

ЗГВАЛТУВАННЯ ЯК РІЗНОВИД ІНШИХ НАСИЛЬНИЦЬКИХ ДІЙ У СКЛАДІ КАТУВАННЯ: ЄВРОПЕЙСЬКО-ПРАВОВИЙ ВИМІР

RAPE AS A TYPE OF OTHER VIOLENT ACTIONS IN THE TORTURE: THE EUROPEAN LEGAL SYSTEM OF COORDINATES

Таволжанська Ю.С., к.ю.н.,
асистент кафедри кримінального права № 1
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена вирішенню питання щодо насильницької природи зґвалтування. На підставі положень міжнародних договорів та законодавства України про кримінальну відповідальність, практики Європейського суду з прав людини, наукових напрацювань доведено, що зґвалтування було і залишається насильницьким кримінальним правопорушенням. При цьому підтримана висловлена в науці кримінального права думка, що натеper результативне насильство знаходиться за межами складу зґвалтування. Наголошено на тому, що зміни Кримінального кодексу України, спрямовані на реалізацію положень Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами, зумовили зміну в підході до обґрунтування насильницької природи зґвалтування. Натепер насильницький характер цього кримінального правопорушення визначається самим фактом недобровільної пенетрації. Підкреслено, що зґвалтування має насильницький характер за різних супутніх обставин, у зв'язку з якими відсутня добровільна згода потерпілої особи (застосування фізичного, психічного впливу, використання безпорадного стану, введення в оману тощо). Зазначено, що сексуальна атака з пенетрацією не перестає бути насильством лише у зв'язку із тим, що добровільна згода потерпілої особи виключена інтелектуальною складовою частиною дій винного (зокрема, обманом). Зроблено висновок, що чинна норма про кримінальну відповідальність за катування охоплює всі випадки зґвалтування. За наявності для того підстав національний правозастосувач вслід за ЄСПЛ має змогу визнати зґвалтування формою катування і застосувати як ст. 152, так і ст. 127 КК України. Акцентовано на тому, що потребує самостійного осмислення питання стосовно визнання катуванням тих дій сексуального характеру, які пов'язані з проникненням і вчинені без добровільної згоди потерпілої особи у зв'язку з її обманом.

Ключові слова: зґвалтування, катування, насильство.

The relevance of this scientific work is due to changes in the national regulation of liability for criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity of the person. The article is devoted to resolving the issue of the violent nature of rape. Based on the provisions of international treaties and legislation of Ukraine on criminal liability, the case law of the European Court of Human Rights, scientific findings, it has been proven that rape was and remains a violent criminal offense. At the same time, the opinion expressed in the science of criminal law that violence with the result is now outside the scope of rape was supported. It is emphasized that the amendments to the Criminal Code of Ukraine aimed at implementing the provisions of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence have led to a change in the approach of justifying the violent nature of rape. At present, the violent nature of this criminal offense is determined by the very fact of forced penetration. It is emphasized that rape is violent by various surrounding circumstances, that excluded voluntary consent from the victim (physical or mental influence, helplessness, deception, etc.). It is noted that sexual assault with penetration does not cease to be violence only in connection with the forced consent that is related of the intellectual component of the perpetrator's actions (in particular, deception). It is concluded that the current rule on criminal liability for torture covers all cases of rape. If there are grounds for that, the national law enforcer, following the practice of the European Court of Human Rights, has the opportunity to recognize rape as a form of torture and apply Art. 152 and Art. 127 of the Criminal Code of Ukraine. Emphasis is placed on the need research on the recognition of torture as acts of a sexual nature that are penetration and committed without the voluntary consent of the victim in connection with his or her deception.

Key words: rape, torture, violence.

