

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Шем'яков О.П. Правове регулювання використання та охорони надр : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 ; Харків. Національний університет внутрішніх справ. 2003. 208 с.
2. Плотникова О. М. Про зміст деяких визначень, які використовуються в надровому законодавстві. *Право України*. 1999. № 6. С. 64–66.
3. Про видобування та реалізацію бурштину : проект Закону України від 01 листопада 2016 р. № 1707-VIII. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53194 (дата звернення : 10.02.2018).
4. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/4651-17> (дата звернення : 10.02.2018).
5. Туляков В.О. Сингулярність кримінального права та державний примус. *Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані* : монографія / за ред. проф. О.В. Козаченка, проф. Є.Л. Стрельцова. Миколаїв : Іліон, 2016. С. 23–30.
6. Орлов Ю.В. Проблеми кримінально-правової охорони довкілля в умовах правової сингулярності на тимчасово окупованих територіях України. *Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності* : матер. міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків. 18–19 жовтня 2018 р. Харків : Право, 2018. С. 266–270.
7. Про охорону археологічної спадщини : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1616-IV. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1626-15> (дата звернення : 21.08.2018).

УДК 343.54:340.134:340.115(477)

АНАЛІЗ ЗМІН У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ЩОДО ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ

ANALYSIS OF CHANGES IN CRIMINAL LEGISLATION ON SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INTEGRITY

Шеховцова Л.І.,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та правосуддя
Запорізького національного університету

6 грудня 2017 року Верховною Радою України був прийнятий закон № 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». Цей закон (за виключенням підпункту 3 пункту 1 розділу I цього Закону (щодо статті 67 Кримінального кодексу України (далі – КК), який вступив у силу раніше) набрав чинності 11 січня 2019 року. Зміни, які внесено цим Законом до Розділу IV КК (Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи), а саме зміни до ст. 152 – Зґвалтування, та ст. 153 – Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом викликали дійсний подив.

У попередній редакції КК зґвалтування визначалося як статеві зносини із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи, а диспозиція ст. 153 КК вказувала на задоволення статевої пристрасті неприродним способом із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

У новій же редакції диспозиції цих статей викладені наступним чином: ст. 152 (Зґвалтування) – 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 (зґвалтування); ст. 153 (Сексуальне насильство) – Вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи (сексуальне насильство).

У статті проводиться детальний аналіз цих змін, виявлено недоліки у формулюваннях у диспозиціях статей складів цих злочинів. У статті пропонується внести зміни до диспозиції статті 152 КК та примітки до неї, а також внести зміни до диспозиції статті 153 КК України.

Ключові слова: злочини проти статевої свободи, зґвалтування, сексуальне насильство, дії сексуального характеру, добровільна згода.

On December 6, 2017, the Verkhovna Rada of Ukraine adopted the Law No. 2227-VIII “On Amendments to the Criminal and Criminal Procedural Codes of Ukraine in order to implement the provisions of the Council of Europe Convention on the Prevention of Violence against Women and Domestic Violence and the fight against these phenomena”. This law (except for the clause 3 of clause 1 of section I of this Law (regarding Article 67 of the Criminal Code of Ukraine (hereinafter – the CC), which came into force earlier) entered into force on January 11, 2019. However, the real surprise caused changes made by this Law to Section IV of the CC (Crimes against sexual freedom and sexual integrity of a person), namely, changes to Art. 152 – Rape, and Art. 153 – Forcible sexual satisfaction in an unnatural way.

In the previous version of the CC, rape was defined as sexual intercourse with the use of physical violence, the threat of its use, or using the helpless state of the victim. And the disposition of Art. 153 of the CC was appointed to meet sexual desire in an unnatural way with the use of physical violence, the threat of its use or using the helpless state of the victim.

In the new edition of the disposition of these articles are as follows: Art. 152 (Rape) – Acts of sexual nature related to vaginal, anal or oral penetration into another person’s body using genitals or any other subject matter, without the consent of the victim (rape); Art. 153 (Sexual Violence) - The commission of any violent acts of a sexual nature that are not related to the penetration of another person’s body without the consent of the victim (sexual abuse).

