

РАТИФІКАЦІЯ СТАМБУЛЬСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ТА ДОКАЗУВАННЯ СЕКСУАЛЬНОГО НАСИЛЬСТВА (СТ. 153 КК УКРАЇНИ): ДОСВІД ТА ТЕНДЕНЦІЇ

Posted on Серпень 23, 2022 by admin in Publications

ВСТУП ДО ПРОБЛЕМАТИКИ

Україна після довгого шляху боротьби 20 червня 2022 року нарешті ратифікувала Стамбульську конвенцію, що є беззаперечним кроком вперед на шляху до членства в ЄС та примітним доказом підтримки європейських цінностей недопустимості домашнього та гендерно зумовленого насильства. Тому натепер важливо ідентифікувати потребу приведення чинного законодавства у відповідність до Конвенції та забезпечити застосування чинного законодавства у спосіб, релевантний Конвенції.

Стамбульська конвенція у ст. 36, яка поіменована «Сексуальне насильство, у тому числі зґвалтування», визначає зобов'язання держав:

«1. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб було криміналізовано такі форми умисної поведінки:

а) здійснення, без згоди, вагінального, анального або орального проникнення сексуального характеру в тіло іншої особи з використанням будь-якої частини тіла або предмета;

б) здійснення, без згоди, інших актів сексуального характеру з особою;

с) примушування іншої особи до здійснення, без згоди, актів сексуального характеру з третьою особою».

У КК України відповідні форми поведінки криміналізовано у ст. 152, 153, 154, 155, 156. У силу відносної новизни формулювань (бо ці зміни було внесено 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» від 6 грудня 2017 року № 2227-VIII та Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації» від 14 березня 2018 року № 2334-VIII) важливим є дослідження доказування за ст. 153 КК України, зокрема в аспекті розмежування об'єктивної сторони з діяннями, передбаченими ст.ст. 152 та 154 КК України. Відповідне дослідження було почато в попередній публікації.

ДОКАЗУВАННЯ ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ. ЗАГАЛЬНІ ЗАУВАГИ

Відповідно до ч. 1 ст. 153 КК України сексуальним насильством є *вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи*. Таке формулювання вказує на те, що, по-перше, національне формулювання сексуального насильства в

однойменній статті КК України вужче за ст. 36 Стамбульської конвенції, хоча всі діяння, згадані в цій статті, у КК України криміналізовано. По-друге, розмежування зі зґвалтуванням по об'єктивній стороні залежить від того, чи мало місце проникнення в тіло іншої особи.

Як слушно зазначає О. Харитонова, «склади злочину, передбачені новою редакцією ст. 152, 153 КК, відображають різний рівень посягання на тілесність під час сексуального посягання. Сексуальна атака з penetрацією — це особливий спосіб порушення сексуальної автономії. Це не означає, що всі penetраційні напади більш небезпечні, ніж непенетраційні, хоча скоріше за все, що це так. Проте мова не йде про створення абстрактної ієрархії сексуальних злочинів — в кожній конкретній справі з урахуванням контексту тип «залученості» до сексуальної атаки впливатиме на ступінь суспільної небезпечності злочину, тобто окрім типової суспільної небезпечності певних категорій злочинів вагомим питанням є і індивідуальна суспільна небезпечність. Якщо ж говорити про такий спосіб сексуальної атаки, як сексуальні зловживання (sexual abuse), то законодавець реконструював ст. 154 КК «Примушування до вступу в статевий зв'язок».

Примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою (ч. 1 ст. 154 КК України) у диспозиції взагалі *не містить вказівок на фактичне здійснення дій сексуального характеру, адже йдеться про примушування*. Відмітимо, що Стамбульська конвенція вказує на «примушування іншої особи до здійснення, без згоди, актів сексуального характеру з третьою особою», а ст. 154 КК України — іншою особою, що викликає питання при тлумаченні в аспекті примушування до здійснення акту сексуального характеру з тою особою, яка здійснює це примушування (про що вже писали О. Харитонова, О. Дудоров). Крім того, ст. 40 Стамбульської конвенції передбачає, що «Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб будь-яка форма небажаної вербальної, невербальної або фізичної поведінки сексуального характеру, метою або наслідком якої є порушення гідності особи, зокрема шляхом створення залякувального, ворожого, принизливого або образливого середовища, підлягала кримінальній або іншій юридичній санкції». У цьому ракурсі О. Харитонова зазначає, що «у сучасному світі зростає занепокоєння проблемою харасменту в публічних просторах взагалі, наприклад, освітніх просторах, вуличних просторах. Мова йде про те, що відносини підпорядкування тут носять характер дискурсивних влад. Це означає, нібито горизонтальні зв'язки, наприклад, між колегами на посадах одного рівня, чи перехожими, що прогулюються у парку, насправді відтворюють владний режим «чоловіки/жінки» у гендерованому суспільстві. Видається, що саме у такому ключі необхідно тлумачити ч. 1 ст. 154 кк у новій редакції, яка не передбачає обов'язковою ознакою основного складу злочину матеріальну, службову чи іншу залежність потерпілої особи, а робить її кваліфікуючою ознакою» (*Харитонова О.В. Цит праця – С. 59*).

Відповідно є певні питання розмежування об'єктивної сторони з сексуальним насильством по ст. 153 КК України. Були зауваги щодо того, що «чи не кожному випадку зґвалтування або сексуального насильства передуватиме примушування до здійснення акту сексуального характеру (ч. 1 ст. 154 КК України). Тобто правнику необхідно буде вирішувати доволі складні ситуації, коли в межах посягання на один і той самий об'єкт попередня стадія зґвалтування (або сексуального насильства) міститиме склад іншого закінченого злочину — примушування до здійснення акту сексуального характеру».

Видається слушною думка О. Дудорова, який пише: «“Нерезультативне” примушування, вчинене тим, хто мав намір здійснити акт сексуального характеру з потерпілою особою, одночасно утворює і склад закінченого злочину, передбаченого ст. 154 КК, і (залежно від характеру цього акту) склад незакінченого злочину – замаху на зґвалтування або сексуальне насильство. Вчинене в такому випадку з урахуванням спрямованості умислу на вчинення більш тяжкого злочину пропонується кваліфікувати лише за відповідними частинами ст. 15, ст. 152 (153) КК. У розглядуваній ситуації відсутня ідеальна сукупність злочинів, бо посягання відбувається на один і той саме безпосередній об’єкт і, зокрема, однорідна шкода заподіюється одному і тому ж потерпілому. Примушування до акту сексуального характеру, вчинене тим, хто безпосередньо після цього вчинив такий акт з потерпілою особою («результативне» примушування), має кваліфікуватись лише за ст. 152 (ст. 153) КК. У цьому разі примушування відіграє роль чинника, що забезпечує недобровільність акту сексуального характеру».

ІДЕНТИФІКАЦІЯ ДОБРОВІЛЬНОЇ ЗГОДИ

У ст. 153 КК України немає значення добровільної згоди. Отже, застосовним є визначення такої згоди у ст. 152 КК України та у ст. 36 Стамбульської конвенції – результат вільного волевиявлення особи, отриманого в контексті супутніх обставин. Відмітимо, що ККС ВС у контексті ст. 152 КК України витлумачив розуміння та тлумачення добровільної згоди, виклавши такі релевантні думки в постанові:

- відсутність такої згоди є питанням факту, вирішення якого покладено на суд в конкретному кримінальному провадженні, який оцінюється в контексті супутніх обставин;
- для інкримінування ст. 152 КК потрібно встановити, що дії сексуального характеру були вчинені за відсутності чітко вираженого, явного, переконливого, такого, щоб інша особа зрозуміла, що особа бажає сексуального проникнення в її тіло, волевиявлення, за якого кожен із партнерів упевнений у добровільній згоді іншого на конкретні дії сексуального характеру, що виражена в певній зовнішній формі (вербально, жестами, мімікою чи конклюдентними діями тощо);
- добровільність згоди має бути підтверджена доказами в кримінальному провадженні, оскільки законодавець установив у ст. 152 КК презумпцію незгоди потерпілого;
- від контексту супутніх обставин значною мірою залежить визначення вільності волевиявлення про добру волю особи.

Таке тлумачення цілком релевантне і до визначення згоди у аспекті ст. 153 КК України.

