

III. Наукознавчі та юридичні аспекти доктрини Особливої частини кримінального права



Олександр Дудоров

доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач науково-дослідної лабораторії з проблем
попередження, припинення та розслідування злочинів
територіальними органами Національної поліції України
Луганського державного університету
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка
(Северодонецьк, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4860-0681>
o.o.dudorov@gmail.com

Костянтин Задоя

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2362-7116>
kostyantyn.zadoya@gmail.com



УДК 343.541

КОНЦЕПТ “ВІК СЕКСУАЛЬНОЇ ЗГОДИ” ЗА МІЖНАРОДНИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ І КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. На криміналізацію діянь у сексуальній сфері впливає чимало факторів, серед яких – необхідність виконання державою взятих на себе міжнародно-правових зобов’язань. Останніми роками в європейському правовому просторі простежується тенденція до уніфікації законодавства в частині визначення підстав кримінальної відповідальності за правопорушення у вказаній сфері. Серйозне оновлення протягом 2017–2018 рр. розділу IV Особливої частини Кримінального кодексу України (КК України) стало результатом сприйняття вітчизняним законодавцем підходів, вироблених Радою Європи у межах Стамбульської та Лансаротської конвенцій.

Метою статті є критичне осмислення нинішнього стану реалізації в Україні конвенційного концепту “вік сексуальної згоди” та з’ясування перспектив цього критерію визначення меж злочинної поведінки у сексуальній сфері, зокрема, в контексті співвідношення положень зазначених конвенцій.

Доведено, що притаманний чинному КК України спосіб запровадження концепту “вік сексуальної згоди” характеризується низкою вад, серед них: 1) встановлена градація віку потерпілого хоч і дає змогу диференціювати кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо дітей, але зі ст. 18 Лансаротської конвенції не впливає; 2) оптимальність закріплення 14-річного віку у ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153 КК України не виглядає безспірною. Відсутність належного обґрунтування притаманна і 16-річному віковому критерію, який фігурує у ч. 1 ст. 155 КК України; 3) використання у ч. 1 ст. 155 КК України звороту “природні або неприродні статеві зносини” не лише порушує правило єдності законодавчої термінології в межах розділу IV Особливої частини КК України, а й не відповідає наскрізному конвенційному поняттю “діяльність сексуального характеру з дитиною”; 4) оновлену ст. 155 КК України всупереч думці розробників відповідного законопроекту немає підстав визнавати виконанням ст. 18 Лансаротської конвенції щодо встановлення “віку сексуальної згоди”. Оскільки попередня редакція ч. 1 ст. 155 КК України і чинна редакція цієї кримінально-правової норми описують різні типи поведінки, між ними відсутня правова наступність; 5) оновлені відповідно до Стамбульської конвенції статті 152 і 153 КК України, хоч і втілюють аналізований концепт, не беруть до уваги вимогу ч. 3 ст. 18 Лансаротської конвенції щодо впливу на кримінальну відповідальність за сексуальну діяльність різниці у віці учасників такої діяльності.

Встановлено, що основна тенденція у досліджуваній сфері, яка знайшла відображення у Стамбульській конвенції як більш сучасному порівняно з Лансаротською конвенцією документі, полягає в запровадженні кримінальної відповідальності за будь-яку сексуальну поведінку, здійснювану за відсутності добровільної згоди потерпілої особи. Це уможливорює висунення для фахового обговорення доктринального підходу, який полягає у відмові від прямого (текстуального) відображення у КК України концепту “вік сексуальної згоди”. Йдеться про те, що роль криміноутворювальної ознаки і в цьому разі відіграло не досягнення потерпілою особою певного віку, визначеного у законодавчому порядку, а відсутність добровільної згоди потерпілої особи, як це і притаманно сексуальному насильству у сенсі Стамбульської конвенції. Показано, що це дало б змогу, крім іншого, врахувати традиційну для вітчизняної судової практики і засновану на використанні поняття психічної безпорадності юридичну оцінку статевого акту з малолітньою особою та іншого сексуального проникнення в тіло такого потерпілого.

Ключові слова: Стамбульська конвенція; Лансаротська конвенція; вік; добровільна згода; сексуальне насильство; безпорадний стан; малолітня особа; дитина.

