

УДК 343.211.2 + 343.541.2
DOI <https://doi.org/10.32840/pdu.2020.1-1.21>

І. І. Давидович

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

К. П. Задоя

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМА ЗВОРотної дії в часі положень статей 152 і 153 кримінального кодексу України в редакції Закону України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 року

У статті розглядається питання про зворотню дію в часі положень статей 152–153 Кримінального кодексу України (далі – КК) в редакції Закону України «Про внесення змін до деяких законів України у зв'язку з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII. Зазначений Закон сукупно з Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації» від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII докорінно змінили положення кримінального закону про злочини проти статевої свободи й статевої недоторканості особи. Внесення настільки кардинальних змін до кримінального закону закономірно робить актуальним питання про те, чи мають вони ретроактивний характер.

Загалом між «старими» й «новими» положеннями статей 152–153 КК України має місце правова наступність. Це означає, що з набранням чинності Закону України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р. не відбулося скасування злочинності діяння. Передбачені вказаним Законом зміни до статей 152–153 КК України в цілому не пом'якшують кримінальну відповідальність. Однак в окремих випадках таке пом'якшення все ж має місце. Зокрема воно обумовлене відносно м'яким характером санкції ч. 4 ст. 153 КК України в «новій» редакції, а також новою характеристикою об'єктивної сторони злочинів, передбачених статтями 152–153 КК, внаслідок чого діяння, які раніше являли собою замах на ці злочини, в нових законодавчих реаліях мають розглядатися вже як готування. Пом'якшення кримінальної відповідальності в зазначених випадках означає, що до діянь, скоєних до набрання чинності Закону України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р., мають застосовуватися положення кримінального закону саме в редакції вказаного Закону. На жаль, судова практика поки що ігнорує цю обставину, що має наслідком неправильне застосування кримінального закону.

Ключові слова: зворотна дія закону в часі, кримінальний закон, скасування злочинності діяння, пом'якшення кримінальної відповідальності.

Постановка проблеми. Нещодавно Верховною Радою України було прийнято Закони України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації» № 2334-VIII від 14 березня 2018 р. та «Про внесення змін до деяких законів України у зв'язку з метою реалізації положень Конвенції

Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р., які в сукупності докорінно змінили законодавчу характеристику злочинів проти статевої свободи й статевої недоторканості особи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ці новели вже стали предметом уваги українських науковців [1; 2; 3; 4], однак видається, що не приділено належної

уваги питанню про те, чи матимуть зазначені законодавчі зміни зворотну дію в часі, а якщо так, то в якому саме обсязі.

Мета **статті** – оцінити можливе ретроактивне застосування «нових» положень кримінального законодавства України, що встановлюють відповідальність за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Оскільки суто з технічних міркувань це питання складно розглянути в одній публікації, її предметом будуть найбільш знакові новели Закону України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р., а саме викладення в нових редакціях статей 152 («Зґвалтування») та 153 (раніше «Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом», нині «Сексуальне насильство») КК України. Передбачені цими положеннями кримінального закону злочини є найбільш поширеними з-поміж злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. З огляду на це предметом цієї публікації буде визначення можливості зворотної дії в часі редакцій статей 152 та 153 КК, передбачених Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р. Зауважимо, що в публікації також не розглядатимуться подальші зміни, внесені до статей 152 та 153 КК України на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впровадження Єдиного реєстру осіб, засуджених за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості малолітньої особи, та посилення відповідальності за злочини, вчинені проти статевої свободи та статевої недоторканості малолітньої особи» № 409-IX від 19 грудня 2019 р., які не мають настільки кардинального характеру й спрямованість яких виключно на посилення кримінальної відповідальності загалом не викликає сумнівів.

Виклад основного матеріалу.

З огляду на зміст статті 5 КК України, яка визначає підстави та межі зворотної дії кримінального закону в часі, найперше слід визначити, чи має місце та в якому обсязі правова наступність між редакціями статей 152–153 КК України, що існували до набрання чинності Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р. («старими» редакціями) і «новими» редакціями

цих статей, що виникли після набрання чинності згаданим Законом. Загалом така наступність справді має місце (див. Таблицю 1), з чого випливає, що «нові» редакції статей 152–153 КК не скасовують злочинність діянь у порівнянні зі «старими» редакціями.

