



*Дудоров О. О.,
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
ORCID ID: 0000-0003-4860-0681*



*Задоя К. П.,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри
кримінального права та кримінології Київського
національного університету імені Тараса Шевченка
ORCID ID: 0000-0003-2362-7116*

УДК 343.541

КОНВЕНЦІЙНИЙ КОНЦЕПТ «ВІК СЕКСУАЛЬНОЇ ЗГОДИ» У КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ

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 стало результатом прийняття вітчизняним законодавцем підходів, вироблених Радою Європи у межах Стамбульської та Лансаротської конвенцій.

Метою дослідження є критичне осмислення сучасного 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 згаданих конвенцій.

Доведено, що притаманний чинному КК спосіб запровадження концепту «вік сексуальної згоди» характеризується низкою вад. Серед них: 1) встановлена градація віку потерпілого, хоча і дозволяє диференціювати кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо дітей, зі ст. 18 Лансаротської конвенції не впливає; 2) оптимальність закріплення 14-річного віку у частинах 4 ст. 152, ст. 153 КК не виглядає безспірною. Відсут-

ність належного обґрунтування притаманна і 16-річному віковому критерію, який фігурує у ч. 1 ст. 155 КК; 3) використання в ч. 1 ст. 155 КК звороту «природні або неприродні статеві зносини» не лише порушує правило єдності законодавчої термінології в межах розділу IV Особливої частини КК, а й не відповідає наскрізному конвенційному поняттю «діяльність сексуального характеру з дитиною»; 4) оновлену ст. 155 КК усупереч 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 і чинна редакція цієї кримінально-правової норми описують різні типи поведінки, між ними відсутня правова наступність; 5) оновлені відповідно до Стамбульської конвенції ст. 152 і ст. 153 КК, хоча 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 в 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 уможлиблює висування для фахового обговорення доктринального підходу, який полягає у відмові від прямого (текстуального) відображення у КК концепту «вік сексуальної згоди». Йдеться про те, що роль криміноутворювальної ознаки і в цьому разі відіграло не недосягнення 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 дозволило б, 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.

Постановка проблеми. Закріплена у кримінальному законодавстві 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 поширенням 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)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 (далі – РЄ). Як зазначають Ю. Баулін і Л. Дорош, інтеграція України в європейський простір можлива лише за умови плідної співпраці з РЄ у сфері реформування законодавства, в тому числі кримінального, у повній відповідності з європейськими стандартами, 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

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> дата звернення 31.01.2019.

² В Борисов та інші, *Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: монографія* (Право 2011) 341.

останніми роками в європейському правовому просторі простежується тенденція до уніфікації законодавства в частині визначення підстав кримінальної відповідальності за правопорушення в сексуальній сфері. З цією метою ухвалено кілька міжнародно-правових актів, покликаних виробити мінімальні стандарти захисту особи від посягань у вказаній сфері. Передусім йдеться про Конвенцію РЄ про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами 2011 р. (далі – Стамбульська конвенція)¹ і Конвенцію РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства 2007 р. (далі – Лансаротська конвенція)². 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 уразливих членів суспільства від сексуальних зловживань (експлуатації, насильства, розбещень тощо) є одним із пріоритетних завдань Української держави. Всебічне забезпечення (у тому числі кримінально-правовими засобами) статевої недоторканності особи справедливо вважається виміром цивілізаційної зрілості суспільства, його здатності створити

умови для гармонійного розвитку підрастаючого 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, викладених у редакції Закону України 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»³ (далі – Закон від 6 грудня 2017 р.), передбачаючи відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти 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 від 14 березня 2018 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації»⁴ (далі – Закон від 14 березня 2018 р.) ст. 155 КК, в якій своєрідним критерієм (показником) статевої недоторканності особи визначений вже не 14-річний, а 16-річний вік. При цьому якщо Закон від 6 грудня 2017 р. був при-

¹ Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. Офіційний переклад <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60492> дата звернення 31.01.2019.

² Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства. Ратифікована Законом України від 20 червня 2012 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_927> дата звернення 31.01.2019.

³ 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 (2018) 6 *Голос України* 3.

⁴ 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 (2018) 17 *Відомості Верховної Ради України* Ст 150.

йнятий з метою імплементації Стамбульської конвенції, в якій проблема «віку сексуальної згоди» прямого (текстуального) відображення не знайшла, то ухвалення Закону від 14 березня 2018 р. видавалось за виконання Лансаротської конвенції, пункт а) ч. 1 ст. 18 якої зобов'язує країни-учасниці визначити вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною.

Метою статті є як критичне осмислення сучасного 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.

Виклад основного матеріалу. Розпочати дослідження вважаємо за доцільне зі стислого висвітлення міжнародно-правового аспекту розглядуваної проблеми.

«Вік сексуальної згоди» 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 та дитячою порнографією та про заміну Рамкового рішення Ради 2004/68/ЮВС¹. 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»² поняття «вік сексуальної згоди» вживається 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 з представників понад 15 міжнародних організацій та агенцій, включаючи органи та установи ООН, РС, Інтерпол). Узагальнений правовий зміст аналізованого поняття добре передають саме «Люксембурзькі орієнтири», де зазначено таке: «Для того, щоб уникнути непорозуміння 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 сексуального характеру заборонене за будь-яких умов, і що згода такої дитини є юридично нікчемною»³.

¹ 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>> дата звернення 31.01.2019.

² 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>> дата звернення 31.01.2019.

³ 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>> дата звернення 31.01.2019.

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

Ще один важливий для правильно-го розуміння феномену «вік сексуальної згоди» аспект полягає в 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 статті 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 позитивне зобов'язання держав-учасниць Хартії криміналізувати сексуальну експлуатацію дітей. Причому криміналізації підлягає будь-яка сексуальна експлуатація дітей віком до 18 років незалежно від встановлення в національному законодавстві більш низького «віку сексуальної згоди»¹.

Отже, законодавчу оптимізацію «віку сексуальної згоди» за будь-якого варіанту розв'язання цієї проблеми не слід пов'язувати з тематикою сексуальної експлуатації дітей.

Ч. 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 градація віку потерпілого, хоча і дозво-

ляє диференціювати кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо дітей, зі ст. 18 Лансаротської конвенції не впливає.

Навіть якщо виходити з того, що впровадження у нашу правову систему концепту «вік сексуальної згоди» мало відбутися (передусім чи тільки) за допомогою внесення змін до статей 152, 153 КК, що й було зроблено на підставі Закону від 6 грудня 2017 р., а не до ст. 155 КК, уточненої Законом від 14 березня 2018 р., оптимальність закріплення у цьому разі 14-річного віку не виглядає безспірною. Маємо на увазі, зокрема, такі обставини, як інформаційний бум, лібералізація статеві моралі, акселерація, передчасний психосексуальний розвиток сучасних підлітків, різке падіння вікових меж початку сексуального життя. При цьому у пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 6 грудня 2017 р., відсутнє належне (та й будь-яке) обґрунтування доречності встановленого 14-річного вікового критерію. Тут 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 з нею дій сексуального характеру, – дуже індивідуальна матерія; при цьому віком, недосягнення якого дозволяло констатувати безпорадний стан малолітньої особи, тривалий час називався 10-, 11- або 12-річний вік². 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 норму, згідно з якою не може вважатися добровільним статевий акт у природній або неприродній формі з особою, яка не до-

¹ 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>> дата звернення 31.01.2019.

² О Дудоров, *Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та недоторканості особи: науково-практичний посібник* (РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка 2011) 113–117.

сягла 11-річного віку. Ця пропозиція переконливо аргументувалась у тому числі за допомогою здобутків новітніх досліджень дитячої психології та ранньої сексопатології¹.