Закріплена у кримінальному законодавстві тієї чи іншої країни система норм про відповідальність за вчинення злочинів у сексуальній сфері, маючи історично мінливий характер, визначається багатьма факторами, зокрема: усталеним у конкретному суспільстві укладом статевих відносин, динамікою і поширеністю певних актів поведінки, громадською думкою, існуючими традиціями і проголошеними пріоритетами правової охорони, зумовленими цивілізаційними і релігійними чинниками. На криміналізацію таких діянь впливає, серед іншого, необхідність

виконання державою взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань. Так, серйозне оновлення протягом 2017–2018 рр. розділу IV Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України)¹ “Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи” та, як наслідок, істотна зміна меж злочинної поведінки стали результатом сприйняття вітчизняним законодавцем підходів, вироблених Радою Європи. Як зазначають Ю. Баулін і Л. Дорош, інтеграція України в європейський простір можлива лише за умови плідної співпраці з Радою Європи у сфері реформування законодавства, зокрема й кримінального, у повній відповідності до європейських стандартів, що актуалізує розроблення механізму гармонізації національного та європейського права у сфері боротьби зі злочинністю².

З урахуванням притаманних сучасному суспільству глобалізаційних та інтеграційних тенденцій розвитку, Україна не може не зважати на ту обставину, що останніми роками в європейському правовому просторі простежується тенденція до уніфікації законодавства в частині визначення підстав кримінальної відповідальності за правопорушення у сексуальній сфері. З цією метою ухвалено декілька міжнародно-правових актів, покликаних виробити мінімальні стандарти захисту особи від посягань у вказаній сфері. Передусім ідеться про Конвенцію Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами 2011 р. (далі – Стамбульська конвенція)³ і Конвенцію Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства 2007 р. (далі – Лансаротська конвенція)⁴. Щоправда, не всі країни поспішають запроваджувати відповідні стандарти в національне законодавство, а інші роблять це в неоднаковий спосіб: хтось запозичує (майже дослівно) конвенційні формулювання; законодавці ж інших країн, ставлячись до оптимізації кола і змісту кримінально-правових заборон щодо секс-деліктів відповідальніше та беручи до уваги особливості національних правових систем, підходять до сприйняття загальноєвропейських підходів більш виважено і творчо.

Захист дітей як найбільш вразливих членів суспільства від сексуальних зловживань (експлуатації, насильства, розбещень тощо) є одним із пріоритетних завдань Української держави. Всебічне забезпечення

www.pravoua.com.ua

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> (дата звернення: 31.01.2019).

² В Борисов та В Зеленецький (ред), *Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: монографія* (Право 2011) 65–7.

³ Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами: проект Закону України від 14 листопада 2016 р. № 0119 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60492> (дата звернення: 31.01.2019).

⁴ Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 25 жовтня 2007 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_927> (дата звернення: 31.01.2019).

(зокрема й кримінально-правовими засобами) статевої недоторканності особи справедливо вважається виміром цивілізаційної зрілості суспільства, його здатності створити умови для гармонійного розвитку підростаючого покоління. Злочини проти статевої недоторканності дітей не лише завдають шкоди їх належному фізичному, психічному і моральному розвитку, а й руйнують сімейні цінності та основоположні засади життєдіяльності суспільства, погіршують стан репродуктивного здоров'я нації тощо.

Частини четверті статей 152 і 153 КК України, викладених у редакції Закону України “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами” (далі – Закон № 2227-VIII)⁵, передбачаючи відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо особи, яка не досягла 14 років, незалежно від її добровільної згоди, означають втілення у правову систему України європейського концепту “вік сексуальної згоди”, у межах якого виключається виправдовування винуватим своїх дій із посиланням на згоду потерпілої особи, яка не досягла певного віку. Щоправда, те саме можна сказати про викладену в редакції Закону України “Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації” (далі – Закон № 2334-VIII)⁶ ст. 155 КК України, в якій своєрідним критерієм (показником) статевої недоторканності особи визначений вже не 14-річний, а 16-річний вік. При цьому, якщо Закон № 2227-VIII був прийнятий із метою імплементації Стамбульської конвенції, в якій проблема “віку сексуальної згоди” прямого (текстуального) відображення не знайшла, то ухвалення Закону № 2334-VIII видавалося за виконання Лансаротської конвенції, п. а) ч. 1 ст. 18 якої зобов'язує країни-учасниці визначити вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною.

Метою дослідження є як критичне осмислення сьогоденного стану реалізації в Україні конвенційного концепту “вік сексуальної згоди”, так і з'ясування перспектив цього критерію визначення меж злочинної поведінки у сексуальній сфері, зокрема, в контексті співвідношення положень Лансаротської і Стамбульської конвенцій.

