

РОЗДІЛ 8
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ;
КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.3/.7

ПРАВОВА ОЦІНКА ОКРЕМИХ АСПЕКТІВ ЗАКОНОПРОЄКТУ № 3316
(ЩОДО ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИНАМ НА ҐРУНТІ НЕНАВИСТІ ЗА ОЗНАКАМИ
СЕСУАЛЬНОЇ ОРІЄНТАЦІЇ ТА ГЕНДЕРНОЇ ІДЕНТИЧНОСТІ)

LEGAL EVALUATION OF SEPARATE ASPECTS OF DRAFT LAW № 3316
(ON OPPOSING OFFENCES GROUNDED ON HATRED FOR SEXUAL ORIENTATION
AND GENDER IDENTITY)

Костенко С.О.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правознавства
Поліського національного університету

У дослідженні автором здійснено аналіз Проекту Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо протидії злочинам на ґрунті ненависті за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності) № 3316, який було отримано Верховною Радою України у квітні 2020 р. На основі критичного аналізу надано правову оцінку окремим його положенням. Згідно з указаним законопроектом пропонується виділити у Кримінальному кодексі України окремим злочином дискримінацію за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, встановивши при цьому більш суворіше покарання. Тому авторами законопроекту пропонується доповнити норми Кримінального кодексу України такими окремими мотивами вчинення відповідних злочинів як нетерпимість до сексуальної орієнтації особи (групи осіб) або її гендерної ідентичності та визнати відповідні обставини такими, що обтяжують покарання щодо окремих видів злочинів.

Під час здійснення правової оцінки розглядуваного законопроекту автором встановлено абстрактність та незрозумілість таких формулювань, як «гендерна ідентичність» та «публічні заклики до ворожнечі», що є неприпустимим з огляду на правила законодавчої техніки під час формулювання об'єктивної сторони злочину. Також автором доведено, що запропоновані зміни суперечать ст. 34 Конституції України, якою передбачено, що кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, а отже, розглядуваний законопроект є таким, що обмежує конституційні права і свободи людини та громадянина. Хоча відповідно до ст. 22 Конституції України під час прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу наявних прав і свобод.

Варто відзначити, що автори законопроекту обґрунтовують необхідність його прийняття порівнянням злочинів з мотивів нетерпимості до сексуальної орієнтації особи (групи осіб) або її гендерної ідентичності зі злочинами з мотивів расової, національної або релігійної нетерпимості, оскільки усі вони є злочинами на ґрунті ненависті. Автор дослідження не погоджується з указаною аргументацією, адже, по-перше, через расову, національну та релігійну нетерпимість розпочинались війни, тобто вказані діяння мають підвищений ступінь суспільної небезпечності, і, власне, тому вони виділені в окремий ранг та навіть мають цілком виправдане конституційне підґрунтя. Чого не можна сказати про нетерпимість до сексуальної орієнтації особи (групи осіб) або її гендерної ідентичності. По-друге, якщо таким чином почати виокремлювати злочини на ґрунті ненависті, то потрібно відзначити, що злочинів на ґрунті ненависті, наприклад, убивств чоловіком дружини або навпаки, вчинено набагато більше, аніж злочинів щодо осіб, які мають нетрадиційну орієнтацію. Тому виокремлювати подібні злочини можна буде безкінечно, що позбавлено всілякого змісту, адже всі ці особи і так перебувають під кримінально-правовою охороною.

Отже, Законопроект № 3316 є таким, що не відповідає Конституції України, а тому не може бути прийнятий Верховною Радою України. Автор не підтримує насильство чи будь-які обмеження щодо осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією, однак вважає, що і надавати їм привілейований правовий статус немає жодних підстав. На думку автора, ВСІ мають бути РІВНІ перед законом і перед судом: як особи з традиційною сексуальною орієнтацією, так і особи з нетрадиційною сексуальною орієнтацією.

Ключові слова: злочини, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність, Конституція України, Кримінальний кодекс України.

