

## Вчинення злочину на ґрунті статевої приналежності як обставина, яка обтяжує покарання

У статті проаналізовано одну з обставин, що обтяжує покарання, яку включено до КК України як наслідок реалізації вимог Стамбульської конвенції, – вчинення злочину на ґрунті статевої приналежності. Наголошено на некоректності формулювання даної обставини у світлі гендерного контексту. Саме лише закріплення такої обставини у КК України (навіть у існуючій редакції) не забезпечує реального захисту прав, гарантованих ст. 24 Конституції України та іншими її нормами. З огляду на викладені міркування, обставина, що обтяжує покарання, передбачена п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України, потребує суттєвого доопрацювання. Відповідно, автором запропоновано власну її редакцію.

**Ключові слова:** обставини, які обтяжують покарання, статевая приналежність, гендер, Стамбульська конвенція, гендерно обумовлене насильство.

**Постановка наукової проблеми та її значення.** Обставини, які обтяжують покарання, були й продовжують залишатися щедрим підґрунтям для проведення різноманітних наукових досліджень. Вичерпний перелік обставин, що обтяжують покарання, передбачений ч. 1 ст. 67 Кримінального кодексу України (далі – КК України). Варто зауважити, що дана стаття характеризується надзвичайною стабільністю, оскільки ще донедавна існувала у первинній редакції від моменту прийняття КК України у 2001 році. Очевидно, що наведений випадок може слугувати яскравим прикладом наступності кримінального права: усталений перелік обставин, що обтяжують покарання, витримав перевірку часом, довів свою життєздатність шляхом апробування багаторічною правозастосовною практикою.

Однак необхідність відповідати високим стандартам забезпечення основоположних прав і свобод людини у контексті євроінтеграційного поступу України внесла певні корективи. Так, 6 грудня 2017 року було прийнято Закон України № 2227-VIII «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» [2], яким обтяжуючі обставини, передбачені пунктами 3 і 6 ч. 1 ст. 67 КК України викладено у новій редакції, а до їх переліку додано пункт 6-1, що передбачає принципово нову обставину, яка обтяжує покарання. Це обумовлює дане наукове дослідження.

**Аналіз досліджень цієї проблеми.** Значна увага вчених до цієї проблематики, безумовно, свідчить про її важливе кримінально-правове значення. Зокрема, результати дослідження означеної теми викладені у працях О. Дудорова, Т. Іванюк, Ю. Лемішко, М. Мельника, В. Полтавець, А. Савченка, Л. Федорак, І. Федорчук, М. Хавронюка та інших.

**Формулювання мети статті.** Метою цього дослідження є аналіз теоретичних та прикладних аспектів застосування такої новітньої обставини, що обтяжує покарання, як вчинення злочину на ґрунті статевої приналежності та формулювання власного бачення щодо її змістовного наповнення та форми закріплення у кримінально-правовій нормі.

**Виклад основного матеріалу й обґрунтування отриманих результатів дослідження.** Традиційно у кримінально-правовій науці обставини, що обтяжують покарання, розглядаються як встановлені судом за конкретною справою об'єктивні та суб'єктивні чинники, що не є ознаками конкретного складу злочину і не впливають на його кваліфікацію, проте свідчать про підвищення суспільної небезпечності вчиненого діяння і (або) особи винного і тим самим виступають підставами для посилення покарання [1, с. 351-352]. Встановлення цих обставин має важливе значення для забезпечення принципу індивідуалізації покарання, а також призначення справедливого покарання за вчинений винною особою злочин.

Розглянемо детальніше зміни, що торкнулися п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України. По суті до уже існуючої обставини, яка обтяжує покарання – «вчинення злочину на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату», додали термінологічний зворот «або на ґрунті статевої приналежності». Зважаючи на той факт, що вчинення злочину на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату як обставина, яка обтяжує покарання, уже висвітлювалося як у

підручниках з кримінального права та науково-практичних коментарях КК України, так і на сторінках наукових фахових видань у публікаціях А. Вознюка, С. Лихової, В. Панькевича, Г. Рибальченко та інших науковців, у рамках цієї статті основна увага буде сфокусована саме на новелі п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України, запровадженій вказаним вище Законом № 2227-VIII від 06.12.2017 року.