Проблемною видається хіба що ситуація з вчиненням інших, окрім статевого проникнення, дій сексуального характеру, що були поєднані з використанням безпорадного стану потерпілого (у Таблиці 1 такі ситуації позначені символом «*»). З точки зору «старої» редакції статті 153 КК подібні діяння являли собою насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, однак, на жаль, текст чинної редакції частини 1 статті 153 КК дає підстави для його різного прочитання. Зокрема слова «[в]чинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру... без добровільної згоди потерпілої особи», можна розуміти також так, що в цьому положенні йдеться лише про такі дії сексуального характеру, що супроводжувалися фізичним чи психічним насильством (завданням побоїв, тілесних ушкоджень, погрозами вчинити певні дії), і так, що згадане положення охоплює всі варіанти дій сексуального характеру, вчинених за відсутності добровільної згоди потерпілої особи. У цій частині чинна редакція статті 153 КК потребує подальшого прояснення в судовій практиці, з огляду на яке й можна буде остаточно говорити про те, чи сталося з набранням чинності Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р. скасування злочинності певного кола діянь, які охоплювалися чинною раніше статтею 153 КК. Допоки судова практика не сказала свого слова з цього приводу, будемо виходити з того, що вживання в чинній диспозиції частини 1 статті 153 КК формулювання «насильницькі дії» має умовний характер та не потягло за собою скасування злочинності інших, окрім статевого проникнення, дій сексуального характеру, що були поєднані з використанням безпорадного стану потерпілого.

Розглядаючи питання про можливість зворотної дії в часі чинних редакцій статей 152–153 КК як законів, що пом'якшують

Таблиця 1

Правова наступність між «старими» й «новими» редакціями статей 152–153 КК України

№	Тип ситуації	Положення КК України в редакції до набрання чинності <i>Законом № 2227-VIII</i>	Положення КК України в редакції після набрання чинності <i>Законом № 2227-VIII</i>
1.	<i>Вагінальне статеве проникнення, поєднане з фізичним насильством</i>	стаття 152 КК	стаття 152 КК
2.	<i>Вагінальне статеве проникнення, поєднане з погрозою застосування фізичного насильства</i>	стаття 152 КК	стаття 152 КК
3.	<i>Вагінальне статеве проникнення, поєднане з використанням безпорадного стану потерпілого (окрім випадків, коли потерпіла особа в силу малолітнього віку не усвідомлювала значення дій, які вчиняються стосовно неї)</i>	стаття 152 КК	стаття 152 КК
4.	<i>Вагінальне статеве проникнення, поєднане з використанням безпорадного стану потерпілого (потерпіла особа в силу малолітнього віку не усвідомлювала значення дій, які вчиняються стосовно неї)</i>	частина 4 статті 152 КК	частина 4 статті 152 КК / стаття 155 КК (?)
5.	<i>Оральне статеве проникнення, поєднане з фізичним насильством</i>	стаття 153 КК	стаття 152 КК
6.	<i>Оральне статеве проникнення, поєднане з погрозою застосування фізичного насильства</i>	стаття 153 КК	стаття 152 КК
7.	<i>Оральне статеве проникнення, поєднане з використанням безпорадного стану потерпілого (окрім випадків, коли потерпіла особа в силу малолітнього віку не усвідомлювала значення дій, які вчиняються стосовно неї)</i>	стаття 153 КК	стаття 152 КК
8.	<i>Оральне статеве проникнення, поєднане з використанням безпорадного стану потерпілого (потерпіла особа в силу малолітнього віку не усвідомлювала значення дій, які вчиняються стосовно неї)</i>	частина 3 статті 153 КК	частина 4 статті 152 КК
9.	<i>Анальне статеве проникнення, поєднане з фізичним насильством</i>	стаття 153 КК	стаття 152 КК
10.	<i>Анальне статеве проникнення, поєднане з погрозою застосування фізичного насильства</i>	стаття 153 КК	стаття 152 КК
11.	<i>Анальне статеве проникнення, поєднане з використанням безпорадного стану потерпілого (окрім випадків, коли потерпіла особа в силу малолітнього віку не усвідомлювала значення дій, які вчиняються стосовно неї)</i>	стаття 153 КК	стаття 152 КК
12.	<i>Анальне статеве проникнення, поєднане з використанням безпорадного стану потерпілого (потерпіла особа в силу малолітнього віку не усвідомлювала значення дій, які вчиняються стосовно неї)</i>	частина 3 статті 153 КК	частина 4 статті 152 КК
13.	<i>Інші дії сексуального характеру (окрім статевого проникнення), поєднані із застосуванням фізичного насильства</i>	стаття 153 КК	стаття 153 КК
14.	<i>Інші дії сексуального характеру (окрім статевого проникнення), поєднані з погрозою застосування фізичного насильства</i>	стаття 153 КК	стаття 153 КК
15.	<i>Інші дії сексуального характеру (окрім статевого проникнення), поєднані з використанням безпорадного стану потерпілого (окрім випадків, коли потерпіла особа в силу малолітнього віку не усвідомлювала значення дій, які вчиняються стосовно неї)</i>	стаття 153 КК	стаття 153 КК*
16.	<i>Інші дії сексуального характеру (окрім статевого проникнення), поєднані з використанням безпорадного стану потерпілого (потерпіла особа в силу малолітнього віку не усвідомлювала значення дій, які вчиняються стосовно неї)</i>	частина 3 статті 153 КК	частина 4 статті 153 КК*