In this research the author undertakes the analysis of the Draft Law on introduction of changes into the Criminal Code of Ukraine (on opposing offences grounded on hatred of sexual orientation and gender identity) №3316, received by the Verkhovna Rada of Ukraine in April 2020. On the basis of critical analysis, a legal evaluation of its separate provisions was provided. According to the mentioned draft law, in the Criminal Code of Ukraine a separate offence is suggested to be singled out as to dealing with discrimination grounded on sexual orientation and gender identification; more severe punishment is established. Because of this reason, the authors of the draft law suggest amending the Criminal Code of Ukraine norms with such separate motives of the relevant offences' committing as intolerance of a person's (or of a group of persons') sexual orientation or his/her gender identification and recognizing the corresponding circumstances as such that aggravate the punishment as to separate kinds of offence.

In exercising the legal evaluation of the draft law in question the author revealed the abstract character and obscurity of such existing wordings as 'gender identity' and 'public exhortations to animosity' which are unacceptable in the aspect of legal techniques of wording the objective side of the offence. Besides, the author proved that the suggested changes are illegal under Art.34 of the Constitution of Ukraine, which provides that each individual shall be guaranteed the right to freedom of speech and thought, to free expression of his/her views and convictions; so, the draft law in question limits the constitutional rights of a person and a citizen. However, according to Art.22 of the Constitution of Ukraine, limiting the volume and sense of the current rights and freedoms in adopting new laws or introducing changes to current laws shall not be permitted.

It is worth noting that the authors of the draft law validate the necessity of its approval by comparing offences grounded on intolerance of sexual orientation of a person (group of persons) or of his/her gender identity to offences motivated by race, national or religious intolerance, as all of them are offences grounded on hatred. The author of the given research does not agree to the stated argumentation; and indeed, in the first place, race, national and religious intolerance gave start to wars, that is, the stated actions are characterized by a hyper-degree of social danger, because of which they are given a special rank and have completely justified constitutional grounds. But this cannot be said about the intolerance of a person's (or group of persons') sexual orientation or of his/her gender identity. In the second place, if one begins singling out offences grounded on hatred in this way, one will have to state that hated-grounded offences, for instance murders of wives by their husbands or vice versa, have been much more numerous than offences against persons having a nonstandard sexual orientation. That is why, singling out of similar offences could be endless, which lacks any sense, as all these persons remain under criminal legal care anyway.

Thuswise, Draft Law № 3316 does not comply with the Constitution of Ukraine, and cannot be approved by the Verkhovna Rada of Ukraine. The author expresses no support to violence or any restrictions as to persons with nonstandard sexual orientation; however, the author sees no grounds for granting such persons with a privileged legal status. In the author's opinion, EVERYBODY shall be EQUAL in the eyes of the law: both persons with standard sexual orientation and persons with nonstandard sexual orientation.

Key words: offences, sexual orientation, gender identity, the Constitution of Ukraine, the Criminal Code of Ukraine.

Постановка проблеми. У квітні 2020 р. Верховною Радою України було отримано Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо протидії злочинам на ґрунті ненависті за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності) №3316 [1]. Цим законопроектом пропонується виділити окремим злочинном дискримінацію за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, встановивши при цьому більш суворіші покарання. Проблематикою вказаного законопроекту є протистояння міцного політичного, у тому числі міжнародного, лоббі відповідної ідеології з переважною більшістю свідомих громадян України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вказана тематика є новою, тому дослідження по ній ще не здійснювались.

Мета, завдання та методика дослідження. Метою пропонованого автором дослідження є надання правової оцінки законопроекту № 3316 від 09.04.2020 р. Методологічну основу дослідження складають сукупність філософсько-світоглядних, а також загальнонаукових та спеціально-наукових методів, серед яких: діалектичний, аналізу та синтезу, узагальнення, формально-логічний, методи індукції та дедукції, системний та спеціально юридичний.

