

СЕКСУАЛЬНА РЕВОЛЮЦІЯ ПО-УКРАЇНСЬКИ ТА ІНШІ НОВЕЛИ ЗАКОНУ № 2227-VIII: КРОК ДО ЄВРОПИ ЧИ В НІКУДИ?

UKRAINIAN SEXUAL REVOLUTION AND OTHER CHANGES OF THE LAW N 2227-VIII: STEP TO EUROPE OR ANYWHERE?

Мовчан Р.О.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного, міжнародного
і кримінального права
Донецького національного університету
імені Василя Стуса*

Шушкова А.П.,

*студентка IV курсу
юридичного факультету
Донецького національного університету
імені Василя Стуса*

Стаття присвячена дослідженню змін, що були внесені до Кримінального кодексу України у зв'язку із прийняттям Закону № 2227-VIII. Проаналізовано основні проблемні аспекти нововведень у контексті їх практичного застосування. Автори акцентують увагу на необґрунтованості та недоцільності внесення змін до чинного Кримінального кодексу України.

Ключові слова: Стамбульська конвенція, сексуальні злочини, домашнє насильство, зґвалтування, сексуальне насильство, гендерна рівність.

Статья посвящена исследованию изменений, которые были внесены в Уголовный кодекс Украины в связи с принятием Закона № 2227-VIII. Проанализированы основные проблемные аспекты нововведений в контексте их практического применения. Авторы акцентируют внимание на необоснованности и нецелесообразности внесения изменений в действующий Уголовный кодекс Украины.

Ключевые слова: Стамбульская конвенция, сексуальные преступления, домашнее насилие, изнасилование, сексуальное насилие, гендерное равенство.

The article is devoted to the researching the changes which have been made to the Criminal Code of Ukraine because of adopting the law № 2227-VIII. The main problem aspects of the changes in the context of their practical implementation were analyzed. The authors focus on the unreasonableness and inexpediency of the changes to the Criminal Code of Ukraine.

Key words: Istanbul Convention, sexual crimes, domestic violence, rape, sexual violence, gender equality.

Постановка проблеми. 6 грудня 2017 р. Верховна Рада України прийняла Закон України № 2227-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» (далі – Закон № 2227-VIII). Мету ухвалення цього Закону його автори визначили як імплементація у чинне кримінальне і кримінальне процесуальне законодавство України положень так званої Стамбульської конвенції¹, яка, як відомо, була розроблена та прийнята задля боротьби із гендерною нерівністю та проявами домашнього насильства.

Однак, ще не набувши чинності (більшість аналізованих змін набирають чинності з 11 січня 2019 р.), ціла низка положень прийнятого Закону вже були піддані жорсткій, а подекуди і нищівній критиці з боку багатьох науковців, правозастосовувачів та інших

експертів у галузі права. Зокрема, численні нарікання викликали передбачені Законом № 2227-VIII зміни до чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України), які, на думку багатьох фахівців, здатні призвести до його розбалансування та значного зниження ефективності дії відповідних кримінально-правових норм.

Стан опрацювання. Окремі аспекти досліджуваної проблематики розглядалися такими вченими, як: М.К. Гнетнев, О.О. Дудоров, Т.О. Івашкова, В.І. Маркін, В.В. Нагорна, О.В. Охман, В.В. Шаблістий та іншими. Та, незважаючи на теоретичну і практичну значущість праць названих авторів, маємо констатувати, що на сьогодні відповідні питання в доктрині розкриті недостатньо, у зв'язку з чим звернення до них є своєчасним.

Метою цієї статті є критичний аналіз змін до вітчизняного кримінального законодавства, пов'язаних із ухваленням Закону № 2227-VIII, з метою формулювання висновків щодо їхньої доцільності та обґрунтованості.

Виклад основного матеріалу. У разі набрання чинності Законом № 2227-VIII найбільших змін зазна-

¹При цьому зазначимо, що, незважаючи на імплементацію у вітчизняне законодавство окремих положень цього документа, відповідна Конвенція й досі залишається не ратифікованою вітчизняними парламентаріями.

