



Луганський державний університет
внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка

О. О. Дудоров

**ЗЛОЧИНИ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ
ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ
(ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-
ПРАВОВОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ)**

практичний порадник

Сєвєродонецьк
2018

МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

ЛУГАНСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ВНУТРІШНІХ СПРАВ імені Е.О. ДІДОРЕНКА

О.О. Дудоров

**ЗЛОЧИНИ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ
ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ
(ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-
ПРАВОВОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ)**

Практичний poradnik

Сєверодонецьк
РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка
2018

УДК 343.54 (477) (075)

Д81

Автор: *О.О. ДУДОРОВ*, провідний науковий співробітник науково-дослідної лабораторії з проблем попередження, припинення та розслідування злочинів територіальними органами Національної поліції України Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України.

Рецензенти: *Є.О. ПИСЬМЕНСЬКИЙ*, завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін факультету підготовки фахівців для підрозділів Національної поліції України Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, доктор юридичних наук, професор, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді; *Г.М. ЗЕЛЕНОВ*, начальник відділу єдності правових позицій правового управління (III) департаменту аналітичної та правової роботи Апарату Верховного Суду, кандидат юридичних наук, доцент.

*Рекомендовано до друку та до розповсюдження через мережу Інтернет вченою радою
Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка
(протокол № 14 від 30 травня 2018 року)*

Дудоров О.О.

Д81 Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики) : практ. poradnik / О.О. Дудоров; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Сєверодонецьк : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2018. – 92 с.

ISBN 978-617-616-081-6

У пораднику розкриваються основні положення кримінально-правової характеристики злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (розділ IV Особливої частини КК України із законодавчими змінами від 6 грудня 2017 р. і 14 березня 2018 р.).

Робота розрахована на курсантів і студентів закладів вищої освіти юридичного профілю, а також може бути корисною для викладачів, суддів, адвокатів і працівників правоохоронних органів.

УДК 343.54 (477) (075)

ISBN 978-617-616-081-6

© Дудоров О.О., 2018

© Луганський державний університет

внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, 2018

СПИСОК СКОРОЧЕНЬ

ВРУ – Верховна Рада України

ЄСПЛ – Європейський Суд з прав людини

Закон від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII – Закон від 6 грудня 2017 р. «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 від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII – Закон від 14 березня 2018 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації»

КК – Кримінальний кодекс України

КПК – Кримінальний процесуальний кодекс України

РЄ – Рада Європи

СК – Сімейний кодекс України

ст. – стаття

Стамбульська конвенція – Конвенція РЄ про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами

ЦК – Цивільний кодекс України

ч. – частина

ПЕРЕДМОВА

Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Ст. 29 Основного Закону країни проголошує, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканість. У комплексі невід'ємних прав і свобод людини і громадянина важливе місце займає статева свобода, а всебічне забезпечення статевої недоторканості вважається виміром цивілізаційної зрілості суспільства, його здатності створити умови для гармонійного розвитку підрастаючого покоління.

Закріплена у кримінальному законодавстві тієї чи іншої країни система статевих злочинів, маючи історично мінливий характер, визначається багатьма факторами, зокрема, усталеним у конкретному суспільстві укладом статевих відносин, існуючими традиціями і проголошеними пріоритетами правового захисту, зумовленими зокрема цивілізаційними та релігійними чинниками. Світові тенденції розвитку кримінального законодавства про відповідальність за статеві злочини полягають як у послідовній його лібералізації (проявляється, зокрема, у декриміналізації перелюбства, зваблювання, добровільного мужолозтва) та усуненні гендерної нерівності, так і в посиленні кримінально-правової охорони дітей від різних форм сексуального насильства і сексуальної експлуатації.

Статевая свобода і статевая недоторканість особи виступають родовим об'єктом злочинів, норми про відповідальність за які об'єднані в розділ IV Особливої частини КК. Це: зґвалтування (ст. 152 КК); сексуальне насильство (ст. 153 КК); примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154 КК);

статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку (ст. 155 КК); розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК).

Сферу сексуальних відносин зачіпають й інші злочини; вони, однак, вважаються кримінально караними посяганнями на моральність (статті 301–303 КК). При цьому примушування до зайняття проституцією (ч. 1 ст. 303 КК) є спорідненою з примушуванням до вступу в статевий зв'язок (ст. 154 КК) формою злочинного порушення саме статевої свободи особи, адже від цього злочину передусім страждає статева свобода особи, тоді як моральність є лише його додатковим об'єктом. За цим винятком статева свобода або статева недоторканість особи може виступати додатковим безпосереднім об'єктом злочинів, відповідальність за які встановлена іншими нормами, а не тими, що об'єднані в розділ IV Особливої частини КК (казане стосується, наприклад, передбаченої ст. 149 КК торгівлі людьми, вчинюваної з метою сексуальної експлуатації). З іншого боку, злочинами, вчинюваними на сексуальному ґрунті, можуть бути визнані й ті злочини, які за КК не належать до кримінально караних посягань на статеву свободу і статеву недоторканість особи (наруга над тілом померлого, крадіжка речей фетишистом, жорстоке поводження з тваринами, ексгібіціонізм у громадському місці, розцінюваний як хуліганство, так звані сексуальні вбивства тощо).

Наведений у розділі IV Особливої частини КК перелік кримінально-правових заборон загалом є підстави визнати оптимальним, що, на жаль, не можна сказати про їхній зміст. Удосконалення кримінально-правової протидії злочинним посяганням на статеву свободу і статеву недоторканість особи є злободенною проблемою, що потребує вироблення науково обґрунтованих рекомендацій, адресованих як законодавцю з метою усунення вад нормативної регламентації відповідальності за вказані злочини, так і правозастосувачу з метою правильного й однакового застосування кримінального закону.

Як відомо, через членство в РЄ для України особливого значення набувають нормативно-правові акти саме цієї поважної організації. Зумовлене імплементацією відповідних конвенцій РЄ ухвалення законів від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII і від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII, на підставі яких внесено серйозні зміни до розділу IV Особливої частини КК, не лише збурило професійну спільноту, викликавши суперечливі (у т. ч. украї в'їдливі) оцінки фахівців, а й призводить до того, що значна частина відповідної юридичної літератури¹ стає морально застарілою. Законодавчі новели потребують виваженого наукового осмислення, зокрема в аспекті з'ясування того, наскільки вдало Україною виконано міжнародно-правові зобов'язання і рекомендації.

Розроблений практичний poradnik є результатом лише першого прочитання оновленого розділу КК, присвяченого злочинам проти статевої свободи або статевої недоторканості особи. Автор цих рядків, який завжди прагне вдосконалювати свої тексти і для якого далеко не все в поліпшеному законодавчому матеріалі є безспірним й однозначним, залишає за собою право повернутись до дослідження проблематики, висвітлюваної у практичному poradniku, в іншому (фундаментальному) форматі, а тому з вдячністю сприйме конструктивні критичні зауваження фахівців, які просить надсилати за адресою: *o.o.dudorov@gmail.com*.

¹ Зокрема: Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. 84 с.; Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: наук.-практ. посібник. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. 352 с.; Савченко А.В., Кузнецов В.В., Москаль Д.П., Сийплові М.В. Кримінальна відповідальність за зґвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом; за заг. ред. д.ю.н., проф. О.М. Джузи. Ужгород : ТОВ «ІВА», 2012. 272 с.; Чмут С.В., Хряпінський П.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: монографія. Запоріжжя : КСК-Альянс, 2011. 184 с.

ЗГВАЛТУВАННЯ

Основним безпосереднім **об'єктом** згвалтування (ст. 152 КК) залежно від того, хто є потерпілим від цього злочину, слід визнавати статеву свободу чи статеву недоторканість особи, а **додатковими об'єктами** – зокрема, належний фізичний і психічний розвиток неповнолітніх, тілесну і психічну недоторканість, честь і гідність особи.

Під *статевою свободою* слід розуміти право особи самостійно обирати собі партнера для сексуального спілкування, форму такого спілкування і не допускати у цій сфері будь-якого примусу. Доросла (у контексті КК це особа, якій виповнилось 16 років, а не особа, яка досягла визначеного СК шлюбного віку) і психічно здорова людина сама визначає, з ким і в який спосіб вона задовольнятиме свої сексуальні потреби.

Якщо статева свобода пов'язується зі спроможністю особи розпоряджатись собою у сфері сексуального спілкування, то *статева недоторканість* означає охоронюваний законом стан, за якого забороняється вступати в сексуальні контакти з особою, яка з певних причин (наприклад, через недосягнення відповідного віку або наявність психічної хвороби) не є носієм статевої свободи. Статева недоторканість, будучи поняттям абсолютним, означає, що певні інтереси недоторканої особи за жодних умов не можуть бути порушені іншим суб'єктом, а вчинені щодо неї сексуальні дії визнаються кримінально караними.

Отже, статева свобода і статева недоторканість особи – це поняття-антиподи, які носять самостійний характер і не перехрещуються.

Потерпілою від згвалтування може бути особа як жіночої, так і чоловічої статі.

У період чинності КК 1960 р. насильницькі статеві посягання жінок на чоловіків у судовій практиці розцінювались як злочини проти особи (заподіяння тілесних ушкоджень, незаконне позбавлення волі, образа тощо) або як хуліганство. Вказівка на чоловіка як на потерпілого від зґвалтування є новелою чинного КК, зумовленою прагненням забезпечити однакову кримінально-правову охорону сфери сексуального життя осіб будь-якої статі.

Сказане загалом² стосується й ст. 152 КК, викладеної в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII. Цей нормативно-правовий акт закріплює гендерно нейтральні визначення зґвалтування (ст. 152 КК) і відмінного від нього сексуального насильства (ст. 153 КК), у яких природні біологічні відмінності між чоловіком і жінкою до уваги не беруться.

Оскільки шлюб не вважається автоматичним свідченням згоди особи на сексуальне спілкування за будь-яких обставин³, а ст. 152 КК не містить застереження про визнання зґвалтуванням лише позашлюбного сексуального проникнення, потерпілою від розглядуваного злочину може бути й особа, яка перебуває з винуватим у шлюбі (офіційно зареєстрованому або фактичному).

У рішенні ЄСПЛ у справі «S. W. проти Сполученого Королівства» від 22 листопада 1995 р. зазначається, що зґвалтування настільки очевидно принижує людську гідність, що

² Необхідність робити таке застереження пояснюється тим, що в окремих ситуаціях положення про однаковість кримінально-правової охорони сфери сексуального життя чоловіків і жінок все ж не дотримується (див. про це нижче).

³ Як було сказано у 1992 р. у Мюнхені (ФРН) при постановленні вироку за зґвалтування чоловіком своєї дружини, шлюб – це не магазин самообслуговування із задоволення сексуальних потреб; на вступ у статеві зносини потрібна згода і чоловіка, і дружини. Протилежний підхід зводиться до того, що головними послугами, що їх у шлюбі надає жінка, є секс і народження дітей, а тому коли жінка відмовляється надати їх своєму чоловікові, вона повстає проти самої суті шлюбу (див.: Ричард А. Познер. Економічний аналіз права. Пер. з англ. С. Савченка. Х. : Наук. вид-во «Акта», 2003. С. 298).

стосунки гвалтівника і жертви для засудження за цей злочин значення не мають. Відмова від неприйнятної ідеї подружнього імунітету проти судового переслідування за зґвалтування своєї дружини відповідає не лише цивілізованій концепції шлюбу, а й меті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, суттю якої є повага до гідності і свободи людини.

Більше того: зґвалтування потерпілої особи, яка перебуває з винуватим в шлюбі, утворює кваліфікований склад злочину (ч. 2 ст. 152 КК), а на підставі Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII із ст. 477 КПК виключено норму, згідно з якою зґвалтування, вчинене повторно або особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених ст.ст. 153-155 КК, якщо гвалтівником є чоловік (дружина) потерпілого, відносилось до злочинів, кримінальне провадження щодо яких розпочиналось лише на підставі заяви потерпілого⁴.

Такий підхід (у т. ч. в аспекті його ймовірного впливу на інститут шлюбу) не виглядає безспірним⁵. Водночас те, що

⁴ Для порівняння: згідно з § 203 КК Австрії якщо особа вчиняє стосовно свого подружжя чи того, з ким вона перебуває у незареєстрованому шлюбі, зґвалтування чи сексуальне примушування без обтяжуючих обставин, то кримінальне переслідування є можливим тільки за заявою потерпілої особи. Передбачене ст. 190 КК Швейцарії зґвалтування дружини, вчинене її чоловіком, який проживає з нею спільно, карається тільки за скаргою, яка має бути подана не пізніше 6 місяців.

⁵ Так, на етапі опрацювання законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, народний депутат України В.Ю. Пташник зазначала, що встановлення настільки суворого покарання за «сімейне» зґвалтування виглядає вельми сумнівним, зокрема, з огляду на те, що відповідно до чинного законодавства скоєння щодо члена сім'ї статевого проникнення з використанням погрози обмеження його прав у багатьох випадках узагалі не є кримінально караним (див.: 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». Реєстраційний № 4952. С. 30–31. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59648&pf35401=418392>).

особа, яка перебуває з гвалтівником у шлюбі, не вправі впливати на «долю» кримінального провадження щодо вчиненого стосовно неї злочину, передбаченого ст. 152 КК, і що «сімейне» зґвалтування визнано кваліфікованим різновидом аналізованого злочину, може розцінюватись як одне зі свідчень послідовності законодавця в частині забезпечення жорсткого юридичного реагування на різні прояви домашнього насильства (однією з його форм є сексуальне насильство), мінімізації його латентності.

Тим більше, що в п. 194 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції підкреслюється надзвичайна важливість забезпечити недопущення будь-яких винятків у криміналізації й притягненні до відповідальності за такі акти, як сексуальне насильство і зґвалтування, вчинені проти колишніх чи теперішніх партнерів або подружжя. Згідно зі ст. 43 Стамбульської конвенції відповідальність за передбачені нею правопорушення має наставати незалежно від характеру відносин між жертвою і правопорушником. А в рішенні від 9 червня 2009 р., постановленому у справі «*Опуз проти Туреччини*», ЄСПЛ наголосив на тому, що насильство в сім'ї є не приватною чи сімейною справою, а питанням, що зачіпає суспільні інтереси, що, своєю чергою, вимагає ефективних дій з боку держави⁶.

Для кваліфікації вчиненого за ст. 152 КК не мають значення, зокрема, моральний аспект характеристики потерпілої особи (наприклад, вона веде безладне статеве життя), наявність попереднього сексуального спілкування з тим, хто скоїв зґвалтування, досягнення потерпілою особою шлюбного віку чи статевої зрілості. При цьому зґвалтування неповнолітньої або малолітньої особи має кваліфікуватись, відповідно, за ч. 3 або ч. 4 аналізованої статті КК.

⁶ За таких обставин дещо нелогічним виглядає віднесення (згідно із Законом від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII) домашнього насильства (ст. 126-1 КК) до злочинів, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення.

Віктимна поведінка потерпілої особи, не виключаючи кримінальну відповідальність за ст. 152 КК, може враховуватись при призначенні покарання: на підставі ч. 2 ст. 66 КК суд залежно від конкретних обставин вправі визнати таку поведінку обставиною, що пом'якшує покарання за зґвалтування⁷.

На сьогодні практично в усьому світі скасовано закони, згідно з якими не вважалось кримінально караним діянням зґвалтування повії чи іншої жінки «легкої» поведінки; ще у ХХ ст. такі закони існували в Італії, США, Фінляндії.

З об'єктивної сторони зґвалтування полягає у вчиненні 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.

Некоректність законодавчого формулювання «з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета», яка, однак, навряд чи перешкоджатиме застосуванню оновленої ст. 152 КК, вбачається в тому, що:

а) використовувати можна певний предмет (знаряддя), відділений (-е) від цілого, а не частину тіла або людський орган на кшталт статевого члена;

б) геніталії людини фактично визнано предметом навколишнього світу;

в) здійснювати сексуальне проникнення в тіло іншої особи можна за допомогою не лише геніталій, а й іншої частини тіла людини (про проникнення в тіло іншої людини з використанням будь-яких органів, а не лише геніталій ідеться і в ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції);

⁷ Польський дослідник З. Старович поділяє жертви зґвалтування на три групи: 1) випадкові жертви; 2) особи, які несвідомо провокують сексуальну поведінку злочинця (це жінки, які легко встановлюють випадкові знайомих, демонструють при спілкуванні уявну сексуальну досвідченість та які виявляються захоплені раптовим розвитком подій); 3) особи, які свідомо провокують сексуальну поведінку злочинця з наміром в останній момент вийти із ситуації, що їм найчастіше не вдається зробити (див.: Старович З. Судебная сексология: Пер. с польск. М.: Юрид. лит., 1991. С. 103).

г) геніталії (або статеві органи людини) поділяються на зовнішні (у жінок – це жіноча соромітна ділянка (лобкове підвищення, великі й малі соромітні губи, переддвер'я піхви, залози і цибулини переддвер'я, дівоча пліва) і клітор; у чоловіків – мошонка, що вміщує яєчка, і статевий член) і внутрішні (у жінок – це яєчники, матка, фаллопієві труби і піхва; у чоловіків – яєчка з придатками, сім'явивідні протоки з сім'яними міхурцями, сім'явпорскувальні протоки, передміхурова залоза і куперові залози). Звідси випливає, що гвалтівник може проникнути в один із трьох природних отворів іншої людини хіба що за допомогою такої складової геніталій, як статевий член. Водночас проблематично уявити собі, як це можна зробити за допомогою, наприклад, жіночої піхви (вагіни), яка становить собою м'язову еластичну трубку, що верхнім кінцем охоплює шийку матки, а нижнім відкривається у статеву щілину.

Крім цього, більш зрозумілим (простим) і водночас змістовно адекватним замінником доволі неоднозначного звороту «дії сексуального характеру, пов'язані з вагінальним, анальним або оральним проникненням у тіло іншої особи», використаного у ч. 1 ст. 152 КК і майже механічно (дослівно) запозиченого зі ст. 36 Стамбульської конвенції, видається формулювання «сексуальне проникнення у піхву, анальний отвір або рот іншої особи за допомогою частини тіла або предмета» (варіант: «акт сексуального характеру, який полягає у проникненні у піхву, анальний отвір або рот іншої особи за допомогою частини тіла або предмета»). Пропоновані формулювання виходять, крім іншого, з того, що для оцінки скоєного як згвалтування вимагається саме і тільки відповідне проникнення, а не ще якась додаткова дія (дії) сексуального характеру, як це випливає з не зовсім вдало оновленої ст. 152 КК.

Порівняно з попередньою редакцією ст. 152 КК ця стаття, викладена в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, істотно розширила межі об'єктивної сторони складу злочину «згвалтування».