In the article a detailed analysis of these changes is made, deficiencies in the formulations in the disposition of the articles of the syllables of these crimes are revealed. The article proposes to amend the disposition of Article 152 of the CC of Ukraine and its note, as well as to amend the disposition of Article 153 of the CC of Ukraine.

Key words: crimes against sexual freedom, rape, sexual violence, sexual acts, voluntary consent.

Постановка проблеми. 6 грудня 2017 року Верховною Радою України був прийнятий закон № 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». Цей закон (за виключенням підпункту 3 пункту 1 розділу I цього Закону (щодо статті 67 Кримінального кодексу України (далі – КК), який вступив у силу раніше) набрав чинності 11 січня 2019 року [1].

Цим Законом були внесені зміни до п. 7 ч. 1 ст. 66 КК (вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного жорстоким поведінням, або таким, що принижує честь і гідність особи, а також за наявності системного характеру такого поведіння з боку потерпілого), до п. 3 та 6 ч. 1 ст. 67 КК (п. 3 – вчинення злочину на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату або на ґрунті статевої приналежності; п. 6 – вчинення злочину щодо особи похилого віку, особи з інвалідністю або особи, яка перебуває в безпорадному стані, або особи, яка має психічний розлад, зокрема, недоумство, має вади розумового розвитку, а також вчинення злочину щодо малолітньої дитини або у присутності дитини, а також ч. 1 ст. 67 доповнено п. 6-1 – вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах), був внесений новий розділ – Розділ XIII-1. Обмежувальні заходи. Ці обмежувальні заходи повинні застосовуватися до осіб, які вчинили домашнє насильство.

Також Законом 2227-VIII до КК були внесені зміни до ст. 115, 116, 121, 123, 134, КК доповнено такими статтями – ст. 126-1 (Домашнє насильство), ст. 151-2 (Примусування до шлюбу), ст. 390-1 (Невиконання обмежувальних заходів, обмежувальних приписів або проходження програми для кривдників).

Однак дійсний подив викликали зміни, які внесено цим Законом до Розділу IV КК (Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи), а саме зміни до ст. 152 – Зґвалтування, та ст. 153 – Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

Метою статті є аналіз змін, які були внесені в статті 152 та 153 Кримінального кодексу України, виявлення недоліків у формулюваннях в диспозиціях статей складів цих злочинів та надання пропозицій щодо їх зміни.

Виклад основного матеріалу. У попередній редакції КК зґвалтування визначалося як статеві зносини із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи. А диспозиція ст. 153 КК вказувала на задоволення статевої пристрасті неприродним способом із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

У новій же редакції диспозиції цих статей викладені наступним чином: ст. 152 (Зґвалтування) – 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 (зґвалтування); ст. 153 (Сексуальне насильство) – Вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи (сексуальне насильство).

І ось тут постає багато питань.

По-перше, на нашу думку, не зовсім зрозуміло, що законодавець мав на увазі під «діями сексуального характеру», зокрема, тими, які пов'язані з проникненням у тіло людини, і тими, що не пов'язані з проникненням. Адже можливі випадки, коли суб'єкт буде вводити якісь предмети у тіло потерпілого (потерпілої) явно не для того, щоб задовольнити своє статево бажання.

У попередній редакції КК була чітко встановлена різниця між зґвалтуванням та задоволенням статевої при-

страсті неприродним способом: зґвалтування – природні статеві зносини між особами різної статі всупереч або з ігноруванням волі потерпілої особи із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи [2]. Природні статеві зносини – це природний (гетеросексуальний) статевий акт (коїтус – сполучення чоловічих і жіночих статевих органів, яке може викликати вагітність) [3, с. 357].

Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом виключає природний статевий акт і може 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. Насильницьке введення в отвори тіла потерпілої особи різних предметів (палиці, пляшки тощо) може кваліфікуватися за відповідною частиною статті 153 КК тільки за умови, якщо умисел винної особи був направлений на задоволення у такий спосіб статевої пристрасті неприродним способом. У разі відсутності такого умислу ці дії, за наявності передбачених кримінальним законом ознак, мають кваліфікуватися за відповідними статтями КК, якими передбачено відповідальність за злочини проти життя та здоров'я особи, або як акту хуліганства тощо [2].

Тобто можна дійти висновку, що дії сексуального характеру – це завжди дії, які спрямовані на задоволення статевої пристрасті суб'єкта злочину.