ють² два розділи Особливої частини КК України – розділ II «Злочини проти життя та здоров'я особи» та розділ IV «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи». Зокрема, диспозиція ст. 121 КК України була розширена за рахунок вказівки у ній на такий новий наслідок злочину, як «каліцтво статевих органів». Утім з урахуванням того, що у відповідності з тлумаченням словників «каліцтво» – це пошкодження здоров'я внаслідок нещасного випадку або протиправних дій, що призводять до **втрати працездатності** [1, с. 525], доцільність внесення цих змін викликає певні сумніви, адже чинна редакція ст. 121 КК України вже передбачає відповідальність, з одного боку, за заподіяння ушкоджень, що спричинили втрату будь-якого органу або його функцій, що також охоплює і репродуктивну сферу, а з іншого – за діяння, які призвели до іншого розладу здоров'я, поєднаного зі стійкою **втратою працездатності** не менш як на одну третину. Тобто маємо констатувати, що положення чинної на сьогодні редакції ст. 121 КК України дають змогу притягувати до кримінальної відповідальності за вчинення каліцтва статевих органів, а тому необхідності у вказівці на відповідний вид наслідків ми не вбачаємо.

Крім змін до вичинних норм, Законом № 2227-VIII також передбачається і доповнення КК України новою ст. 126-1, якою регламентована відповідальність за таке діяння, як домашнє насильство.

Перш за все звертає на себе увагу та обставина, що аналізована кримінально-правова новела розміщена в розділі II Особливої частини КК України «Злочини проти життя та здоров'я особи». Обґрунтованість такого місцерозташування розглядуваної заборони в системі Особливої частини КК України виглядає недостатньою, адже згідно зі ст. 126-1 домашнє насильство може проявлятися не тільки у фізичному, але й економічному та психологічному насильстві, які можуть призвести не лише до погіршення, власне, здоров'я особи, а й, наприклад, до «погіршення якості життя потерпілої особи», «емоційної залежності» тощо. Варто пам'ятати і про те, що у відповідності з положеннями ст. 1 Закону України від 7 грудня 2017 р. «Про запобігання та протидію домашньому насильству» психологічне та економічне насильство можуть також супроводжуватись «обмеженням волевиявлення», порушенням права на освіту («заборона навчатися») та працю («заборона працювати»), «примушуванням працювати» та іншими діями, які жодним чином не пов'язані із тими суспільними відносинами, охорону яких покликані забезпечувати норми, зосереджені саме в розділі II Особливої частини КК України «Злочини проти життя та здоров'я особи».

Слід відзначити і той факт, що згідно з п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» домашнє насильство, крім передбачених ст. 126-1 КК України фізичного, психологічного та економічного, включає в себе і сек-

суальне насильство, відповідальність за яке пропонується передбачити у новій редакції ст. 153 КК України «Сексуальне насильство», розміщеній у розділі IV Особливої частини КК України «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи». Як бачимо, позиція законодавця щодо визначення анти-суспільної спрямованості «домашнього насильства» є не до кінця послідовною.

Однак, крім суто теоретичних, доповнення КК України ст. 126-1 в її чинній редакції здатне спровокувати і цілу низку проблем у процесі правозастосування. Зокрема, не можемо не відзначити, що за вчинення більшості діянь, про які йдеться в ст. 126-1 КК України (причому незалежно від того, чи перебував винний з потерпілою особою в сімейних стосунках), відповідальність уже передбачена іншими статтями Особливої частини КК України. Насамперед це стосується норм, якими регламентовано відповідальність за злочини проти здоров'я, – заподіяння різного ступеня тяжкості тілесних ушкоджень, катування, мордування, побойів тощо, з якими відповідна кримінально-правова новела неодмінно створить небажану конкуренцію.

Можемо припустити, що в процесі застосування аналізованої норми неабиякі складнощі можуть виникнути і під час тлумачення такої оціночної ознаки, як «систематичність» домашнього насильства. Зокрема, незрозумілим є те, вчинення кількох фактів домашнього насильства та протягом якого періоду часу має визнаватися систематичним.

Варто нагадати, що чинною редакцією ст. 173-2 КУпАП уже передбачено адміністративну відповідальність за вчинення домашнього насильства. Основною ж ознакою, яка в подальшому має дозволяти відмежовувати відповідний адміністративний проступок від злочину, передбаченого ст. 126-1 КК України, мають стати вказані в диспозиції останньої наслідки – настання фізичних або психологічних страждань, розлад здоров'я, втрата працездатності, емоційна залежність або погіршення якості життя потерпілої особи. І якщо такі поняття, як «фізичні страждання», «розлад здоров'я» та «втрата працездатності», незважаючи на очевидну і згадану вище конкуренцію з діючими нормами КК України, є хоча б більш-менш зрозумілими, то з'ясування змісту наслідків у вигляді «психологічних страждань», а особливо «емоційної залежності» (!) та «погіршення якості життя потерпілої особи» (!) може стати нездоланною перешкодою на шляху до застосування відповідної норми. Зокрема, законодавець не уточнює, що слід розуміти під емоційною залежністю; ким або чим саме вона може бути викликана; які її визначальні риси; яким чином можна встановити факт погіршення якості життя потерпілої особи та ступінь такого погіршення; як саме у такому разі буде доводитись вина підозрюваного тощо.