По-перше, під статевими зносинами з погляду інкримінування попередньої редакції ст. 152 КК розумівся тільки природний (гетеросексуальний) статевий акт (коїтус) – введення статевого члена чоловіка в жіночу піхву, яке може викликати вагітність. Наразі зґвалтуванням визнається не лише згаданий акт (останній з урахуванням термінології, використаної в ст. 152 КК, вочевидь, має тлумачитись як вагінальне проникнення в тіло жінки з використанням геніталій чоловіка), а й інші різновиди проникнення у вагіну (жіночу піхву), а також проникнення в анус або рот іншої особи (тобто в отвори тіла людини, біологічно для цього не призначені) за допомогою як статевого члена чи іншої частини тіла людини, так і будь-якого предмета.

По-друге, раніше статеві зносини визнавались зґвалтуванням за умови, що вони поєднуються із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосуванням або з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Один із трьох вказаних альтернативно способів як складова цілеспрямованої злочинної поведінки і криміноутворювальна ознака слугував основному злочинному діянню (статевим зносинам), вчинявся заради останнього. При цьому перелік способів, за наявності хоча б одного з яких природні статеві зносини між особами жіночої і чоловічої статі визнавались зґвалтуванням, був вичерпним.

Стаття 152 КК, викладена в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, як на криміноутворювальну ознаку вказує (за винятком ч. 4 цієї статті) не на конкретний спосіб, а на недобровільність – відсутність вільного волевиявлення потерпілої особи на проникнення в один із трьох її природних отворів. Вагінальне, анальне або оральне проникнення в тіло іншої особи визнається зґвалтуванням як у тому разі, коли воно поєднується із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосуванням або з використанням безпорадного стану потерпілої особи, так і в інших випадках відсутності її добровільної згоди на таке проникнення.

Утілений законодавчий підхід до визначення зґвалтування, серед іншого, бере до уваги позицію ЄСПЛ, яка полягає в тому, що для кваліфікації вчиненого як зґвалтування принципом є не стільки застосування сили чи погрози її застосуванням, скільки встановлення відсутності згоди потерпілої особи на статевий контакт (див., зокрема, рішення ЄСПЛ у справі «*М.С. проти Болгарії*» від 4 грудня 2003 р.)⁸.

⁸ У цьому рішенні ЄСПЛ надає тлумачення «примусу» не у вузькому значенні, а розуміє його як порушення принципу статевої автономії, коли істинним загальним знаменником примушування є відсутність добровільних і консенсуальних дій з боку потерпілої особи (див.: Харитоновна О.В. Гендерні акценти в методології дослідження статевих злочинів // Гуманізація кримінальної відповідальності та демократизація кримінального судочинства: матеріали Міжнародного науково-практичного симпозиуму (м. Івано-Франківськ, 18–19 листопада 2016 р.). Івано-Франківськ : РВВ Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького, 2016. С. 302–303).

Про зумовлену імплементацією положень Стамбульської конвенції необхідність запровадження в КК України «концепції згоди» (зокрема, щодо регламентації відповідальності за зґвалтування) писали й інші дослідники (див., зокрема: Відповідність окремих законів України вимогам Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. Аналітичний звіт. Підготовлений та відредагований Хав'єром Тручеро Куевас і Ганною Христовою для Ради Європи за участю Миколи Хавронюка. Травень 2015 р. С. 62–63). URL: http://pravo.org.ua/files/Criminal%20justice/Legislative_Assessment_Report_UA.pdf).

Задля справедливості слід відзначити, що не всі фахівці оцінюють подібний підхід схвально. Так, інколи висловлюється точка зору, згідно з якою побудова кримінального законодавства про відповідальність за статеві злочини за прикладом американської розширеної моделі, заснованої не на об'єктивних критеріях використання фізичної сили або погрози її застосуванням, а на суб'єктивних ознаках «словесного примушування та умовлянь», є неприйнятною. У такій моделі кожен чоловік сприймається як потенційний, грубий і цинічний гвалтівник і переслідувач, а кожна жінка – як жертва утисків, безневинна і сумирна істота (див.: Исаев Н.А. Сексуальные преступления как объект криминологии. СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. С. 187–188).

Ураховуючи те, що за новими редакціями ст. 152 і ст. 153 КК для наявності передбачених ними складів злочинів визначальним є відсутність консенсусу між учасниками відповідного сексуального спілкування, безпідставними є закиди на адресу вітчизняного законодавця стосовно того, що, мовляв, попередні редакції цих статей охоплювали всі діяння, про які йдеться у Стамбульській конвенції, а отже, жодної потреби в імплементації відповідних її положень не було⁹.

Водночас серйозною вадою КК, оновленого на підставі Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, слід визнати відсутність чітких законодавчих критеріїв для розмежування складів злочинів, передбачених ст. 152 (153) і ст. 154 КК, – за винятком хіба що моменту закінчення цих злочинів і того, що за ст. 154 КК може нести відповідальність і той, хто не має наміру вчиняти акт сексуального характеру з потерпілою особою. Реалізація «широкого» підходу до конструювання об'єктивної сторони складу злочину «згвалтування», не поєднана, однак, із включенням у ст. 154 КК належних застережень, має своїм наслідком колізійність відповідних кримінально-правових норм як потенційне джерело неоднакового застосування КК. Так, при-

⁹ Так, у висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ на законопроект, згодом ухвалений як Закон від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, зазначалось, що, судячи зі ст. 36 Стамбульської конвенції, вона не містить таких форм умисної поведінки, які б не охоплювались диспозиціями чинних редакцій статей 152–154 КК та які потребували б криміналізації. Некритично відтворює цю сумнівну думку М.К. Гнетнев (див.: Гнетнев М.К. Новели понятійно-категоріального апарату в окремих складах злочинів проти статеві свободи та статеві недоторканності (запрошення до дискусії) // Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності: тези II Всеукраїнської науково-практичної конференції (Хмельницький, 2 березня 2018 року). Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2018. С. 127–128).

мушування до здійснення акту сексуального характеру залежно від певних обставин може одночасно вказувати і на вчинення такого злочину, як зґвалтування (сексуальне насильство)¹⁰.

По-третє, Закон від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII вносить серйозні корективи в юридичну оцінку природного статевого акту з малолітньою особою та іншого сексуального проникнення в тіло такої особи. До набрання чинності цим Законом у доктрині і судовій практиці виходили з того, що взятий сам по собі малолітній вік особи (недосягнення 14-річного віку) не завжди свідчить про наявність безпорадного стану як ознаки зґвалтування (про безпорадний стан особи див. нижче). Питання про наявність або відсутність безпорадного стану потерпілого і, відповідно, кваліфікацію дій винуватого (за ст. 152 або ст. 155 КК) вирішувалось у кожному конкретному випадку з урахуванням індивідуальних особливостей розвитку і виховання малолітньої особи. Ішлося, зокрема, про те, що в сучасних умовах сексуальної розкृतості вирішальну роль при розв'язанні розглядуваного питання повинен був відігравати не стільки певний вік як своєрідна презумпція наявності безпорадного стану, скільки ступінь обізнаності та інформованості конкретної малолітньої особи з питань статевого життя. Аналогічний підхід застосовувався і щодо насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом (попередня редакція ст. 153 КК), якщо потерпілим від цього злочину була малолітня особа.

¹⁰ На цю обставину вже звернули увагу окремі дослідники (див., наприклад: Маркін В. Секс за Кримінальним кодексом: нова редакція. Аналіз положень Закону України від 06.12.2017 р. № 2227-VIII щодо внесення змін до розділу IV «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» Особливої частини КК України. URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/seks-za-kriminalnim-kodeksom-nova-redakciya.html>).

Докладніше про згадану проблему йтиметься при аналізі складу злочину, передбаченого ст. 154 КК.

Указівка в ч. 4 ст. 152 КК, викладеної в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, на «дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, незалежно від її добровільної згоди»¹¹ дозволяє стверджувати, що сексуальне проникнення в тіло малолітньої особи визнається зґвалтуванням незалежно від того, чи давала така особа на це згоду, є остання добровільною (така згода визнана законодавцем фікцією) або вимушеною, чи розуміла малолітня особа характер і значення вчинюваних стосовно неї дій тощо. Інакше кажучи, у КК втілено ідею законодавчої конкретизації віку, недосягнення якого зобов'язує правозастосувача беззастережно розцінювати сексуальне проникнення в тіло відповідної особи як зґвалтування. З огляду на інформаційне та виховне навантаження аналізованої кримінально-правової заборони, слід визнати виправданою вміщену в ній вказівку саме на певний вік потерпілої особи, а не на її малолітній стан. Так само вирішується питання кримінально-правової оцінки сексуального насильства, вчиненого щодо малолітньої особи (ч. 4 ст. 153 КК).

Виходить, що в ч. 4 ст. 152 КК передбачено відповідальність як за кваліфікований (а точніше особливо кваліфікований) різновид зґвалтування (якщо відсутня добровільна згода малолітньої потерпілої особи, яка розуміє характер і значення вчинюваних стосовно неї дій, на сексуальне проникнення в її

¹¹ На етапі опрацювання законопроекту, надалі ухваленого як Закон від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, неприйнятність наведеного формулювання окремі фахівці вбачали в тому, що «воно унеможливило відмежування відповідного різновиду зґвалтування в розумінні законопроекту від злочину, передбаченого статтею 155 КК, відповідальність за який настає лише за наявності згоди особи, що не досягла статевої зрілості, вступити в статеві зносини» (див.: 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». Реєстраційний № 4952. С. 31. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59648&pf35401=418392>).

тіло), так і за самостійний різновид основного складу злочину «згвалтування» як специфічного посягання на статево недоторканість малолітньої особи, для наявності якого добровільна згода цієї особи жодного значення не має.

Необхідність включення до КК згаданих приписів (ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153), крім того, що такий законодавчий крок узгоджується з правовою визначеністю як складовою верховенства права, впливала з ратифікації Україною Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства. Стаття 18 цього документа містить адресовану країнам – учасницям Конвенції вимогу криміналізувати у т. ч. умисну поведінку у виді зайняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку для зайняття такою діяльністю.

Щоправда: а) посиланням на ст. 18 Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства обґрунтовувалась необхідність внесення змін і до ст. 155 КК, у якій своєрідним віковим критерієм (показником) статевої недоторканості особи визначений не 14-річний, а 16-річний вік; б) оптимальність закріплення у ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153 КК саме 14-річного віку не виглядає безспірною з урахуванням інформаційного буму, лібералізації статевої моралі, акселерації, передчасного психосексуального розвитку сьогоденних підлітків і різкого падіння вікових меж початку статевого життя. Вельми показовою у зв'язку з цим є відсутність належного обґрунтування доречності зазначеного вікового критерію у Пояснювальній записці до законопроекту, ухваленого як Закон від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII.

Щодо зарубіжного досвіду, то незалежно від застосування насильства і погроз, статевої акти чи інші сексуальні дії з дитиною певного віку, визначеного законом (зокрема: 10 років – в Австралії, Естонії, Італії, Норвегії, 12 років – в Аргентині, Венесуелі, Гватемалі, Данії, Іспанії, Мальті, Мексиці, Нідерландах, Чилі, 13 років – у Великій Британії, В'єтнамі, Кіпрі, 14 років – у Бразилії, Брунеї, КНР), визнаються згвалтуванням

або іншим насильницьким злочином. Американському кримінальному праву відоме так зване статутне зґвалтування, яке означає статеві зносини з особою, котра не досягла певного віку (в різних штатах цей вік не є однаковим), незалежно від того, чи дала така особа згоду на статеві зносини.

У вітчизняній доктрині свого часу висувалась пропозиція включити до ст. 155 КК норму, згідно з якою не може вважатись добровільним статевий акт у природній або неприродній формі з особою, яка не досягла 11-річного віку. Ця пропозиція аргументувалась за допомогою новітніх досліджень дитячої психології та ранньої сексопатології, які засвідчують фізичну та психологічну безпорадність абсолютної більшості малолітніх осіб, які не досягли одинадцятирічного віку, у сексуальних питаннях. Самооцінка цих дітей дуже недосконала, вони довірливі, наївні, безхитрісні, прямолінійні, мають надзвичайну сугестивність, особливо з боку більш дорослих осіб. Психологи та правники стало виділяють досягнення одинадцятирічного віку малолітньою особою як показник, коли здійснюється певне накопичення первісних знань, деякого життєвого досвіду та коли особа поступово починає «виходити з дитинства»¹².

З урахування трьох зазначених вище обставин Закон від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII як закон, який (за термінологією ч. 2 ст. 5 КК) установлює злочинність діяння, не має зворотної дії в часі, а тому повинен застосовуватись лише щодо дій, скоєних після набрання ним чинності (11 січня 2019 р.).

Для диспозиції ч. 1 ст. 152 КК характерна невизначеність з питання, до тіла якої саме особи (потерпілої, гвалтівника чи обох цих осіб) повинно здійснюватись проникнення для того, щоб вчинене могло кваліфікуватись як зґвалтування. Застосування різних способів і методів тлумачення КК,

¹² Чмут С.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: дис. ... канд. юрид. наук. Запоріжжя, 2010. С. 59–60, 89–90, 106–108, 188.

включаючи опрацювання додаткових форм встановлення волі законодавця (зокрема, супровідних матеріалів до законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII), дозволяє зробити висновок про те, що в ст. 152 мається на увазі проникнення в тіло саме і лише потерпілої особи.

Відповідно, діями сексуального характеру, пов'язаними з вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи треба визнавати дії сексуального характеру незалежно від їх гетеро- або гомосексуальної спрямованості, які, означаючи проникнення в один із трьох природних отворів потерпілої особи і, відповідно, порушуючи її тілесну недоторканість, здатні збудити та (чи) задовольнити статеву пристрасть чоловіка або жінки. Крім введення статевого члена чоловіка (у т. ч. неерегованого) у піхву жінки, це можуть бути, зокрема: проникнення у піхву жінки рукою, пальцем, ногою або певним предметом – палицею, пляшкою, телефоном, штучним фалосом тощо; аногенітальний контакт чоловіка з жінкою; мужолозтво (аногенітальний контакт чоловіка з чоловіком), орогенітальний контакт чоловіка з жінкою або чоловіка з чоловіком.

Термін «сексуального характеру» означає акт, який має сексуальну конотацію; він не поширюється на акти, яким бракує такої конотації або відтінку (п. 190 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції). При цьому, не дивлячись на вказівку ч. 1 ст. 152 на сексуальний характер вчинюваних дій, каране за цією кримінально-правовою нормою проникнення зовсім не обов'язково повинне імітувати гетеросексуальний акт.

Насильницькі дії сексуального характеру, не пов'язані з проникненням в тіло потерпілої особи, визнаються відмінним від згвалтування сексуальним насильством (ст. 153 КК), і такий законодавчий підхід, що означає диференціацію кримінальної відповідальності за різні акти сексуального характеру, узгоджується з ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції.

Сказане, зокрема, стосується випадків, які за попередньою редакцією ст. 152 КК могли розцінюватись як зґвалтування чоловіка жінкою. Ідеться про: сексуальне збудження чоловіка і виникнення стану ерекції його статевого члена під впливом тактильної, слухової, зорової, нюхової або смакової стимуляції з подальшим введенням ерегovanого члена у піхву жінки (обставинами, які сприяють виникненню ерекції в таких випадках, можуть бути тривала статева стриманість чоловіка, сексуальна привабливість і досвід «ґвалтівниці»); введення статевого члена чоловіка у піхву жінки шляхом фіксації члена до предмета продовженої форми або шляхом здавлювання члена біля кореня.

З урахуванням того, що караність сексуального насильства поступається караності зґвалтування (виправданість такого законодавчого кроку зумовлена різницею у суспільній небезпеці злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 153 КК, викладеними в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII¹³), про однаковість кримінально-правової охорони сфери сексуального життя чоловіків і жінок говорити у цьому разі не доводиться. Отже, та обставина, що вказані сексуальні дії, вчинювані жінками щодо чоловіків, вже не визнаються зґвалтуванням, може розцінюватись як прояв невиправданої гендерної асиметрії (бо статевая свобода чоловіків не захищена КК нарівні зі статевою свободою жінок).

¹³ «... найбільш небезпечні посягання на статева свобода та недоторканість особи, передбачені чинною редакцією статті 153 КК (випадки анального та орального проникнення без згоди потерпілої особи), у разі прийняття проекту в цілому будуть охоплюватись статтею 152 КК. За таких обставин санкції статті 153 КК мають бути в цілому менш суворими за санкції статті 152 КК» (див.: 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». Реєстраційний № 4952. С. 36. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59648&pf35401=418392>).

Поняття *добровільної згоди* розкривається в примітці ст. 152 КК. Згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин. При цьому очевидним є оцінний характер «супутніх обставин», згаданих у примітці. До речі, остання не містить обмежувального застереження про те, що закріплене в ній розуміння добровільної згоди є прийнятним при застосуванні лише ст. 152 КК.

У широкому сенсі згода особи на сексуальне проникнення в її тіло не може вважатись добровільною, якщо вона була надана, зокрема, під впливом застосування фізичного насильства, погрози його застосуванням, погрози іншого змісту (наприклад, погрози знищенням чи пошкодженням майна як потерпілої, так й іншої особи, погрози обмеженням прав, свобод чи законних інтересів потерпілої або іншої особи), обману, використання щодо особи її матеріальної чи службової залежності, безпорадного чи уразливого стану¹⁴.

При цьому ст. 152 КК, викладена в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, не передбачає диференціації кримінальної відповідальності залежно від характеру тих чинників, які виключають добровільність згоди потерпілої особи, і це є вадою аналізованої заборони. Адже за ч. 1 оновленої ст. 152 КК (за відсутності у вчиненому кваліфікуючих (особливо) ква-

¹⁴ Саме таким чином пропонувала вдосконалити визначення поняття добровільної згоди, наразі розташоване в примітці ст. 152 КК, на етапі опрацювання відповідного законопроекту народний депутат України В.Ю. Пташник. Вона вважала за доречне навести невичерпний перелік обставин, що виключають згоду потерпілого, для більш чіткого розуміння особами, які застосовують кримінальний закон, змін у нормативній характеристиці зґвалтування (див.: 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». Реєстраційний № 4952. С. 27, 30. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59648&pf35401=418392>).

ліфікуючих ознак зґвалтування) має кваліфікуватись і сексуальне проникнення із застосуванням фізичного насильства, і, наприклад, таке проникнення, яке стало можливим через введення гвалтівником потерпілої особи в оману (див. про це нижче), тобто діяння, яке за попередньою редакцією ст. 152 КК взагалі не визнавалось злочином.

Для інкримінування ст. 152 КК (за винятком, як уже зазначалось, її ч. 4) потрібно встановити, що небажання потерпілої особи на вчинення щодо неї відповідної дії було більш-менш чітко вираженим, явним, переконливим, таким, щоб одна особа зрозуміла, що інша не бажає сексуального проникнення в її тіло, адже відмова на словах, навіть певна фізична протидія не завжди свідчать про дійсне небажання особи.

Наприклад, чоловік може сприймати вказану поведінки жінки як кокетство, загравання (елемент сексуальної гри) або прояв сором'язливості; особливо це стосується випадків, коли жінка спочатку дозволяє чоловіку роздягнути себе, пестити свої груди і статеві органи тощо, а потім заявляє, що на сексуальне проникнення не погоджується. З кримінально-правової точки зору це може вказувати на вибачливу фактичну помилку в діях чоловіка та, відповідно, відсутність складу злочину «зґвалтування».