кримінальну відповідальність, а саме як законів, що пом'якшують покарання, необхідно порівнювати караність відповідних діянь, що впливає з «нових» редакцій статей 152–153 КК, і караність діянь, яка впливає зі «старих» редакцій статей 152–153 КК.

Основними орієнтирами в цьому питанні, звісно, є санкції статей (частин статей) Особливої частини. Крім того у порівнянні караності незакінчених злочинів також повинні братися до уваги положення частин 2, 3 статті 68 КК, оскільки передбачені ними правові наслідки не залежать від індивідуальних особливостей учинення злочину та мають максимально типізований характер.

Загалом чинні редакції статей 152–153 КК щонайменше не пом'якшують кримінальну відповідальність за відповідні діяння, як порівняти зі «старими» редакціями статей 152–153 КК. З огляду на частини 1, 2 статті 5 КК це означає, що «нові» редакції статей 152–153 КК не мають зворотної дії в часі. Однак з цього правила існує й низка винятків.

Наприклад, пом'якшення кримінальної відповідальності має місце у випадку вчинення з застосуванням погрози фізичним насильством щодо малолітньої особи інших дій сексуального характеру, які не можна розглядати як вагінальне, оральне чи анальне проникнення. До набрання чинності Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р. такі дії мали кваліфікуватися за «старою» редакцією частини 3 статті 153 КК, яка передбачала покарання у вигляді позбавлення волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років, а нині, за чинною редакцією частини 4 статті 153 КК, передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років. Таким чином, у цьому випадку «новий» кримінальний закон пом'якшує кримінальну відповідальність особи і в частині максимальної, і в частині мінімальної межі караності діяння, що обумовлює його зворотну дію в часі стосовно діянь, скоєних до набрання чинності Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р., на підставі частини 1 статті 5 КК.

«Нові» редакції статей 152–153 КК можуть обумовлювати пом'якшення кри-

мінальної відповідальності ще й з огляду на істотні відмінності характеристик об'єктивної сторони злочинів у «старих» та «нових» редакціях статей 152 й 153 КК. Якщо у «старих» редакціях згаданих статей передбачені ними статеві злочини характеризувалися у спосіб, який дозволяв відносити їх до числа складних (складених) злочинів, об'єктивну сторону яких утворювала певна дія сексуального характеру й одна чи декілька допоміжних дій (фізичне насильство, погроза його застосування чи використання безпорадного стану), то згідно з «новими» редакціями статей 152 й 153 КК об'єктивна сторона відповідних статевих злочинів зводиться виключно до певної дії сексуального характеру. Як наслідок, якщо з огляду на «старі» редакції статей 152 й 153 КК вчинення допоміжної дії (наприклад, фізичного насильства), що не продовжилося вчиненням дії сексуального характеру, слід було кваліфікувати як замах на злочин, то з огляду на «нові» редакції статей 152 й 153 КК в подібних ситуаціях можна вести мову лише про готування до злочину. У підсумку зміст санкцій «нових» редакцій статей 152 й 153 КК в поєднанні з більш сприятливим для особи наслідками, які впливають для особи з частини 2 статті 68 КК порівняно із частиною 1 цієї статті, обумовлює пом'якшення кримінальної відповідальності навіть попри те, що дії, які з огляду на «старі» редакції статей 152 й 153 КК були допоміжними й за загальним правилом не потребували додаткової кваліфікації (побої, умисні тілесні ушкодження певного ступеня тяжкості, погроза вбивством тощо), з огляду на «нові» редакції вказаних статей повинні отримувати додатку кримінально-правову оцінку.