Постановка проблеми. У ч. 1 ст. 127 КК України закріплено положення про те, що одним із варіативних діянь катування є насильницькі дії, інші за пообою та мучення. Тобто дії фізичного чи психічного змісту, які за ступенем шкідливості не менш небезпечні, ніж пообою. Дотепер ми вже неодноразово наголошували на тому, що визначення катування шляхом вказівки на дії та ще й виключно насильницького характеру суттєво обмежує коло діянь, які відповідно до конвенційних вимог мають перебувати під заборонаю ст. 127 КК України. Проте ані вказані зауваження, ані критичні побажання інших вітчизняних криміналістів за вже майже 20 років чинності КК України не сприйнято й не опрацьовано на законодавчому рівні. Маємо надію бути почутими робочою групою з питань розвитку кримінального права [21]. Допоки ж вирішенню підлягає питання щодо можливості зарахування зґвалтування до тих насильницьких дій, за допомогою яких може бути вчинено катування. Постановка питання в такому ракурсі обґрунтована усталеною практикою ЄСПЛ із визнання зґвалтування однією з форм катування (справи «Aydin v Turkey» 1997 р. [1], «M.C. v Bulgaria» 2003 р. [5], «Maslova and Nalbandov v Russia» 2008 р. [4] та ін.). Актуальність цього питання зумовлена змінами в національній регламентації відповідальності за кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи [18].

Стан дослідження. Вітчизняні криміналісти приділяють серйозну увагу питанням кримінальної відповідальності за катування. За цим предметом наукового пошуку в Україні захищено чотири дисертації, підготовлено кілька монографій та проведено чималу кількість менш масштабних теоретичних вивчень. Цього ж не можна ствердити на користь дослідження відповідальності за зґвалтування як форми катування. Вказаний напрям наукового вивчення залишається мало розробленим. Задля привнесення вкладу у його розвиток, поставимо за мету визначити, чи дозволяє чинне законодавство України про кримінальну відповідальність визнати зґвалтування іншою насильницькою дією катування. Для досягнення поставленої мети звернемо особливо увагу на праці О. Дудорова [9; 10] та О. Харитонової [23], які першими висвітлили загальні питання кримінальної відповідальності за зґвалтування після набрання чинності змінами до КК, спрямованими на реалізацію положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (далі – Стамбульська конвенція 2011 р.).

Виклад основного матеріалу. Для більшості криміналістів прийняття Закону 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 06.12.2017 р. № 2227-VIII [18] зумовило питання про насильницький характер зґвалтування. Складність відповіді на нього пов'язана із тим, що законодавець виключив зі ст. 152 КК України вказівку на фізичне насильство та погрозу його застосування, але формалізував відсутність добровільної згоди потерпілої особи. За такого законодавчого підходу до визначення зґвалтування традиція тлумачення з урахуванням правонаступництва вступила у протиборство з буквальною інтерпретацією норми про заборону вказаного кримінального правопорушення.

Сильним аргументом на користь того, що ознака результативного насильства виведено за межі складу зґвалтування, є те, що законодавець відмовився від безпосереднього закріплення ознак фізичного та (чи) психічного насильства у ст. 152 КК України і при цьому криміналізував насильницьку складову частину у ст. 153 КК України. Зокрема, проф. О. Дудоров пише, що заподіяння шкоди здоров'ю вже не є складовою частиною об'єктивної сторони зґвалтування (за винятком шкоди, охоплюваної тяжкими наслідками), тому результативне фізичне насильство щодо потерпілої особи має додатково кваліфікуватись як відповідний злочин проти здоров'я особи [9 с. 30; 10 с. 130].

Безсумнівно, наведена позиція серйозно підкріплена й практикою ЄСПЛ, який ще у 2003 р. за результатом компаративістського дослідження регламентації відповідальності за зґвалтування наголосив на тому, що вирішальне значення для цього кримінального правопорушення має неконсенсуальність статевого проникнення, а не факт застосування сили (§ 159, 171 та ін. «M.C. v Bulgaria» 2003 р. [5]). Зокрема, у зв'язку із цим О. Харитонова доходить висновку, що проблематизована раніше в національній доктрині і практиці концепція поділу сексуальних злочинів на насильницькі та ненасильницькі втрачає свою актуальність [23 с. 53].