Така ситуація виглядає, без перебільшення, неприпустимою, адже створює сприятливі умови для порушення принципу правової визначеності норми (ст. 126-1 КК України), який є одним із визна-

²Надалі, задля уникнення постійних повторювань, ми будемо розглядати такі зміни, як такі, що вже відбулися.

чальних елементів принципу верховенства права. Зрештою це неминуче призведе до неможливості однакового застосування останньої, у зв'язку з чим Україні варто очікувати/готуватися (звичайно, у разі набрання чинності та подальшого застосування відповідної норми) до хвилі позовів до ЄСПЛ.

Як уже зазначалось на початку статті, внаслідок ухвалення Закону № 2227-VIII був істотно оновлений і розділ IV Особливої частини КК України «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи». Так, серйозних редакційних уточнень зазнала диспозиція норми, практика застосування якої донині вирізнялася досить високим рівнем стабільності та уніфікованості, – ст. 152 КК України «Згвалтування». Зокрема, докорінних змін зазнала законодавча дефініція поняття «згвалтування»: замість традиційного та передбаченого чинною редакцією ст. 152 КК України його розуміння як «статевих зносин із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи», з набранням чинності Законом № 2227-VIII воно визначатиметься як «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». Слід погодитись із думкою про те, що таким чином законодавець намагався втілити ідею про диференціацію відповідальності за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи залежно від наявності (ст. 152 КК України) чи відсутності (у ст. 153 КК України) статевого проникнення [2]. Однак через цілу низку міркувань форму втілення вказаної ідеї в життя аж ніяк не можна вважати вдалою.

По-перше, відсутність законодавчого визначення «дій сексуального характеру» може спровокувати неоднакове тлумачення аналізованого поняття.

По-друге, у зв'язку із вказівкою на «проникнення у тіло іншої особи» виникає питання про те, яким чином слід кваліфікувати дії жінки, яка вчиняє згвалтування стосовно чоловіка, адже в такому разі проникнення відбувається не в тіло потерпілої особи, а навпаки – в тіло винної особи. У такому разі притягнути винну особу до відповідальності можна буде лише за оновленою ст. 154 КК України, в якій йтиметься про примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою; притягнути ж до кримінальної відповідальності за ст. 152 КК України жінку, яка, даруйте, згвалтувала чоловіка, буде фактично неможливо. При цьому також маємо нагадати, що найсуворішим покаранням, передбаченим санкцією ч. 1 ст. 154 КК України, є арешт на строк до шести місяців, тоді як ч. 1 ст. 152 КК України – позбавлення волі на строк до п'яти років. Така диференціація по суті однакових за ступенем суспільної небезпеки діянь (згвалтування чоловіка та жінки) є крайнім проявом гендерної нерівності, який ставить чоловіків у нерівне становище із жінками, що прямо протирічить основній ідеї Стамбульської конвенції,

положення якої так показово намагаються імплементувати у національне законодавство народні депутати України.

По-третє, слід погодитись із висловленою на сторінках юридичної літератури думкою про недоречність вживання такої законодавчої конструкції, як «використання геніталій або будь-яких інших предметів». Зокрема, О.О. Дудоров зазначає, що некоректність такого формулювання, яка, щоправда, на думку вченого, навряд чи перешкоджатиме застосуванню оновленої ст. 152 КК України, вбачається в тому, що:

а) використовувати можна певний предмет (знаряддя), відділений (-е) від цілого, а не частину тіла або людський орган на кшталт статевого члена;

б) геніталії людини фактично визнано предметом навколишнього світу;

в) здійснювати сексуальне проникнення в тіло іншої особи можна за допомогою не лише геніталій, а й іншої частини тіла людини (про проникнення в тіло іншої людини із використанням будь-яких органів, а не лише геніталій ідеться в ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції);

г) геніталії (або статеві органи людини) поділяються на зовнішні (у жінок – це жіноча соромітна ділянка і клітор; у чоловіків – мошонка, що вміщує яєчка, і статевий член) і внутрішні (у жінок – це яєчники, матка, фаллопієві труби і піхва; у чоловіків – яєчка з придатками, сім'явивідні протоки з сім'яними міхурцями, сім'явпорскувальні протоки, передміхурова залоза і куперові залози). Звідси випливає, що гвалтівник може проникнути в один із трьох природних отворів іншої людини хіба що за допомогою такого складника геніталій, як статевий член. Водночас проблематично уявити собі, як це можна зробити за допомогою, наприклад, жіночої піхви (вагіни), яка становить собою м'язову еластичну трубку, що верхнім кінцем охоплює шийку матки, а нижнім відкривається у статеву щілину [3, с. 11–12].