Чому законодавець не зробив відповідне уточнення у диспозиціях статей, або хоча б у примітці до них, а поклав тлумачення цих термінів на судові та правоохоронні органи, адвокатів та науковців, не зрозуміло.

По-друге, у новій редакції диспозиції ст. 152 КК вказано: ...проникненням в тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета... Тобто кримінально караним, якщо буквально тлумачити цю норму, буде введення в тіло потерпілої особи або геніталій (а це може бути тільки чоловічий пеніс), або будь-яких інших предметів, або того й іншого.

Постає питання, як вчиняти, якщо винний введе в тіло потерпілої особи іншу свою частину тіла, наприклад, палець? Палець в цьому випадку потрібно прирівнювати до предметів чи до геніталій?

Також не зовсім зрозуміло, як потрібно кваліфікувати діяння, коли проникнення відбувається в тіло винної особи, наприклад, потерпілу особу змушують ввести до тіла винної особи геніталії, іншу частину тіла або будь-які інші предмети?

По-третє, законодавець до ст. 152 КК вніс примітку, в якій дав визначення добровільної згоди. Згідно з цією приміткою згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин.

У попередній редакції КК у ст. 152 та ст. 153 законодавець надавав вичерпний перелік неправомірних дій, якими зумовлювався факт зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом. Цей перелік розширеному тлумаченню не підлягав. Зокрема, до вказаного переліку належать: застосування фізичного насильства, погрози його застосування або використання безпорадного стану потерпілої особи.

Тому дії особи, яка домоглася згоди особи протилежної статі на статеві зносини в інший спосіб, наприклад, шляхом настирливих пропозицій вступити у статеві зносини або шляхом обману чи зловживання довірою (освідчення у коханні, завідомо неправдива обіцянка укласти шлюб, сплатити за сексуальну послугу тощо) не могли кваліфікуватися за статтею 152 КК [2] та статтею 153 КК.

Для інкримінування ст. 152 КК потрібно було встановити, що небажання вступати у статевий зв'язок було більш-менш чітко вираженим, явним, адже відмова на словах, навіть певна фізична протидія, не завжди свідчать про дійсне небажання особи вступити у такий контакт. Скажімо, чоловік може сприймати таку поведінку жінки

як кокетство, загравання (елемент сексуальної гри) або прояв сором'язливості. У подібних випадках характер, інтенсивність і цілеспрямованість насильницьких дій мають ставати предметом ретельного розгляду [3, с. 357].

Однак, що це за такі «супутні обставини», законодавець в новій редакції ст. 152 КК не уточнює. Тим самим у примітці до статті, яка за своєю суттю покликана розкрити поняття і терміни, застосовані в цій або інших статтях, законодавець навів оціночне поняття. Межі застосування такого поняття можуть бути як доволі широкими (наприклад, вчинення дій сексуального характеру, згоду на які винний отримав шляхом обману, або використавши вкрай несприятливе майнове становище потерпілої особи, її потребу у засобах до існування тощо), так і доволі вузькими. Отже, з моменту вступу у силу даних змін до КК вирішувати, які ж з обставин були супутніми і яке значення вони мають для визначення згоди добровільною чи ні, будуть тільки правоохоронні органи і суд.

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 26.02.2019 року наголосив на важливості вимоги визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі. Європейський суд з прав людини у рішенні у справі «Санді Таймс проти Сполученого Королівства №1» від 26.04.1979 року зазначив, що «норма не може розглядатися як «право», якщо її не сформульовано достатньо чітко, що дає змогу громадянинові регулювати свою поведінку» (п. 49) [4].

Отже, на нашу думку, доцільним було б залишення у примітці до ст. 152 КК щодо визначення поняття добровільної згоди вичерпного переліку неправомірних дій, якими зумовлюється факт згвалтування, сексуального насильства та примушування до вступу у статевий зв'язок – застосування фізичного насильства, погрози його застосування або використання безпорадного стану потерпілої особи. Ми пропонуємо таке визначення добровільної згоди: добровільною згодою є вільне волевиявлення особи, яке здійснене без застосування щодо неї фізичного насильства, погрози його застосування або без використання її безпорадного стану.