Наприклад, застосування до малолітньої особи фізичного насильства у вигляді побоїв з метою вчинити оральне проникнення в її тіло до набрання чинності Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 року слід було кваліфікувати за частиною 3 статті 15, частиною 3 статті 153 КК в «старій» редакції. З урахуванням частини 3 статті 68 КК караність подібного діяння становила рівно 10 років позбавлення волі. Нині подібне діяння має

кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених частиною 1 статті 14, частиною 4 статті 152 КК в «новій» редакції та частиною 1 статті 126 КК. Караність першого злочину з огляду на частину 2 статті 68 КК становить 7 років 6 місяців позбавлення волі, а караність другого впливає з санкції частини 1 статті 126 КК (штраф до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, громадські роботи на строк до двохсот годин або виправні роботи на строк до одного року). З огляду на правила статті 70 КК мінімальна межа караності цієї сукупності злочинів становить 7 років 6 місяців позбавлення волі (показник одержаний шляхом поглинення більш суворого покарання за злочин, передбачений частиною 1 статті 14, частиною 4 статті 152 КК, будь-якого менш суворого покарання, призначеного за частиною 1 статті 126 КК), а максимальна – 7 років 10 місяців позбавлення волі (повне складання покарання у вигляді 7 років 6 місяців позбавлення волі та 1 року виправних робіт як найбільш суворого покарання, що може бути призначене за злочин, передбачений частиною 1 статті 126 КК). Таким чином, яке б покарання не було призначено судом за злочини, передбачені частиною 1 статті 14, частиною 4 статті 152 КК в «новій» редакції та частиною 1 статті 126 КК, воно завжди буде менш суворим, аніж покарання, що було б призначене особі за частиною 3 статті 15, частиною 3 статті 153 КК в «старій» редакції. Отже, слід констатувати, що в аспекті таких ситуацій, якщо вони склалися до набрання чинності Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р., «новий» кримінальний закон пом'якшує кримінальну відповідальність і має зворотну дію в часі на підставі частини 1 статті 5 КК.

Не менш показовою є ситуація, наприклад, із застосуванням до малолітньої особи погрози фізичним насильством у вигляді погрози вбивством з метою вчинити щодо неї будь-які дії сексуального характеру, які не є статевим проникненням. До набрання чинності Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р. такі дії, як і в ситуації наведеній вище, слід було кваліфікувати за частиною 3 статті 15,

частиною 3 статті 153 КК в «старій» редакції (щодо їх караності див. вище). З точки зору чинного закону подібна ситуація має кваліфікуватися за частиною 1 статті 14, частиною 4 статті 153 КК в «новій» редакції та частиною 1 статті 129 КК. Караність першого злочину з огляду на частину 2 статті 68 КК становить 5 років позбавлення волі, а караність другого впливає з санкції частини 1 статті 129 КК (арешт на строк до шести місяців або обмеження волі на строк до двох років). З огляду на правила статті 70 КК мінімальна межа караності цієї сукупності злочинів становить 5 років позбавлення волі (показник одержаний шляхом поглинання більш суворого покарання за злочин, передбачений частиною 1 статті 14, частиною 4 статті 153 КК, будь-якого менш суворого покарання призначеного за частиною 2 статті 125 КК), а максимальна – 6 років позбавлення волі (повне складання покарання у вигляді 5 років позбавлення волі та 1 року обмеження волі як найбільш суворого покарання, що може бути призначене за злочин, передбачений частиною 1 статті 129 КК). Таким чином, яке б покарання не було призначено судом за злочини, передбачені частиною 1 статті 14, частиною 4 статті 153 КК в «новій» редакції та частиною 1 статті 129 КК, воно завжди буде менш суворим, аніж покарання, що було б призначено особі за частиною 3 статті 15, частиною 3 статті 153 КК в «старій» редакції. Отже, слід констатувати, що в аспекті подібних ситуацій «новий» кримінальний закон також пом'якшує кримінальну відповідальність і має зворотну дію в часі на підставі частини 1 статті 5 КК щодо діянь, які були вчинені до набрання чинності Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р.

На жаль, приховане пом'якшення кримінальної відповідальності, яке потягло за собою набрання чинності Законом України № 2227-VIII, поки видається непоміченим для судової практики. Свідченням цього є постановка Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 7 листопада 2019 р. в справі № 166/1279/17. У цьому рішенні суд, реагуючи на твердження захисника засудженого про те, що набрання чинності Законом України