⁵ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами: Закон України від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII. *Голос України*. 2018. № 6. С. 3.

⁶ Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації: Закон України від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 17. Ст. 150.

Розпочати наше дослідження вважаємо за доцільне зі стислого висвітлення міжнародно-правового аспекту проблеми, яка розглядається.

Нині “вік сексуальної згоди” прямо згадується не лише в Лансаротській конвенції, а й у Директиві Європейського Парламенту і Ради 2011/93/ЄС від 13 грудня 2011 р. про боротьбу з сексуальним насильством та сексуальною експлуатацією дітей і дитячою порнографією та про заміну Рамкового рішення Ради 2004/68/ЮВС⁷. Причому, якщо термінологія Директиви не залишає місця для сумнівів, бо в ній вживається зворот “*age of sexual consent*”, то ст. 18 Лансаротської конвенції створює умови для різночитань, адже використане у ній формулювання “*age below which it is prohibited to engage in sexual activities with a child*”, в якому превалює нормативний чинник, не пояснює причину, через яку забороняється зайняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, котра не досягла певного віку.

Утім, низка офіційних документів недвозначно засвідчує, що такою причиною є нездатність дитини висловити згоду стосовно вчинюваних щодо неї дій. Так, у 1-му Імплементативному звіті Комітету держав – учасниць Лансаротської конвенції “Захист дітей від сексуальних зловживань у колі довіри: загальні рамки”⁸ поняття “вік сексуальної згоди” використовується у такому контексті, який не залишає сумнівів стосовно того, що і це поняття, і вжите в п. а) ч. 1 ст. 18 Лансаротської конвенції поняття “вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною” мають тотожний зміст. Такий саме висновок впливає й із Термінологічних орієнтирів для захисту дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (так званих Люксембурзьких орієнтирів), укладених 28 січня 2016 р. Міжвідомчою робочою групою з питань сексуальної експлуатації дітей (група складалася із представників понад 15 міжнародних організацій та агенцій, включаючи органи та установи Організації Об’єднаних Націй (далі – ООН), Ради Європи, Інтерпол). Узагальнений правовий зміст аналізованого поняття добре передають саме “Люксембурзькі орієнтири”, де зазначено:

Для того щоб уникнути непорозумінь та сірих зон у праві, усім повинно бути зрозуміло, що передбачений законом “вік сексуальної згоди” означає те, що залучення дитини, яка не досягла цього віку, до діяльності

⁷ Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0093&from=EN>> (accessed: 31.01.2019).

⁸ 1st implementation report. Protection of children against sexual abuse in the circle of trust: The framework. Adopted by the Lanzarote Committee on 4 December 2015 <<https://rm.coe.int/1st-implementation-report-protection-of-children-against-sexual-abuse-/16808ae53f>> (accessed: 31.01.2019).

сексуального характеру заборонене за будь-яких умов, і що згода такої дитини є юридично нікчемною⁹.

Ідеться, таким чином, про вік, починаючи з якого людина вважається здатною дати усвідомлену згоду на сексуальне спілкування з іншою особою.

Ще один важливий для правильного розуміння феномена “вік сексуальної згоди” аспект полягає у тому, що він втрачає своє правове значення у випадках, коли йдеться не просто про вчинення щодо дитини дій сексуального характеру, а про її сексуальну експлуатацію. На особливу увагу у зв’язку з цим заслуговує одне з рішень Європейського комітету з соціальних прав, в якому зазначається, що зі ст. 7(10) Європейської соціальної хартії 1996 р. (остання вимагає забезпечити особливий захист дітей та підлітків від фізичних і моральних ризиків, на які вони наражаються, і, зокрема, від тих ризиків, що безпосередньо або опосередковано пов’язані з виконуваною ними роботою) впливає позитивно зобов’язання держав – учасниць Хартії криміналізувати сексуальну експлуатацію дітей. Причому криміналізації підлягає будь-яка сексуальна експлуатація дітей віком до 18 років незалежно від встановлення у національному законодавстві більш низького “віку сексуальної згоди”¹⁰.

Отже, законодавчу оптимізацію “віку сексуальної згоди” за будь-якого варіанта розв’язання цієї проблеми не слід пов’язувати з тематикою сексуальної експлуатації дітей.