На наше переконання, результативне насильство знаходиться за межами складу зґвалтування. Проте це не означає, що вказане кримінальне правопорушення перестає бути насильницьким. Так, автори етимологічних словників зазначають, що слово «гвалт» походить від польського і старо-словацького «gwałt» – «насильство», а ще раніше від німецького «gewalt» – «насильство, сила, влада, багато», пов'язаного із «walten» – «панувати» [11, с. 485]. Кримінологи називають винних у зґвалтуванні саме «насильниками» [8, с. 36, 43].

За прямою вказівкою Стамбульської Конвенції 2011 р. зґвалтування є насильством стосовно жінок. До насильницького характеру зґвалтування апелює, зокрема, ст. 36 цієї Конвенції, яка має назву «Сексуальне насильство, у тому числі зґвалтування» [2]. Підхід авторів Стамбульської конвенції 2011 р. до визначення зґвалтування становить інтерес, адже його було сформовано після постановлення ЄСПЛ рішення у справі «M.C. v Bulgaria» 2003 р. Тобто після того, як Суд вже переніс акцент із застосування сили на відсутність згоди. Розробники Стамбульської конвенції 2011 р. не могли не знати про це. Крім того, на користь їхньої обізнаності позицією Суду свідчить § 191 Пояснювального звіту до Стамбульської Конвенції 2011 р. [3]. Знаючи актуальний проєвропейський підхід до визначення зґвалтування, автори Конвенції не відмовились від визнання цього правопорушення насильницьким діянням.

Згадане рішення ЄСПЛ і Стамбульська Конвенція 2011 р. дають підстави для висновку, що зґвалтування має насильницький характер не у зв'язку з тим, що протиправна пенетрація забезпечується насильством, а тому що сам по собі недобровільний статевий акт із проникненням – це насильство. Причому цей підхід гармонічно вписується в традиційне уявлення про насильницький вплив. Хоча варто визнати, що за європейською право-

вою рамкою зміст насильства все ж є ширшим. Як слушно зазначає О. Харитонова, насильство в контексті згаданої практики ЄСПЛ – це посягання на статево автономію потерпілої особи у зв'язку з відсутністю її добровільних і консенсуальних дій [23, с. 53].

Зґвалтування має насильницький характер за різних супутніх обставин, у зв'язку з якими відсутня добровільна згода потерпілої особи. Як застосування фізичного чи психічного впливу, так і використання безпорадного стану чи введення в оману, тощо доводять відсутність добровільної згоди на вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із проникненням.

У контексті викладеного особливо болючим є питання щодо визнання насильницькою тієї пенетрації, яка вчинена без добровільної згоди потерпілої особи у зв'язку з її обманом. Т. Кондрашова пише, що кримінально-правовій думці давно відомі випадки визнання зґвалтуванням тих статево актів, які вчинено під впливом омани потерпілої особи (в статевому партнері чи характері вчинюваних із нею дій) [16, с. 525; 24, с. 69]. О. Дудоров вказує, що проникнення в один із трьох природних отворів тіла іншої особи, поєднане з введенням її в оману, може розцінюватись як зґвалтування – за умови, що особа не надала б на це згоди, якби не була введена в оману щодо певних обставин – природи чи мети сексуального проникнення, особи того, хто його вчиняє, тощо [9, с. 28–29; 10, с. 128–129].

Дотепер класична кримінально-правова думка йшла шляхом визнання за насильством примусового впливу на особу (з поділом останнього на фізичний та психічний [6, с. 6, 31; 7, с. 59, с. 3; 13, с. 5]). До речі, саме тому формалізація економічного насильства як форми домашнього насильства (ст. 126¹ КК України) не була прийнята більшістю криміналістів. У той же час Всесвітня організація охорони здоров'я (далі – ВООЗ) давно визначає насильство набагато ширше за традиційні фізичний та психічний протиправний вплив. За переконанням ВООЗ, під насильством варто розуміти навмисне застосування фізичної сили або *влади*, дійсної або у вигляді погрози, спрямованої проти себе, іншої особи, групи осіб чи громади, результатом якого є (або наявний високий ступінь вірогідності цього) тілесні ушкодження, смерть, психологічна травма, відхилення в розвитку або різного роду шкода [14, с. 5].