На думку деяких дослідників, чинні редакції статей 152 та 153 КК України вже охоплюють собою всі діяння, про які йдеться у відповідних положеннях Конвенції, а тому жодної потреби в імплементації відповідних її положень не вбачають [4, с. 127–128]. Однак із обгрунтованою критикою подібної точки зору виступає згаданий вище О.О. Дудоров, котрий звертає увагу на те, що за новими редакціями ст. 152 і ст. 153 КК України для наявності передбачених ними складів злочинів визначальним є відсутність консенсусу між учасниками відповідного сексуального спілкування, а тому відповідні закиди на адресу вітчизняного законодавця є безпідставними [3, с. 15]. Погоджуючись із останньою точкою зору, наведемо приклад із кримінально-правовою оцінкою дій особи, котра змушує іншу особу до вступу в статеві зносини, наприклад, погрожуючи знищенням її майна – такі дії, не охоплюючись чинними редакціями ні ст. 152, ні ст. 153 КК України, водночас визнаються згвалтуванням відповідно до оновленої редакції ст. 152 КК України.

Та при цьому поділяємо перестороги фахівців, котрі відзначають, що серйозною вадою КК Укра-

їни, оновленого на підставі Закону № 2227-VIII, слід визнати відсутність чітких законодавчих критеріїв для розмежування складів злочинів, передбачених ст. 152 (153) і ст. 154 КК України, за винятком хіба що моменту закінчення цих злочинів і того, що за ст. 154 КК України може нести відповідальність і той, хто не має наміру вчиняти акт сексуального характеру з потерпілою особою. За влучним зауваженням О.О. Дудорова, реалізація «широкого» підходу до конструювання об'єктивної сторони складу злочину «згвалтування» не поєднана, однак, із включенням у ст. 154 КК України належних застережень, має своїм наслідком колізійність відповідних кримінально-правових норм як потенційне джерело неоднакового застосування КК України. Так, примушування до здійснення акту сексуального характеру залежно від певних обставин може одночасно вказувати і на скоєння такого злочину, як згвалтування (сексуальне насильство) [2; 3, с. 15–16].

Крім основного, суттєвих змін зазнало і конструювання кваліфікованих (особливо кваліфікованих) складів злочину, передбаченого ст. 152 (ст. 153) КК України. Зокрема, кваліфікуючою ознакою згвалтування (як і сексуального насильства) було визнано вчинення таких діянь «щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах». Однак у зв'язку з цим виникає логічне й очевидне (навіть для пересічного громадянина без юридичної освіти) та деякою мірою навіть риторичне запитання: а чи є згвалтування з боку одного із членів подружжя більш суспільно небезпечним, ніж згвалтування, яке вчиняє абсолютна стороння особа? На нашу думку, навпаки, жертва згвалтування навряд чи воліла б, аби її гвалтівником виявилась стороння особа, а тому доцільність і цього кроку виглядає сумнівною.

У контексті сказаного слід звернути увагу і на те, що законодавчо невизначеним залишається зміст поняття «близькі відносини», що може призвести до його неоднакового трактування. Адже аналізоване поняття можна тлумачити абсолютно по-різному: і як проживання однією сім'єю без реєстрації шлюбу; і як тривале перебування у статусі закоханих; і як дружні стосунки тощо.

Намагаючись усунути підґрунтя для неоднакового розуміння положень ст. 152 КК України, законодавець вирішив доповнити останню приміткою, в якій було розкрито зміст поняття «добровільна згода». Однак і в цьому разі позицію вітчизняних парламентаріїв не можна вважати до кінця послідовною, адже, розкриваючи зміст вказаного поняття, народні депутати України вказали не лише на загальнодоступне та однозначне формулювання «якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи», але й таку оціночну категорію, як «супутні обставини», про зміст якої залишається лише здогадуватися. Зокрема, незрозумілим є те, що саме слід відносити до супутніх обставин; які обставини не можуть бути визнані такими і т. ін.

При цьому слід згадати і резонні зауваження О.О. Дудорова, котрий відзначає, що ст. 152 КК

України, викладена в редакції Закону № 2227-VIII, не передбачає диференціації кримінальної відповідальності залежно від характеру тих чинників, які виключають добровільність згоди потерпілої особи, і це є вадою аналізованої заборони. Адже за ч. 1 оновленої ст. 152 КК України (за відсутності у вчиненому кваліфікуючих (особливо) 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 України взагалі не визнавалось злочином [3, с. 22–23]. Відсутність у ст. 152 КК України (основному або хоча б кваліфікованому складі) вказівки на насильницький характер відповідних дій дивує ще більше з урахуванням того, що в ст. 153 КК України така вказівка існує.