На сьогодні не готові назвати конкретний «вік сексуальної згоди», який уважаємо таким, що потребує закріплення у вдосконаленому КК, однак безспірним для нас є те, що для уникнення довільності при встановленні (точніше заміні) цього критерію визначення меж злочинної поведінки у сексуальній сфері не обійтись 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 вважатись 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 дозволяло визнавати дії сексуального характеру щодо такої дитини зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом. Питання про перебування у безпорадному стані осіб віком від 11 (12) до 14 років розв'язувалось на практиці з урахуванням висновку судової експертизи. Наявність безпорадного стану у неповнолітніх потерпілих від зґвалтування пов'язувалася фахівцями з недостатністю знань, досвіду, незрілістю особистості, індивідуально-психологічними особливостями (невисокий інтелект, емоційна нестій-

кість, ригідність психічних процесів), виникненням особливих емоційних станів (афект, стрес тощо)², тобто фактично з тими чинниками, з якими Лансаротська конвенція та «обслуговуючі» її документи пов'язують встановлення «віку сексуальної згоди».

Зайвим підтвердженням недостатньої професійності вітчизняних парламентаріїв при розв'язанні складних кримінально-правових проблем стало прийняття Закону від 14 березня 2018 р., а точніше відсутність навіть спроби узгодити його зміст із положеннями Закону від 6 грудня 2017 р. У пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 14 березня 2018 р., заміна статево незрілого стану на віковий критерій у ст. 155 КК 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 містилось: а) згадування про те, що проблему запровадження «віку сексуальної згоди» розв'язано (принаймні частково) шляхом включення в статті 152, 153 КК, оновлені на підставі Закону від 6 грудня 2017 р., 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 в чинній редакції ч. 1 ст. 155 КК звороту «природні або неприродні статеві зносини» не лише порушує правило єдності законодавчої термінології в межах розділу IV Особливої частини КК, а й не відповідає наскрізному поняттю «діяльність сексуального характеру з дитиною», яким оперує Лансаротська конвенція.

¹ С Чмут, 'Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості' (дис канд юрид наук, Запорізький національний університет 2010) 59–60, 89–90, 106–8, 188.

² О Ситковская, *Уголовный кодекс Российской Федерации: психологический комментарий* (Волтерс Клувер 2009) 153.

Значимо і те, що викладення ст. 155 КК у редакції Закону від 14 березня 2018 р., 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. Аспекти, які враховувались при вирішенні питання, чи досягла особа статевої зрілості, мають суто фізіологічний характер та не пов'язані із психічною спроможністю неповнолітньої особи давати згоду на участь в 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.

З'ясована відмінність, на жаль, не була врахована при прийнятті Закону від 14 березня 2018 р. Тому й не дивно, що здійснена на його підставі зміна описання потерпілого від злочину, передбаченого ст. 155 КК, 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, що основне призначення ст. 155 КК вбачається у запобіганні

шкоди для здоров'я неповнолітнього, яка може настати внаслідок початку статевого зносин до досягнення статевої зрілості. Недоцільним визнавалося 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. Ознакою складу цього злочину повинен і надалі виступати біологічний стан (статева зрілість), а не певний вік потерпілої особи¹.

Доцільність декриміналізації статевого зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, заперечувалась, як бачимо, дуже переконливо. З іншого боку, статеві зносини із статево зрілою особою (навіть тією, якій ще не виповнилось 16 років), не завдають шкоди формуванню здорової повноцінної людини, а отже, навряд чи є суспільно небезпечними, що оновлена ст. 155 КК 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 статево зрілими, то з набранням чинності Законом від 14 березня 2018 р. відбулась насправді не конкретизація наявної кримінально-правової заборони, а заміна останньої новою заборonoю з інакшою сферою дії. Оскільки попередня редакція ч. 1 ст. 155 КК і чинна редакція цієї кримінально-правової норми *de facto* описують різні типи поведінки, між ними відсутня правова наступність.

¹ 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) <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53813> дата звернення 31.01.2019.

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 забороною вчинення дій сексуального характеру із статево незрілою особою, адже це забезпечувало б кращу (більш повну, комплексну) охорону статевої недоторканності дітей. На наш погляд, ідея повернення в КК поняття статево незрілого стану потребує фахового обговорення.

