

Тетяна Ігорівна **ЗАВГОРОДНЯ**

магістр, Інституту права, Київський національний університет імені Тараса Шевченка;

головний спеціаліст, Національне агентство з питань запобігання корупції

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6160-919X>

e-mail: zavhorodnia.t@gmail.com

ЗГОДА У КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕННЯХ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ

Досліджено значення та зміст згоди у кримінальних правопорушеннях проти статевої свободи та статевої недоторканності особи, які передбачені Розділом IV Кримінального Кодексу (КК) України. У статті встановлено, що відсутність згоди є конструктивною ознакою зґвалтування, сексуального насильства та примушування до вступу в статевий зв'язок. Визначено шляхи вирішення проблем, що виникають у кваліфікації ситуацій, в яких особа помилково вважає, що згода була надана, а також, коли згода не була надана явно. Рекомендовано уточнити зміст «добровільної згоди» вказавши у примітці до ст. 152 КК, які дії не можуть вказувати на добровільність згоди. Встановлено, що згода є розмежувальною ознакою складу кримінального правопорушення, передбаченого ст.ст. 152, 153 та 155 КК.

Ключові слова: згода, добровільна згода, зґвалтування, сексуальне насильство, примушування до вступу у статевий зв'язок

ВСТУП

Боротьба з сексуальним насильством все ще залишається однією з найважливіших проблем, що виникають у дослідженні кримінального права. Слід зазначити, що Стамбульська конвенція із запобігання та протидії насильству над жінками та домашньому насильству досі не ратифікована Україною, що сприяло б покращенню якості кримінального законодавства з кримінальних правопорушень проти сексуальної свободи та сексуальної недоторканності особи, зокрема врахування згоди у них. Питання згоди у кримінальних правопорушеннях проти статевої свободи та статевої недоторканності особи досліджувалося О.О. Дудоровим [2; 5], М.І. Хавронюком [2], К.П. Задоею [5], Л.П. Брич [8].

МЕТА статті – встановлення значення та змісту згоди у кримінальних правопорушеннях проти статевої свободи та статевої недоторканності, а також виявити окремі проблеми кримінально-правового регулювання цього питання та запропонувати шляхи їх вирішення.

МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Структурно-функціональний метод дозволив охарактеризувати наявність або відсутність згоди особи як конститутивної ознаки складів кримінальних правопорушень. Аналіз законодавчих конструкцій статей здійснювався з використанням нормативно-юридичного методу, а формально-логічний метод дозволив виявити прогалини у кримінальному законодавстві України, недоліки законодавчої техніки та виробити відповідні рекомендації з їх усунення. У роботі використовувалися такі логічні прийоми, як аналіз і синтез, визначення і узагальнення.

РЕЗУЛЬТАТИ

Відсутність добровільної згоди є визначальною ознакою таких кримінальних правопорушень проти статевої свободи, як:

- зґвалтування (ст. 152 Кримінального Кодексу (КК));
- сексуальне насильство (ст. 153 КК);
- примушування до вступу у статевий зв'язок (ст. 154 КК).

Відповідна ознака була імплементована Законом 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», яким також надається визначення «добровільної згоди» [1]. Так, відповідно до примітки до ст. 152 КК згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин. З приводу цього визначення О.О. Дудоров відмічає «оцінний характер «супутніх обставин», згаданих у примітці», а також звертає увагу, що «примітка не містить обмежувального застереження про те, що закріплене в ній розуміння добровільної згоди є прийнятним при застосуванні лише ст. 152 КК» [2, с. 120].

З огляду на відсутність специфічних вимог до згоди на дії сексуального характеру, виникає питання, як оцінюються ситуації, в яких особа помилково вважає, що наявна згода на відповідні дії. Як відмічають О.О. Дудоров та М.І. Хавронюк, відмова на словах, навіть певна фізична протидія не завжди свідчать про дійсне небажання особи вступити з іншою особою у статеві зносини, що за таких обставин може вказувати на вибачливу (сумлінну) фактичну помилку у діях особи та, відповідно, відсутність складу «зґвалтування» [2, с. 122–123].

Також неоднозначними для кримінально-правової оцінки є ситуації, коли особою, з одного боку, не дається явної згоди, а з іншого – не чиниться спротив. На думку попередніх авторів, про відсутність згоди може свідчити безвихідність ситуації (оточення потерпілою групою осіб, безлюдне місце, темна пора доби, тривале обмеження у пересуванні тощо) [2, с. 124].

Вдосконалити та уточнити визначення «добровільної згоди» у примітці ст. 152 КК України під час розгляду Законопроекту № 4952 пропонувала народний депутат В.Ю. Пташник. Відповідно до порівняльної таблиці Законопроекту визначення добровільної згоди та сфера її застосування визначалась у п. 2 примітки так: «2. Для цілей цієї статі та інших статей цього Кодексу

згода особи вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин. Згода особи не може вважатися добровільною, якщо вона була висловлена, зокрема, під впливом фізичного насильства, погрози його застосування, погрози знищенням чи пошкодженням майна потерпілого чи третьої особи, погрози обмеженням прав або свобод потерпілого чи третьої особи, обману, використання щодо особи її матеріальної чи службової залежності, безпорадного чи уразливого стану» [3].