Частина 2 ст. 18 Лансаротської конвенції залишає на розсуд держав-учасниць питання, до якого віку забороняється залучення дитини до діяльності сексуального характеру. Обґрунтування цього рішення слід шукати в плюралізмі культурних традицій і моральних орієнтирів, притаманних різним суспільствам. Водночас зрозуміло, що передбачена КК України градація віку потерпілого, хоч і дає змогу диференціювати кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо дітей, зі ст. 18 Лансаротської конвенції не впливає.

Навіть якщо зважати на те, що впровадження у нашу правову систему концепту “вік сексуальної згоди” мало відбутися (передусім чи тільки) за допомогою внесення змін до статей 152, 153 КК України, що й було зроблено на підставі Закону № 2227-VIII, а не до ст. 155 КК України, уточненої Законом № 2334-VIII, оптимальність закріплення у цьому разі 14-річного

⁹ Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse Adopted by the Interagency Working Group in Luxembourg, 28 January 2016 <<http://luxembourgguidelines.org/english-version>> (accessed: 31.01.2019).

¹⁰ European Committee of Social Rights. Decision on the merits: Federation of Catholic Family Associations in Europe (FAFCE) v. Ireland, complaint No. 89/2013, 12 September 2014 <<http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-89-2013-dmerits-en>> (accessed: 31.01.2019).

віку не виглядає безспірною. Маємо на увазі, зокрема, такі обставини, як інформаційний бум, лібералізація статевої моралі, акселерація, передчасний психосексуальний розвиток сьгоднішніх підлітків, різке падіння вікових меж початку сексуального життя. При цьому у пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон № 2227-VIII, відсутнє належне (та й будь-яке) обґрунтування доречності встановленого 14-річного вікового критерію. Не буде зайвим нагадати, що стосовно попередніх редакцій відповідних кримінально-правових заборон фахівці відзначали, що вік, із досягненням якого особа починає розуміти справжнє значення вчинюваних із нею дій сексуального характеру, – вельми індивідуальна матерія; при цьому віком, недосягнення якого дозволяло констатувати безпорадний стан малолітньої особи, тривалий час називався 10-, 11- або 12-річний вік¹¹. Розвиваючи думку про сумнівність (або принаймні неоптимальність) законодавчого рішення закріпити “вік сексуальної згоди” на рівні 14 років, нагадаємо, що у вітчизняній доктрині свого часу пропонувалося включити до ст. 155 КК України норму, згідно з якою не може вважатися добровільним статевий акт у природній або неприродній формі з особою, яка не досягла 11-річного віку. Ця пропозиція переконливо аргументувалася, зокрема, за допомогою здобутків новітніх досліджень дитячої психології та ранньої сексопатології¹².

Сьогодні ми не готові назвати конкретний “вік сексуальної згоди”, який вважаємо таким, що потребує закріплення у вдосконаленому КК України, однак безспірним для нас є те, що для уникнення довільності при встановленні (точніше заміні) цього критерію визначення меж злочинної поведінки у сексуальній сфері не обійтися без проведення серйозних міждисциплінарних досліджень за участю, зокрема, кримінологів, соціологів, судових медиків, дитячих психологів і сексологів. Інший шлях розв’язання цієї чутливої і багатоаспектної проблеми вважаємо категорично неприйнятним.

Відзначимо, що конвенційний концепт “вік сексуальної згоди” не може вважатися принципово новим явищем для українського кримінального права. Видається, що не буде помилкою проведення аналогії між таким концептом і багаторічними уявленнями судової практики про те, що малолітній вік потерпілої особи, через який вона не усвідомлює змісту вчинюваної щодо неї сексуальної діяльності, може бути показником безпорадного стану; це давало змогу визнавати дії сексуального характеру щодо такої дитини зґвалтуванням або насильницьким задоволенням

¹¹ О Дудоров, *Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та недоторканості особи: науково-практичний посібник* (РВВ ЛДУВС ім Е О Дідоренка 2011) 113–7.

¹² С Чмут, *Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості* (дис канд юрид наук, 2010) 59–60, 89–90, 106–8, 188.

статевої пристрасті неприродним способом. Питання про перебування у безпорадному стані осіб віком від 11 (12) до 14 років розв’язувалося на практиці з урахуванням висновку судової експертизи. Наявність безпорадного стану у неповнолітніх потерпілих від зґвалтування пов’язувалося фахівцями з недостатністю знань, досвіду, незрілістю особистості, індивідуально-психологічними особливостями (невисокий інтелект, емоційна нестійкість, ригідність психічних процесів), виникненням особливих емоційних станів (афект, стрес тощо)¹³, тобто фактично з тими чинниками, з якими Лансаротська конвенція та “обслуговуючі” її документи пов’язують встановлення “віку сексуальної згоди”.