Результати досліджень. Авторами вказаного законопроекту пропонується доповнити норми Кримінального кодексу України такими окремими мотивами вчинення відповідних злочинів, як нетерпимість до сексуальної орієнтації особи (групи осіб) або її гендерної ідентичності, та визнати відповідні обставини такими, що обтяжують покарання щодо окремих видів злочинів. Окрім цього, пропонується доповнити Кодекс статтею 1611 такого змісту: «Стаття 1611. Публічні заклики до ворожнечі, насильницьких дій, переслідування чи приниження гідності за ознакою сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності:

1. Публічні заклики до ворожнечі, насильницьких дій, переслідування чи приниження гідності осіб чи груп осіб або до пошкодження чи знищення їх майна за ознакою сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності – караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Ті самі дії, вчинені посадовою (службовою) особою, – караються штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, які були вчинені організованою групою осіб або спричинили тяжкі наслідки, – караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.».

Для того щоб надати правову оцінку розгляданому законопроекту, перш за все необхідно оцінити його положення. Вже з самого початку не зовсім зрозумілим є поняття «гендерна ідентичність». Як відомо, під гендерною ідентичністю розуміється ототожнення себе особою з однією із соціальних ролей. Науково доведено, що таких соціальних ролей вже існує понад 60, серед них найбільш поширенішими є, наприклад, соціальна роль чоловіка, жінки, гомосексуаліста, бісексуала тощо. Однак до них, зокрема, належать і такі соціальні ролі, як зоофіл, некрофіл, педофіл і так далі. Отже, виникає питання: чи не буде вважатись приниженням честі і гідності педофіла, якщо

його судитимуть за вчинення злочину, передбаченого ст.155 та ст.156 КК України (статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку, розбещення неповнолітніх)? Чи, можливо, доведеться видалити відповідні статті з кримінального кодексу, бо вони суперечитимуть пропонованому законопроекту?

Також не зрозуміло, яким чином варто розцінювати «публічні заклики до ворожнечі». Так, наприклад, чи підпадають під ознаки об'єктивної сторони зазначеного потенційного злочину дії студента, який публічно, на занятті аргументовано викладає свою думку, чому він проти гендерної ідеології, зазначаючи відверто усі її негативні сторони, при цьому абсолютно не закликаючи нікого до здійснення агресивних дій? А якщо до цього студента приєднається ще декілька інших студентів, які значно посилять аргументацію першого, при цьому нікого не ображаючи та не принижуючи, – чи будуть їхні дії кваліфікуватися вже за ч.3 ст. 1611 (публічні заклики до ворожнечі, вчинені організованою групою осіб)? Або ж чи зможе священнослужитель вільно реалізовувати своє покликання, адже він зобов'язаний засуджувати, у тому числі публічно, гріх гомосексуалізму / лесбійства, при цьому наголошуємо засуджувати саме гріх, не людину, – то чи будуть його дії підпадати під ознаки пропонованого злочину?

Як бачимо, це формулювання є надто абстрактним та таким, що обмежує конституційні права і свободи людини та громадянина, адже в ст.34 Конституції України передбачено, що кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

Відповідно до ст. 22 Конституції України [2] під час прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу наявних прав і свобод. Конституційний Суд України у своєму рішенні № 5-р/2018 від 22 травня 2018 року [3] пояснив, що під час ухвалення нових законів або внесення змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу наявних конституційних прав і свобод людини, якщо таке звуження призводить до порушення їх сутності.

У рішенні Конституційного Суду України від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005 [4] говориться, що зміст прав і свобод людини – це умови і засоби, які визначають матеріальні та духовні можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування і розвитку. Обсяг прав людини – це кількісні показники відповідних можливостей, які характеризують його множинність, величину, інтенсивність і ступінь прояву та виражені у певних одиницях виміру. Звуження змісту прав і свобод означає зменшення ознак, змістовних характеристик можливостей людини, які відображаються відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. Звуження обсягу прав і свобод – це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики.

Рішенням № 5-рп/2005 від 22 вересня 2005 року Конституційний суд постановляє, що загальновизнаним є правило, згідно з яким сутність змісту основного права в жодному разі не може бути порушена [5]. Однак, як відомо, з кожного правила є винятки. Тому в Рішенні Конституційного Суду України від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016 йдеться про те, що обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися винятково Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути зумовленими суспільною необ-

хідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права [6].