У ст. 70 Правил та Процедур Міжнародного кримінального суду визначаються основні принципи доказів у справах про сексуальне насильство:

а) не може вважатися згодою будь-які слова чи поведінка жертви, коли сила, погроза силою, примус або використання примусового становища підривають здатність жертви давати добровільну та справжню згоду;

б) не може вважатися згодою будь-які слова чи поведінка жертви, коли жертва не здатна дати справжню згоду;

в) не може вважатися згодою мовчання або відсутність спротиву жертви передбачуваному сексуальному насильству;

г) довіра, характер або схильність до сексуальної доступності жертви чи свідка не можуть бути встановлені на підставі сексуального характеру попередньої або подальшої поведінки жертви чи свідка [4].

З огляду на вищезазначене, видається доречним розширення кримінально-правового змісту згоди в межах ст.ст. 152 та 153 КК з урахуванням пропозицій В.Ю. Пташник та положень ст. 70 Правил та Процедур Міжнародного кримінального суду в якості індикатора недобровільності згоди.

Крім цього слід звернути увагу на некоректність викладу ст. 153 КК, якою передбачається кримінальна відповідальність за вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи. Як зазначалося раніше, відсутність згоди або її ігнорування мають розглядатися як ознаки поняття «насильства», тому вживання словосполучення «без добровільної згоди» у контексті ст. 153 КК видається зайвим.

Схожа ситуація склалась стосовно формулювань, вжитих у диспозиції ч. 1 ст. 154 КК, якою передбачається кримінальна відповідальність за примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою. З огляду на те, що склад статті передбачає «примушування», що само по собі виключає наявність згоди, ознака «без її добровільної згоди» є зайвою.

На проблему розмежування ст. 155 КК із ч. 4 ст. 152 або ч. 4 ст. 153 КК звертають увагу О.О. Дудоров та К.П. Задоє. На думку авторів, «... склалася ситуація, коли зміни до КК України, пов'язані з імплементацією Стамбульської конвенції, не були узгоджені зі змінами, зумовленими імплементацією Лансаротської конвенції, і відтепер ч. 4 ст. 152 КК України і ч. 1 ст. 155 КК, ч. 4 ст. 153 і ст. 156 КК містять дублюючі приписи, які описують однакові діяння, але передбачають кардинально різний рівень караності» [5]. Оскільки відповідна проблема розмежування зазначених складів іс-

нувала і до викладу у новій редакції Законом України № 2227-VIII ст.ст. 152 та 153 КК [1], ще до набрання ним чинності О.О. Дудоровим також висловлювалась пропозиція доповнити диспозицію ч. 1 ст. 155 КК застереженням про те, що «відповідальність за цією статтею настає у разі відсутності ознак складів злочинів, передбачених у ст.ст. 152 та 153 цього Кодексу», з чим загалом слід погодитися [6, с. 237–239].

Стосовно наявності добровільної згоди як ознаки кримінальних правопорушень висловлювалась, зокрема, Л.П. Брич, яка наводить такий приклад: «... В цілях розмежування згвалтування малолітньої чи малолітнього (ч. 4 ст. 152 КК) і статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості (ч. 1 ст. 155 КК), потрібно презюмувати, що неназваний в диспозиції ч. 1 ст. 155 КК спосіб вчинення цього злочину полягає у використанні добровільної згоди потерпілої особи на статевий зв'язок» [7, с. 213]. Звертаємо увагу, що формулювання «особою, яка не досягла статевої зрілості» існувало до внесення змін Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації», яким було введено поняття «особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку».

Приховано така теза міститься і у ст. 18 Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства, яка вказує на те, що має бути криміналізоване умисне заняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку для заняття діяльністю сексуального характеру. Водночас ч. 3 цієї статті робиться застереження, що дія положень пункту «а» не поширюється на врегулювання статевих стосунків між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою. Відповідно до чого можна зробити висновок, що для інкримінування умисного зайняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, що не досягла віку для зайняття діяльністю сексуального характеру має бути обов'язковою наявністю ознаки «взаємна згода» [8].

Водночас така згода, з огляду на формулювання «щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, незалежно від її добровільної згоди» у ч. 4 ст. 152 КК та ч. 4 ст. 153 КК, може бути висловлена лише особою від 14 до 16 років.