Подібні проблеми, які були відсутні в період панування теорії формальних доказів, постають не лише в Україні. Показовим у цьому сенсі є сумнозвісне рішення Палати лордів Англії у справі Моргана (1976 р.). Морган та його товариші були визнані винуватими у зґвалтуванні дружини Моргана, яка вчинила гвалтівникам відчайдушний опір. Засуджені оскаржили вирок, посилаючись на те, що вони повірили Моргану, який розповів їм про те, що його дружина обожнює насильницьке примушування до сексу. Палата лордів вирішила, що засуджені добровільно помилялись, і що у них не було умислу на вчинення насильницького статевого акту, оскільки вони вважали, що жінка погоджується на статеві зносини. Таке рішення викликало лютю у жіночої частини країни, на думку якої у цьому

разі група суддів – чоловіків вирішила, що в тому разі, коли, наприклад, п'яний матрос вважає, що жінка, не дивлячись на її сльози та опір, бажає саме насильницького статевого акту, то цей суб'єкт кримінальної відповідальності не підлягатиме.

Наведений приклад може розглядатись як яскравий прояв сексуальної об'єктивації, під якою розуміється процес «опредметнення» жінок, нав'язування суспільству стереотипів на кшталт «усі жінки люблять секс», «усі жінки люблять сильну руку», «жінки самі зваблюють чоловіків»¹⁵.

Те, яким чином особа, яка, керуючись вільним волевиявленням, дала згоду на сексуальне проникнення в її тіло, оцінює вчинене згодом, не повинне мати значення для кваліфікації за ст. 152 КК (інкримінування останньої виключається).

Недобровільну згоду потерпілої від зґвалтування особи треба відрізняти від такої, що виключає кваліфікацію дій за ст. 152 КК, пасивної згоди, коли особа, хоч і не бажає сексуального проникнення в її тіло, не перешкоджає цьому і не показує свою незгоду, що розцінюється іншою стороною як добровільна згода на проникнення¹⁶.

Водночас відсутність вільного волевиявлення потерпілої особи, а отже, наявність складу злочину «зґвалтування» слід вбачати, зокрема, в тому випадку, коли потерпіла особа не давала явної згоди на сексуальне проникнення і не чинила опір гвалтівнику через переляк. Якщо потерпіла особа ситуацію, що склалася навколо неї (оточення її групою осіб,

¹⁵ Див.: Харитоновна О.В. Гендерні акценти в методології дослідження статевих злочинів // Гуманізація кримінальної відповідальності та демократизація кримінального судочинства: матеріали Міжнародного науково-практичного симпозиуму (м. Івано-Франківськ, 18–19 листопада 2016 року). Івано-Франківськ : РВВ Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького, 2016. С. 302.

¹⁶ Між згодою та покором є різниця: згода, відсутність якої означає зґвалтування, є покором, однак, з цього не випливає, що покора завжди означає згоду (див.: Лейленд П. Кримінальне право: Злочин, покарання, судочинство (Англійський підхід) / Пер. з англ. П. Тарашук. К.: Основи, 1996. С. 108).

безлюдне місце, темна пора доби, тривале закривання в приміщенні тощо), розцінює як безвихідну та, оцінюючи свої сили, відмовляється чинити опір з тим, щоб попередити насання для себе більш тяжких наслідків, то вчинене за наявності підстав також може кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 152.

Оголошене перед початком гетеросексуального коїтусу прохання потерпілої особи використати засіб контрацепції саме по собі не може розцінюватись як свідчення добровільності її згоди на сексуальний акт.

Зґвалтування визнається *закінченим* з моменту проникнення статевого члена чоловіка, іншого органу людини (наприклад, руки чи пальця) або певного предмета в один із природних отворів потерпілої особи незалежно від того, чи вдалося винуватому збудити та (чи) задовольнити свою статеву пристрасть. Мається на увазі проходження хоча б частиною статевого члена, іншого органу людини чи певного предмета меж тієї чи іншої природної порожнини тіла людини (наприклад, для ротової порожнини – це губи, а для анального отвору – сфінктерне кільце ануса).

Якщо зґвалтування набуло вигляду недобровільного природного статевого акту, то злочин, за загальним правилом, визнається *закінченим* з початку такого акту. При цьому не вимагається продовження копулятивних фрікцій (зворотно-поступальних рухів статевого члена чоловіка у піхві жінки), обов'язкової дефлорації (порушення цілісності дівочої пліви), досягнення оргазму чи еякуляції (закінчення статевого акту у фізіологічному розумінні). Слід, зокрема, ураховувати, що інколи анатомічна побудова дівочої пліви допускає вчинення статевого акту і без порушення її цілісності.

Засуджуючи особу за замах на зґвалтування, суд повинен вказати у вирокі конкретні причини, що не залежать від волі гвалтівника, які перешкодили йому довести злочин до кінця (наприклад, неподоланий опір потерпілої особи, втручання

сторонніх, фізіологічні чинники – передчасне сім'явипорскування, порушення ерекції, невідповідність статевого члена гвалтівника статевим органам малолітньої потерпілої тощо).

До слова: положення ч. 1 ст. 36 КК про припинення суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння шкоди може бути поширене й на випадки необхідної оборони проти зґвалтування, яке фактично продовжується після того, як юридично цей злочин закінчено.

Зроблене вище застереження «за загальним правилом» зроблене у зв'язку з тим, що не виключені випадки, коли особа добровільно погодилась на статеві зносини, але після їх початку «відкликає» свою згоду (наприклад, через больові відчуття: жінка може страждати на вагінізм – хворобливу чуттєвість в області статевих органів тощо). Якщо жінка з певної причини наполягає на припиненні статевих зносин, розпочатих на добровільних засадах, а чоловік ігнорує таке волевиявлення, то скоєне може бути визнане діями, пов'язаними з вагінальним проникненням і вчиненими без добровільної згоди потерпілої особи, як про це йдеться в ч. 1 ст. 152 КК, а отже, утворювати склад розглядуваного злочину. Тобто у цьому разі момент закінчення зґвалтування настає пізніше, ніж розпочинаються природні статеві зносини¹⁷.

З урахуванням ст. 17 КК добровільна відмова від доведення зґвалтування до кінця виключає кримінальну відповідальність за замах на цей злочин. Для визнання відмови від зґвалтування добровільною треба встановити, що особа, усвідомлюючи можливість довести злочин до кінця, відмовилась від цього і з власної волі припинила злочинні дії.

¹⁷ Розглядувана проблема чітко вирішується у ст. 609 КК Італії. Згідно з цією нормою кримінальну відповідальність за сексуальне насильство може нести будь-яка особа, яка шляхом насильства, погрози, обману, зловживання владою або використання умов фізичної або психічної безпорадності іншої особи змусить її вчинити сексуальні дії, або терпіти їх.

Питання про добровільність чи вимушеність відмови при незакінченому посяганні потрібно вирішувати в кожному конкретному випадку з урахуванням, зокрема, зовнішніх обставин, які спонукають особу за власною волею припинити злочинну діяльність, стимулюють таку поведінку або ж взагалі позбавляють можливості завершити розпочатий злочин. Небезпека затримання внаслідок конкретних несприятливих для особи обставин, які виникають у процесі здійснення згвалтування і перешкоджають його закінченню, означає, що відмова є вимушеною. Можлива ситуація, коли потерпіла особа говорить гвалтівнику, що вона знає його прізвище та адресу, а тому він відразу буде викритий, у зв'язку з чим гвалтівник відмовляється від продовження своїх дій, хоча усвідомлює, що, не дивлячись на невідворотність покарання, вчинити згвалтування зараз він може. І в цьому випадку відмову слід визнавати добровільною.

Мотиви добровільної відмови від доведення згвалтування до кінця можуть бути різними. Така відмова може бути зумовлена, наприклад, заявою (не має значення – правдивою чи ні) потерпілої особи про те, що вона хвора на СНІД або венеричне захворювання, у неї «критичні дні», обіцянкою жертви вступити з винуватим у добровільний статевий зв'язок у більш сприятливій обстановці або погрозою особи вчинити після її згвалтування самогубство. Про застосування ст. 17 КК можна вести мову і в тому разі, коли винуватий відмовляється закінчити згвалтування однієї потерпілої особи для того, щоб вчинити згвалтування іншої потерпілої особи.

У випадках добровільної відмови від доведення згвалтування до кінця особа може нести відповідальність за фактично вчинені нею дії, якщо вони утворюють склад іншого злочину (приклад, заподіяння тілесного ушкодження, незаконне позбавлення волі, розбещення неповнолітніх). У цьому контексті варто привернути увагу до того, що Закон від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII серйозно обмежив ймовірність виключення кримінальної відповідальності на підставі ст. 17 КК, адже дії,

вчинені до добровільної відмови від доведення зґвалтування до кінця і спрямовані на те, щоб забезпечити недобровільність сексуального проникнення, нерідко можуть розцінюватись як каране за ст. 154 КК примушування особи до здійснення акту сексуального характеру.

За попередньою редакцією ст. 152 КК дії того, хто домігся згоди особи на статевий акт не за допомогою фізичного чи психічного насильства або використання безпорадного стану, а шляхом обману (освідчення в коханні, обіцянки – укласти шлюб, згодом сплатити за сексуальну послугу, передати цінний подарунок тощо), не утворювали складу «зґвалтування». Вважалось, що кримінальний закон може і повинен захистити особу від посягань на її статеву свободу або статеву недоторканість, однак він не здатен відгородити людину від наслідків її власної легковажності з питань особистого життя.

Стаття 152 КК, викладена в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, безпосередньо не передбачає *обман* як один із способів зґвалтування і, відповідно, не містить жодних застережень щодо його можливого виду (характеру)¹⁸. Не дивлячись на це, проникнення в один із природних отворів тіла іншої особи, поєднане з введенням її в оману, може

¹⁸ Натомість обман чітко зафіксований у законодавстві багатьох країн саме як спосіб зґвалтування. Під обманом у цьому сенсі розуміють: будь-який обман (зокрема, Албанія, Бельгія, Люксембург, Польща, Сан-Марино); обман, який виключає будь-яку добровільність з боку потерпілого (Франція); введення в оману щодо суб'єкта вчинення зґвалтування (якщо потерпіла добросовісно вважала, що чоловік є її власним чоловіком – Бруней, Данія, Індія, Кенія, Нігерія, Пакистан тощо, або чоловіком, з яким вона вважала за можливе вчинити статевий акт – Італія, Таїланд, Уругвай); введення в оману щодо природи вчинюваного акту (Замбія, Кенія, Нігерія) або особи того, з ким вступають у статеві зносини (Велика Британія, Ізраїль). У Законі Великої Британії 2003 р. про статеві злочини зазначено, що людина буде визнана такою, котра не погодилась на статеві зносини у випадку, якщо вона була цілеспрямовано обманута щодо природи чи мети статевого акту, або якщо обвинувачений цілеспрямовано спонукає особу до згоди, виконуючи роль людини, особисто відомої жертві.

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. Наприклад, потерпіла жінка в конкретній ситуації добросовісно вважала, що чоловік, з яким вона вступила в природні статеві зносини, є її власним чоловіком або коханцем, з яким вона вважала за можливе вчинити коїтус¹⁹.

Таким чином, питання кримінально-правової оцінки вчиненого у подібних випадках пропонується вирішувати з урахуванням легальної дефініції добровільної згоди, виходячи з відсутності останньої, якщо встановлено дефект волевиявлення. За наявності зазначеного обману добровільність має умовний (уявний) характер, є сфальсифікованою і не може визнаватись результатом вільного волевиявлення потерпілої особи, як про це йдеться у примітці ст. 152 КК.

Застосування фізичного насильства, погрози його застосуванням, як і використання безпорадного стану, вказують на відсутність добровільної згоди потерпілої особи на сексуальне проникнення як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони зґвалтування. У таких випадках сексуальне проникнення в тіло іншої особи є неконсенсуальним, у зв'язку з чим усталені в доктрині і судовій практиці підходи щодо змісту зазначених дій (раніше – способів зґвалтування) доцільно використовувати і надалі (щоправда, із застереженнями, зумовленими оновленням законодавчого описання складу цього злочину).

¹⁹ У міфі про народження Геракла розповідається, що Зевс, шукаючи смертну жінку, гідну бути матір'ю майбутнього героя, зупинив свій вибір на Алкмені – дружині царя Амфітріона. Однак та палко кохала свого чоловіка й думати не хотіла ні про кого іншого. Тоді Зевс вдався до хитрощів: одного разу він прибрав подобу Амфітріона і так увійшов до Алкмени. У результаті спілкування між могутнім богом і введеною в оману смертною жінкою і народився Геракл.

Фізичне насильство при зґвалтуванні спрямовується на те, щоб: а) подолати здійснюваний або очікуваний з боку потерпілої особи фізичний опір, пов'язаний з її небажанням (справжнім, а не удаваним) того, щоб інша особа проникала в її тіло, або б) усунути як таку можливість опору з боку потерпілої особи. Фізичне насильство при зґвалтуванні може полягати в нанесенні потерпілій особі удару, побоїв, у заламуванні рук, здавлюванні дихальних шляхів, пов'язаному із безпосереднім впливом на тіло потерпілого позбавленні або обмеженні особистої волі, заподіянні тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості тощо.

Оскільки заподіяння шкоди здоров'ю вже не є складовою частиною об'єктивної сторони зґвалтування (за винятком шкоди, охоплюваної тяжкими наслідками, – ч. 5 ст. 152 КК), результативне фізичне насильство щодо потерпілої особи має додатково кваліфікуватись як відповідний злочин проти здоров'я особи.

Заподіяння під час зґвалтування з метою подолання чи попередження опору потерпілої особи тілесних ушкоджень її родичам чи іншим близьким особам також слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 152 і відповідними нормами КК про відповідальність за злочини проти здоров'я особи. Фізичне насильство при зґвалтуванні може бути спрямоване і проти осіб, які не є близькими для потерпілої особи (наприклад, побиття чужої дитини на очах потерпілої особи з тим, щоб примусити останню дати згоду на сексуальне проникнення).

Поняттям фізичного насильства, застосування якого виключає вільне волевиявлення потерпілої особи, а тому вказує на наявність зґвалтування, охоплюється й посягання на внутрішні органи і тканини тіла людини – застосування без згоди потерпілої особи з метою викликати її безпорадний стан наркотичних засобів, психотропних, отруйних або сильнотоксичних речовин (наприклад, клофеліну або димедролу в поєднанні з міцними алкогольними напоями).

Якщо відповідні речовини або засоби вживались особою добровільно (за власною волею), а згодом безпорадний стан такої особи був використаний винуватим для вчинення сексуального проникнення, то його дії також є підстави розглядати як зґвалтування.

Така ж кримінально-правова оцінка повинна даватись у випадках, коли намір вчинити зґвалтування виник у винуватого вже після того, як потерпіла особа під впливом насильства або обману вжила зазначені речовини або засоби й опинилась у безпорадному стані.

Відсутність вільного волевиявлення особи, потерпілої від зґвалтування, може бути результатом застосування щодо цієї особи погрози. Передусім йдеться про залякування застосуванням фізичного насильства – вбивством, заподіянням тілесних ушкоджень, зараженням хворобою, зґвалтуванням близької особи тощо. Погроза може набувати вигляду висловлювань, жестів, інших дій (наприклад, демонстрації зброї або предметів, що імітують зброю).

Причому адресатом погрози у цьому разі може бути не лише потерпіла особа, а й інші особи, наприклад, її близькі родичі (діти, батьки тощо). Наприклад, злочинець може погрожувати зґвалтувати мати, якщо донька не погодиться на сексуальне проникнення гвалтівника в її тіло.

Погроза застосуванням фізичного насильства щодо особи, яка не є близькою для потерпілої від зґвалтування особи, також може бути ефективною у конкретній ситуації, роблячи згоду на сексуальне проникнення в тіло потерпілої особи вимушеною, а отже, вказуючи на наявність складу злочину «зґвалтування».

Якщо винуватому вдалося отримати згоду на сексуальне проникнення за допомогою погрози вчинити вбивство потерпілої особи у майбутньому, то такі дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 129 КК. Вчинення погрози вбивством після зґвалтування (наприклад, з метою примусити потерпілу особу не заявляти про вчинене у

правоохоронні органи) також слугує підставою для кваліфікації дій винуватого за вказаною сукупністю злочинів. Хоч погроза вчинити вбивство потерпілої особи у майбутньому не ставить її в безвихідне становище (цю погрозу можна усунути, звернувшись за допомогою до правоохоронних органів, близьких осіб тощо), вона спроможна виконати функцію придушення волі потерпілої особи, у зв'язку з чим зобов'язує вести мову не про добровільність, а про вимушеність згоди особи на сексуальне проникнення в її тіло.

Зазначене, вочевидь, стосується й погроз особи заповідати самій собі тілесні ушкодження, накласти на себе руки і навіть (!) знайти собі когось для сексуального спілкування (наприклад, завести «службовий роман»), якщо інша особа не погодиться на сексуальне проникнення в її тіло.

Традиційно зазначені погрози (як, до речі, і спрямовані в майбутнє погрози шантажного і майнового характеру) не визнавались способом вчинення зґвалтування на тій підставі, що вони не позбавляють адресата свободи вибору, вимагають для своєї реалізації певного часу, не ставлять іншу особу в безвихідне становище, свідчать про меншу суспільну небезпеку дій винуваті особи, а тому за ефективністю (дієвістю) не можуть прирівнюватись до застосування фізичного насильства та використання безпорадного стану потерпілої особи як альтернативних способів зґвалтування.

Примушування особи до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою, поєднане з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів, або з погрозою розголошення відомостей, що ганьблять її чи близьких родичів, має кваліфікуватись за ч. 3 ст. 154 КК. Ураховуючи те, що а) зазначена погроза включає добровільність згоди і що б) акт сексуального характеру з іншою особою може бути «вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи», слід констатувати відсутність нормативних критеріїв для відмежування

зґвалтування (а так само сексуального насильства) від примушування до вступу в статевий зв'язок, караного за ч. 3 ст. 154 КК. У змістовній колізії з кримінально-правовими нормами, присвяченими зґвалтуванню і сексуальному насильству, перебувають також частини 1 і 2 ст. 154 КК.

Відсутність вільного волевиявлення особи, потерпілої від зґвалтування (інакше кажучи, брак добровільної згоди), може бути результатом використання безпорадного стану такої особи. Йдеться про випадки, коли потерпіла особа за своїм фізичним або психічним станом не могла розуміти характер і значення вчинюваних з нею дій (психічна безпорадність) або, усвідомлюючи це, не могла чинити опір ґвалтівникові (фізична безпорадність).

Поняттям безпорадного стану традиційно не охоплюється вкрай несприятливе майнове становище особи, потреба в засобах до існування. Примушування до вступу у статевий зв'язок особою, від якої жінка або чоловік залежать матеріально, за наявності підстав треба кваліфікувати за ч. 2 ст. 154 КК.