РОЗМЕЖУВАННЯ ДІЯНЬ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ. 152 ТА 153 КК УКРАЇНИ, У ПРОЦЕСІ КВАЛІФІКАЦІЇ

Важливим в аспекті позитивних зобов’язань держави за Стамбульською конвенцією є належне застосування норм КК України в аспекті правильної кваліфікації, у тому числі розмежування, зокрема, ст. 153 КК України та замаху на зґвалтування (ст. 152 КК України). Водночас у деяких вироках при тому, що кваліфікація ст. 153 КК України (сексуальне насильство), є прямі або непрямі вказівки та умисел саме на зґвалтування. Наприклад:

- «оголив статеві органи ОСОБА_2 та свої статеві органи, навалився своїм тілом на потерпілу, та без добровільної згоди ОСОБА_2 терся своїм статевим органом об зовнішні статеві органи потерпілої для задоволення своєї статевої пристрасті. Почувши відмову, у нього виник умисел на зґвалтування

потерпілої, з метою чого наніс їй удар прикладом в задню частину голову, так як вона стояла до нього спиною, та наказав лягти на землю»;

- «неодноразово погрожував вбивством потерпілій і **примушував до вступу із ним у статевий зв'язок**, при цьому із застосуванням фізичної сили намагався зняти її верхній одяг та доторкнутись до статевих органів потерпілої. ... ОСОБА_1 схопив за волосся ОСОБА_3, вчиняючи дії сексуального характеру, почав тягнути в спальню, під час чого неодноразово погрожував їй фізичною розправою та примушував до вступу із ним у статевий зв'язок»;
- «ОСОБА_1, діючи умисно, усвідомлюючи, що **потерпіла є неповнолітня** та в останньої відсутні сили та можливості йому протистояти, наздогнав її та, рукою повалив у рівчак біля узбіччя. ... силоміць утримуючи руками та вагою свого тіла потерпілу, **для подолання її опору зняв із себе футболку жовто-синього кольору та затулив її рот**, щоб остання не покликала на допомогу та надалі намагався стягнути з неї верхній одяг, тобто здійснював насильницькі дії сексуального характеру над останньою, не пов'язані з проникненням в її тіло. Після вчинення вказаних активних дій, направлених на подолання опору та припинення протиправних дій ОСОБА_1 побоюючись бути викритим, з місця вчинення кримінального правопорушення зник. У судовому засіданні потерпіла ОСОБА_2 свідчила 24.07.2021 йшла додому, позаду неї йшов чоловік з велосипедом котрий повалив її рукою у рівчак та вона почала кричати та чинити супротив. Обвинувачений **хотів зняти з неї шорти, але це йому не вдалось**. Затуляв їй рота. Потерпіла хотіла вирватись, але обвинувачений був сильніший за неї».

Отже, при кваліфікації важливою є *визначення спрямованості умислу* (звісно, за наявності належних, допустимих та достатніх доказів такого умислу), а не лише фактично здійснені дії сексуального характеру для того, щоб було адекватне реагування держави на кримінально-протиправну поведінку сексуального характеру.

ДЖЕРЕЛА ДОКАЗІВ

Аналіз вироків за 2021-середину 2022 років демонструє, що, як вже констатувалося (і подальший розвиток практики це підтверджує), основними джерелами доказів у кримінальних провадженнях за ст. 153 КК України, є: висновок експерта; показання обвинуваченого; показання свідків (у тому числі показання з чужих слів); протокол огляду місця події; протокол огляду відеозапису (у тому числі з нагрудної камери поліцейського); протокол затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, у тому числі щодо обшуку особи; протокол прийняття заяви про вчинене кримінальне правопорушення; протокол огляду предмету; заява про вчинення кримінального правопорушення; протокол пред'явлення особи для впізнання; протокол слідчого експерименту; речові докази (наприклад, диск із записами із камер відеоспостереження, одяг тощо); інші документи (свідоцтво про народження, доклінічний протокол медичного огляду; журнал виклику ШМД, витяг з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та інше) (детально розглянуто у: *Гловюк І. Деякі питання доказування у кримінальних провадженнях за ст. 153 КК України (на основі судової практики). Доказування у справах, пов'язаних з сексуальним насильством: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., м. Львів, 1-3 груд. 2021 р.*).

ІНШІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПИТАННЯ. ЗМІНА ОБВИНУВАЧЕННЯ. ПИТАННЯ ДОРЕЧНОСТІ УГОД ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ

Цікаве питання виникло в кримінальному провадженні в аспекті зміни обвинувачення зі ст. 153 КК України на ст. 125 КК України. Особа обвинувачувалась у тому, що 27.02.2019 в період часу з 12 до 15 години в нежитловому будинку, незаконно позбавивши волі потерпілу, вчиняв щодо неї насильницькі дії сексуального характеру,

не пов'язані із проникненням в її тіло, без її добровільної згоди. На момент виявлення у вказаному нежитлому будинку у потерпілої було виявлено тілесні ушкодження. Суд, оцінивши наявні докази, визнав їх недостатніми для встановлення в діях обвинуваченого елементів складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 153 КК України. Проте суд вказав на таке: «Юридична оцінка діяння в межах висунутого обвинувачення належить до кола питань, що вирішуються судом під час ухвалення вироку (пункт другий частини першої статті 368 КПК). ... При вирішенні питання щодо кваліфікації дій ОСОБА_1 суд керується тим, що частина перша статті 125 КК України передбачає відповідальність за спричинення умисного легкого тілесного ушкодження. Відповідно до висновку судово-медичної експертизи в ОСОБА_3 виявлено тілесні ушкодження. Гематома, синці виникли від дії тупих твердих предметів, садно – від дії гострого предмету, можливо, 27.02.2019 року. Ушкодження в ОСОБА_3 небезпечними для життя в момент заподіяння не були. За ступенем тяжкості вказані ушкодження є легкими тілесними ушкодженнями. Синець в ділянці шиї та наявність крапкових крововиливів із синюшністю шкіри правої половини обличчя і шиї, правої заушної ділянки («екхімотичною маскою»), свідчать про нетривале (десятки секунд) стиснення шиї та перешкоджання венозному кровотоку у правій яремній вені. Вказане стиснення не призвело до загрозливих для життя явищ, ззовні проявилось так званою «екхімотичною маскою». Таким чином, механізм утворення тілесних ушкоджень ОСОБА_3 виключає її побутове чи випадкове травмування. Не зважаючи на недоведеність вчинення ОСОБА_1 кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 153 КК України, суд вважає, що за встановлених обставин не вчинення судом дій, передбачених частиною третьою статті 337 КПК України, не виправдає легітимних очікувань особи, котра зазнала шкоди, щодо застосування до обвинуваченого заходів кримінальної репресії і не узгоджуватиметься з визначеними у статті 2 КПК завданнями захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до кримінальної відповідальності в міру своєї вини. Відмова держави від кримінального переслідування обвинуваченого лише з огляду на нездійснення правильної юридичної оцінки його дій суперечитиме засадам як верховенства права і законності, так і диспозитивності, призведе до безкарності, а особу, котрій завдано шкоди, поставить у становище правової незахищеності. Ураховуючи вищевикладене, суд кваліфікує дії ОСОБА_1 у відповідній частині за ч. 1 ст. 125 КК України – умисне легке тілесне ушкодження».

КПК України передбачає можливість зміни обвинувачення судом з метою ухвалення справедливого судового рішення та захисту прав людини і її основоположних свобод лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження (ч. 3 ст. 337 КПК України). Частина 1 ст. 125 КК України передбачає менш суворе покарання, ніж ч. 1 ст. 153 КК України. Питання може виникнути в аспекті дотримання права на захист, якщо обвинувачення істотно відрізняються за фактичним обставинами. Судячи з вироку, цього не було. Цей вирок було скасовано судом апеляційної інстанції, але не з мотивів неправильної зміни обвинувачення.

Виникали й питання стосовно правильності ідентифікації відмови від обвинувачення в кримінальних провадженнях за ст. 153 КК України (детально розглянуто у: Гловюк І. Відмова від обвинувачення у кримінальних провадженнях за ст. 153 КК України: питання ідентифікації).