Застосовуючи ст. 155 чинного КК, слід урахувати, що вона перебуває у колізії з ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153 КК (у частині поєднаних із добровільною згодою дій сексуального характеру, вчинених повнолітньою особою). Системне тлумачення положень КК, який фактично закріплює два «віки сексуальної згоди», врахування різниці в шкоді, заподіюваній малолітнім та особам, яким не виповнилось 16 років, унаслідок передчасного сексуального спілкування, дозволяє дійти висновку про те, що вчинення відповідних 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, є лише та особа, якій вже виповнилось 14 років, але яка ще не досягла 16-річного віку. При цьому караність злочинів, передбачених, з одного боку, ч. 4 ст. 152 та ч. 4 ст. 153 КК, а з іншого – ст. 155 КК, 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, що законодавство про «вік сексуальної згоди» не позбавляє молодь права отримувати сексуальний досвід, а обмежує право дорослих посягати на сексуальну недотор-

канність дітей. Покарання передбачено не для дитини, а для дорослого, тобто закон захищає дітей від зловживань з боку дорослих¹.

Але ж за вчинення зґвалтування і сексуального насильства, у тому у числі у випадках, коли потерпілими від цих злочинів стають малолітні, кримінальну відповідальність можуть нести особи, яким виповнилось 14 років (ч. 2 ст. 22 КК), тобто явно і не дорослі суб'єкти. Причому якщо при викладенні ч. 1 ст. 155 КК у редакції Закону від 14 березня 2018 р. вимога ч. 3 ст. 18 Лансаротської конвенції (дія положень підпункту «а» пункту 1 цієї статті не поширюється на врегулювання статеви стосунків між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою) була взята до уваги, то при ухваленні Закону від 6 грудня 2017 р. цей важливий нюанс (тобто вплив на кримінальну відповідальність за сексуальну діяльність різниці у віці учасників такої діяльності) був проігнорований. Це і 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 міг би бути доповнений окремою відповідною статтею. Причому така самостійна кримінально-правова заборона, присвячена вчиненню дій сексуального характеру за участю осіб, які не досягли

¹ О Зайцева, 'Вік сексуальної згоди: кого і від чого захищаємо. Гендер в деталях.' <<https://genderindetail.org.ua/season-topic/seksualnist/vik-sexualnoi-zgodi-kogo-i-vid-chogo-zahishaemo-134383.html>> дата звернення 31.01.2019.

«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, а так само 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 варіанту, не дивлячись на його узгодженість з традиціями національного кримінального законодавства, вбачається у тому, що він іде врозріз з ідеєю Стамбульської конвенції про універсальну роль в унормуванні меж кримінально караного поведінки у сексуальній сфері такого чинника, як відсутність добровільної згоди на вчинення дій сексуального 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, 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 законами від 6 грудня 2017 р і 14 березня 2018 р.

спосіб запровадження в КК конвенційного концепту «вік сексуальної згоди» характеризується низкою вад, здебільшого висвітлених вище.

Основна тенденція у досліджуваній сфері, яка знайшла відображення в 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 концепту «вік сексуальної згоди». Йдеться, таким чином, про те, що роль криміноутворювальної ознаки і в цьому разі відіграватиме не недосягнення 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 і те, що для усунення вад, притаманних чинному КК 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 наукових та науково-педагогічних співробітників.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Kry'minal'ny'j kodeks Ukrainy [The Criminal Code of Ukraine: Law of Ukraine]: Zakon Ukrainy' № 2341-III vid 5 kvitnya 2001 r. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> data zvernennya 31.01.2019 [in Ukrainian].