Причинами фізичної безпорадності потерпілої особи виступають, зокрема, її фізичні вади (наприклад, відсутність кінцівок або їхній параліч, сліпота), похилий вік, тяжке захворювання, яке не є психічним, виснаження організму, серйозне поранення, сильне сп'яніння. Фізична безпорадність може бути результатом такого стану тіла людини, за якого вона на спроможна чинити опір ґвалтівникові.

Фізично безпорадні особи можуть дати добровільну згоду на сексуальне проникнення у своє тіло, що виключає інкримінування ст. 152, однак, не спроможні захистити власне рішення вступити або не вступити в сексуальне спілкування з іншими особами. Тому при зґвалтуванні фізично безпорадної особи безпосереднім об'єктом цього злочину виступає, скоріш за все, статева свобода, а не статева недоторканість особи.

Психічна безпорадність, за наявності якої добровільна згода потерпілої особи на сексуальне проникнення в її тіло відсутня (бо не вважається результатом вільного волевиявлення), може бути викликана, зокрема, психічним захворюванням, перебуванням у гіпнотичному стані або у стані медикаментозного сну.

Психічне захворювання свідчить про наявність безпорадного стану потерпілої від зґвалтування особи, якщо остання не розуміє характер і значення вчинюваних з нею сексуальних дій та (або) не може керувати своєю поведінкою. На противагу ми вимушені були б вести мову про повну заборону сексуального життя для психічно хворих людей. Для інкримінування ст. 152 КК потрібно, щоб винуватий, вчиняючи сексуальне проникнення в тіло психічно хворої особи, усвідомлював такий її стан.

Наприклад, у деяких психічно хворих періодично спостерігається стан посиленої сексуальності, перебуваючи в якому вони можуть виступати ініціаторами статевих зносин; якщо чоловік, не знаючи про психічне захворювання жінки, сприймає її згоду на природний статевий акт або інше сексуальне проникнення як дійсне (вільне) волевиявлення, то його відповідальність за ст. 152 КК має виключатись.

Стан сп'яніння може бути визнаний безпорадним станом лише в тому разі, коли внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів або токсичних речовин особа не усвідомлювала навколишню обстановку або була позбавлена фізичної можливості протидіяти гвалтівникові. При цьому згода на спільне вживання алкоголю чи інших речовин, на знаходження в інтимній, еротично налаштованій обстановці, що сприяє фізичному зближенню, ще не є добровільною згодою на сексуальне проникнення, яка виключає кваліфікацію вчиненого за ст. 152.

Так, у сексуальній поведінці жінки, за загальним правилом, превалюють психологічні, а не фізіологічні чинники. Тому будь-яка психологічна перешкода (грубість чоловіка,

його безцеремонність, несподіваний шум тощо) може зупинити зліт жіночого лібідо, зірвати його. З кримінально-правової точки зору це означає, що жінка, яка залишилась наодинці з чоловіком у «романтичній» обстановці та очікування якої цей чоловік з тієї чи іншої причини не виправдав, може й не дати добровільну згоду на сексуальне проникнення в її тіло; як наслідок, наявність складу злочину «зґвалтування» у цьому разі не виключається.

Сексуальне проникнення в тіло іншої особи, яка перебуває у стані сп'яніння, не може розцінюватись як зґвалтування, якщо така особа жодним чином не виявляє свого небажання, і, відповідно, суб'єкт, який вчиняє проникнення, впевнений в її згоді на сексуальний акт. Водночас якщо сильно п'яна, а отже, фізично безпорадна особа, хоч і не чинила опору, так чи інакше висловлювала свою незгоду на сексуальне проникнення, то ігнорування цієї незгоди свідчить про умисел суб'єкта вчинити сексуальний акт за відсутності добровільної згоди, і відповідно, дозволяє вести мову про зґвалтування²⁰.

Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 152 КК, є осудна (зокрема обмежено осудна) особа чоловічої або жіночої статі, яка досягла 14-річного віку.

Якщо розглядуваний злочин виражається у природному (гетеросексуальному) статевому акті, вчиненому за відсутності добровільної згоди, то стаття безпосереднього виконавця

²⁰ На думку британських адвокатів, жодне вдосконалення кримінального законодавства не спроможне вирішити актуальну для кримінальних справ про зґвалтування проблему доказування у випадках перебування у стані сп'яніння особи, з якою були вчинені статеві зносини. Суд і сьогодні здатен визначити різницю між особою, яка є п'яною, але здатною надати згоду, хоч згодом і пожалкує про це, і п'яною особою, яка, не втрачаючи свідомості, перебуває у такому стані, що не може надати згоду в будь-якій значущій формі (див.: Коли особа занадто п'яна, щоб сказати «Ні»? *Юридична газета*. 28 вересня 2006 р. № 18).

злочину (тільки чоловік) має бути протилежна статі потерпілої особи (лише жінка); до того ж чоловік як суб'єкт злочину повинен мати додаткові ознаки – пеніс, лібідо і потенцію (для прискорення виникнення ерекції, її посилення можуть вживатись відповідні хімічні препарати). Водночас з урахуванням того, з якого моменту зґвалтування, вчинене у вказаній формі, вважається закінченим злочином, його суб'єкт не обов'язково повинен мати здатність до запліднення. Річ у тім, що деякі аномалії розвитку чоловічих статевих органів (фімоз, кортикальна імпотенція тощо) унеможливають вчинення природного статевого акту, інші ж аномалії призводять лише до порушення сперматогенезу або до патологічних змін сперми, а отже, не впливають на здатність чоловіка вчинити коїтус.

Якщо фізіологічні чинники, які унеможливили доведення злочину до кінця, виникли безпосередньо в процесі зґвалтування, то вчинене за спрямованістю умислу має кваліфікуватись як замах на злочин, передбачений відповідною частиною ст. 152 КК.

У разі опосередкованого вчинення злочину, коли винуватий для природного (гетеросексуального) акту використовує особу, яка не підлягає кримінальній відповідальності (наприклад, неосудного), статі гвалтівника може бути жіночою, збігаючись зі статтю потерпілої особи. Дії винуватого у цьому разі мають кваліфікуватись за ч. 1 ст. 152 КК (за відсутності у вчиненому кваліфікуючих ознак).

Суб'єктивна сторона зґвалтування характеризується прямим умислом.

Мотиви, не впливаючи на кваліфікацію за ст. 152 КК, можуть бути різними. Це і задоволення статевої пристрасті, й автономні відносно сексуального мотиву спонукання – помста, бажання принизити потерпілу особу або копіювати поведінку інших учасників групи, прагнення сексуального само-

ствердження, хуліганські спонукання, ревності, бажання примусити потерпілу особу одружитись, національна, релігійна ненависть чи ворожнеча тощо.

Зґвалтування потерпілої особи у зв'язку з виконанням нею службового, професійного чи громадського обов'язку має кваліфікуватись за ч. 2 ст. 152 КК.

Стаття 152 КК містить вказівку на завідомість щодо перебування потерпілої особи у стані вагітності (ч. 2 цієї статті) і водночас не містить такої вказівки щодо неповнолітнього та 14-річного віку особи, потерпілої від зґвалтування (відповідно, ч 3 і ч. 4 аналізованої статті).

Стосовно цього віку особи, а так само тяжких (раніше – особливо тяжких) наслідків зґвалтування у судовій практиці (див, зокрема, п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 березня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи») допускається «необережність». Так, кваліфікуючі ознаки, пов'язані з віком потерпілої особи, інкримінуються винуватому не лише тоді, коли він знав або допускав, що вчиняє зґвалтування неповнолітньої чи малолітньої особи, а й у разі, коли він міг і повинен був це усвідомлювати.

Наведений підхід у доктрині аргументується тим, що якщо в законі немає вказівки на завідомість і на шкоду або не визначене психічне ставлення до неї, то відображення у психіці суб'єкта ознаки потерпілого може бути троїстим: усвідомлення цієї ознаки; усвідомлення можливості її наявності; неусвідомлення за умови, що винуватий міг і повинен був її усвідомлювати.

Інший (як видається, більш справедливий) доктринальний підхід із цього питання кваліфікації полягає в тому, що у складі умисного злочину кожна його об'єктивна ознака (у т. ч. вік потерпілої особи як невід'ємна характеристика об'єкта посягання) має усвідомлюватись суб'єктом злочину, у зв'язку з чим змішаного психічного ставлення тут бути не може. Відповідно, неповнолітній або 14-річний вік потерпілої

особи не може бути підставою для кваліфікації зґвалтування за ч. 3 або ч. 4 ст. 152 КК, якщо встановлено, що гвалтівник помилково вважав, що потерпіла особа досягла неповнолітнього чи 14-річного віку. Тобто будь-яка негативна помилка щодо віку потерпілої особи (і вибачлива, і невибачлива) як така, що зумовлює неусвідомлення відповідної об'єктивної ознаки, повинна виключати інкримінування ознак складу злочину «зґвалтування», пов'язаних із цим віком. Натомість таке інкримінування є можливим лише за умови, якщо винуватий знав про вік потерпілої особи, припускав, що вона може бути неповнолітньою чи малолітньою, або ця обставина для нього не мала значення.

У будь-якому разі неповнолітній вік потерпілої особи не може обтяжувати кримінальну відповідальність за зґвалтування (а малолітній вік особи, яка добровільно погодилась на сексуальне проникнення в її тіло, не може вказувати на наявність передбаченого ч. 4 ст. 152 КК основного складу злочину «зґвалтування»), якщо той, хто вчиняє сексуальне проникнення, сумлінно помилявся щодо віку малолітньої особи (вибачлива фактична помилка).

При вирішенні цього питання має враховуватись вся сукупність обставин (зокрема, знайомство з потерпілою особою, зовнішні фізичні дані останньої, її поведінка). Труднощі визначення суб'єктом злочину віку потерпілої особи зазвичай пов'язані з прискореним фізичним і сексуальним розвитком підлітків. Останні, намагаючись виглядати дорослішими, можуть активно заводити розмови на сексуальні теми, використовувати викличні одяг і косметику, перебувати у компаніях дорослих, вводити в оману стосовно свого справжнього віку, вживати алкоголь, наркотики, палити тощо.

Кваліфікуючими ознаками зґвалтування (ч. 2 ст. 152 КК) є вчинення його:

- 1) повторно;
- 2) особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 153–155 КК;

3) щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винуватий перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах;

4) щодо особи у зв'язку з виконанням нею службового, професійного чи громадського обов'язку;

5) щодо жінки, яка завідомо для винуватого перебувала у стані вагітності,

Особливо кваліфікуючими ознаками зґвалтування є:

1) вчинення злочину групою осіб (ч. 3 ст. 152 КК);

2) зґвалтування неповнолітньої особи (ч. 3 ст. 152 КК);

3) зґвалтування особи, яка не досягла 14 років (ч. 4 ст. 152 КК);

4) спричинення тяжких наслідків (ч. 5 ст. 152 КК).

Зґвалтування, вчинене повторно, має місце в разі, коли його вчинила особа, яка раніше вже вчинила зґвалтування (тобто злочин, передбачений однією з частин ст. 152 КК). Для визнання злочину повторним не мають значення стадії вчинення особою злочинів, вчинення їх одноособово або у співучасті, а так само наявність чи відсутність факту засудження винуватого за раніше вчинений злочин. Поняття повторності як форми множинності злочинів розкривається у ст. 32 КК.

Продовжуване зґвалтування однієї і тієї ж потерпілої особи, коли гвалтівник діє без значної перерви у часі, що охоплюється його єдиним злочинним наміром, виключає ознаку повторності. Наприклад, гвалтівник при недостатній ерекції може примусити потерпілу особу здійснити оральну стимуляцію його статевого члена для того, щоб згодом вчинити коїтус, а потім робить це.

Продовжуване зґвалтування, поєднане з незаконним позбавленням волі, потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 146 КК.

Якщо щодо однієї і тієї ж потерпілої особи вчинено зґвалтування, а потім сексуальне насильство чи навпаки, то вказані злочини слід кваліфікувати самостійно; при цьому

останній із вчинених злочинів має кваліфікуватись з урахуванням повторності однорідних злочинів.

Натомість про одночасність вчинення злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 153 КК, і зумовлену цим відсутність проміжку часу між ними, що виключає як таку повторність злочинів, слід вести мову тоді, коли група осіб одночасно вчиняє щодо однієї і тієї ж потерпілої особи зґвалтування і сексуальне насильство або коли винуватий одночасно вчиняє стосовно декількох різних потерпілих зґвалтування і сексуальне насильство.

При вчиненні двох або більше зґвалтувань, відповідальність за які передбачено різними частинами ст. 152 КК, а також при вчиненні в одному випадку замаху на зґвалтування або співучасті у цьому злочині, а в іншому закінченого зґвалтування дії винуватого слід кваліфікувати за сукупністю вказаних злочинів. Зґвалтування потерпілої особи без кваліфікуючих (особливо кваліфікуючих) ознак, а згодом повторне зґвалтування за наявності ознак, вказаних у ч. 3, ч. 4 або ч. 5 ст. 152 КК, мають кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 152 КК і, відповідно, ч. 3, ч. 4 або ч. 5 цієї статті (сукупність утворюють різновиди одного і того ж складу злочину, передбачені різними частинами ст. 152 КК). При цьому кваліфікація дій гвалтівника ще й за ч. 2 ст. 152 КК не потрібна, однак, ознака повторності має бути зазначена в юридичному формулюванні обвинувачення і підлягає врахуванню при призначенні покарання.

З урахуванням належності зґвалтування без кваліфікуючих (особливо кваліфікуючих) ознак до злочинів, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (ч. 1 ст. 477 КПК), можливі процесуальні перешкоди для кваліфікації розглядуваного злочину за ознакою повторності. Так, при вчиненні двох зґвалтувань без кваліфікуючих (особливо) кваліфікуючих ознак кримінальне провадження за ч. 2 ст. 152 КК за ознакою повторності може бути розпочате лише на підставі заяви особи,

потерпілої від другого злочину, або на підставі заяв обох потерпілих. Якщо особа, потерпіла від першого злочину, не подавала відповідну заяву, то наступне вчинення винуватим зґвалтування іншої потерпілої особи не може розцінюватись як повторний злочин.

У разі вчинення зґвалтування особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених ст.ст. 153–155 КК, за який вона не була засуджена, її дії треба кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ч. 2 ст. 152 КК (якщо відсутні ознаки, передбачені частинами 3–5 цієї статті) і відповідною частиною ст. 153, ст. 154 або ст. 155 КК.

Отже, кримінальну відповідальність за зґвалтування обтяжує фактична та юридична повторність як тотожних, так й однорідних злочинів.

Вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах означає, що потерпілим від злочину є: подружжя чи колишнє подружжя (дружина щодо свого чоловіка або чоловік щодо своєї дружини), тобто особа, з якою винуватий перебуває в зареєстрованому шлюбі або перебував у ньому до розлучення; особа, з якою винуватий перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах. Тобто йдеться про осіб, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки (зокрема особи, які, спільно проживаючи, не перебувають в зареєстрованому шлюбі) або мали відповідні стосунки в минулому.

Наявність зґвалтування особи у зв'язку з виконанням нею службового, професійного чи громадського обов'язку слід констатувати в тому разі, коли мотивом вчинення злочину стало або прагнення перешкодити потерпілій особі в момент посягання або в майбутньому виконувати відповідний обов'язок, або помста за виконання цього обов'язку в минулому.

Вчинення злочину щодо жінки, яка завідомо для винуватого перебувала у стані вагітності, означає, що потерпілою від злочину є вагітна жінка, специфічний стан якої усвідомлюється винуватим, який може достовірно й не знати, але обґрунтовано припускати наявність вагітності. Вагітність – це період, коли зародок розвивається всередині матки жінки; цей період починається із зачаття і закінчується народженням.

Виокремлення такої кваліфікуючої ознаки, як зґвалтування завідомо вагітної жінки, не повною мірою враховує те, що через істотне розширення об'єктивної сторони складу злочину «зґвалтування» (включає в себе не лише гетеросексуальний коїтус) вчинення злочину стосовно такої потерпілої не завжди свідчить про його підвищену суспільну небезпеку.

Неповнолітніми є особи віком від 14 до 18 років.

Якщо потерпілій особі виповнилось 18 років, однак гвалтівник вважав, що вчиняє злочин щодо неповнолітньої особи, то вчинене за спрямованістю умислу може кваліфікуватися як замах на зґвалтування неповнолітньої особи.

Зґвалтування, вчинене групою осіб, має місце тоді, коли група з двох або більше співвиконавців діє узгоджено з метою вчинення злочину стосовно однієї або декількох потерпілих осіб. Для інкримінування цієї кваліфікуючої ознаки не вимагається попередня змова між учасниками злочину; узгодженість дій співвиконавців може виникнути безпосередньо в процесі зґвалтування. У межах усталеної судової практики розглядуваний злочин кваліфікується за ч. 3 ст. 152 КК (за ознакою групи осіб) і тоді, коли його фактично вчинено за попередньою змовою групою осіб (не дивлячись взаємовиключність формулювань ч. 1 і ч. 2 ст. 28 КК і на те, що стосовно передбачених цими нормами групових форм співучасті не спрацьовує принцип «матрьошки», згідно з яким менш небезпечна форма співучасті своїми ознаками входить до більш небезпечної).

Група осіб відсутня, якщо декілька суб'єктів ґвалтують одну потерпілу особу, однак не узгоджують при цьому свої дії і не сприяють один одному; кожен із ґвалтівників несе в такій ситуації самостійну відповідальність за відповідною частиною ст. 152. На кваліфікацію зґвалтування групою осіб як закінченого злочину для всіх співвиконавців не впливає те, чи вдалося кожному із ґвалтівників здійснити сексуальне проникнення в тіло потерпілої особи. Дії учасників групового зґвалтування потрібно кваліфікувати лише за ч. 3 ст. 152 без посилання на ст. 27 КК.

Застосовуючи ч. 3 ст. 152 КК, слід, серед іншого, мати на увазі, що злочинна діяльність одного виконавця може приєднуватись до діяльності іншого (інших) і в ході вчинення зґвалтування, і навіть після його закінчення. Так, якщо один учасник злочину без попередньої домовленості застосовує до потерпілої особи фізичне насильство з метою її утримання після того, як інший учасник вже вчинив проникнення в тіло жертви, і при цьому перший і другий учасники злочину діють узгоджено, то їхні дії мають кваліфікуватись за ч. 3 ст. 152 КК як зґвалтування, вчинене групою осіб.

Як співвиконавство зґвалтування може розглядатись і поведінка того, хто не вчиняв і не мав наміру вчинити сексуальне проникнення в тіло потерпілої особи, але, забезпечуючи недобровільність вказаного проникнення іншою особою, вчинив дії, які позбавили потерпілу особи можливості уникнути сексуального проникнення (зокрема, застосував до потерпілої особи насильство – фізичне або психічне). Звідси випливає, що співвиконавцем групового зґвалтування може виступити і той, хто не здатен бути суб'єктом індивідуального зґвалтування, – якщо цей злочин набуває вигляду гетеросексуального коїтусу за відсутності добровільної згоди (імпотент, жінка при зґвалтуванні особи жіночої статі тощо).