По ст. 153 КК України по ч. 1, 2, 3, 4 може бути укладена угода про визнання винуватості, наслідком затвердження якої є призначення судом в обвинувальному

вироку узгодженої сторонами міри покарання. При укладенні угоди прокурор має оцінити: 1) ступінь та характер сприяння підозрюваного чи обвинуваченого в проведенні кримінального провадження щодо нього або інших осіб; 2) характер і тяжкість обвинувачення (підозри); 3) наявність суспільного інтересу в забезпеченні швидшого досудового розслідування і судового провадження, викритті більшої кількості кримінальних правопорушень; 4) наявність суспільного інтересу в запобіганні, виявленні чи припиненні більшої кількості кримінальних правопорушень або інших більш тяжких кримінальних правопорушень (ст. 470 КПК України). Якщо йдеться про один злочин, то фактично може бути суспільний інтерес лише у забезпеченні швидшого досудового розслідування й судового провадження, а тому виникає питання, чи різнозначні узгоджене покарання за діяння, передбачене ст. 153 (особливо ч. 2-4) та швидкість кримінального провадження (яка в суді так само забезпечується ч. 3 ст. 349 КПК України, але ця процедура узгодженого сторонами покарання не передбачає).

Наведемо приклад з вироку: «17.08.2020, близько 15 год. 00 хв., ОСОБА_3, під час розпиття алкогольних напоїв із малолітнім ОСОБА_4, ІНФОРМАЦІЯ_2, перебуваючи в квартирі АДРЕСА_2, вирішив вчинити відносно нього насильницькі дії сексуального характеру, не пов'язані із проникненням в тіло останнього, незалежно від його добровільної згоди... Вищезазначені протиправні дії ОСОБА_3 органом досудового розслідування кваліфіковані за ч. 4 ст. 153 КК України, як вчиненні насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, яка не досягла чотирнадцяти років, незалежно від її добровільної згоди». При цьому було укладено угоду про визнання винуватості (зі згоди потерпілого та законного представника), за якої: ОСОБА_3 беззастережно визнав свою винуватості у вчиненні інкримінованого кримінального правопорушення за ч. 4 ст. 153 КК України; ОСОБА_3 щиро розкався; активно сприяв розкриттю злочину. Сторони погодили призначити ОСОБА_3 покарання за ч. 4 ст. 153 КК України із застосуванням ст. 69 КК України – у виді 3 років позбавлення волі. На підставі ст.ст. 75, 104 КК України звільнити від відбування покарання з випробуванням. Який суспільний інтерес у реагуванні на сексуальне насильство щодо малолітнього було задоволено, залишається під питанням.

ВИСНОВКИ

З урахуванням наявних проблем та питань правозастосовної практики можливо запропонувати такі зміни та доповнення до чинного законодавства, які забезпечуватимуть більш релевантне виконання зобов'язань за Стамбульською конвенцією:

- уточнити формулювання ст. 153 КК України в аспекті усунення тавтологічних формулювань «насильницьких» та «без добровільної згоди потерпілої особи», залишивши формулювання «без добровільної згоди потерпілої особи»;
- уточнення формулювання ст. 154 КК України для досягнення відповідності із статтями 36 та 40 Стамбульської конвенції;
- унормування можливостей мінімізації допитів потерпілих у КПК України (не лише у період воєнного стану, як це передбачає ст. 615 КПК України);
- врахування вразливості потерпілих у кримінальних провадженнях за ст. 153 КК України в аспекті ініціації початку кримінального провадження та відмови від обвинувачення (з урахуванням положень ст. 55 Стамбульської конвенції) та специфіки провадження у формі приватного обвинувачення за главою 36 КПК України;
- уточнення умов застосування інституту угод у таких кримінальних провадженнях.



ІРИНА ГЛОВЮК

АВТОРКА МАТЕРІАЛУ, ЧЛЕНКИНЯ ЮРФЕМ, Д.Ю.Н., АДВОКАТКА, ПРОФЕСОРКА
КАФЕДРИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ДИСЦИПЛІН ІНСТИТУТУ ПРАВА ЛЬВДУВС

Матеріал підготовлено за фінансової підтримки Ради Європи в межах проєкту “Combating Violence against Women in Ukraine (COVAW)”. Погляди, викладені у цьому документі, жодним чином не можуть вважатися такими, що відображають офіційну позицію Ради Європи.

Цей матеріал розроблений авторкою для сайту Асоціації жінок-юристок України “ЮрФем”. Зміст цього матеріалу є позицією авторки і не обов’язково відображає позицію Асоціації жінок-юристок України “ЮрФем”.

<http://jurfem.com.ua/ratyfikatsiya-stambulskoi-konventsii-ta-dokazuvannya-sexualnoho-nasylnstva/>