Стать – це біологічно, часто генетично, зумовлений поділ біологічних організмів на самців та самиць (для людей – на чоловіків та жінок). У більшості організмів стать визначається набором специфічних статевих хромосом. При цьому одна з статей є гомохромосомною (2 однакові хромосоми: у людей це жінка, набір XX), а інша – гетерохромосомною (2 різні хромосоми: у людей це чоловік, набір XY) [3]. Отже, як влучно зауважили О. Дудоров та М. Хавронюк, характеризуючи поняття «вчинення злочину на ґрунті статевої приналежності», згідно із Кримінальним кодексом злочин вчинюється через відмінності в молекулярних структурах організму людини [4, с. 34].

Очевидно, зовсім не такий зміст закладався у аналізовану норму, однак виходячи з її сьогоденного формулювання, вчинення злочину на ґрунті статевої приналежності буде наявне в разі негативного ставлення винної особи до представників певної статі або неприйняття нею представників певної статі як такої. У цьому випадку спонуканням до злочинної поведінки є почуття зневаги та ненависті до жіночої статі (мізогінія) або до чоловічої статі (мізандрія). При чому зовсім не обов'язково, щоб винний та потерпілий були особами протилежної статі.

У одному з науково-практичних коментарів КК України суть відповідної мотивації пояснюється тим, що особа вчиняє злочин, керуючись особистим упередженим ставленням до потерпілого, який належить до сексуальних меншин [5, с. 190]. Полемізуючи із наведеною позицією, А. Вознюк цілком слушно зазначає, що нововведена обставина не охоплює випадки вчинення злочину у зв'язку з належністю особи до певної сексуальної орієнтації (гетеросексуальної, гомосексуальної, бісексуальної тощо) [6, с. 52]. Дійсно, статева приналежність та сексуальна орієнтація – абсолютно різні поняття, останнє стосується як жінок, так і чоловіків. З огляду на це, керуючись ч. 3 ст. 67 КК України, відповідно до якої при призначенні покарання суд не може визнати такими, що його обтяжують, обставини, не зазначені в частині першій цієї статті, вчинення злочину у зв'язку з певною сексуальною орієнтацією особи (наприклад, вона є представником ЛГБТ-спільноти) не є обставиною, що обтяжує покарання у сенсі п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України.

Висловлюючи сумнів щодо того, чи існує в нас взагалі проблема щодо вчинення злочинів на ґрунті статевої приналежності, А. Вознюк вважає актуальнішим питання вчинення злочинів на ґрунті нетрадиційної сексуальної орієнтації [6, с. 52]. Гадаємо, що така проблема існує, хоча й не заперечуємо необхідності кримінально-правового захисту осіб, щодо яких було вчинено злочини на ґрунті їхньої сексуальної орієнтації. Зокрема, на ґрунті статевої приналежності можуть бути вчинені різні злочини (у тому числі тяжкі й особливо тяжкі): хуліганство, різного виду тілесні ушкодження, знищення чи пошкодження майна, статеві злочини, окремі злочини проти волі, честі та гідності особи тощо. У даному випадку потерпілий від злочину обирається за критерієм його належності до певної групи на основі такої ознаки, як стать.

Цікавим є той факт, що у первісному (і навіть згодом доопрацьованому) варіанті поданого проєкту майбутнього Закону № 2227-VIII від 06.12.2017 року пункт третій ч. 1 ст. 67 КК України пропонувалося викласти у такій редакції: «вчинення кримінального правопорушення на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату, або на ґрунті сексуальної орієнтації чи статевої належності», однак вже у підготовленому до другого читання тексті пункт третій ч. 1 ст. 67 КК України було сформульовано у нині існуючому вигляді.

Поза тим, проблема формулювання та смислового наповнення аналізованої обставини, що обтяжує покарання, лежить в дещо іншій площині. У ході адаптації українського законодавства у сфері запобігання та протидії домашньому насильству до європейського гендерний підхід до розв'язання означених питань, закладений у Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульській конвенції), зустрів шалений спротив у парламенті. Як констатується в літературі, саме через несприйняття народними депутатами України незнайомого їм слова «гендер» у 2016 році Верховною Радою була провалена ратифікація Стамбульської конвенції, а гендерна (соціальна) ознака в національному законодавстві замінена біологічною ознакою статевої приналежності [4, с. 19]. З огляду на це, було ухвалене компромісне рішення, і у КК України замість «гендерної приналежності» як соціального конструкту застосували термін «статева приналежність», незважаючи на те, що гендер і стать – це поняття, які несуть різні змістовні навантаження.