По-четверте, законодавець приміткою, в якій дає визначення добровільної згоди, вніс тільки до ст. 152 КК. В цій примітці відсутня будь-яка вказівка на те, що поняття добровільної згоди, надане у примітці до ст. 152 КК, може застосовуватися і до ст. 153 та ст. 154 КК. Якщо буквально тлумачити закон, то залишається невідомим, що саме мав на увазі законодавець під добровільною згодою у ст. 153 та 154 КК. Якщо ж під час кваліфікації діянь, передбачених ст. 153, ст. 154 КК, посилаються на примітку до ст. 152 КК, то це буде застосування закону за аналогією, яку Кримінальний кодекс прямо забороняє.

По-п'яте, у диспозиції ст. 153 КК вказано, що сексуальним насильством є вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи. Дисонанс у трактуванні сексуального насильства викликає одночасне застосування таких словосполучень, як «насильницьких дій» та «без добровільної згоди».

Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає «насильство» у двох значеннях: «1. Застосування фізичної сили до кого-небудь. 2. Застосування сили для досягнення чого-небудь; примусовий вплив на когось, щось» [5, с. 207].

Як зазначає І.В. Козич у статті «Ознаки насильства у кримінальному праві», насильством визнається вплив на особу всупереч її волі. «Саме значення слова насилля свідчить про те, що злочинець діє проти волі особи. <...> насильство може здійснюватися як проти, так і «помімо» волі потерпілого. <...> насилля здійснюється проти волі особи тоді, коли сам потерпілий усвідомлює факт злочинного посягання на нього. Якщо ж потерпілий не усвідомлює факту злочинного посягання (наприклад, внаслідок безпорадного стану) і, відповідно, не виражає свою волю, то слід вважати, що злочинець діє за відсутності волі потерпілого і (за наявності мети спричинення шкоди потерпілому) вчиняє насильницький злочин. Також із цього положення випливає важливий висновок, що насильство існує і за впливу на неосудних, малолітніх та інших осіб, які не здатні усвідомлювати відповідний характер посягання» [5, с. 210–211].

Отже, на нашу думку, недоречно було законодавцю одночасно прописувати у трактуванні сексуального насильства застосування таких словосполучень, як «насильницьких дій» та «без добровільної згоди», тому що насильство саме по собі вже має на увазі, що воно вчинюється проти (без) волі особи.

Ми вважаємо, що доцільно було б у диспозиції ч. 1 ст. 153 КК викреслити слово «насильницьких».

Висновки. Таким чином, на нашу думку, статті 152 та 153 КК у новій редакції мають ряд суттєвих недоліків, які необхідно було б усунути. Вважаємо, що законодавцю потрібно всі об'єктивні та суб'єктивні ознаки злочину ретельно прописувати у диспозиції статті, а не використовувати казуальне та правозастосовне тлумачення.

Ми пропонуємо внести зміни до диспозиції частини 1 статті 152 КК та примітки до статті 152 КК і викласти їх у такій редакції:

Стаття 152. Згвалтування

Вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи з використанням будь-якої частини тіла або будь-якого предмета без добровільної згоди потерпілої особи (згвалтування) карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років. ...

Примітка: 1. У статтях 152, 153 цього Кодексу діями сексуального характеру визнаються дії, які спрямовані на задоволення статевої пристрасті суб'єкта злочину.

2. У статтях 152-154 цього Кодексу добровільною згодою визнається вільне волевиявлення особи, яке здійснене без застосування щодо неї фізичного насильства, погрози його застосування або без використання її безпорадного стану.

Ми пропонуємо також внести зміни до диспозиції частини 1 статті 153 КК та викласти її в такій редакції:

Стаття 153. Сексуальне насильство

1. Вчинення будь-яких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи (сексуальне насильство) карається позбавленням волі на строк до п'яти років.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. 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 року, № 2227-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2227-19>.
2. Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 року, № 5. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-08>.
3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 7-ме вид., переробл. та допов. Київ: Юридична думка, 2010. 1288 с.
4. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України / рішення Конституційного Суду України від 26.02.2019 року, № 1-р/2019, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19>.
5. Козич І.В. Ознаки насильства у кримінальному праві. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. 2014. Вип. 35. С. 206–214. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apvchzu_2014_35_21.