, що надалі може обмежувати право на повагу до приватного і сімейного життя, передбаченого статтею 8 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [3]. Слід звернути увагу, що процес термінологічної трансформації у нормах КК щодо відмови від поділу статевих зносин на «природні» та «неприродні» мав поступове впровадження та був реалізований у 2021 р. шляхом внесення змін до статті 155 КК. Таким чином, навіть після внесення змін до кримінального законодавства в рамках імплементації норм Стамбульської конвенції спостерігалася неузгодженість термінологічного апарату та підходу законодавця.

Як зазначають О.О. Дудоров та М.І. Хавронюк, сам спосіб статевого контакту, що є відмінний від того, який попередньою редакцією КК характеризувався як «природний», а саме такий, який спрямований на зачаття дитини як одну з головних функцій організму людини, не є підставою для визнання екстравагантності форм статевого контакту аморальністю та збоченством, що своєю чергою виявляє некоректність застосування дефініції «задоволення статевої пристрасті неприродним способом» [2, с. 150–151].

Подібної позиції у своїй практиці дотримувалась ВООЗ з точки зору визнання таких «неприродних» зносин патологічними. До того ж Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях, зокрема «Даджен проти Сполученого королівства» від 22 жовтня 1981 р., зробив висновок щодо можливості здійснення добровільних приватних одноставних стосунків між дорослими особами, що оцінюють та контролюють свої дії. Разом із тим ЄСПЛ встановив, що кримінальна караність та переслідування з боку держави осіб за зазначені дії порушує право на повагу до приватного і сімейного життя людини та є недопустимим [9].

Надаючи правову характеристику складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 153 КК у чинній та попередній редакціях, потрібно порівняти розмежування ознак кримінальних правопорушень, передбачених статтями 152 та 153 КК у зазначених редакціях. У попередній редакції цих статей розмежування кримінальних правопорушень здійснювалося за об'єктивною стороною складу. Зокрема, М.І. Мельник та М.І. Хавронюк, аналізуючи попередню редакцію статей 152 і 153 КК, зазначали, що вирішальним аспектом є наявність між злочинцем та жертвою природного статевого акту. Саме наявність природних статевих зносин без добровільної згоди потерпілої особи внаслідок фізичного насильства, погрози застосування такого насильства або безпорадного стану потерпілої особи характеризує такі кримінально-проти-

правні дії, як зґвалтування. Своєю чергою будь-які інші дії щодо задоволення статевої пристрасті злочинцем із застосуванням зазначених вище форм визначають кваліфікацію такого діяння за ст. 153 КК та характеризують його як «насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом» [6, с. 403–404].

Як уже було зазначено, в основу розмежування наведених злочинів покладено саме форму діяння у вигляді природного статевого акту, що передбачає вагінальне проникнення, та можливе лише у разі гетеросексуальних статевих зносин. Своєю чергою будь-які інші статеві зносини та дії статевого характеру, включаючи гомосексуалізм, лесбійство, орогенітальні та аногенітальні одно-та двостатеві контакти, а також сурогатні форми статевих зносин, пов'язані з імітацією природного статевого акту, сексуальний мазохізм та садистські дії, спрямовані на задоволення статевої пристрасті злочинця, що підпадають під категорію «неприродні статеві зносини» та потребують подальшої кваліфікації за ст. 153 КК [10, с. 334–335].

Внесення змін до кримінального законодавства в частині імплементації норм Стамбульської конвенції призвело до оновлення підходу до розмежування кримінальних правопорушень, передбачених статтями 152 та 153 КК. Так, аналіз положень чинної редакції цих статей свідчить, що ознаки їх складів набули низку змін.

Елементом складу кримінального правопорушення, що відмежовує зґвалтування від сексуального насильства, є об'єктивна сторона складу. Так, в основу розмежування зґвалтування та сексуального насильства покладається форма діяння. Зґвалтування становить вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням у тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета без добровільної згоди потерпілої особи. Тоді як вчинення будь-яких інших насильницьких дій сексуального характеру, що не пов'язані з проникненням в тіло іншої особи без її добровільної згоди, є сексуальним насильством.

Виходячи із запропонованих вище дефініцій зґвалтування та сексуального насильства, передбачених КК, можна зробити висновок, що вирішальною ознакою для кваліфікації кримінально протиправних дій сексуального характеру за відсутності добровільної згоди потерпілої особи є наявність або відсутність факту проникнення в тіло іншої особи. При цьому для визнання такого злочину зґвалтуванням не є принциповим, чи було вчинене таке проникнення за допомогою геніталій, бо у ст. 152 КК передбачено проникнення в тіло особи також із застосуванням будь-якого предмета. Разом із тим КК передбачає вичерпний перелік способів вчинення зазначеного кримінального правопорушення: вагінальне, оральне, анальне проникнення в тіло іншої особи.