Якщо особа не заперечувала проти сексуального проникнення в її тіло одним з учасників групи, але не погоджувалась на таке проникнення іншими учасниками групи, які її все ж зґвалтували, то дії того, з ким потерпіла особа

вступила у сексуальне спілкування добровільно, залежно від конкретних обставин можуть розцінюватись як незлочинні або як пособництво чи співвиконавство у груповому зґвалтуванні.

Відповідальність учасника групового зґвалтування за ч. 3 ст. 152 КК виключається у разі, коли інші його учасники через неосудність або недосягнення 14-річного віку не були здатні нести кримінальну відповідальність. Дії такого суб'єкта повинні кваліфікуватись за ч. 1 ст. 152 КК (за відсутності інших, крім групи осіб, кваліфікуючих ознак), і (за наявності підстав) за ст. 304 КК – як втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність. Крім цього, факт вчинення зґвалтування з використанням малолітнього або особи, яка страждає на психічне захворювання або недоумство, має враховуватись як обставина, що обтяжує покарання (п. 9 ч. 1 ст. 67 КК). Наведена позиція ґрунтується на законодавчому визначенні співучасті (ст. 26 КК), належності вказаної у ч. 3 ст. 152 КК групи осіб до форм співучасті і на відсутності у розглядуваній ситуації (незважаючи на наявність у ній декількох фактичних гвалтівників, що посилює суспільну небезпеку вчиненого) множинності суб'єктів як об'єктивної ознаки співучасті.

Однак, якщо згаданий суб'єкт не усвідомлював наявність цих обставин щодо інших учасників групового зґвалтування, то він має нести відповідальність за ч. 2 ст. 15 і ч. 3 ст. 152 КК за закінчений замах на групове зґвалтування відповідно до правил про фактичну помилку (за відсутності у вчиненому іншої кваліфікуючої ознаки, передбаченої ч. 3 ст. 152 КК, – неповнолітнього віку потерпілої особи, адже в такому разі відповідальність має наставати за вчинення закінченого злочину). У розглядуваній ситуації: а) має місце юридична фікція, за якої злочин із повністю виконаною об'єктивною стороною з точки зору правової кваліфікації прирівнюється до незакінченого злочину; б) не може ігноруватись суб'єктивна спрямованість суб'єкта на вчинення злочину у співучасті.

Інкримінуванню ч. 3 ст. 152 КК одному з учасників групового зґвалтування не перешкоджає та обставина, що

інші учасники групи у встановленому законом порядку були звільнені від кримінальної відповідальності.

Від зґвалтування, вчиненого групою осіб, потрібно відрізняти співучасть у цьому злочині, що не є співвиконавством. За ч. 5 ст. 27 і відповідною частиною ст. 152 КК як пособництво у зґвалтуванні слід кваліфікувати дії осіб, які сприяють його вчиненню (наприклад, тим, що заманили жертву в місце посягання на неї, придбали речовини, за допомогою яких потерпіла особа приводиться у безпорадний стан).

Тяжкими наслідками зґвалтування (ч. 5 ст. 152 КК) можуть бути визнані, зокрема, смерть або самогубство потерпілої особи, втрата будь-якого органу чи його функцій, психічна хвороба або інший розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менше ніж на одну третину, переривання вагітності, втрата репродуктивної функції, зараження вірусом імунодефіциту людини або іншої невиліковної інфекційної хвороби.

Тяжкі наслідки – оцінне поняття, а тому наведений перелік не може розглядатись як вичерпний. Водночас не слід визнавати тяжкими наслідками при зґвалтуванні дефлорацію, вагітність (за винятком вагітності малолітньої і випадків, коли завідомо для гвалтівника існували медичні протипоказання до пологів).

Якщо винуватий у зґвалтуванні не передбачав і з урахуванням конкретних обставин не міг і не повинен був передбачати, що потерпіла особа накладе на себе руки або спробує це зробити, то інкримінування ч. 5 ст. 152 КК виключається (наприклад, гвалтівник знає, що потерпіла особа є повією або раніше зазнавала сексуального насильства, однак спроб вчинити самогубство не здійснювала).

Не можна інкримінувати ч. 5 ст. 152 КК і в тому випадку, коли причиною самогубства потерпілої особи стало жорстоке ставлення до неї з боку чоловіка (дружини) або близьких родичів, які дорікали їй аморальною поведінкою, що й стало приводом для зґвалтування. Самогубство родичів потерпілої особи, які взнали про те, що сталося, не може обтяжувати

відповідальність гвалтівника, оскільки ці віддалені наслідки лежать поза межами об'єктивної сторони згвалтування і не могли усвідомлюватись винуватим. Водночас самогубство родичів або інших осіб, вчинене в процесі згвалтування, у т.ч. з метою його припинення, слід розглядати як тяжкий наслідок згвалтування – за умови відповідного психічного ставлення до цієї події з боку винуватого. При груповому згвалтуванні, поєднаному зі знущанням над потерпілою особою, гвалтівники можуть і повинні передбачати, що потерпіла особа може накласти на себе руки.

Свідоме поставлення потерпілої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини або іншої невиліковної інфекційної хвороби, якщо захворювання після згвалтування не настало, не визнається тяжким наслідком згвалтування. Вчинене у цьому випадку треба кваліфікувати за сукупністю злочинів – відповідною частиною ст. 152 і ч. 1 ст. 130 КК.

Тяжкі наслідки можуть бути викликані діями як гвалтівника, так і потерпілої особи (наприклад, реакцією останньої на злочин стало те, що вона накладає на себе руки або спричиняє собі тілесні ушкодження, намагаючись уникнути сексуального проникнення). У разі, коли при згвалтуванні чи замаху на цей злочин смерть потерпілої особи настала внаслідок її власних дій (наприклад, вона вистригнула з транспортного засобу під час руху й отримала смертельні ушкодження), дії винуватого охоплюються ч. 5 ст. 152 і додаткової кваліфікації за ст. 119 КК не потребують.

Заподіяння при вчиненні згвалтування умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілої особи, охоплюється ч. 5 ст. 152 і додаткової кваліфікації за ч. 2 ст. 121 КК не потребує (конкуренція цілого і частини).

Якщо згвалтування або замах на згвалтування поєднані із заподіянням тяжкого тілесного ушкодження, віднесеного до такого не за наслідками, то ці дії також повинні тягнути відповідальність за ч. 5 ст. 152 КК. Такий підхід ґрунтується

на тому, що КК не встановлює диференційовану відповідальність за різновиди тяжкого тілесного ушкодження. Небезпека для життя в момент заподіяння характеризує у складі злочину, передбаченого ст. 121 КК, не суспільно небезпечне діяння, а суспільно небезпечні наслідки. Тяжке тілесне ушкодження, віднесене до такого за ознакою небезпечності для життя в момент заподіяння, не є формальним складом злочину, у зв'язку з чим його заподіяння повинне розглядатися як прояв тяжких наслідків зґвалтування.

Умисне вбивство ч. 5 ст. 152 КК не охоплюється.

Дії особи, яка в процесі зґвалтування або відразу після нього вчинила умисне вбивство потерпілої особи, у судовій практиці кваліфікуються за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК (вбивство, поєднане зі зґвалтуванням) і ст. 152 КК (інкримінування тієї чи іншої частини статті КК про зґвалтування залежить від наявності в діях винуватого кваліфікуючих (особливо кваліфікуючих) ознак цього злочину). За вказаних обставин смерть потерпілої особи не може розглядатись як прояв тяжких наслідків зґвалтування, інакше умисне спричинення смерті потерпілому буде двічі інкриміноване винуватому, а це порушуватиме принцип недопустимості подвійного інкримінування (ч. 1 ст. 61 Конституції України, ч. 3 ст. 2 КК).

Традиційний підхід, у межах якого вчинене утворює зазначену сукупність злочинів, виходить з того, що: умисне вбивство не є способом вчинення зґвалтування, а зґвалтування, своєю чергою, – способом вчинення умисного вбивства; зґвалтування не охоплюється об'єктивною стороною (не містить ознак) умисного вбивства і навпаки; вказані злочини посягають на різні безпосередні об'єкти та вчиняються різними діяннями, а тому потребують самостійної юридичної оцінки; у п. 10 ч. 2 ст. 115 КК передбачено відповідальність за злочин, який не є складеним (термін «поєднаний» треба розуміти так, що ним позначено не істотні ознаки явища, яким є конкретний склад злочину, а наявність умов існування цього явища; діяння, вказані в п. 10 ч. 2 ст. 115 КК, не перебу-

вають у субординаційній залежності, притаманній складеному злочині). Відповідно, у цьому разі слід вести мову не про конкуренцію частини і цілого, а про сукупність злочинів, за якої жодна з кримінально-правових заборон не охоплює вчинене повністю²¹.

Пункт 10 ч. 2 ст. 115 КК у певних своїх проявах є спеціальною нормою щодо п. 9 ч. 2 ст. 115, оскільки передбачає зв'язок умисного вбивства зі злочиним певного виду, а не будь-яким злочиним. Звідси випливає, що п. 10 ч. 2 ст. 115 КК, а не п. 9 ч. 2 цієї статті має застосовуватись, зокрема, у випадках, коли винуватий вчиняє вбивство з метою полегшити вчинення зґвалтування, з помсти за вчинений потерпілою особою опір, у зв'язку зі схильністю гвалтівника до садизму або для того, щоб приховати вчинене раніше зґвалтування.

Даючи кримінально-правову оцінку умисному вбивству з метою задовольнити статеву пристрасть з трупом, слід виходити з того, що таке задоволення статевої пристрасті немає підстав розглядати як посягання на статево свободу чи статево недоторканість людини і, відповідно, визнавати скоєне зґвалтуванням чи сексуальним насильством. Кваліфікація зазначеної поведінки має здійснюватись за сукупністю злочинів – за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК (убивство з метою полегшити вчинення іншого злочину) і за відповідною частиною ст. 297 КК (наруга над тілом померлого). Якщо особа вчинила умисне вбивство з метою задовольнити статево пристрасть з трупом, однак сам акт некрофілії здійснити не встигнула, то вчинене повинне кваліфікуватись за п. 9 ч. 2 ст. 115, ч. 1 ст. 14 і відповідною частиною ст. 297 КК.

Якщо винуватий, вчинивши вбивство під час подолання опору потерпілого, вчиняє сексуальне проникнення у його

²¹ Докладніше про це див.: Дудоров О.О. Умисне вбивство, поєднане зі зґвалтуванням: питання кваліфікації та вдосконалення кримінального закону. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2016. Вип. № 4. С. 77–91.

тіло, не усвідомлюючи, що потерпілий вже загинув, то вчинене має розцінюватись як умисне вбивство, поєднане із зґвалтуванням, і додатково – як замах на зґвалтування. Відповідно до ч. 2 ст. 15 КК такий замах є закінченим, а з погляду кримінально-правової доктрини він є замахом на так званий непридатний об'єкт.

Якщо сексуальне проникнення відбувається за згодою сторін, однак у його процесі один із партнерів (будучи, наприклад, схильним до садизму²²) застосовує до іншого фізичне насильство, то кваліфікація за ст. 152 КК повинна виключатись, а вчинене може розглядатись як злочин проти здоров'я особи. Кримінально-правова оцінка заподіяння шкоди здоров'ю особи у цьому разі, серед іншого, має ґрунтуватись на врахуванні наявності (відсутності) згоди потерпілого як обставини, що виключає злочинність діяння.

Примушування особи до зайняття проституцією із застосуванням насильства, яке набуло вигляду зґвалтування, потребує кваліфікації за ст. 303 і ст. 152 КК.

Поєднане із зґвалтуванням посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів має кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 181 КК.

Зґвалтування, поєднане з незаконним проникненням до житла чи до іншого володіння особи, потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 162 КК.

Примушування до участі у створенні порнографічних творів і зображень, якщо при цьому вчиняється зґвалтування акторів, треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 301 КК.

Заволодіння майном особи, потерпілої від зґвалтування, потребує додаткової кваліфікації за нормами КК про відповідальність за злочини проти власності.

²² Садизм – девіація, за якої сексуальне задоволення настає в процесі заподіяння сексуальному партнеру болі, принижень, тілесних ушкоджень.

СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО

Нова редакція ст. 153 КК цілком справедливо не оперує позбавленим юридичної визначеності і морально застарілим словосполученням «задоволення статевої пристрасті неприродним способом». Вказівка на «неприродність» статевих зносин виглядала анахронізмом у світлі здобутків сучасної сексології та сексопатології. Використання згаданого звороту в попередній редакції ст. 153 КК змушувало робити застереження про те, що кримінальна караність поведінки, передбаченої цією статтею КК, визначається не так званою неприродністю способів задоволення статевої пристрасті²³, можливою гомосексуальною спрямованістю чи аморальністю дій, а їхнім насильницьким характером.

Так, український законодавець виходить з того, що здійснюваний на добровільних засадах гомосексуалізм, тобто сексуальний потяг до осіб своєї статі, має розглядатись не як діяння, заборонене під загрозою настання кримінальної відповідальності, а як особливий стан організму людини,

²³ Основоположник сексопатології німецький психіатр Р. Крафт-Ебінг називав збоченнями ті прояви статевого потягу, які не слугували продовженню роду людського. За цією логікою збоченнями (або, інакше кажучи, задоволенням статевої пристрасті неприродним способом) треба було б визнавати статеві зносини з особами, які через вікові зміни вже не спроможні до народження дітей, перервані статеві зносини (закінчуються до сім'явипорскування), статеві зносини з використанням запобіжних засобів тощо.

нетипова сексуальна поведінка²⁴. ВООЗ не визнає на сьогодні такі прояви сексуальної орієнтації, як гомосексуалізм і бісексуальність (сексуальний потяг до осіб обох статей) психічними патологіями. У рішенні від 22 жовтня 1981 р., постановленому у справі «Даджен проти Сполученого королівства», ЄСПЛ установив, що кримінально-правова заборона добровільних приватних гомосексуальних стосунків між дорослими чоловіками, які можуть адекватно оцінювати і контролювати свої дії, порушує положення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод («Право на повагу до приватного і сімейного життя»).

Певні біологічні форми, за допомогою яких відбувається сексуальне спілкування між людьми, у суспільстві можуть визнаватися аморальними, але мають ставати предметом кримінально-правового регулювання лише у тому разі, коли вони, зачіпаючи соціальний бік сексуальних стосунків, посягають на статеvu свободу чи статеvu недоторканість особи, її честь і гідність, належний розвиток неповнолітніх тощо.

Наведені міркування видаються цілком прийнятними для розкриття суті і призначення й ст. 153 КК, викладеної в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII.

Об'єктивні, суб'єктивні та кваліфікуючі (особливо кваліфікуючі) ознаки сексуального насильства збігаються з такими ж ознаками зґвалтування, розкритими вище, за винятком того, що **об'єктивна сторона складу розглядуваного злочину охоплює лише такі дії сексуального характеру, які не**

²⁴ Я.І. Гілінський називає і гомосексуалізм, і бісексуальність «нормальними» станами в тому сенсі, що вони є результатом поліваріантності сексуального потягу, який сформувався в процесі еволюції роду людського. Якби всі інші форми, крім гетеросексуальності, були б абсолютно патологічними, вони давно б зникли в результаті природного відбору. У сучасному світі, за даними різних досліджень, стійку гомосексуальну орієнтацію мають в середньому від 1 до 6 % чоловіків і від 1 до 4 % жінок (див.: Гишинский Я.И. Девиантность, преступность, социальный контроль. Избранные статьи. СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. С. 62–70).

полягають у проникненні в тіло іншої особи. Відповідно, диспозиція ч. 1 ст. 153 КК носить описово-відсильний характер.

Вирішальну роль для наявності складу злочину «сексуальне насильство» відіграє не стільки застосування насильства – фізичного або психічного, як на це вказують умовна назва аналізованої статті КК²⁵ і використаний у диспозиції ч. 1 ст. 153 зворот «вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру...», скільки відсутність добровільної згоди потерпілої особи на вчинення щодо неї дій сексуального характеру за винятком тих, які означають проникнення в один із природних отворів її тіла.

З урахуванням того, що насильницькі дії з добровільною згодою не поєднуються, а насильство – лише один із чинників, які зумовлюють відсутність добровільної згоди потерпілої особи, вказівка на насильницький характер сексуальних дій потребує виключення з ч. 1 ст. 153 КК. Тут доречно нагадати, що неточність назви попередньої редакції ст. 153 КК полягала в тому, що диспозицією її ч. 1 передбачалась відповідальність за задоволення статевої пристрасті неприродним способом не лише насильницьке, а й з використанням безпорадного стану. При цьому злочин, вчинений із використанням безпорадного стану потерпілої особи, коли волевиявлення останньої не придушується, а просто ігнорується, лише з певною часткою умовності може називатись насильницьким.

До зазначених в аналізованій статті дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, можуть бути віднесені, зокрема: сім'явипорскування на зовнішні геніталії жінки навіть із наступним заплідненням (якщо це не поєднується з проникненням статевого члена чоловіка в піхву жінки); тертя по зовнішніх геніталіях жінки, її губах і сідницях язиком, руками, статевим членом, штучним фалосом чи іншим предметом (за умови, що органи «насиль-

²⁵ Так, різновидом сексуального насильства може вважатись і згвалтування; показовою у цьому контексті є назва ст. 36 Стамбульської конвенції – «Сексуальне насильство, у тому числі згвалтування».

ника» чи предмети навколишнього світу не вводяться в піхву, рот чи анальний отвір потерпілої особи); мацання геніталій руками; фроттаж (тертя тілом чоловіка об тіло жінки задля отримання сексуального збудження і задоволення); кунілінгус – оральна стимуляція жіночих геніталій; анілінгус – оральна стимуляція входу в анальний отвір; вестибулярний коїтус – притуляння чоловічого статевого члену до входу в піхву жінки; введення статевого органу чоловіка між молочними залозами жінки; міжстегновий коїтус; орогенітальний контакт жінки з чоловіком; лесбійство – форма задоволення статевої пристрасті жінки шляхом вчинення нею різноманітних дій сексуального характеру з іншою жінкою (орогенітальні контакти, у т. ч. двосторонні і кунілінгус, вплив на ерогенні зони за допомогою різних предметів, тертя геніталіями однієї жінки об геніталії іншої жінки тощо; гомосексуальні контакти між жінками можна поділити на орогенітальні, ороанальні, мануальні і фалозамінювальні).

Ідеться, таким чином, про різноманітні дії (акти) сексуального характеру, спрямовані на збудження та (або) задоволення статевої пристрасті винуватої особи, які, за загальним правилом, передбачають її фізичний контакт із тілом іншої (потерпілої) особи, але не означають проникнення в це тіло.