ВИСНОВКИ

Отже, «відсутність згоди» є конструктивною ознакою у складах кримінальних правопорушень за ст.ст. 152-154 КК, а «наявність згоди» виступає розмежувальною ознакою складу кримінального правопорушення за ст.ст. 152, 153 та 155 КК. Водночас зміст зазначених статей потребує вдосконалення, зокрема у частині уточнення змісту добровільної згоди, внесення застереження у ст.155 КК стосовно відсутності ознак кримінального правопорушення за ст.ст. 152 та 153 КК, а також доцільності закріплення ознаки «без добровільної згоди» у ст.ст. 153 та 154 КК.

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 № 2227-VIII від 06.12.2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#Text>

2. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України). К.: Ваіте, 2019. 288 с.

3. Порівняльна таблиця до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України у зв'язку з ратифікацією Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами»: № 4952 від 12.07.2016. URL: <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59648&pf35401=418392>.

4. The Rules of Procedure and Evidence. International Criminal Court, 2013. URL: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>

5. Дудоров О.О., Задоа К.П. «Вік сексуальної згоди» у міжнародному праві, кримінально-правовій доктрині і Кримінальному кодексі України. *Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка*. 2019. № 1. С. 75–94.

6. Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статеві свободи та статеві недоторканості особи: наук.-практ. посіб. Луганськ: Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка, 2011. 351 с.

7. Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія. Львів: Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2013. 712 с.

8. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства ратифікована Законом України № 4988-VI від 20.06.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4988-17#n2>

References

1. On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine in order to implement the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating

Violence against Women and Domestic Violence: Law of Ukraine № 2227-VIII dated 06.12.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#Text> (in Ukrainian).

2. Dudorov O., Khavroniuk M. Responsibility for domestic violence and gender-based violence (scientific and practical commentary on short stories of the Criminal Code of Ukraine). Kyiv: Vaite, 2019. 288 p. (in Ukrainian).

3. Comparative table to the draft Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Procedure Code of Ukraine in connection with the ratification of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence": № 4952 dated 12.07.2016. URL: <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59648&pf35401=418392> (in Ukrainian).

4. The Rules of Procedure and Evidence. International Criminal Court, 2013. URL: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>

5. Dudorov O.O., Zadoia K.P. The "age of sexual consent" in international law, criminal law doctrine and the Criminal Code of Ukraine. *Bulletin of Luhansk State University of Internal Affairs named after E.O. Didorenko*. 2019. № 1. pp. 75–94. (in Ukrainian).

6. Dudorov O., Criminal and legal characteristics of crimes against sexual freedom and sexual integrity of a person. Luhansk: Luhansk State University of Internal Affairs named after E.O. Didorenko, 2011. 351 p. (in Ukrainian).

7. Brych L.P. Theory of delimitation of crimes: a monograph. Lviv: Lviv state University of Internal Affairs, 2013. 712 p. (in Ukrainian).

8. The Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse ratified by the Law of Ukraine № 4988-VI dated June 20, 2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4988-17#n2> (in Ukrainian).

Tetiana ZAVHORODNIA

master, Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv;

chief specialist, National Agency on Corruption Prevention.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6160-919X>

e-mail: zavhorodnia.t@gmail.com

CONSENT IN CRIMINAL OFFENCES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INVIOABILITY OF A PERSON

Introduction. Combating sexual violence still remains one of the most important issues arisen in criminal law study. It should be noted that Istanbul Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence is still not ratified by Ukraine, which shall facilitate quality of criminal law concerning criminal offences against sexual freedom and sexual inviolability of a person.

The purpose of the paper is to define meaning and content of consent in criminal offenses against sexual freedom and sexual inviolability of a person provided for in Section IV of the Criminal Code of Ukraine.

Results. The paper establishes that lack of consent is a constructive sign of rape (article 152 of the Criminal Code), sexual violence (article 153 of the Criminal Code) and coercion to have sexual intercourse (article 154 of the Criminal Code). The ways of solving arisen problems during the qualification of situations in which a person mistakenly believes that consent was given, as well as when consent was not given explicitly, have been determined. It is recommended to clarify the content of "voluntary consent" by indicating in the note to Article 152 of the Criminal Code, actions which shall not indicate voluntariness of consent. The paper notes that using the collocation "without voluntary consent" is superfluous in Articles 153 and 154 of the Criminal Code, since "coercion" and "violence" also indicate absence of voluntary consent. It has been established that consent is a distinguishing feature of a criminal offense provided for in Article 155 of the Criminal Code from Articles 152 and 153 of the Criminal Code, thus sexual intercourse with a person from 14 to 16 years with her consent indicates the commission of a criminal offense under Art. 155 of the Criminal Code. It is proposed to supplement Article 155 of the Criminal Code with the clause "in the absence of signs of criminal offenses under Art. 152 and art. 153 of the Criminal Code".

Conclusion. The paper provides that consent shall be both constructive and distinguishing feature of criminal offenses against sexual freedom and sexual inviolability. Several problems of consent in such crimes are defined as well as ways of their solution.

Keywords: consent, voluntary consent, rape, sexual violence, coercion to sexual intercourse