Як зазначає О. Харитонова, «хоча у даному законі (№ 2227-VIII від 06.12.2017 р. – Ю.Ф.) прямо не згадується поняття «гендер» та «гендерне насильство», їх необхідно сприймати як те, що

постійно мається на увазі, «мову, що мовчить», дискурсивну мову, прихований підтекст, що мислиться як найбільш важливий, але замовчується...» [7, с. 4]. Коментуючи п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України, О. Дудоров та М. Хавронюк також зауважили, що врешті-решт український законодавець, однак, має на увазі саме «гендер», але через непорозуміння вказує в законі на статеву приналежність [4, с. 34]. Однак національне законодавство уже давно послуговується терміном «гендер» або ж «гендерний». Так, у ст. 1 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 08.09.2005 р. [8] міститься визначення термінів «гендерна рівність», «гендерно-правова експертиза», також Закон оперує поняттями «гендерна політика держави», «гендерні дослідження», «гендерна культура населення». З 2017 року в Україні діє інститут Урядового уповноваженого з питань гендерної політики. До Національного плану дій з виконання рекомендацій, викладених у заключних зауваженнях Комітету ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок до восьмої періодичної доповіді України про виконання Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок на період до 2021 року включено цілу низку заходів, що мають гендерний аспект. І цей перелік можна продовжувати далі.

З метою вирішення означеної проблеми до парламенту було подано проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо протидії злочинам на ґрунті ненависті за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності)» № 3316 від 09.04.2020р., у якому пропонується п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України викласти в такій редакції: «вчинення злочину на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату або на ґрунті нетерпимості до сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності особи» [9]. Законопроект опрацьовувався у комітетах Верховної Ради України, однак одразу ж деякими зацікавленими суб'єктами почав формуватися негативний суспільний дискурс навколо пропонованих змін. На жаль, в Україні існують радикально налаштовані організації, представники яких відкрито демонструють свою нетерпимість до людей з нетрадиційною сексуальною орієнтацією, а також до будь-яких змін гендерної ідентичності інших осіб. З огляду на це, можна спрогнозувати, що даний законопроект буде відхилено. Хоча з іншого боку, деякі зазначені у законопроекті поняття («нетерпимість», «сексуальна орієнтація», «гендерна ідентичність») потребують чіткого визначення з метою коректного застосування законодавчих положень, а тому, очевидно, робота триватиме й надалі.

На сьогодні відповідно до ч. 2 ст. 67 КК України суд може не визнати такими, що обтяжують покарання, обставини, передбачені п. 3 ч. 1 ст. 67, зокрема й вчинення злочину на ґрунті статевої приналежності, але повинен мотивувати своє рішення. На думку Ю. Лемішко, таке рішення законодавця є суперечливим, адже важко уявити типові життєві ситуації, де вчинення суспільно небезпечного діяння з мотивів, перерахованих у п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України, не впливало б на підвищення суспільної небезпечності особи винного, а, отже, і на посилення покарання. Саме із цієї причини, на думку науковиці, цю обставину необхідно віднести до групи обов'язкових обтяжуючих обставин [10, с. 181].

У зазначеному вище законопроекті № 3316 також пропонується внести аналізовану обставину, що обтяжує покарання, до кола так званих обов'язкових обставин, тобто тих, які суд у всіх випадках, коли вони є наявними у справі, враховує при призначенні покарання. Вочевидь, ця пропозиція є цілком слушною. Держава у рамках своїх позитивних зобов'язань повинна вживати усіх необхідних, розумних та достатніх заходів для захисту людини від порушень їх прав іншими суб'єктами. Насамперед таке зобов'язання може бути реалізоване державою шляхом ухвалення відповідного національного законодавства, що забезпечує у тому числі й кримінально-правову охорону основоположних прав людини.

Включення цієї обставини, що обтяжує покарання, до кола тих, які суд обов'язково повинен врахувати при призначенні покарання, зайвий раз підтвердить чіткі наміри держави не толерувати в демократичному суспільстві прояви ненависті та відкритої зневаги до особи у зв'язку із її приналежністю до певної статі. Водночас держава не повинна дозволяти протиправної поведінки на ґрунті сексуальної орієнтації чи гендерної приналежності. З огляду на це, можна запропонувати викласти п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України у такій редакції: «вчинення кримінального правопорушення на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату, або на ґрунті сексуальної орієнтації, статевої або гендерної належності».