Акт зоофілії, поєднаний, наприклад, із застосуванням фізичного насильства чи погрози його застосуванням до власника відповідної тварини, не будучи посяганням на статеву свободу (статеву недоторканість) людини, диспозицією ст. 153 КК не охоплюється.

Про кримінально-правову оцінку акту некрофілії²⁶ йшлося вище (при аналізі складу злочину «згвалтування»).

²⁶ Некрофілія – це статевий потяг до трупів і вчинення з ними сексуальних дій. Некрофіл сексуально збуджується й отримує оргазм як від безпосереднього контакту з трупом, так і від його розчленування, вдихання запаху крові чи трупного запаху. Крайніми формами некрофілії вважаються прагнення вчинити наругу над трупом (нерідко набуває вигляду відрізання молочних залоз і вирізання статевих органів) і поїдання частин трупа, у т. ч. статевих органів.

Вчинювані стосовно тіла потерпілої особи дії, об'єктивно позбавлені сексуального характеру (шмагання батогом, укуси, дряпання, припікання тіла цигарками тощо), можуть кваліфікуватись за ст. 153 КК лише за умови, що умисел винуватої особи був направлений на збудження та (або) задоволення у такий спосіб своєї статевої пристрасті, у зв'язку з чим вчинене (так би мовити, за спрямованістю умислу) варто розцінювати як посягання на статево свободу чи статево недоторканість потерпілої особи. Інакше скоєне має розглядатись як посягання на тілесну недоторканість людини, яке за наявності підстав може кваліфікуватись як той чи інший злочин проти здоров'я особи.

Сказане стосується, зокрема, ситуацій, коли: особа з метою задоволення своєї статевої пристрасті: займається мастурбацією, спостерігаючи за фізичним мордуванням потерпілого, здійснюваним за вказівкою цієї особи, або займається тим саме у присутності оголеної особи, яка перебуває в безпорадному стані; завдавши ножем удар в область молочних залоз або геніталій жертви, смочче та облизує її рани, третється об них статевим членом тощо. Оскільки статева свобода (статева недоторканість) потерпілої особи в подібних випадках не страждає, а злочинне посягання спрямоване на здоров'я іншої людини, інкримінування ст. 153 КК у подібних випадках має виключатись²⁷.

Взагалі слід зазначити, що диспозиція ч. 1 ст. 153 КК, викладеної в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, яка містить вказівку на вчинення будь-яких дій сексуального характеру (і в цьому сенсі оновлена редакція аналізованої

²⁷ Такий же висновок має бути зроблений і щодо ситуації, описаної у юридичній літературі. В одному з українських сіл дівчина, не дивлячись на активні залицяння, залишалась незайманою, що спонукало хлопців помститись їй. Вночі вони вивели дівчину з хати і цвяхом розірвали їй дівочу пліву (див.: Люблинський П.И. Преступления в области половых отношений. М.-Л. : Изд-во Л.Д. Френкель, 1925. С. 72).

статті КК навряд чи відрізняється у кращий бік від її попередньої редакції), залишається настільки універсальною (щоб не сказати – розпливчастою), що дає можливість охопити найрізноманітніші девіантні форми сексуальної поведінки (за винятком сексуального проникнення, щоправда, притаманного складу злочину «зґвалтування»). З огляду на сказане, висловлена щодо попередньої редакції ст. 153 КК теза про нагальну потребу в уточненні кола злочинних дій, охоплених цією кримінально-правовою нормою, продовжує зберігати актуальність і щодо оновленої ст. 153 КК (попри виправдане відображення цією статтею КК різноманіття сексуальних практик).

ПРИМУШУВАННЯ ДО ВСТУПУ В СТАТЕВИЙ ЗВ'ЯЗОК

Відповідно до Закону України від 8 вересня 2005 р. «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» особи, винні в порушенні вимог законодавства про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, несуть цивільну, адміністративну та кримінальну відповідальність згідно із законом. Різновидом зазначеного порушення визнаються сексуальні домагання – дії сексуального характеру, виражені словесно (погрози, залякування, непристойні зауваження) або фізично (доторкання, поплескування), що принижують чи ображають осіб, які перебувають у відносинах трудового, службового, матеріального чи іншого підпорядкування.

Зі ст. 40 Стамбульської конвенції випливає, що країни – учасниці Конвенції вправі самостійно визначати, будуть вони відносити сексуальні домагання до кримінально караних дій чи застосовуватимуть за таку небажану для жертви поведінку сексуального характеру, що принижує людську гідність, адміністративні або інші правові санкції. Передбачене ст. 154 КК примушування до вступу в статевий зв'язок є підстави визнати одним із проявів сексуальних домагань (при тому, що наразі вказане примушування може констатуватись і за відсутності будь-якої залежності (підпорядкування) потерпілого від винуватого).

Удосконалення ст. 154 КК на підставі Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII полягало, зокрема, у такому:

а) диспозиція ч. 1 цієї статті позбавлена казуїстичної вказівки на матеріальну і службову залежність потерпілої

особи від винуватого (зазначена залежність, будучи характеристикою кваліфікованого складу злочину, не впливає на наявність основного складу злочину);

б) усунуто прогалину у кримінально-правовому регулюванні сексуальних відносин, притаманну попередній редакції аналізованої статті КК. Суть цієї прогалини полягала в тому, що примушування жінки або чоловіка до вступу в статевий зв'язок природним чи неприродним способом, поєднане з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів або з погрозою розголошення відомостей, що ганьблять її чи близьких родичів, однак, вчинене особою, від якої потерпіла особа не є матеріально або службово залежною, не утворювало складу розглядуваного злочину.

Водночас ст. 154 КК, на відміну від п. «с» ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції, не містить застереження про те, що злочином визнається примушування до здійснення акту сексуального характеру з третьою особою (треба так розуміти – не з тим, хто здійснює примушування). У п. 190 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції мета згаданої конвенційної норми вбачається в охопленні сценаріїв, коли правопорушник є не особою, яка чинить статевий акт, а тим, хто примушує жертву вступити в статевий контакт з третьою особою.

Цікаво, що різновидом сексуального насильства, поняття якого закріплено в п. 15 ч. 1 ст. 1 Закону України від 7 грудня 2017 р. «Про запобігання та протидію домашньому насильству», визнається примушування до акту сексуального характеру з третьою особою. Відсутність вказівки на третю особу в диспозиції ч. 1 зміненої ст. 154 КК – свідчення непослідовності законодавця в частині імплементації положень Стамбульської конвенції і ґрунт для неоднаковості судової практики.

Основним безпосереднім **об'єктом** злочину, передбаченого ст. 154 КК, є статевая свобода або статевая недоторканість особи, а *додатковими* обов'язковими **об'єктами** злочину,

передбаченого ч. 3 цієї статті, – альтернативно – власність, честь і гідність особи.

Потерпілим від злочину є особа жіночої або чоловічої статі; інший законодавчий підхід виглядав би як гендерна дискримінація.

Примушування до вступу в статевий зв'язок належить до числа злочинів, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (ч. 1 ст. 477 КПК).

Оскільки добровільна згода особи, якій не виповнилось 14 років, у законодавчому порядку визнана фікцією (про це йшлося при аналізі складу злочину, передбаченого ст. 152 КК), «нерезультативне» примушування такої особи до здійснення акту сексуального характеру має розцінюватись як замах на злочин, передбачений ст. 152 (ст. 153) КК.

З об'єктивної сторони розглядуваний злочин виражається у примушуванні особи до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою.

Під *актом сексуального характеру* треба розуміти дію сексуального характеру – як пов'язану з проникненням в один із природних отворів іншої людини, так і не пов'язану з таким проникненням (про такі дії йдеться вище – при аналізі ст. 152 і ст. 153 КК).

Злочином, передбаченим ст. 154 КК, визнається примушування до одноразового або неодноразових сексуальних актів незалежно від їх гетеро- або гомосексуальної спрямованості.

Із буквального тлумачення ч. 1 ст. 154 КК випливає, що іншою особою, вказаною у цій нормі, слід визнавати як того, хто здійснює примушування, так і будь-яку іншу особу.

Дещо суперечливою виглядає позиція В. Маркіна з цього питання. Цей автор пише, що відповідно до ч. 1 ст. 154 суб'єкт повинен примушувати потерпілу особу до здійснення акту сексуального характеру виключно з «іншою особою», а не з самим собою. Водночас стверджується, що в нових кримінально-правових реаліях чи не кожному випадку згвалтування або

сексуального насильства передуватиме каране за ч. 1 ст. 154 примушування до здійснення акту сексуального характеру, у зв'язку з чим правнику необхідно буде вирішувати доволі складні ситуації, коли в межах посягання на один і той самий об'єкт попередня стадія згвалтування (або сексуального насильства) міститиме склад іншого закінченого злочину – примушування до здійснення акту сексуального характеру²⁸.

Якщо потерпіла особа добровільно погоджується на одні форми сексуальних контактів, але заперечує проти інших, то її примушування до них за наявності підстав також утворює склад розглядуваного злочину.

Використаний у ч. 1 і ч. 2 ст. 154 КК зворот «примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру...» є некоректним, бо примушування як таке вже вказує на відсутність добровільної згоди потерпілої особи на вчинення щодо неї певної дії.

Поняття *добровільної згоди* розкривається при аналізі складу злочину «згвалтування».

Під *примушуванням* у кримінальному праві зазвичай розуміється протиправний психічний вплив на свідомість потерпілої особи, спрямований на приведення її у стан, за якого вона внутрішньо готова підкоритись вимогам суб'єкта примушування. У результаті потерпіла особа обмежується у можливості діяти за своєю волею (остання при цьому повністю не придушується), будучи вимушеною обрати той варіант поведінки, який суперечить її бажанням.

Характер примушування у диспозиції ч. 1 ст. 154 КК не конкретизовано. Звідси, однак, не випливає, що примушування, передбачене цією кримінально-правовою нормою, може

²⁸ Маркін В. Секс за Кримінальним кодексом: нова редакція. Аналіз положень Закону України від 06.12.2017 р. № 2227-VIII щодо внесення змін до розділу IV «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» Особливої частини КК України. URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/seks-za-kriminalnim-kodeksom-nova-redakciya.html>

набувати будь-якого вигляду. Адже примушування до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою з використанням при цьому елементів матеріальної або службової залежності слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 154 КК, а примушування, поєднане з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів, а так само погрозою розголошення відомостей, що ганьблять потерпілу особу чи її близьких родичів, – за ч. 3 ст. 154 КК.

При цьому слід враховувати, що зміст погрози визначений у ч. 3 ст. 154 КК казуїстично. Тому погрози майнового або шантажного характеру, які не охоплюються диспозицією цієї кримінально-правової норми, можуть розцінюватись як примушування, що підлягає кваліфікації за ч. 1 ст. 154 КК. Ідеться, зокрема, про погрозу:

а) розголосити відомості, які особа бажає зберегти в таємниці, але які немає підстав визнавати такими, що ганьблять її чи близьких родичів;

б) розголосити відомості, які ганьблять особу, яка є близькою для потерпілого, але не є його близьким родичем (зокрема, це можуть бути відмінні від близьких родичів члени сім'ї);

в) знищити, пошкодити або вилучити майно близької особи, яка не перебуває з потерпілим у родинних відносинах.

Висновок про інкримінування ч. 1 ст. 154 КК слід робити і в тому разі, коли примушування до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою набуває вигляду погрози обмежити права, свободи і законні інтереси потерпілої особи – за умови, що таке обмеження змістовно не охоплюється диспозиціями ч. 2 і ч. 3 ст. 154 КК (наприклад, обмежити свободу пересування, залишити без одягу та грошей у віддаленій місцевості, відмовити у працевлаштуванні).

Вочевидь, не можна виключати зі способів примушування до вступу у статевий зв'язок і погрозу застосуванням фізичного насильства. Так, якщо суб'єкт, погрожуючи застосуванням фізичного насильства і не намагаючись у такий

спосіб вчинити дію сексуального характеру за своєю участю, примушує інших осіб вступити між собою в статевий зв'язок (вчинити один щодо іншого акт сексуального характеру), то вчинене посягання на статеву свободу потерпілих осіб утворює щонайменше склад розглядуваного злочину.

Примушування, каране за ст. 154 КК, може здійснюватися у будь-якій формі (усно, письмово, з використанням засобів зв'язку тощо), адресуватись потерпілій особі як безпосередньо, так і через третіх осіб.

За наявності підстав дії, які розцінюються як примушування до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою, потребують додаткової кваліфікації за відповідними нормами КК.

Діяння, передбачене ст. 154 КК, сконструйоване законодавцем як злочин з усіченим складом, який визнається *закінченим* з моменту здійснення на волю потерпілої особи психічного тиску в певних формах. На це, серед іншого, вказує використання іменника, утвореного від дієслова недоконаного виду, – «примушування».

Традиційно у зв'язку з визначенням моменту закінчення розглядуваного злочину робився висновок про те, що та обставина, що потерпіла особа погодилась на вчинення щодо неї дії сексуального характеру або, навпаки, відхилили домагання, не впливає на кваліфікацію вчиненого за ст. 154 КК, але може бути врахована при призначенні покарання. Викладення статей 152–154 КК у редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII зобов'язує вносити корективи в ці усталені міркування. Останні, вочевидь, залишаються актуальними, якщо потерпіла особа примушувалась до акту сексуального характеру з третьою (тобто відмінною від того, хто вчиняв примушування) особою.

«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. Пропонована кримінально-правова оцінка враховує доктринальне правило кваліфікації злочинів при конкуренції «частини та цілого» і вироблений судовою практикою підхід щодо підпорядкованого характеру розпусних дій при вчиненні інших статевих злочинів (про це йтиметься нижче – при аналізі складу злочину, передбаченого ст. 156 КК).

Суб'єкт злочину розглядуваного злочину – загальний.

Вияток – **суб'єкт** злочину, передбаченого ч. 2 ст. 154 КК, який є **спеціальним**: це особа, від якої жінка або чоловік матеріально чи службово залежні. Причому вказівка на службову залежність (з огляду призначення аналізованої кримінально-правової заборони та етимологію термінів «служба» і «залежність») не означає, що той, хто вчиняє примушування, обов'язково має бути службовою особою у кримінально-правовому розумінні цього поняття (ст. 18 КК).

У ч. 1 попередньої редакції ст. 154 КК передбачалась відповідальність за примушування жінки чи чоловіка до вступу в статевий зв'язок природним чи неприродним способом особою, від якої жінка чи чоловік матеріально або службово залежні. Звідси робився цілком логічний висновок про те, що жінка або чоловік може примушуватись до вступу в статевий

зв'язок як з винуватим, так і з іншою особою (знайомий, родич, керівник тощо). При цьому для кваліфікації за ст. 154 КК не мало значення, чи знав про вчинене примушування той, з ким потерпіла особа вступила в сексуальний контакт.

У ч. 2 ст. 154 КК, викладеної в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII, йдеться про примушування особи до здійснення акту сексуального характеру з особою, від якої потерпіла особа матеріально або службово залежна. Таке законодавче формулювання дозволяє стверджувати, що склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 154, утворює примушування потерпілої особи до здійснення акту сексуального характеру саме і тільки з винуватим (тим, хто вчиняє кримінально каране примушування). Примушування до здійснення акту сексуального характеру з третьою особою з використанням при цьому елементів матеріальної або службової залежності, яке не охоплюється згаданою кримінально-правовою нормою, слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 154 КК. З'ясована диференціація кримінальної відповідальності, яку слід визнати невиправданою (несправедливою), вочевидь, стала результатом непродуманості відповідного законодавчого формулювання.

Дії того, хто вчинив акт сексуального характеру з жінкою або чоловіком, знаючи про те, що вони примушені до цього, відповідальність за ст. 154 КК не тягнуть. Водночас дії особи, яка, маючи намір вступити з потерпілою особою у сексуальний контакт, підбурює іншу особу вчинити примушування жінки або чоловіка до здійснення з нею акту сексуального характеру, слід кваліфікувати за ч. 4 ст. 27 і ст. 154 (ч. 1 або ч. 3).

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом.

Кваліфікованим видом злочину є примушування особи до здійснення акту сексуального характеру з особою, від якої потерпіла особа матеріально або службово залежна (ч. 2 ст. 154 КК).

Наявність матеріальної або службової залежності означає, що потерпілий, обираючи той чи інший варіант своєї поведінки, вимушений орієнтуватись на інтереси винуватого.

Матеріальна залежність передусім означає, що матеріальна допомога з боку суб'єкта злочину виступає єдиним, основним або істотним джерелом існування потерпілої особи (це питання факту), а позбавлення такої допомоги здатне поставити жінку або чоловіка у скрутне майнове становище. Матеріальна залежність має місце, наприклад, тоді, коли жінка або чоловік перебуває на утриманні винуватого, проживає на його житловій площі, а також коли дії винуватого спроможні іншим чином викликати істотне погіршення майнового становища потерпілої особи (йдеться, наприклад, про відносини цивільного боргу, відносини між спадкодавцем і спадкоємцем).

Відносини матеріальної залежності можуть виникати на підставі закону (СК, ЦК тощо), однак, пов'язувати наявність такої залежності саме і тільки з правовим обов'язком однієї особи надати відповідну допомогу іншій означало б обмежувальне тлумачення КК та ігнорування різноманітності життєвих ситуацій. Таким чином, ознаками матеріальної залежності з погляду застосування ч. 2 ст. 154 КК є її дійсність (реальність) та істотність.

Службова залежність означає, що: а) потерпіла особа є підлеглою винуватого по службі (роботі); б) потерпіла особа підлягає службовому контролю з боку винуватого (наприклад, ревізор і комірник); в) реалізація істотних інтересів потерпілої особи залежить від поведінки винуватого по службі (роботі) (наприклад, науковий керівник і аспірант, викладач і студент, слідчий та обвинувачений, комендант гуртожитку та особа, яка в ньому мешкає, ув'язнений і працівник установи відбuvання покарання).

Так, про примушування до здійснення акту сексуального характеру з особою, від якої потерпіла особа службово залежна, є підстави говорити в тому разі, коли педагог, який, систематично відмовляючи у виставленні позитивних оцінок учню за наявності в останнього належних знань, водночас

натякає на поліпшення успішності, якщо учень погодиться на вчинення дій сексуального характеру.

Не утворює складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 154 КК, примушування до здійснення акту сексуального характеру, яке здійснюється шляхом використання матеріальної або службової залежності не жінки або чоловіка, з якими планується вступити у сексуальний контакт, а їхніх близьких родичів або інших осіб. Буквальне тлумачення ч. 1 ст. 154 КК дозволяє стверджувати, що таке примушування не охоплюється й цією кримінально-правовою нормою.

Відповідальність за ч. 2 ст. 154 КК настає лише за умови, що вплив на потерпілу особу здійснювався з використанням її матеріальної або службової залежності від винуватого, що слід визнати способом вчинення розглядуваного злочину. Примушування у цьому разі за своїм змістом включає в себе відкриту або завуальовану погрозу настання для потерпілої особи небажаних (негативних) для неї наслідків (позбавити утримання або можливості проживати на житловій площі, звільнити з роботи, зменшити зарплату, перевести на нижчеоплачувану посаду тощо). Така погроза може поєднуватись із вчиненням дій, здатних викликати небажані для потерпілої особи наслідки.