Як відомо, влада може ґрунтуватися на різних методах, у т.ч. і на обмані. Насильство не становить із цього виключення. Н. Ісаєв зазначає: «Історически насиліе неразрывно связано с системой *властных* отношений, при этом в социально-историческом аспекте отмечается *эволюция форм насилія* от явных, агрессивно-насильственных с биологически детерминированной основой к *скрытым*, конклюдентным и психологически обозначенным» [12, с. 193].

Заради справедливості все ж вкажемо, що, наводячи приклади насильства, вчинюваного інтимним партнером, ВООЗ згадує передусім відкриті, а не завуальовані прояви влади. На думку ВООЗ, зґвалтування – це насильницьке (з використанням будь-якого виду примушування) проникнення. Примус же може бути різним. Окрім фізичної сили, винний може використовувати психологічне залякування, шантаж, може погрожувати фізичною розправою, звільненням із роботи або відмовою у працевлаштуванні. Насильство може мати місце, коли особа, яку примушують до статевого акту, не може дати на це згоди внаслідок алкогольного чи наркотичного сп'яніння, сну або якщо вона психічно не спроможна оцінити ситуацію [14, с. 155]. Хоча ВООЗ наводить приклади саме відкритих форм прояву влади, він не обмежує лише ними повний зміст насильства.

У зв'язку з розглядуваною проблематикою не можна не пригадати давню дискусію щодо визнання фізичним насильством введення в організм потерпілої особи наркотичних засобів, психотропних, отруйних, сильнодію-

чих речовин *поза її волею* (наприклад, шляхом обману). Пленум Верховного Суду України, надаючи роз'яснення щодо застосування ст. 152 КК України, вказує, що фізичним насильством є лише таке введення в організм потерпілої особи вищезгаданих засобів і речовин, яке відбулось *проти її волі* (п.п. 3 ППВСУ «Про судову практику у справах про злочини проти статеві свободи та статеві недоторканості особи» від 30.05.2008 р. № 5) [20]. Водночас у контексті кримінальних правопорушень проти власності Пленум більш широко визначає насильство, вказуючи, що під останнім треба розуміти застосування до потерпілої особи *без її згоди* наркотичних засобів, психотропних, отруйних чи сильнодіючих речовин (газів) (п. 10 ППВСУ «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 06.11.2009 р. № 10 [19]). Своєю чергою правозастосувач Російської Федерації зараховує до фізичного насильства введення сильнодіючої, отруйної або одурманюючої речовини як проти волі потерпілого, так і шляхом обману останнього (п. 23 ППВСРФ «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» [15]). Його думку поділяють й зарубіжні криміналісти (зокрема, Т. Кондрашова [16, с. 513; 24, с. 55], О. Смирнов [22, с. 115]). Щоправда, свою ж логіку і послідовність власних поглядів порушує О. Смирнов, який визнає фізичним насильством введення вищезгаданих речовин під впливом омани, але не вважає згвалтуванням природний статевий акт, вчинений із використанням цього ж обману [22, с. 114, 115].

Отже, окремі випадки використання обману при впливі на організм потерпілої особи давно розглядались наукою

кримінального права в контексті насильства. Видається, що напрацювання із правової оцінки введення наркотичних засобів чи інших речовин в організм потерпілої особи поза волею останньої можуть бути взяті до уваги в процесі доведення того, що дії сексуального характеру, пов'язані з проникненням і вчинені без добровільної згоди потерпілої особи у зв'язку з її обманом, є насильницькими. Вочевидь, сексуальна атака з пенетрацією не перестає бути насильством лише у зв'язку із тим, що добровільна згода потерпілої особи виключена інтелектуальною складовою частиною дій винного (зокрема, обманом).