Варто зупинитися ще на одному аспекті досліджуваного питання. Як відомо, відповідно до ч. 4 ст. 67 КК України якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена в статті Особливої частини КК України як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз врахувати її при призначенні покарання як таку, що його обтяжує. Що стосується обставини, передбаченої п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України, то у якості кваліфікуючої ознаки вона вказана у складах

злочинів, передбачених ст.ст. 115, 121, 122, 126, 127, 129, 300 КК України. Однак звертають на себе увагу два моменти. По-перше, в усіх перелічених статтях кваліфікуюча ознака сформульована інакше, аніж це зазначено у ст. 67 КК України: слова «на ґрунті» замінено на слова «з мотивів», а замість «ворожнечі чи розбрату» з'являється термін «нетерпимість». Хоча ще у 2010 році В. Панькевич пропонував у ст. 67 КК України термін «на ґрунті» замінити на термін «з мотивів», а термінологічний зворот «ворожнечі та розбрату» на термін «нетерпимості» [11, с. 13]. По-друге, у наведеному вище переліку статей, а також у жодній іншій статті Особливої частини жодного разу не згадується вчинення злочину на ґрунті статевої приналежності в якості кваліфікуючої ознаки. Наведене дає підстави для висновку про те, що суд при призначенні покарання буде змушений врахувати як обставину, що обтяжує покарання, вчинення на ґрунті статевої приналежності будь-якого злочину, оскільки ця обставина не виступає кваліфікуючою ознакою хоча б якогось складу злочину, передбаченого КК України. У протилежному випадку суд згідно ч. 2 ст. 67 КК України зобов'язаний навести у вирокі мотиви відмови врахувати таку обставину як обтяжуючу.

Окремо слід згадати ст. 161 КК України «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками», у якій стаття поряд з інвалідністю, етнічним та соціальним походженням, майновим станом та ін. входить до кола так званих захищених ознак, дискримінація за якими тягне кримінальну відповідальність. Однак вказана стаття, окрім іншого, передбачає відповідальність за дискримінацію у формі прямого чи непрямого обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян.

Водночас дана норма не охоплює, наприклад, випадки заподіяння тяжких тілесних ушкоджень кільком жінкам через почуття ненависті й відрази до осіб жіночої статі або ж знищення майна кількох чоловіків на ґрунті несприйняття винним представників чоловічої статі як такої. У наведених випадках не йдеться про дискримінацію у сенсі ст. 161 КК України, а тому застосування частини 2 або 3 ст. 161 КК України видається сумнівним. Очевидно, доцільно врахувати цей мотив при призначенні покарання, спираючись на п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України.

**Висновки.** Безумовно, для врегулювання окреслених проблем насамперед необхідне комплексне та скоординоване реагування у законодавчій та практичній площині, дотримуючись при цьому високих стандартів Стамбульської конвенції. Україна у ході виконання позитивних зобов'язань у цій сфері ухвалила окремі положення у цьому напрямку, однак часто-густо вони є половинчастими, не до кінця продуманими та викликають обґрунтовані сумніви щодо їх ефективності та можливості реалізації. Зокрема, аналізована у статті обставина, передбачена п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України, «ґрішить» недосконалістю вжитої термінології, підміною понять, незважаючи на те, що обставини, що обтяжують покарання, повинні бути описані максимально повно та змістовно, не допускати як звуженого, так і розширеного тлумачення.

Вчинення злочину на ґрунті статевої приналежності як обставина, що обтяжує покарання, є «слабкою», малоефективною. По-перше, вона не належить до кола обов'язкових для врахування судом при призначенні покарання (ч. 2 ст. 67 КК України); по-друге, виникатимуть значні труднощі у ході виявлення такої обставини, а також її доказування як під час досудового розслідування, так і судового провадження. Існує високий ризик того, що аналізована норма фактично є і буде «мертвою», адже практично неможливо довести в суді, що злочин було вчинено саме через статево-приналежність особи. Саме лише закріплення такої обставини у КК України (навіть у існуючій редакції) не забезпечує реального захисту прав, гарантованих ст. 24 Конституції України та іншими її нормами. З огляду на викладені міркування, обставина, що обтяжує покарання, передбачена п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України, потребує суттєвого доопрацювання.