Натомість пропозиції вступити в статевий зв'язок, настійливі прохання, поєднані з обіцянками створити кращі матеріальні чи службові умови (наприклад, призначити на більш високооплачувану посаду), наданням подарунків і пільг, домагання, які не поєднуються з погрозами використати залежність і тим самим завдати істотних неприємностей і втрат, не утворюють складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 154 КК. У подібних випадках вплив на волю людини позбавлений характеру примушування, а тому більш доречно вести мову про переконання, не про вимушеність, а про вигідність здійснення акту сексуального характеру (відбуваються своєрідні торги за тіло людини – зваблювання останньої, яке за КК злочином не визнається).

Відсутнє примушування з погляду кваліфікації за ч. 2 ст. 154 КК і тоді, коли висловлюється погроза вчинити стосовно особи законні дії (наприклад, притягнути її за наявності підстав до дисциплінарної відповідальності).

Якщо примушування до здійснення акту сексуального характеру здійснюється з використанням іншої (тобто відмінної від матеріальної та службової) залежності потерпілої особи від винуватого, то вчинене може кваліфікуватись за ч. 1 ст. 154 КК.

Особливо кваліфікованим видом злочину (ч. 3 ст. 154 КК) є примушування, поєднане з погрозою:

1) знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів;

2) розголошення відомостей, що ганьблять її чи близьких родичів.

У цих випадках погроза виступає способом вчинення розглядуваного злочину.

Під погрозою знищити (пошкодити) майно у ч. 3 ст. 154 КК слід розуміти погрозу довести майно, яке належить потерпілій особі або її близьким родичам на праві приватної власності, до повної (часткової) непридатності цього майна за його цільовим призначенням.

Погроза вилучити майно – це погроза протиправним шляхом (наприклад, шляхом крадіжки, грабежу або розбою) назавжди або тимчасово позбавити власника належного йому майна.

Не має значення, чи мала винувата особа насправді намір і можливість реалізувати висловлену погрозу. Важливо лише, щоб залякування було сприйнято потерпілою особою як таке, що може бути реально здійснене. Для кваліфікації діяння за ст. 154 КК також не має значення, коли саме винуватий погрожує заподіяти майнову шкоду потерпілій особі або її близьким родичам (негайно після відмови здійснити акт сексуального характеру або через деякий час). Реалізація вказаних погроз майнового характеру виходить за межі складу

розглядуваного злочину і потребує додаткової кваліфікації за нормами розділу VI Особливої частини КК.

Погроза розголосити відомості, що ганьблять потерпілу особу або її близьких родичів, – це погроза повідомити в будь-який спосіб певним особам (навіть одній особі) або невизначеному колу осіб дані про потерпілу особу або її близьких родичів, їхні дії або дії, вчинені щодо них, які потерпіла особа бажає зберегти в таємниці і розголошення яких здатне принизити честь і гідність людини (дані про інтимні сторони життя, венеричні захворювання, аморальні вчинки, наприклад, подружню зраду, злочинну діяльність тощо).

Ступінь достовірності відомостей для наявності шантажу, караного за ч. 3 ст. 154 КК, значення не має, тобто відомості можуть бути як справжніми, так і вигаданими. Визнання конкретних відомостей такими, що ганьблять особу, – питання факту, яке слід вирішувати як з урахуванням ставлення потерпілого до відповідної погрози, так і з огляду на вимоги суспільної моралі.

Використання звороту «відомості, що ганьблять...» безпідставно звужує коло даних, здатних використовуватись для примушування жінки або чоловіка до вступу у статевий зв'язок. Адже відомості, за допомогою яких чиниться психічний тиск на потерпілу особу, можуть і не стосуватись непривабливих подробиць особистого життя людини, її професійної чи іншої діяльності і, відповідно, можуть і не принижувати честь і гідність людини (наприклад, відомості про те, що особа свого часу виступила інформатором правоохоронних органів, відомості про релігійну належність, наявність у людини усиновлених дітей або про наявність певного медичного діагнозу, не пов'язаного із венеричними хворобами чи СНІДом).

Примушування до здійснення акту сексуального характеру, поєднане з погрозою шантажного характеру, яка не охоплюється диспозицією ч. 3 ст. 154 КК, може кваліфікуватись за ч. 1 цієї статті.

СТАТЕВІ ЗНОСИНИ З ОСОБОЮ, ЯКА НЕ ДОСЯГЛА ШІСТНАДЦЯТИРІЧНОГО ВІКУ

Основним безпосереднім **об'єктом** цього злочину (ст. 155 КК) є статева недоторканість особи і належний фізичний, психічний і соціальний розвиток неповнолітніх, а *додатковим об'єктом* – здоров'я неповнолітньої особи, якому передчасний вступ у статеві зносини може завдати серйозної шкоди (пошкодження статевих органів, анального отвору, органів черевної порожнини, сильні кровотечі тощо).

Вважається, що сексуальна спрямованість психіки підлітка є небажаною: раннє статеве життя, штучно стимулюючи статеву потребу, не лише загострює ризик настання відповідних захворювань (у т. ч. венеричних) і абортів, а й перешкоджає нормальному дозріванню психосексуальної індивідуальності, відволікає увагу від досягнення соціально важливих цілей (отримання освіти, вибір професії тощо), породжує психологічні проблеми – робить підлітків цинічними, безсоромними, не здатними розуміти глибокі почуття, що може негативним чином вплинути на майбутнє сімейне життя підростаючого покоління.

Потерпілим від злочину є особа чоловічої або жіночої статі, яка не досягла 16-річного віку (тобто вік потерпілої особи виступає як криміноутворювальна ознака).

Для кваліфікації діяння за ст. 155 КК не має значення, хто був ініціатором вчинення статевих зносин, моральна ха-

рактеристика потерпілої особи (попереднє ведення статевого життя, наявність сексуального досвіду тощо), а також чи досягла потерпіла особа статевої зрілості.

Згідно з попередньою редакцією ст. 155 КК потерпілою від злочину, передбаченого цією статтею, визнавалась особа жіночої або чоловічої статі, яка не досягла статевої зрілості. З одного боку, вжите в тексті КК поняття статевонезрілого стану дозволяло врахувати стан індивідуального розвитку конкретного потерпілого, проте, з іншого, створювало небезпеку об'єктивного інкримінування, адже встановлення статевої зрілості шляхом проведення судово-медичної експертизи ускладнювало (щоб не сказати – унеможлиблювало) усвідомлення винуватою особою цієї ознаки потерпілого.

Були можливі такі результати відповідного судово-медичного обстеження: особа не досягла статевої зрілості і не може здійснювати статеві акти; особа не досягла статевої зрілості, але може здійснювати статеві акти; особа досягла статевої зрілості повністю²⁹.

Статева зрілість – це такий фізіологічний стан організму людини, досягнення якого дозволяє їй належним чином і без шкідливих наслідків для здоров'я виконувати репродуктивну функцію. Статева зрілість полягає в завершенні формування організму чоловіка чи жінки, коли статеве життя, а для жінок, крім того, запліднення, вагітність, пологи та годування дитини, є фізіологічно нормальною функцією і не завдає шкоди подальшому розвитку організму. При встановленні статевої зрілості враховується сукупність таких ознак: а) загальний фізичний розвиток; б) розвиток зовнішніх і внутрішніх статевих органів; в) для особи жіночої статі – здатність до статевих зносин, запліднення, виношування плоду, розродження (пологів) і годування дитини, а для особи

²⁹ Правила проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів у бюро судово-медичної експертизи затв. наказом МОЗ від 17 січня 1995 р. № 6.

чоловічої статі – здатність до статевих зносин та запліднення. Настання статевої зрілості відбувається не в один день, а поступово, протягом кількох років; її досягненню передують період статевого дозрівання, який зазвичай триває 3–5 років. На строки ж статевого дозрівання впливають у т. ч. спадковість, расові і географічні фактори.

Законом від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII вресіті-решт реалізовано ідею заміни статево незрілого стану, введеного ще за часів панування радянської правової доктрини, на більш наглядний і менш суперечливий в аспекті встановлення віковий критерій. Причому роль останнього доречно відіграє 16-річний вік («вік згоди» має визначатись з урахуванням того моменту, коли початок сексуального життя за середньостатистичними показниками вже не шкодить належному фізичному, психічному і соціальному розвитку неповнолітніх), а не, наприклад, шлюбний вік (в Україні це 18 років – як для жінок, так і чоловіків). На користь законодавчої зміни описання потерпілого від розглядуваного злочину вказує і співвідношення його безпосередніх об'єктів³⁰.

Та обставина, що КПК (п. 5 ч. 2 ст. 242) продовжує зобов'язувати шляхом проведення експертизи встановлювати статево зрілість потерпілої особи в кримінальних провадженнях щодо злочинів, передбачених ст. 155 КК, є проявом

³⁰ Тому складно погодитись з працівниками Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ, які, виступаючи проти відмови від статево незрілого стану, у висновку на законопроект, згодом ухвалений як Закон від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII, основне призначення ст. 155 КК вбачали в запобіганні шкоди для здоров'я неповнолітнього, яка може настати внаслідок початку статевих зносин до досягнення статевої зрілості. Парламентські експерти висловлювали свою незгоду з тим, що злочинним визнаватиметься, наприклад, добровільний статевий акт з особою жіночої статі, якій не виповнилось 16 років, але яка досягла статевої зрілості, тоді як аналогічні дії щодо 16-річної дівчини, яка за своїми фізіологічними ознаками такої зрілості ще не досягла, не міститимуть ознак складу злочину, передбаченого ст. 155 КК.

законодавчої неузгодженості, що підлягає усуненню (пріоритет – за нормою матеріального кримінального права).

У Пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII, заміна статевонезрілого стану на віковий критерій подавалась, серед іншого, як результат виконання Україною міжнародно-правових рекомендацій щодо встановлення «чіткого мінімального віку статевого повноліття» (ст. 18 Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства). Щоправда, це саме можна сказати про вказівку на особу, яка не досягла 14-річного віку, у викладених у редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII статтях КК про відповідальність за зґвалтування та сексуальне насильство.

Застосовуючи ст. 155 КК, треба, серед іншого, урахувати те, що ця стаття КК перебуває у змістовній колізії з ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153 КК (варто уточнити – у частині поєднаних із добровільною згодою дій сексуального характеру, вчинених повнолітньою особою стосовно малолітнього потерпілого). Системне і телеологічне тлумачення положень КК, урахування очевидної різниці в шкоді, заподіяваній малолітнім та особам, яким не виповнилось 16 років, унаслідок передчасних статевих зносин, а отже, у суспільній небезпеці порівнюваних злочинних дій дозволяє зробити висновок про те, що вчинення відповідних сексуальних дій стосовно малолітньої потерпілої особи потребує кваліфікації за ч. 4 ст. 152 або ч. 4 ст. 153 КК.

Отже, *потерпілим* від злочину, передбаченого ст. 155 КК, має визнаватись лише та особа, якій вже виповнилось 14 років, але яка ще не досягла 16-річного віку.

Об'єктивна сторона злочину полягає у природних або неприродних статевих зносинах з потерпілою особою.

З погляду кваліфікації вчиненого за ст. 155 КК під природними статевими зносинами слід розуміти природний (гетеросексуальний) статевий акт або коїтус (його поняття розкривалось при аналізі складу злочину «зґвалтування»), а під

неприродними статевими зносинами – відмінні від коїтусу дії сексуального характеру, причому як пов'язані з проникненням в один природних отворів тіла потерпілої особи, так і не пов'язані з таким проникненням. Невичерпні переліки зазначених дій наводились вище – при висвітленні кримінально-правової характеристики злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 153 КК.

На користь відповідного традиційного (щоб не сказати – морально застарілого) описання злочинної поведінки особи в аналізованій статті КК можна зазначити, що термін «неприродний» на сучасному етапі не повинен сприйматись як такий, що несе на собі негативне морально-оціночне навантаження. Для цілей кримінально-правової регламентації він означає лише спосіб сексуального контакту, відмінний від «природного» (вагінального) контакту, фізіологічно (природно) спрямованого на виконання однієї з головних біологічних функцій людини – зачаття дитини; «неприродність» (екстравагінальність) форм сексуального контакту не є синонімом збоченства, аморальності тощо.

Водночас є підстави констатувати неузгодженість понятійного апарату Закону від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII, у редакції якого викладено ст. 155 КК, із термінологією, використаною в Законі від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 155 КК у попередній редакції, обмежувалась вчиненням природного статевого акту з особою, яка не досягла статевої зрілості. Одним з аргументів на користь такого тлумачення КК слугувало те, що процес статевого дозрівання не порушується при так званих неприродних формах сексуального спілкування).

Натомість ст. 155 КК, викладена в редакції Закон від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII, уможлививши її інкримінування у випадках як природних, так і «неприродних» статевих зносин з відповідною особою, розширила межі об'єктивної сторони складу розглядуваного злочину, а тому в зазначеній частині Закон від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII як закон, що

встановлює злочинність діяння (ч. 2 ст. 5 КК) не має зворотної дії в часі.

Злочин, передбачений ст. 155 КК, визнається *закінченим* з початку вчинення хоча б однієї дії сексуального характеру. Не виключається можливість замаху на вчинення цього злочину (наприклад, суб'єкту не вдалося вчинити природний статевий акт через фізіологічні чинники).

На кваліфікацію діяння за ст. 155 КК не впливає те, були статеві зносини одноразовими, неодноразовими або тривали більш-менш значний проміжок часу, набувши, наприклад, форми фактичного шлюбу. Водночас кількість дій сексуального характеру, вчинених з особою, якій не виповнилось 16 років, і час, протягом якого відбувалися статеві зносини, повинні братись до уваги при призначенні покарання (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК).

Мотивами такої згоди особи, яка не досягла 16-річного віку, на статеві природні або «неприродні» зносини з нею можуть бути цікавість, бажання привернути до себе увагу партнера, намір задовольнити свою статеву пристрасть, корисливі спонукання тощо.

Природні та «неприродні» статеві зносини при вчиненні злочину, передбаченого ст. 155 КК, не повинні поєднуватись із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосуванням або з використанням безпорадного стану, а так само з іншим примушуванням потерпілої особи, введенням її в оману тощо. На противагу вчинення дій сексуального характеру з особою, яка не досягла 16-річного віку, залежно від змісту цих дій має кваліфікуватись за відповідними частинами ст. 152 або ст. 153.

Якщо особа, яка не досягла 16-річного віку, але якій виповнилось 14 років, була спочатку зґвалтована, а потім добровільно погодилась на вступ у статеві зносини, то дії винуватого треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 155.

Суб'єкт злочину – особа чоловічої або жіночої статі, якій виповнилось 18 років. Оскільки Закон від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII скасував злочинність аналізованого діяння, вчиненою особою, яка не є повнолітньою, то в цій частині він має зворотню дію в часі.

Обґрунтованість такої законодавчої зміни зумовлена тим, що для особи, якій виповнилось 16 років, очевидною є антисоціальна спрямованість насильницьких дій сексуального характеру, але від неї важко вимагати, щоб вона виступала контролером сексуальної поведінки іншого неповнолітнього. Усвідомлювати суспільну небезпеку злочину проти неповнолітнього може лише дорослий. Крім цього, якщо під кримінально-правовою охороною перебуває не лише статева недоторканість особи, а й належний (у т. ч. статевий) розвиток усіх учасників статевих зносин, то кожного з них треба визнавати потерпілим.

До того ж ст. 18 Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства, вказуючи на необхідність криміналізації зайняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку статевого повноліття, водночас містить застереження про те, що це положення не поширюється на врегулювання статевих стосунків між неповнолітніми, які здійснюються за взаємною згодою.

Якщо злочин, передбачений ст. 155 КК, набуває вигляду природних статевих зносин, то стать винуватої особи має бути протилежною статі потерпілої особи.

Вчинення злочину **спеціальним суб'єктом** – близьким родичем або членом сім'ї, а так само особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, – є підставою для інкримінування ч. 2 ст. 155 КК.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом.

Помилка щодо досягнення особою, з якою здійснювались статеві зносини, 16-річного віку, відповідальність за

ст. 155 КК виключає (фактична помилка в об'єкті посягання). Наприклад, це може мати місце у випадку того чи іншого порушення статевого дозрівання, зумовленого патологією ендокринної системи або генетичними аномаліями. Подібне питання кваліфікації висвітлювалось при аналізі складу злочину «згвалтування» (його суб'єктивної сторони).

Кваліфікуючими ознаками злочину (ч. 2 ст. 155 КК) є вчинення його:

1) близьким родичем або членом сім'ї, а так само особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього;

2) спричинення безплідності або інших тяжких наслідків.

Примітка ст. 155 КК відсилає до п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК, згідно з яким близькі родичі та члени сім'ї – це чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, у т. ч. особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі.

Порядок визначення походження дитини від батьків залежно від того, чи перебувають вони у шлюбі, внесення відповідних записів до документів про народження дитини, а також порядок оспорювання батьківства і материнства встановлено законом. СК також містить правила визначення походження дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій. Лише генетичний зв'язок між жінкою, яка виступила донором яйцеклітини, і дитиною не дає правових підстав визнавати таку жінку матір'ю. Сурогатна мати юридично також не вважається матір'ю дитини. У певних випадках батьківство або материнство може бути визнане за рішенням суду.

З іншого боку, за ч. 2 ст. 155 КК можуть нести відповідальність і ті батьки, які у встановленому порядку були позбавлені батьківських прав.

Вітчимою вважається нерідний батько – чоловік рідної матері дитини, а мачухою – нерідна мати – дружина рідного батька дитини, з якою вони проживають однією сім'єю. Якщо шлюб з батьком (матір'ю) дитини припинено внаслідок його (її) смерті, то вдова (вдівець), який залишається спільно проживати з дитиною, буде і надалі для останньої мачухою (вітчимом). У випадку розірвання шлюбу з батьком (матір'ю) дитини колишня дружина (колишній чоловік) уже не може вважатись мачухою (вітчимом) для дитини, навіть якщо вона (він) продовжує проживати з нею спільно.

Відповідно до СК опіка і піклування встановлюються над дітьми, які залишились без батьківського піклування (батьки померли, визнані в судовому порядку безвісно відсутніми, померлими, недієздатними або обмежено дієздатними, позбавлені батьківських прав, відбувають покарання у місцях позбавлення волі, тривалий час хворіють тощо), і мають на меті забезпечення виховання таких дітей, а також захист їх особистих немайнових і майнових прав та інтересів. Різниця між поняттями опіки і піклування, яка не має значення з точки зору виховання підопічних дітей, зумовлена неоднаковим обсягом визначеної ЦК дієздатності осіб у віці до 14 років (малолітніх) і від 14 до 18 років (неповнолітніх). Опікун – це призначена органом опіки та піклування або судом за її згодою повнолітня дієздатна особа, яка здійснює опіку над дитиною, котрій не виповнилось 14 років, а піклувальник – це зазначена особа, яка здійснює піклування над дитиною у віці від 14 до 18 років. Якщо позбавлена батьківського піклування дитина, яка не має опікуна чи піклувальника, постійно проживає в дитячому закладі або закладі охорони здоров'я, то функції опікуна чи піклувальника щодо неї покладаються на адміністрацію закладу і виконуються його керівником (директор, завідувач, головний лікар).