Зайвим підтвердженням недостатньої професійності вітчизняних парламентарів при розв’язанні складних кримінально-правових проблем стало прийняття Закону № 2334-VIII, а точніше відсутність навіть спроби узгодити його зміст із положеннями Закону № 2227-VIII. У пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон № 2334-VIII, заміна статево незрілого стану на віковий критерій у ст. 155 КК України подавалася, серед іншого, як виконання Україною ст. 18 Лансаротської конвенції, а також рекомендацій Комітету ООН з прав дитини щодо встановлення “чіткого мінімального віку статевого повноліття”. При цьому у вказаному супровідному документі не містилося: а) згадування про те, що проблему запровадження “віку сексуальної згоди” розв’язано (принаймні частково) шляхом включення у статті 152, 153 КК України, оновлені на підставі Закону № 2227-VIII, частин четвертих, присвячених, відповідно, зґвалтуванню і сексуальному насильству щодо малолітньої особи; б) обґрунтування того, чому “мінімальний вік статевого повноліття” повинен становити саме 16 років.

Використання у чинній редакції ч. 1 ст. 155 КК України звороту “природні або неприродні статеві зносини” не лише порушує правило єдності законодавчої термінології у межах розділу IV Особливої частини КК України, а й не відповідає наскрізному поняттю “діяльність сексуального характеру з дитиною”, яким оперує Лансаротська конвенція.

Зазначимо, що викладення ст. 155 КК України у редакції Закону № 2334-VIII, на нашу думку, немає достатніх підстав визнавати виконанням ст. 18 Лансаротської конвенції, хоч саме на цьому наголошували автори відповідного законопроекту. Річ у тім, що конвенційне поняття “вік сексуальної згоди” принципово відрізняється від поняття “статева зрілість”, яким оперувала попередня редакція ст. 155 КК України. Аспекти, які враховувалися при вирішенні питання, чи досягла особа статевої

¹³ О Ситковская, Уголовный кодекс Российской Федерации: психологический комментарий (Волтерс Клувер 2009) 153.

Олександр Дудоров, Костянтин Задоя

зрілості, мають суто фізіологічний характер та не пов'язані із психічною спроможністю неповнолітньої особи давати згоду на участь у діяльності сексуального характеру. Тобто поняття статевої зрілості пов'язується з особливостями фізіологічного розвитку людини, а не з особливостями її психічного розвитку, що має на увазі поняття “вік сексуальної згоди”. При цьому ст. 18 Лансаротської конвенції вимагає криміналізувати зайняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку, оскільки (нами це встановлено вище) подібна діяльність вважається (презюмується) такою, що здійснюється без згоди дитини через її вік, а не з міркувань турботи про фізіологічний аспект статевого здоров'я неповнолітнього, з чого виходила попередня редакція ст. 155 КК України.

З'ясована відмінність, на жаль, не була врахована при прийнятті Закону № 2334-VIII. Тому й не дивно, що здійснена на його підставі зміна описання потерпілого від злочину, передбаченого ст. 155 КК України, не дістала одностайної підтримки фахівців. Зокрема, працівники Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України, виступаючи проти відмови від статево незрілого стану і зміни пріоритетів кримінально-правової охорони, у висновку на відповідний законопроект зазначили:

Основне призначення ст. 155 КК України вбачається у запобіганні шкоди для здоров'я неповнолітнього, яка може настати внаслідок початку статевих зносин до досягнення статевої зрілості. Недоцільним визнавалось встановлення кримінальної відповідальності за добровільні статеві зносини у тих випадках, коли загроза настання такої шкоди відсутня. Тому парламентські експерти висловили 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 України. Ознакою складу цього злочину повинен і надалі виступати біологічний стан (статева зрілість), а не певний вік потерпілої особи¹⁴.

Доцільність декриміналізації статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, заперечувалась, як бачимо, вельми переконливо. Статеві зносини зі статево зрілою особою (навіть тією, якій ще не виповнилось 16 років), не завдають шкоди формуванню здорової повно-

www.pravoua.com.ua

¹⁴ Висновок на проект Закону України “Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації” (реєстр. № 2016 від 3.03.2015 р.) <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53813> (дата звернення: 31.01.2019).