Перше, на що хочеться звернути увагу, це те, що такі обмеження повинні встановлюватися винятково Конституцією і законами України. Конституція у цьому разі є зразковим документом, якому повинні відповідати інші закони. Сполучник «і» свідчить про те, що такі обмеження повинні бути встановлені і на конституційному рівні, і на законодавчому. Тому, якщо на конституційному рівні не було встановлено таких обмежень прав і свобод людини і громадянина, то на законодавчому рівні тим більше немає жодних правових підстав їх встановлювати.

Далі вказано, що обмеження повинні переслідувати легітимну мету. Щодо цього потрібно зазначити, що подібні зміни до законодавства та вказана ідеологія загалом не підтримується населенням України, що свідчить про лобювання відповідних інтересів, а не про їх легітимність. Це твердження легко можна було б перевірити за допомогою всеукраїнського референдуму, який зміг би поставити крапку у цій дискусії. Однак політична еліта чітко усвідомлює, що такий крок відразу закряє їй шлях для просування та узаконення відповідних лобійованих ідей.

Також вказано, що встановлення таких обмежень повинні бути зумовлені суспільною необхідністю. Варто відзначити, що категорія осіб, про яких йдеться у пропонуваному законопроекті, має кримінально-правовий захист на рівні громадян України. Для чого надавати їм привілейований статус, створюючи неадекватні, абстрактні та суворіші кримінальні норми, незрозуміло.

Цікаво відзначити, що в пояснювальній записці до розглядуваного законопроекту вказана пропозиція обґрунтовується прирівнянням злочинів з мотивів нетерпи-

мості до сексуальної орієнтації особи (групи осіб) або її гендерної ідентичності зі злочинами з мотивів расової, національної або релігійної нетерпимості, оскільки, як стверджують автори законопроекту, усі вони є злочинами на ґрунті ненависті. Однак така аргументація позбавлена взагалі здорового глузду. Адже, по-перше, через расову, національну та релігійну нетерпимість війни розпочинались, тобто вказані діяння мають підвищений ступінь суспільної небезпечності і, власне, тому вони й виділені в окремий ранг та навіть мають цілком виправдане конституційне підґрунтя. Чого не можна сказати про нетерпимість до сексуальної орієнтації особи (групи осіб) або її гендерної ідентичності. По-друге, якщо таким чином почати виокремлювати злочини на ґрунті ненависті, то куди більше злочинів було вчинено на ґрунті ненависті, у тому числі убивств чоловіком дружини або навпаки, аніж щодо осіб, які мають нетрадиційну орієнтацію.

Наостанок хочемо зауважити, що Конституційним судом встановлено, що обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина не можуть бути свавільними та несправедливими. Чи є узаконення лобійованих інтересів та інтересів меншості, з одночасним ігноруванням конституційних прав та свобод більшості населення України та їх обмеженням, порушенням Конституції України та офіційних рішень Конституційного суду України, свавільними та несправедливими, – питання суто риторичне.

Висновки. Законопроект № 3316 є таким, що не відповідає Конституції України, а тому не може бути прийнятий Верховною Радою України. Ми абсолютно не підтримуємо насильство чи будь-які обмеження щодо осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією, однак справедливо вважаємо, що і надавати їм привілейований правовий статус немає жодних підстав. Ми вважаємо, що ВСІ мають бути РІВНІ перед законом і перед судом: як особи з традиційною сексуальною орієнтацією, так і особи з нетрадиційною сексуальною орієнтацією.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо протидії злочинам на ґрунті ненависті за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності) №3316 від 09.04.2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68552 (дата звернення: 04.06.2020).
2. Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 04.06.2020).
3. Рішення Конституційного Суду України № 5-р/2018 від 22 травня 2018 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/novyna/uhvaleno-rishennya-konstytucijnogo-sudu-ukrayiny-no-5-r2018-0> (дата звернення: 04.06.2020).
4. Рішення Конституційного Суду України № 8-рп/2005 від 11 жовтня 2005. р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/519> (дата звернення: 04.06.2020).
5. Рішення Конституційного Суду України № 5-рп/2005 від 22 вересня 2005 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/516> (дата звернення: 04.06.2020).
6. Рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2016 від 1 червня 2016 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/1858> (дата звернення: 04.06.2020).