№ 2227-VIII від 6 грудня 2017 р. мало наслідком пом'якшення кримінальної відповідальності, обмежився невиправдано загальними й поверховими висновками: «Аналізуючи зміст статей 152 і 153 ККУ України в новій редакції, Суд дійшов висновку про те, що вона за своєю суттю розширює межі злочинної поведінки в сексуальній сфері, передбачаючи відповідальність не лише у випадках застосування фізичного насильства або погрози його застосування, як було визначено кримінальним законом до внесення змін вказаним вище Законом, але й тоді, коли потерпіла сторона заперечує проти сексуального контакту, що прирівнюється до насильницької форми поведінки. Тобто, внесені зміни до статей 152 і 153 ККУ України не свідчать про декриміналізацію жодних дій сексуального характеру, а навпаки, відбулася криміналізація певних дій сексуального характеру. Отже, зазначені зміни не поліпшують становище винуваної особи, а фактично погіршують, тому в такому випадку підстави для застосування зворотної дії кримінального закону в часі відсутні». Спрощено кажучи, Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду дійшов парадоксального висновку про те, що передбачені Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р. зміни до кримінального законодавства не тягнуть за собою пом'якшення кримінальної відповідальності за діяння, що були вчинені раніше та на момент вчинення мали злочинний характер, оскільки згадані зміни криміналізують діяння, які раніше злочинними не визнавалися. Попри те, що друге з цих суджень не викликає заперечень, з нього аж ніяк не випливає перше судження.

Висновки і пропозиції. Між редакціями статей 152–153 ККУ, що існували

до набрання чинності Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р., та редакціями вказаних статей, які виникли після набрання чинності вказаним Законом, існує правова наступність. Це означає, що набрання чинності Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р. не мало наслідком скасування злочинності діянь. Однак поза тим в ряді випадків редакції статей 152–153 ККУ, передбачені Законом України № 2227-VIII від 6 грудня 2017 р., приховано пом'якшують кримінальну відповідальність, що створює підстави для ретроактивного застосування цих положень. На жаль, цей факт поки що не мав належної уваги з боку судової практики.

Список використаної літератури:

1. Дудоров О. О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики) : практичний порадник / О. О. Дудоров ; МВС України, Луганський держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. Сєверодонецьк : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2018. 92 с.
2. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / за ред. М. І. Хавронюка. Київ : Ваїте, 2019. 288 с.
3. Мовчан Р. О., Шушкова А. П. Сексуальна революція по-українськи та інші новели Закону № 2227-VIII: крок до Європи чи в нікуди? *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2018. Вип. 51. Т. 2. С. 75–79.
4. Харитонова О. В. Ключові засади ґендерної політики в кримінальному праві України та основні напрями реформ щодо протидії насильству стосовно жінок та домашньому насильству : науково-практичний посібник. Харків : Права людини, 2018. 344 с.

Davydovych I., Zadoia K. The problem of retroactive action in time for the provisions of articles 152–153 of the Criminal Code of Ukraine in the edition of law of Ukraine № 2227-VIII BY 06.12.2017

The article explores the retroactive action in time of the provisions of Articles 152–153 of the Criminal Code of Ukraine in the edition of the Law of Ukraine "On Amendments to Some Laws of Ukraine to Implement the Council of Europe Convention on the Prevention of Violence against Women and Domestic Violence and Fighting with such phenomena" № 2227-VIII by 06.12.2017. The aforementioned Articles in conjunction with the Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal Code of Ukraine on the Protection of Children from Sexual Abuse and Sexual Exploitation" № 2334-VIII by 14.03.2018 have radically changed the provisions of the criminal law on crimes against sexual freedom and sexual integrity of

a person. The introduction of such fundamental changes to the criminal law naturally raises the question of whether they are retroactive.

In general, the "old" and "new" provisions of Articles 152–153 of the Criminal Code have legal continuity. This means that the entry into force of Law of Ukraine № 2227-VIII by 06.12.2017 does not result in cancellation of action criminality. The amendments to Articles 152–153 of the Criminal Code related to the said Law in general do not mitigate criminal liability, however in some cases such mitigation does occur. In particular such mitigation caused by the relatively mild nature of the sanction of Part 4 of Art. 153 of the Criminal Code in the "new" redaction, as well as a new characteristic of the objective side of the crimes provided for in Articles 152–153 of the Criminal Code, whereby acts that previously classified as an attempt on these crimes in the new legislative realities should be considered as preparation to crimes. The mitigation of criminal liability in such cases means that the acts committed prior to the entry into force of Law of Ukraine № 2227-VIII by 06.12.2017 should be subject to the provisions of the criminal law in the edition of the said Law. Unfortunately, the judicial practice has so far ignored this fact which results in the misapplication of criminal law.

Key words: retroactive action of law in time, criminal law, abolition of action criminality, mitigation of criminal liability.