цінної людини, а отже, навряд чи є суспільно небезпечними, що оновлена ст. 155 КК України не бере до уваги.

Якщо суб'єктами законодавчої ініціативи встановлення заборони вступати в статеві зносини з неповнолітніми до 16-річного віку мислилось як конкретизація заборони вступати в статеві зносини з особами, які через свій вік не є статевозрілими, то з набранням чинності Законом № 2334-VIII відбулася насправді не конкретизація наявної кримінально-правової заборони, а заміна останньої новою заборonoю з інакшою сферою дії. Оскільки попередня редакція ч. 1 ст. 155 КК України і чинна редакція цієї кримінально-правової норми *de facto* описують різні типи поведінки, між ними відсутня правова наступність.

De lege ferenda кримінально-правова заборона вчинення дій сексуального характеру за участю особи, яка не досягла “віку сексуальної згоди”, могла б співіснувати з кримінально-правовою заборonoю вчинення дій сексуального характеру зі статево незрілою особою, адже це забезпечувало б кращу (більш повну, комплексну) охорону статевої недоторканності дітей. На нашу думку, ідея повернення в КК України поняття статево незрілого стану потребує фахового обговорення.

Застосовуючи ст. 155 чинного КК України, слід враховувати, що вона перебуває у колізії з ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153 КК України (у частині поєднаних із добровільною згодою дій сексуального характеру, вчинених повнолітньою особою). Системне тлумачення положень КК України, який фактично закріплює два “віки сексуальної згоди”, врахування різниці в шкоді, заподіюваній малолітнім та особам, яким не виповнилося 16 років, унаслідок передчасного сексуального спілкування, дає змогу зробити висновок про те, що вчинення відповідних дій стосовно малолітньої потерпілої особи потребує кваліфікації за ч. 4 ст. 152 або ч. 4 ст. 153 КК України. Отже, потерпілим від злочину, передбаченого ст. 155 КК України, є лише та особа, якій вже виповнилося 14 років, але яка ще не досягла 16-річного віку. При цьому караність злочинів, передбачених, з одного боку, у ч. 4 ст. 152 та 4 ст. 153 КК України, а з другого – у ст. 155 КК України, істотно різниться.

Вітчизняні прибічники аналізованого концепту наголошують на тому, що законодавче запровадження “віку сексуальної згоди” покликане допомогти дітям відчутти себе у безпеці, діяти у власній зоні комфорту, спонукати дорослих утримуватися від сексуальних контактів із дітьми. Зазначається, зокрема:

Законодавство про “вік сексуальної згоди” не позбавляє молодь права отримувати сексуальний досвід, а обмежує право дорослих посягати на сексуальну недоторканність дітей. Покарання передбачено не для дити-

ни, а для дорослого, тобто закон захищає дітей від зловживань з боку дорослих¹⁵.

Але ж за вчинення зґвалтування і сексуального насильства, зокрема й у випадках, коли потерпілими від цих злочинів стають малолітні, кримінальну відповідальність наразі можуть нести особи, яким виповнилося 14 років (ч. 2 ст. 22 КК України), тобто явно і не дорослі суб'єкти. Причому, якщо при викладенні ч. 1 ст. 155 КК України у редакції Закону № 2334-VIII вимога ч. 3 ст. 18 Лансаротської конвенції (дія положень пп. “а” п. 1 цієї статті не поширюється на врегулювання статевих стосунків між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою) була взята до уваги, то при ухваленні Закону № 2227-VIII цей важливий нюанс (тобто вплив на кримінальну відповідальність за сексуальну діяльність різниці у віці учасників такої діяльності) був проігнорований. Це й не дивно, бо розроблення і прийняття вказаного Закону підпорядковувалося Стамбульській конвенції як інструменту протидії сексуальному насильству, а не Лансаротській конвенції з її місією захисту дітей від сексуальних зловживань.