#### *Джерела та література*

1. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / [Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.]; за ред. проф. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – 456 с.
2. 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 № 2227-VIII від 06.12.2017р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#n10>.
3. Стаття [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%8C>.
4. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк; за ред. М. І. Хавронюка. – К.: Ваїте, 2019. – 288 с.

5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 10-те вид., переробл. та допов. / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Дакор, 2018. – 1360 с.
6. Вознюк А. А. Удосконалення обставин, які пом'якшують та обтяжують покарання, у контексті реалізації положень Стамбульської конвенції / А. А. Вознюк // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2019. – № 1 (110). – С. 50-57.
7. Харитоновна О. Ключові засади гендерної політики в кримінальному праві України та основні напрями реформ щодо протидії насильству стосовно жінок та домашньому насильству. Науково-практичний посібник / О.В.Харитоновна. – Харків: ТОВ «Видавництво «Права людини», 2018. – 344 с.
8. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України № 2866-IV від 08.09.2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15#Text>
9. Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо протидії злочинам на ґрунті ненависті за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності) : проект Закону України № 3316 від 09.04.2020р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=68552](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68552)
10. Лемішко Ю. Ю. Деякі аспекти законодавчої класифікації обставин, які обтяжують покарання / Ю. Ю. Лемішко // Форум права. – 2014. – № 3. – С. 177–184 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2014\\_3\\_30.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_3_30.pdf).
11. Панькевич В. М. Кримінально-правова характеристика порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / В. М. Панькевич. – Київ, 2010. – 20 с.

**Фидря Ю. Совершение преступления на почве половой принадлежности как обстоятельство, отягчающее наказание.** В статье проанализировано одно из обстоятельств, отягчающих наказание, которое включено в Уголовный кодекс Украины как следствие реализации требований Стамбульской конвенции, а именно совершение преступления на почве половой принадлежности. Содержание этого обстоятельства заключается в негативном и пренебрежительном отношении виновного лица к представителям определенного пола или непринятие представителей определенного пола. Отмечена некорректность формулировки данного обстоятельства в свете гендерного контекста Стамбульской конвенции, ведь половая принадлежность не охватывает сексуальной ориентации и гендерной принадлежности, а применение закона об уголовной ответственности по аналогии запрещено. Несовершенство принятой терминологии, подмена понятий в Уголовном кодексе Украины порождает проблему низкой эффективности нормы и несовершенства механизма ее реализации на практике. Прежде всего, значительные трудности могут возникнуть в ходе ее обнаружения, а также доказывания. Предложено внести изменения в п. 3 ч. 1 ст. 67 Уголовного кодекса Украины и сформулировать данное обстоятельство, отягчающее наказание следующим образом: «совершение преступления на почве расовой, национальной или религиозной вражды или розни, или на почве сексуальной ориентации, половой или гендерной принадлежности».

**Ключевые слова:** обстоятельства, отягчающие наказание, половая принадлежность, гендер, Стамбульская конвенция, гендерно обусловленное насилие.

**Fidria Yu. Committing a Crime on the Ground of Gender Identity as an Aggravating Circumstance in Punishment.** The article analyzes one of the aggravating circumstances included in the Criminal Code of Ukraine as a consequence of the implementation of the requirements of the Istanbul Convention – the commission of a crime based on gender identity. The essence of this circumstance implies a negative or derogatory attitude of the convict to the representatives of another sex or his non-acceptance of the representatives of another sex. The author argues that the wording of this circumstance is incorrect in the light of the gender context of the Istanbul Convention, as sexuality does not cover sexual orientation and gender, and the application of the law on criminal liability by analogy is prohibited. The incompleteness of the terminology and substitution of the concepts in the Criminal code of Ukraine results in low efficiency of the norm and makes the mechanism of its implementation in practice imperfect. First of all, significant difficulties will arise in the course of its detection and proving. The author suggests introducing changes to item 3 of Chapter 67 of the Criminal Code of Ukraine as to formulating the circumstance, which aggravates the punishment: «committing a crime on the basis of racial, national, religious hatred, or dissension, or on the basis of sexual orientation, sex or gender affiliation».

**Key words:** aggravating circumstances, sex, gender affiliation, Istanbul Convention, gender-based violence.