З погляду застосування ч. 2 ст. 155 КК до опікунів і піклувальників не можуть бути віднесені ті, хто відповідно до ЦК здійснює опіку і піклування над визнаними недієздатними або обмежено дієздатними повнолітніми особами, оскільки останні не визнаються потерпілими від розглядуваного злочину.

До осіб, на яких покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, слід відносити, зокрема: патронатного вихователя; прийомних батьків і батьків-вихователів дитячого будинку сімейного типу; особу, яка на правових підставах здійснює виховання малолітньої дитини або нагляд за нею на підставі договору (няня, гувернантка, домашній вчитель та ін.); відповідних працівників закладів охорони здоров'я, навчальних, позашкільних навчальних та інших закладів, зобов'язаних наглядати за дітьми і піклуватись про них (лікарні, будинки дитини, школи, дитячі садочки, оздоровчі табори, дитячі будинки, дитячі будинки-інтернати, школи-інтернати, притулки для дітей тощо).

У певних випадках обов'язок утримувати своїх малолітніх і неповнолітніх онуків закон покладає на діда і бабу, а обов'язок утримувати малолітніх і неповнолітніх братів і сестер – на повнолітніх братів і сестер. Незважаючи на це, дід, баба, повнолітні брати і сестри не можуть бути визнані особами, на яких покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, як цього вимагає ч. 2 ст. 155 КК, оскільки СК не покладає на вказаних осіб (на відміну, зокрема, від батьків) такі особисті немайнові і відмінні від майнових (утримання) обов'язки, як обов'язки виховувати дитину, піклуватись про її здоров'я, фізичний, духовний і моральний розвиток, навчання. Однак, дід, баба, повнолітні брати і сестри згідно з КПК визнаються близькими родичами, а тому можуть нести відповідальність за ч. 2 ст. 155 КК.

Безплідність – це нездатність особи жіночої або чоловічої статі до запліднення, а в особи жіночої статі це також нездатність до виношування плоду та розродження (пологів).

Безплідність може бути зумовлена механічними ушкодженнями статевих органів дівчини або хлопця, перенесеними інфекційними хворобами. Наприклад, до механічних ушкоджень жіночих статевих органів, що призводять до безплідності, відносять ушкодження пристінка піхви, піхви, шийки матки, стінок матки тощо.

Безплідність у чоловіків може настати в результаті ушкодження отвору сечовивідного каналу, печеристих тіл статевого члена, передміхурової залози, сім'яних міхурців, яєчок тощо. Причиною безплідності може бути перенесена як жінками, так і чоловіками нервово-психологічна травма, яка спричиняється передчасними статевими зносинами. Безплідність за ознакою втрати репродуктивної функції охоплюється поняттям тяжких тілесних ушкоджень.

До інших тяжких наслідків, за наявності хоча б одного з яких дії винуватого повинні кваліфікуватись за ч. 2 ст. 155 КК, потрібно відносити, зокрема, тяжке тілесне ушкодження (у частині, що не охоплюється окремо згаданою у цій нормі безплідністю), смерть або самогубство потерпілої особи, зараження вірусом імунодефіциту людини або іншої невиліковної інфекційної хвороби.

РОЗБЕЩЕННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ

Стаття 16 Конвенції ООН про права дитини закріплює положення про те, що жодна дитина не може бути об'єктом свавільного або незаконного втручання у здійснення її права на особисте життя. У поняття особистого життя включаються, зокрема, емоційні, любовні і сексуально-еротичні переживання й уподобання дитини, а також її право на отримання адекватної інформації, без якої вона не зможе самостійно розпоряджатись цією складною сферою свого життя.

Згідно зі ст. 22 Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства розбещенням дітей визнається умисне спонукання дитини, яка не досягала відповідного віку, спостерігати за сексуальним насильством або діяльністю сексуального характеру, навіть якщо вона не бере в цьому участі.

Стаття 156 КК (як і ст. 155, а також ч.ч. 4 ст. 152 і ст. 153 КК) відображає на законодавчому рівні проблему *педофільії* – статевого відхилення, яке проявляється у прагненні вчинювати дії сексуального характеру з дітьми³¹. Водночас слід ма-

³¹ Педофілія, будучи порушенням сексуальної орієнтації, може виражатись у різноманітних формах – від звичайних фантазій до жорстоких вбивств, від обнімачів до пестоців, мастурбації, анального або геніального контакту. Педофіл може виправдовувати свої дії їх «освітньою» суттю, сексуальним задоволенням, що отримує дитина, або ж сексуальною провокацією з боку дитини. Фахівці наголошують також на притаманній педофільії тривалості сексуальних фантазій або фактичних посягань на дітей.

ти на увазі, що кримінально каране розбещення неповнолітніх, здатне викликати в потерпілих від цього злочину різні статеві збочення і травмування підліткової психіки, може й не мати на меті сексуальне задоволення винуватого.

Основним безпосереднім **об'єктом** злочину, передбаченого ст. 156 КК, є статева недоторканість особи, а *додатковими* – належний фізичний, психічний і соціальний розвиток неповнолітніх, суспільна моральність.

Потерпілим від злочину виступає особа чоловічої або жіночої статі, яка не досягла 16-річного віку. У цьому сенсі слід констатувати часткову невідповідність назви аналізованої статті КК змісту диспозиції її ч. 1 (неповнолітньою згідно з чинним цивільним і сімейним законодавством визнається особа, котра не досягли 18-річного віку).

Розбещення малолітньої особи має кваліфікуватись за ч. 2 ст. 156 КК. Однак інкримінування цієї норми у випадку фізичного розбещення особи, якій не виповнилось 14 років, можливе тільки за умови, що скоєне не охоплюється диспозиціями ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153 КК.

Вчинення розпусних дій фізичного характеру щодо особи, яка досягла 16-річного віку, може розглядатись як хуліганство, що відзначається винятковим цинізмом (ст. 296 КК), – за умови, що такі дії поєднуються з грубим порушенням громадського порядку, викликані прагненням продемонструвати явну неповагу до суспільства і не містять при цьому ознак складів злочинів, що посягають на статеву свободу особи (наприклад, ст. 153 КК).

З **об'єктивної сторони** злочин, передбачений ст. 156 КК, виражається у вчиненні різноманітних розпусних дій сексуального характеру, здатних викликати фізичне і моральне розбещення неповнолітніх потерпілих. Розпусні дії можуть бути *фізичними* або *інтелектуальними*; для наявності складу розглядуваного злочину вони повинні вчинятись у прису-

тності відповідного потерпілого – як безпосередній, так і такий, що забезпечується за допомогою Інтернету чи інших засобів зв'язку, і за сприйняття потерпілим розпусних дій.

Фізичне розбещення – це, зокрема, оголення зовнішніх статевих органів винуватої або потерпілої особи, поцілунки, непристойні дотики, які викликають статеве збудження, навчання онанізму, вчинення у присутності потерпілого гетеросексуального коїтусу, мужолозтва або іншої дії сексуального характеру.

Традиційно розпусними визнавались як безконтактні дії, так і сексуальні маніпуляції з тілом й особливо статевими органами потерпілої особи, винуватого або третьої особи. Наразі, однак, слід ураховувати, що природні або «неприродні» статеві зносини з особою, якій не виповнилось 16 років, за її добровільною згодою не визнаються фізичним розбещенням неповнолітніх із погляду відповідальності за ст. 156 КК і мають кваліфікуватись за ст. 155 КК. Водночас виокремлення і подальше існування аналізованої кримінально-правової заборони враховує, зокрема, можливість вчинення неохоплюваного диспозицією ст. 155 КК фізичного розбещення осіб, яким не виповнилось 16 років.

За наявності підстав зґвалтування або сексуальне насильство, вчинене у присутності відповідних потерпілих, може утворювати ідеальну сукупність злочинів, передбачених ст. 152 (ст. 153) і ст. 156 КК.

Інтелектуальне розбещення може полягати, наприклад, у цинічних розмовах з потерпілим на сексуальні теми, у розповіді відвертих, натуралістичних сексуальних історій, фотографуванні потерпілих у різних сексуальних позах, демонстрації порнографічних предметів або примушуванні до перегляду відповідної продукції, схиленні (у т. ч. з використанням мережі Інтернет) до вчинення сексуальних дій, у т. ч. щодо винуватого. Інтелектуальні розпусні дії можуть класифіковані на: вербальні – відверто цинічні розмови, анекдоти, по-

ради тощо; візуальні – демонстрація порнографічної книжкової, кіно-, фото- та відео продукції; аудіальні – прослуховування музичних носіїв натуралістичних сексуальних історій, пісень тощо.

За наявності підстав дії, що становлять собою інтелектуальне розбещення, потребують додаткової кваліфікації за ст. 301 КК, яка передбачає відповідальність, зокрема, за виготовлення, зберігання порнографічних предметів, їх розповсюдження серед неповнолітніх, примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, зображень або кіно- та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру.

Розпусні дії з потерпілою особою, вчинені безпосередньо перед зґвалтуванням, сексуальним насильством або статевими зносинами з особою, яка не досягла 16-річного віку, охоплюються відповідними частинами статей 152, 153, 155 КК, оскільки в подібних випадках розбещення неповнолітніх з урахуванням спрямованості умислу винуватого розглядається лише як етап у вчиненні інших статевих злочинів. Наявність істотного розриву в часі між розпусними діями і вчиненням стосовно однієї й тієї ж потерпілої особи іншого статевого злочину, що виключає переростання одного злочинного діяння в інше, означає, що вчинене треба кваліфікувати за сукупністю відповідних злочинів.

Якщо винуватий, маючи намір зґвалтувати неповнолітню особу або вчинити щодо неї сексуальне насильство, здійснив щодо неї розпусні дії, а закінчене зґвалтування або сексуальне насильство не вчинив з причин, не залежних від його волі, то скоєне потрібно кваліфікувати не за ст. 156, а за відповідними частинами ст. 15, ст. 152 (ст. 153) КК (конкуренція частини і цілого). Але якщо умисел вчинити зґвалтування або сексуальне насильство виник вже після закінчення розбещення потерпілої особи, то скоєне утворює реальну сукупність відповідних злочинів.

У разі, коли розбещення неповнолітнього передувало зґвалтуванню або сексуальному насильству, від доведення до кінця якого особа добровільно відмовилась, її дії за наявності підстав слід кваліфікувати за ст. 156 КК.

Розбещення неповнолітніх є *закінченим* злочином з моменту початку вчинення розпусних дій (формальний). Згода потерпілого на вчинення щодо нього таких дій, а так само результативність останніх на кваліфікацію за ст. 156 КК не впливають.

Диспозиція ч. 1 аналізованої статті КК не виключає насильницький характер розпусних дій. Розбещення неповнолітніх, яке поєднується з побоями і мордуваннями, заподіянням тілесних ушкоджень, погрозою вбивством, зараженням вірусом імунодефіциту людини або іншої невиліковної інфекційної хвороби, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ст. 156 КК і певною нормою про кримінальну відповідальність за злочин проти життя або здоров'я особи.

Розглядуваний злочин може утворювати сукупність і зі злочинами проти моральності, передбаченими ст. 301, ст. 302 або ст. 303 КК.

Суб'єктом злочину є осудна особа чоловічої або жіночої статі, яка досягла 16-річного віку.

КК варто змінити таким чином, щоб суб'єктом розбещення неповнолітніх виступала повнолітня особа (аргументи на користь такого вирішення питання викладались при аналізі ст. 155 КК).

У ст. 156 КК встановлено відповідальність за розпусні дії незалежно від їх гетеро- або гомосексуальної спрямованості, а тому винуватий і потерпілий можуть бути особами як однієї, так і різної статі.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом.

Особливості усвідомлення винуватою особою віку потерпілої особи розкривались при аналізі складу злочину «зґвалтування».

У разі помилки особи щодо віку потерпілого відповідальність за ст. 156 КК повинна виключатись.

Розпусні дії, карані за ст. 156 КК, зазвичай спрямовані на задоволення винуватим своєї статевої пристрасті, на збудження у неповнолітньої особи статевого інстинкту або його задоволення. Але мотиви цього злочину не впливають на його кваліфікацію. Розбещувач може керуватись не лише сексуальними, а й іншими спонуканнями (помста близьким, подальше втягнення у проституцію тощо).

Кваліфікуючими ознаками злочину (ч. 2 ст. 156 КК) є вчинення розпусних дій:

1) щодо малолітньої особи (нею є особа, якій на момент вчинення злочину не виповнилось 14 років);

2) членом сім'ї, близьким родичем або особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого чи піклування про нього (про таких осіб йшлося при розкритті кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 155 КК).

ДОДАТКИ

Кримінальний кодекс України (витяг)

Стаття 152. Зґвалтування

1. Вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням у тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета, без добровільної згоди потерпілої особи (зґвалтування), –

карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Зґвалтування, вчинене повторно або особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 153–155 цього Кодексу, або вчинення таких діянь щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, або щодо особи у зв'язку з виконанням цією особою службового, професійного чи громадського обов'язку, або щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

3. Зґвалтування, вчинене групою осіб, або зґвалтування неповнолітньої особи, –

карається позбавленням волі на строк від семи до двадцяти років.

4. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, незалежно від її добровільної згоди, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

5. Дії, передбачені частинами першою, другою, третьою або четвертою цієї статті, що спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

Примітка: Згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин.

(Стаття 152 в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII)

Стаття 153. Сексуальне насильство

1. Вчинення будь-яких насильницьких 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.

2. Сексуальне насильство, вчинене повторно або особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 152, 154, 155 цього Кодексу, або вчинення таких діянь щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, або щодо особи у зв'язку з виконанням цією особою службового, професійного або громадського обов'язку, або щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

3. Сексуальне насильство, вчинене групою осіб, або сексуальне насильство щодо неповнолітньої особи, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до семи років.

4. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, незалежно від її добровільної згоди, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

5. Дії, передбачені частинами першою, другою, третьою або четвертою цієї статті, що спричинили тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

(Стаття 153 в редакції Закону від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII)

Стаття 154. Примушування до вступу в статевий зв'язок

1. Примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців.

2. Примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з особою, від якої потерпіла особа матеріально або службово залежна, –

карається штрафом до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до двох років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, поєднані з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів, або з погрозою розголошення відомостей, що ганьблять її чи близьких родичів, –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

Стаття 154 зі змінами, внесеними згідно із Законом від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII)

Стаття 155. Статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку

1. Природні або неприродні статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку, вчинені повнолітньою особою, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені близькими родичами або членами сім'ї, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, або якщо вони спричинили безплідність чи інші тяжкі наслідки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

Примітка. У статтях 155, 156 цього Кодексу під близькими родичами або членами сім'ї слід розуміти осіб, визначених пунктом 1 частини першої статті 3 Кримінального процесуального кодексу України.

(Стаття 155 в редакції Закону від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII)

Стаття 156. Розбещення неповнолітніх

1. Вчинення розпусних дій щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені щодо малолітньої особи або вчинені членами сім'ї чи близькими родичами, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

(Стаття 155 зі змінами, внесеними згідно із законами від 25.09.2008 р. № 600-VI і від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII)

**Конвенція Ради Європи про захист дітей
від сексуальної експлуатації та сексуального насильства**
Ратифікована Законом України від 20 червня 2012 р.
(витяг)

Стаття 18. Сексуальне насильство

1. Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації такої умисної поведінки:

а) заняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку для заняття діяльністю сексуального характеру;

б) заняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, коли:

використовується примус, сила чи погрози або насильство здійснюється зі свідомим використанням довіри, авторитету чи впливу на дитину, зокрема в сім'ї, або насильство здійснюється в особливо вразливій для дитини ситуації, зокрема з причини розумової чи фізичної неспроможності або залежного становища.

2. Для цілей пункту 1 цієї статті кожна Сторона визначає вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною.

3. Дія положень підпункту «а» пункту 1 цієї статті не поширюється на врегулювання статевого стосунків між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою.

Стаття 22. Розбещення дітей

Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації умисного спонукання дитини, яка не досягла віку, передбаченого пунктом 2 статті 18 цієї Конвенції, спостерігати за сексуальним насильством або діяльністю сексуального характеру, навіть якщо вона не бере в цьому участі.

Стаття 23. Домагання дитини для сексуальних цілей

Кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації умисної пропозиції, зробленої дорослою людиною за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій, зустрітися з дитиною, яка не досягла віку, передбаченого пунктом 2 статті 18 цієї Конвенції, для скоєння проти неї одного з правопорушень, передбачених підпунктом «а» пункту 1 статті 18 або підпунктом «а» пункту 1 статті 20 цієї Конвенції, якщо після цієї пропозиції відбулись істотні дії, що призвели до такої зустрічі.

Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами³² (ВІТЯГ)

Стаття 36. Сексуальне насильство, у тому числі зґвалтування

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.

2. Згоду повинно бути надано добровільно як результат вільного волевиявлення особи, отриманого в контексті супутніх обставин.

³² На момент підготовки практичного poradника Україна не ратифікувала зазначену Конвенцію.

3. Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб положення пункту 1 також застосовувалися до актів, учинених проти колишніх чи теперішніх подружжів або партнерів, як це визнається національним законодавством.

Стаття 40. Сексуальне домагання

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.

ЗМІСТ

Список скорочень	3
Передмова.....	4
Зґвалтування	7
Сексуальне насильство	50
Примушування до вступу в статевий зв'язок	56
Статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку	68
Розбещення неповнолітніх	79
Додатки.....	85

Науково-практичне видання

ДУДОРОВ Олександр Олексійович

Злочини проти статевої свободи та статевої
недоторканості особи (основні положення
кримінально-правової характеристики)

Практичний порадник

За редакцією автора
Технічний редактор *А.С. Кудінов*
Комп'ютерне верстання *А.С. Кудінов*

Підписано до друку 04.06.2018.
Формат 60x84 1/16 Ум. друк. арк. 5,6.
Тираж 300 прим. Зам. № 0406-01.

Адреса редакції та видавця:
Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка,
вул. Донецька, 1, м. Северодонецьк, Луганська область, Україна, 93401;
тел. (06452) 9-07-77; адреса електронної пошти: oonr_lduvs@meta.ua;
сайт: <http://lduvs.edu.ua>

Виготовлено згідно з наданим оригінал-макетом:
Поліграфічне підприємство СПД Румянцева Г.В.
вул. Бузника 5/1, м. Миколаїв, 54038
Свідоцтво МК № 11 від 26.01.2007