Якщо керуватися тезою про автономність (альтернативність) ознак “недосягнення віку сексуальної згоди” та “відсутність добровільної згоди” як криміноутворювальних (а така теза впливає, серед іншого, з розрізнення підходів, відображених у Лансаротській і Стамбульській конвенціях), то треба визначитися, де саме та яким чином має фіксуватися “вік сексуальної згоди”. Як варіант розділ IV Особливої частини КК України міг би бути доповнений окремою відповідною статтею. Причому така самостійна кримінально-правова заборона, присвячена вчиненню дій сексуального характеру за участю осіб, які не досягли “віку сексуальної згоди”, мала б охоплювати не лише дії винуватого (тобто його активну поведінку щодо потерпілого), а й надання винуватим згоди потерпілій дитині вчиняти щодо себе дії сексуального характеру, примушування дитини до вчинення дій сексуального характеру з третьою особою. Зазначена заборона фіксувала б і конкретний “вік сексуальної згоди”, визначений за результатами міждисциплінарних досліджень.

Вада цього варіанта, незважаючи на його узгодженість із традиціями національного кримінального законодавства, вбачається у тому, що він іде врозріз з ідеєю Стамбульської конвенції про універсальну роль в унормуванні меж кримінально караної поведінки у сексуальній сфері такого чинника, як відсутність добровільної згоди на вчинення дій сексу-

¹⁵ О Зайцева, ‘Вік сексуальної згоди: кого і від чого захищаємо’ (Гендер в деталях, 21.02.2018) <<https://genderindetail.org.ua/season-topic/seksualnist/vik-sexualnoi-zgodi-kogo-i-vid-chogo-zahischaemo-134383.html>> (дата звернення: 31.01.2019).

ального характеру. При цьому аналіз Стамбульської конвенції свідчить про намагання європейського співтовариства виробити і втілити в життя уніфіковані стандарти, за якими має визначатися злочинність поведінки у досліджуваній сфері.

За таких обставин питання про кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру за участю дітей пропонується вирішувати через призму універсального конвенційного поняття добровільної згоди шляхом оцінки фактичних обставин у конкретному кримінальному провадженні, тобто у межах уточнених статей 152, 153 КК України, присвячених сексуальному насильству. Йдеться, таким чином, про те, що малолітній вік особи як показник її психічної безпорадності виступатиме одним із чинників, що виключає вільне волевиявлення особи на вчинення дій сексуального характеру, а отже, добровільність згоди.

Висновки. Передбачений Законом № 2227-VIII і Законом № 2334-VIII спосіб запровадження у КК України конвенційного концепту “вік сексуальної згоди” характеризується низкою вад, здебільшого висвітлених вище.

Основна тенденція у досліджуваній сфері, яка знайшла відображення у Стамбульській конвенції та до якої долучаються все більше європейських країн, полягає в запровадженні кримінальної відповідальності за будь-яку сексуальну поведінку, здійснювану за відсутності добровільної згоди потерпілої особи. Це схиляє до думки про перспективність доктринального підходу, який, ґрунтуючись на пріоритеті Стамбульської конвенції як більш сучасного порівняно з Лансаротською конвенцією документа і на традиційній для вітчизняної судової практики позиції, полягає у відмові від прямого (текстуального) відображення у КК України концепту “вік сексуальної згоди”. Ідеться, таким чином, про те, що роль криміноутворювальної ознаки і в цьому разі відіграватиме не досягнення потерпілою особою певного віку, визначеного у законодавчому порядку, а відсутність добровільної згоди потерпілої особи, як це і притаманно сексуальному насильству у сенсі Стамбульської конвенції.

Зрозуміло й те, що для усунення вад, притаманних чинному КК України у частині відповідальності за статеві злочини (а це неможливо зробити якісно без створення доктринальної моделі системи кримінально-правових заборон, присвячених злочинам у сфері сексуальних відносин), доцільно сформувати робочу групу із залученням представників суддівського корпусу, правоохоронних органів і фахівців у сфері кримінального права з числа наукових і науково-педагогічних співробітників.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Dudorov O, *Kryminalno-pravova kharakterystyka zlochniv proty statevoi svobody ta nedotorkanosti osoby: naukovo-praktychnyi posibnyk [Criminal-Law Characterization of Crimes Against Sexual Freedom and Inviolability of a Person: Scientific and Practical Guide]* (RVV LDUVS im E O Didorenka 2011) (in Ukrainian).
2. Sitkovskaja O, *Ugolovnyj kodeks Rossijskoj Federacii: psihologicheskij kommentarij [Criminal Code of the Russian Federation: Psychological Commentary]* (Volters Kluver 2009) (in Russian).

Edited books

3. Borysov V ta Zelenetskyi V (red), *Teoretychni osnovy zabezpechennia yakosti kryminalnoho zakonodavstva ta pravozastosovnoi diialnosti u sferi borotby zi zlochynnistiu v Ukraini: monohrafiia [Theoretical Fundamentals for Ensuring the Quality of Criminal Legislation and Law Application Activity in the Area of Combating Crime in Ukraine: Monograph]* (Pravo 2011) (in Ukrainian).