2. Pro vnesennya zmin do Kry'minal'nogo ta Kry'minal'nogo procesual'nogo kodeksiv Ukrainy z metoyu realizaciyi polozhen' Konvenciyi Rady' Yevropy' pro zapobigannya nasy'l'stvu stosovno zhinok i domashn'omu nasy'l'stvu ta borot'bu z cy'my' yavy'shhamy' [On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine in order to implement provisions of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence: Law of Ukraine]; Zakon Ukrainy № 2227-VIII vid 6 grudnya 2017 r. (2018) 6 Golos Ukrainy' [in Ukrainian].

3. Pro vnesennya zmin do Kry'minal'nogo kodeksu Ukrainy' shhodo zaxy'stu ditej vid seksual'ny'x zlovzhy'van' ta seksual'noyi ekspluatatsiyi [On Amendments to the Criminal Code of Ukraine on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse]; Zakon Ukrainy' vid 14 bereznya 2018 r. # 2334-VIII. (2018) 17 Vidomosti Verxovnoyi Rady' Ukrainy' 150 [in Ukrainian].

INTERNATIONAL TREATIES

4. Konvenciya Rady' Yevropy' pro zapobigannya nasy'l'stvu stosovno zhinok i domashn'omu nasy'l'stvu ta borot'bu iz cy'my' yavy'shhamy' [Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence]. <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60492> data zvernennya 31.01.2019 [in Ukrainian].

5. Konvenciya Rady' Yevropy' pro zaxy'st ditej vid seksual'noyi ekspluatatsiyi ta seksual'nogo nasy'l'stva [Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse]. Raty'fikovana Zakonom Ukrainy' vid 20 chervnya 2012 r. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_927> data zvernennya 31.01.2019 [in Ukrainian].

CASES

6. 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 [in English].

OTHER PRIMARY SOURCES

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 [in English].

BIBLIOGRAPHY

AUTHORED BOOKS

8. Bory'sov V ta inshi, *Teorety'chni osnovy' zabezpechennya yakosti kry'minal'nogo zakonodavstva ta pravozastosovnoyi diyal'nosti u sferi borot'by' zi zlochy'nnistyu v Ukraini: monografiya* [Theoretical grounds for ensuring the quality of criminal legislation and law enforcement activities in the field of combating crime in Ukraine: manuscript] (Pravo 2011) [in Ukrainian].

EDITED BOOKS

9. Dudorov O, *Kry'minal'no-pravovaxarakterysty'ka zlochy'niv proty'statevoyi svobody'ta nedotorkanosti osoby': nauk. – prakt. posibny'k* [Criminal law characteristic of crimes against sexual freedom and inviolability of a person: Scientific-practical manual] (RVV LDUVS im. E. O. Didorenka 2011) 352 [in Ukrainian].

10. Sitkovskaja O, *Ugolovnyj kodeks Rossijskoj Federacii: psihologicheskij kommentarij* [Criminal Code of the Russian Federation: psychological commentary] (Волтерс Клувер 2009) [in Russian].

ARTICLES

11. Zajceva O, *Vik seksual'noyi zgoty': kogo i vid chogo zaxy'shhayemo. Gender v detalyax* [Age of sexual consent: whom and from what do we protect. Gender in details]. <<https://genderindetail.org.ua/season-topic/seksualnist/vik-seksualnoi-zgoti-kogo-i-vid-chogo-zahischaemo-134383.html>> data zvernennya 31.01.2019 [in Ukrainian].

DISSERTATIONS

12. Chmut S, *Kry'minal'na vidpovidal'nist' za statevi znosy'ny' z osoboyu, yaka ne dosyagla statevoyi zrilosti* [Criminal liability for sexual intercourse with a person, who has not reached sexual maturity] (dy's kand yury'd nauk, Zaporiz'ky'j nacional'ny'j universy'tet 2010) [in Ukrainian].

OTHERS SECONDARY SOURCES

13. Vy'snovok na proekt Zakonu Ukrainy' «Pro vnesennya zmin do Kry'minal'nogo kodeksu Ukrainy' shhodo zaxy'stu ditej vid seksual'ny'x zlovzhy'van' ta seksual'noyi ekspluatatsiyi» [Conclusions on the draft Law of Ukraine «On Amendments to the Criminal Code of Ukraine on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse»] (reyestr. # 2016 vid 3 bereznya 2015 r.) <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53813> data zvernennya 31.01.2019 [in Ukrainian].