Не можемо не звернути увагу і на те, що, незважаючи на очевидно вищий ступінь суспільної небезпеки діяння, передбаченого ст. 152 КК України, порівняно з передбаченим ст. 153 КК України, санкції відповідних кримінально-правових норм сконструйовані таким чином, що за сексуальне насильство – тобто менш суспільно небезпечний злочин – може бути призначене покарання аналогічне або навіть більш суворе, ніж за вчинення більш суспільно небезпечного діяння – згвалтування (це стосується як основного, так і кваліфікованих та особливо кваліфікованих складів відповідних злочинів).

Істотних змін зазнала і диспозиція ст. 154 КК України, в якій йтиметься не про «примушування жінки чи чоловіка до вступу в статевий зв'язок», а про «примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру». Та при цьому законодавець чомусь не визнав за доцільне змінити назву відповідної кримінально-правової норми, яка б мала відображати оновлений зміст останньої [2].

Відзначимо і те, що для позначення суспільно небезпечного діяння у ст. 154 КК України вітчизняні парламентарії використали формулювання «акт сексуального характеру», водночас у статтях 152 та ст. 153 КК України – «дії сексуального характеру». У зв'язку з цим питання про тотожність (нетотожність) цих понять натепер залишається відкритим і на практиці підлягає вирішенню залежно від суб'єктивного розсуду правозастосовця.

Утім згадані недоліки ст. 154 КК України виглядають відверто незначними порівняно з тим, що у ч. 1 цієї статті вказується на те, що кримінально караним визнається примушування до здійснення акту сексуального характеру «з іншою особою». Як із цього приводу зазначає В.І. Маркін, буквально тлумачення відповідного правового припису дає змогу припустити, що суб'єкт має примушувати потерпілу особу до здійснення акту сексуального характеру не з самим собою, а виключно з «іншою особою» [2].

Висновки. Отже, підсумовуючи вищевикладене, можна констатувати, що, намагаючись виконати відповідні міжнародні зобов'язання щодо імплементації положень Стамбульської конвенції у національне

законодавство, вітчизняні парламентарії жодним чином не подбали про належну якість оновленого законодавчого матеріалу, що може призвести до непередбачуваних негативних наслідків під час застосування відповідних кримінально-правових заборон. При цьому варто зазначити, що Стамбульська конвенція передбачає право країн, які приєднуються до неї, не вносити змін до законодавства держави у разі його відповідності положенням Конвенції. Оскільки чинне законодавство України гарантує захист людини та громадянина фактично від будь-яких проявів фізичного, сексуального та психологічного насильства, незалежно від наявності родинних, сімейних та близьких стосунків винного з потерпілим, то слід констатувати, що прийняття більшості змін, передбачених Законом № 2227-VIII, може лише призвести до невизначеності та складності застосування як чинного, так і ново-прийнятого законодавства.

Натомість задля того, аби забезпечити де-факто виконання Україною взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань, для того, аби рівень захищеності прав та свобод людини і громадянина в Україні відповідав європейським стандартам та потребам українського суспільства, необхідно покращувати та забезпечувати ефективне виконання вже наявних правових механізмів. Зокрема, це стосується реагування представниками правоохоронних органів на всі випадки проявів домашнього насильства та застосування щодо порушників передбачених законом санкцій; проведення навчальних та роз'яснювальних заходів для молоді та старших поколінь щодо можливості захисту ними своїх прав; пропагування культури ненасильства у ЗМІ та мережі Інтернет; якісна реалізація представниками влади та правоохоронних органів покладених на них обов'язків тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Вид. 2-ге. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
2. Маркін В. Секс за Кримінальним кодексом: нова редакція. Аналіз положень Закону України від 06.12.2017 р. № 2227-VIII щодо внесення змін до розділу IV «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» Особливої частини КК України. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/seks-za-kriminalnim-kodeksom-novaredakciya.html>.
3. Дудоров О.О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики): практ. poradnik; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. Сєвєродонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2018. 92 с.
4. Гнетнев М.К. Новели понятійно-категоріального апарату в окремих складах злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості (запрошення до дискусії). Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності: тези II Всеукраїнської науково-практичної конференції (Хмельницький, 2 березня 2018 року). Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2018. С. 126–129.