Dissertations

4. Chmut S, 'Kryminalna vidpovidalnist za statevi znosyny z osoboju, yaka ne dosiahla statevoi zrilosti' ['Criminal Liability for Sexual Intercourse with a Person Who Has Not Reached Puberty'] (dys kand yuryd nauk, 2010) (in Ukrainian).

Websites

5. Zaitseva O, 'Vik seksualnoi zghody: koho i vid choho zakhyshchajemo' ['Age of Sexual Consent: Who and Against What We Protect'] (*Hender v detaliakh*, 21.02.2018) <<https://genderindetail.org.ua/season-topic/seksualnist/vik-seksualnoi-zgodi-kogo-i-vid-chogo-zahischaemo-134383.html>> (accessed: 31.01.2019) (in Ukrainian).

Oleksandr Dudorov
Kostiantyn Zadoia

THE CONCEPT OF “AGE OF SEXUAL CONSENT” IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND CRIMINAL LAW OF UKRAINE

ABSTRACT. Criminalization of acts related to human sexual activity is influenced by many factors including those which require that the State comply with the international legal obligations assumed. In recent years, there has been a trend in the European legal space towards unification of legislation with regard to determining the causes for criminal liability for crimes in this area. The approaches developed by the Council of Europe within the Istanbul and Lanzarote conventions have been perceived by the national legislator, and this resulted in a major update of Section IV in the Special Part of the Criminal Code of Ukraine (Ukraine's CC) in 2017–2018.

The article is focused on critical reflections on how the Convention's concept of “age of sexual consent” is implemented in Ukraine today, and aims at clarifying the prospects

of this criterion for determining the boundaries of criminal behavior in the area of sexual activity, particularly, in the context of how the provisions of the mentioned conventions correlate.

It is proven that the method introducing the “age of sexual consent” concept which is inherent in the current Ukraine’s CC is characterized by a number of drawbacks, among them: 1) although the established gradation of victim’s age allows differentiating criminal liability for acts of sexual nature committed with regard to children, it does not stem from article 18 of the Lanzarote Convention; 2) the age of 14 prescribed by part 4, article 152 and part 4, article 153 of Ukraine’s CC does not look indisputably optimal. The 16-year-old age criterion, which appears in part 1, article 155 of Ukraine’s CC, also lacks proper substantiation; 3) the use of the term “natural or unnatural sexual intercourse” in part 1, article 155 of Ukraine’s CC not only breaches the rule of unity of legal terminology within section IV of the Special Part of Ukraine’s CC, but is also inconsistent with the Convention’s cross-cutting concept “sexual activities with a child”; 4) contrary to the opinion of developers of the respective bill, there is no reason to believe that the updated article 155 of Ukraine’s CC ensures implementation of article 18 of the Lanzarote Convention on the establishment of “the age of sexual consent”. Since the previous version of part 1, article 155 of Ukraine’s CC and the current version of this criminal law provision describe different types of behavior, there is no legal continuity between them; 5) although articles 152 and 153 of Ukraine’s CC, which have been updated according to the Istanbul Convention, embody the analyzed concept, they take no account of the requirement of part 3, article 18 of the Lanzarote Convention regarding the impact on criminal liability for sexual activity of the difference in age of participants in such activities.

It is established that according to the main trend observed in the area under study, which has been reflected in the Istanbul Convention as a more modern document as compared with the Lanzarote Convention, criminal liability is imposed for any sexual behavior in the absence of the victim’s voluntary consent. This makes it possible to put forward a doctrinal approach for professional discussion – the approach which consists in abandoning a direct (textual) reflection of the “age of sexual consent” concept in Ukraine’s CC. The point is that in this case the sense of the criminality-forming indicium is not that the victim is under a certain age determined by law, but that the victim’s voluntary consent is lacking, as is typical of sexual abuse in the meaning of the Istanbul Convention. The author shows that this would allow, inter alia, taking into account the legal assessment of sexual intercourse with a minor and other sexual penetration into the body of such a victim, which is traditional for the national judicial practice and is based on the use of the concept of mental helplessness.

KEYWORDS: Istanbul Convention; Lanzarote Convention; age; voluntary consent; sexual abuse; helpless state; minor person; child.