14. 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 [in English].

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

Dudorov O. O.,

Doctor of Laws

*Professor, Head of the Research Laboratory of Terrorism Prevention, Suspension and Investigation by territorial bodies of National Police of Ukraine
E. O. Didorenko Lugansk State University of Internal Affairs*

Zadoia K. P.,

Ph.D in Law

Associate professor

Department of Criminal Law and Criminology

Taras Shevchenko National University of Kyiv

Conventional concept «age of sexual consent» in the Criminal Code of Ukraine: modern state and prospects.

Many factors influence the criminalization of acts in the sexual sphere, including the need for the state to fulfill its international legal obligations. In recent years, there has been a tendency in the European legal space towards unification of legislation in terms of determining the grounds for criminal liability for offenses in this area. A serious revision of section IV of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine during 2017–2018 has been the result of the perception by the domestic legislator of the approaches, developed by the Council of Europe, namely the Istanbul and Lanzarote Conventions.

The purpose of the study is to critically comprehend today's implementation of the conventional concept «age of sexual consent» in Ukraine and to clarify the legal nature and prospects of this criterion for determining the limits of criminal behavior in the sexual sphere, in particular, in the context of the relationship between provisions of the mentioned conventions.

It has been proved that the means of introducing the concept «age of sexual consent» inherent in the Criminal Code in force is characterized by a number of defects. In particular: 1) the established grading of the victim's age, although allowing to differentiate criminal liability for committing acts of sexual nature against children, does not follow from Art. 18 of the Lanzarote Convention; 2) the optimality of fixing the 14-year age in parts 4 of Art. 152, art. 153 of the Criminal Code does not look indisputable. Lack of proper justification is inherent in the 16-year age criterion, which appears in Part 1 of Art. 155 of the Criminal Code; 3) use of the wording «natural or unnatural sexual intercourse» in Part 1 of Art. 155 of the Criminal Code not only violates the rule of unity of legislative terminology within Section IV of the Special Part of the Criminal Code but also does not correspond to the cross-conventional notion of «sexual activity with a child»; 4) contrary to the opinion of the developers of the relevant bill, there are no reasons to recognize the updated Art. 155 of the Criminal Code as execution of Art. 18 of the Lanzarote Convention as to the establishment of the age, prior to which engaging in sexual activity with a child is prohibited. Since the previous version of Part 1 of Art. 155 of the Criminal Code and the current version of this criminal law provision describe different types of behavior, there is no legal continuity between them; 5) although Art. 152 and Art. 153 of

the Criminal Code, updated in accordance with the Istanbul Convention, embody the concept under consideration, they do not take into account the requirements of Part 3 of Art. 18 of the Lanzarote Convention on the impact of criminal liability for sexual activities, regarding the difference in the age of participants in such activities.

It has been established that the main trend in the field of study, which has been reflected in the Istanbul Convention as a more modern document than the Lanzarote Convention, and which (the trend) more and more European countries join, consists of the introduction of criminal liability for any sexual behavior, carried out in the absence of the victim's voluntary consent. This makes it possible to put forward the doctrinal approach for a professional discussion, which outlines the refusal of direct (textual) reflection in the Criminal Code of the concept «age of sexual consent». It is a fact that the role of a crime-forming feature in this case was also not played by the victim not reaching a certain age, defined by law, but by the absence of the victim's voluntary consent, as is characteristic of sexual violence under the Istanbul Convention. It has been shown that this allowed, among other things, to consider legal assessment of sexual intercourse with a minor and other sexual penetration into the body of such victim, which is traditional for domestic court practice and is based on the use of the mental helplessness notion.

Keywords: *Istanbul Convention; Lanzarote Convention; age; voluntary agreement; sexual violence; helpless state; minor; child.*

Стаття надійшла до редакції журналу 15.02.2019