Необхідним є узагальнення зазначених вище ознак складів кримінальних правопорушень, передбачених статтями 152 та 153 КК, бо наявні численні розбіжності між положеннями попередньої та чинної редакції КК. Так, об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 152 КК, у чинній редакції передбачає 3 альтернативні форми: вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням у тіло іншої особи з використанням як

геніталій, так і будь-якого іншого предмета, що значно відрізняє положення чинної редакції від попередньої, за якою притягнення до кримінальної відповідальності за зґвалтування було б можливим лише за умови вагінального проникнення та гетеросексуальної форми акту, а інші предмети не могли бути предметом кримінального правопорушення. Що ж до ст. 153 КК, то внесені до неї зміни значною мірою пов'язані з новою редакцією ст. 152 КК, у зв'язку з чим об'єктивна сторона складу цього кримінального правопорушення включає будь-які насильницькі дії сексуального характеру без добровільної згоди потерпілої особи, що не становлять об'єктивну сторону складу зґвалтування, тобто не є вагінальним, анальним чи оральним проникненням.

Незважаючи на загалом узгоджену із засадами Конвенції імплементацію зазначених норм до національного законодавства, слід відзначити і низку аспектів невідповідності Конвенції. Насамперед невідповідність внесених до КК змін щодо норм Стамбульської конвенції в частині імплементації приписів ст. 36 має ключову роль для успішної реалізації втілених змін. По-перше, цією нормою Конвенції не здійснюється розмежування сексуального насильства та зґвалтування. В контексті цієї статті вбачається, що здійснення вагінального, орального, анального проникнення в тіло іншої особи, як і здійснення без її згоди інших актів сексуального характеру, виступає не окремими злочинами, а лише окремими формами одного діяння – здійснення дій сексуального характеру, що прямо передбачається пунктами а, б ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції. На підставі аналізу цієї норми Конвенції можемо констатувати, що міжнародне співтовариство розглядає зґвалтування як вид сексуального насильства. Своєю чергою національне кримінальне законодавство чітко розмежовує сексуальне насильство та зґвалтування, визначаючи їх окремими кримінальними правопорушеннями.

Також певна невідповідність імплементованих норм КК приписам Конвенції вбачається у вказівці у ст. 153 КК на саме насильницький характер дій. У наведеному вище п. б ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції прямо зазначається: «Здійснення без згоди інших актів сексуального характеру з особою» [4].

При цьому відповідно до частини 2 статті 36 Конвенції: «Згоду повинно бути надано добровільно як результат вільного волевиявлення особи, отриманого в контексті супутніх обставин». Зважаючи на зазначені приписи Конвенції, погоджуємося з думкою О.О. Додурова, який зазначає, що відповідні акти сексуального характеру не обов'язково повинні мати насильницький характер. Дослідник зазначає, що вони можуть навіть не передбачати фізичного контакту з потерпілим [2, с. 151–152].

На підставі проведеного аналізу можемо констатувати, що держава продовжує крокувати шляхом впровадження засад та приписів Стамбульської конвенції. Внесення змін до ст. 155 КК у частині відмови від концепції поділу статевих зносин за категорією «природності» ознаменувало готовність національного законодавства до подальшої імплементації норм Стамбульської конвенції, що сприяло, зокрема, протидії дискримінації за гендерною ознакою, гарантування свободи приватного і сімейного життя особи і, що найголовніше, належного захисту жертв сексуального насильства від злочинних посягань.

ЛІТЕРАТУРА

1. Губенко Д. На Марші жінок у Києві вимагали ратифікації Стамбульської конвенції. *Електронне видання "Made for minds"*. 08.03.2021 URL: <https://www.dw.com/uk/na-marshi-zhinok-u-kyievi-vymahaly-ratyfikatsii-stambul'skoi-konventsii/a-56806231> (дата звернення: 19.04.2021).
2. Дудоров О.О. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі: науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Хавронюка. Київ : Ваіте, 2019. 288 с.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. *База даних "Законодавство України"*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 18.04.2021).
4. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. *База даних "Ліга 360"*. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/mu11251?an=49> (дата звернення: 18.04.2021).

5. Кримінальний кодекс України : Закон України від 01.06.2010 р. № 2295-VI. *База даних "Ліга 360"*. URL: https://ips.ligazakon.net/document/T012341?ed=2010_06_01 (дата звернення: 19.04.2021).
6. Мельник М.І. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / за ред. М.І. Хавронюка. Київ : Канон, 2001. 1104 с.
7. 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 : Закон України від 06.12.2017 № 2227-VIII / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#n87> (дата звернення: 18.04.2021).
8. Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи : Постанова Пленуму Верховного суду України від 30.05.2008 № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-08#Text> (дата звернення: 18.04.2021).
9. Справа «Даджен проти Сполученого Королівства» (Dudgeon v. the United Kingdom): рішення Європейського суду з прав людини від 22 жовтня 1981 року. Серія "А", № 45. *База даних "HUDOC"*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473> (дата звернення: 20.04.2021).
10. Шевчук Ю.І. Відмежування насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, що спричинило смерть потерпілої особи, від зґвалтування і суміжних злочинів. *Науковий журнал "Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)"*. 2007. Вип. 17. С. 332–338.