Підсумовуючи викладене, зробимо загальний **висновок**, що згвалтування було і залишається насильницьким діянням. А це означає, що всі випадки згвалтувань, із чим би не була пов'язана відсутність добровільної згоди з боку потерпілої особи, охоплюються чинною нормою про кримінальну відповідальність за катування. За наявності для того підстав національний правозастосувач вслід за ЄСПЛ має змогу визнати згвалтування формою катування і застосувати як ст. 152, так і ст. 127 КК України. При цьому вважаємо за необхідне підкреслити, що в межах цієї статті ми не ставили за мету довести, що дії сексуального характеру, пов'язані з проникненням і вчинені без добровільної згоди потерпілої особи у зв'язку з її обманом, є різновидом катування. Така постановка питання потребує самостійного осмислення. У цій роботі ми обґрунтували насильницьку природу згвалтування і наголосили на можливості кваліфікації цього кримінального правопорушення за ст. 127 КК України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Aydin v Turkey, 1997. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"itemid":\["001-58371"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{). (дата звернення 25.10.2020).
2. Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 11.V.2011. URL: <https://rm.coe.int/168008482e>. (дата звернення 25.10.2020)
3. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. URL: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3Vb41SdZX28J:https://rm.coe.int/%2016800d383a+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=uk.%20>. (дата звернення 25.10.2020).
4. Maslova and Nalbandov v Russia, 2008. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"itemid":\["001-84670"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{). (дата звернення 25.10.2020).
5. M.C. v Bulgaria, 2003. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"itemid":\["001-61521"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{). (дата звернення 25.10.2020).
6. Гаухман Л.Д. Борьба с насильственными посягательствами. Москва : Юр. лит-ра, 1969. 120 с.
7. Гаухман Л.Д. Насилие как средство совершения преступлений. Москва : Юр. лит-ра, 1974. 167 с.
8. Гульман Б.Л. Сексуальные преступления. Харьков : ИМП «Рубикон», 1994. 272 с.
9. Дудоров О.О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики) : практичний посібник. Северодонецьк : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2018. 92 с.
10. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України). Київ : Ваїте, 2019. 288 с.
11. Етимологічний словник української мови. В 7 т. «А – Г» Т. 1 / Ред. кол.: О.С. Мельничук (гол. ред), І.К. Білодід, В.Т. Коломієць, О.Б. Ткаченко. Київ : Видавництво «Наукова думка», 1982. 634 с.
12. Исаев Н.А. Сексуальные преступления как объект криминологии. Санкт-Петербург : Издательство «Юридический центр Пресс», 2007. 486 с.
13. Левертова Р.А. Ответственность за психическое насилие по советскому уголовному праву : учебное пособие. Омск, 1978. 105 с.
14. Насилие и его влияние на здоровье. Доклад о ситуации в мире. Всемирная организация здравоохранения. Москва : Изд-во «Весь мир», 2003. 350 с.
15. О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. N 29. URL: <http://base.garant.ru/1352873/>. (дата звернення 25.10.2020).
16. Полный курс уголовного права: в 5 т. / Под ред. д.ю.н., проф., засл. деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. II Преступления против личности. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2008. 682 с.
17. Преступления против половой свободы и половой неприкосновенности: уголовно-правовая и криминологическая характеристики : монография. Москва : Юрлитинформ, 2016. 336 с.
18. 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 р. № 2227-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#top> (дата звернення 25.10.2020).
19. Про судову практику у справах про злочини проти власності : Постанова Пленуму Верховного суду України від 06.11.2009 р. № 10. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09#top> (дата звернення 25.10.2020).
20. Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи : Постанова Пленуму Верховного суду України від 30.05.2008 р. № 5. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-05>. (дата звернення 25.10.2020).
21. Робоча група з питань розвитку кримінального права. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/about-us#block4>. (дата звернення 25.10.2020).
22. Смирнов А.М. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. Москва : Юрлитинформ, 2015. 264 с.
23. Харитоновна О.В. Ключові засади гендерної політики в кримінальному праві України та основні напрями реформ щодо протидії насильству стосовно жінок та домашньому насильству. Науково-практичний посібник. Харків : ТОВ «Видавництво «Права людини», 2018. 344 с.
24. Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступление против половой неприкосновенности и половой свободы личности. Санкт-Петербург, 2011. 579 с.