

Л. С. Кучанська, здобувач

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова,
кафедра кримінального права, кримінального процесу та криміналістики,
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ТА ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ ОКРЕМИХ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ МОРАЛЬНОСТІ У СУЧАСНІЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ УКРАЇНИ

Аналізуються існуючі у світовій практиці основні законодавчі моделі щодо регламентації відповідальності за зайняття проституцією. Розглядаються питання обґрунтованості криміналізації проституції у Кримінальному кодексі (далі КК) України крізь призму основних принципів цього процесу.

Ключові слова: криміналізація, декриміналізація, проституція, принципи криміналізації.

Кримінальне законодавство України 2001 р. в частині регламентації відповідальності за злочини проти моральності набуло цілої низки принципів змін. *По-перше*, моральність розглядається у якості самостійного об'єкта кримінально-правової охорони (за КК УРСР 1960 р. це складова громадського порядку чи народно-господарського здоров'я); *по-друге*, криміналізовано проституцію (систематичне надання сексуальних послуг з метою отримання доходу) та діяння, пов'язані з нею (примушування чи втягнення у заняття проституцією, сутенерство); *по-третьє*, значно посилено охорону нормального морального розвитку неповнолітніх. Збережена в КК України 2001 р. і норма про відповідальність за ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, хоча законодавство багатьох інших республік СНД від неї відмовилось (наприклад, КК Російської Федерації 1996 р.). Найбільш суперечливим є питання про криміналізацію проституції. І це не випадково, оскільки світовій кримінально-правовій доктрині відомі й інші варіанти ставлення національного законодавця до регулювання проституції.

Передусім слід зазначити, що з приводу назви і з приводу змісту цих законодавчих підходів у кримінально-правовій літературі існує певна плутанина. Так, наприклад, О. В. Наден розрізняє такі можливі моделі: 1) *декримінаційна* (у цьому випадку секс-індустрія набуває легального характеру, держава намагається реєструвати секс-робітниць, зобов'язуючи їх постійно мати відповідні медичні довідки про стан здоров'я. Секс-пропозиції розміщуються на веб-сторінках, відповідних телеканалах, рекламних сторінках засобів масової інформації, в туристичних довідниках, що не вважається порушенням вимог цієї законодавчої моделі); 2) *аболіціоністська* (власне проституція злочином не вважається, але передбачається кримінальна відповідальність за будь-яку експлуатацію проституції іншої особи, вербування для втягнення у проституцію, пособництво, утримання місць розпусти, надання приміщень для проституції, звідництво, сутенерство та отримання прибутку від проституції інших); 3) *модель обмеженої легалізації* (проституція не вважається злочином, але за законом караються дії, спрямовані на втягування жінок у проституцію, а також власники будинків розпусти, звідництво, оренда приміщень з метою організації секс-бізнесу) [1, 129-131]. З наведеного не зовсім зрозуміло, чим за суттю відрізняються два останніх підходи до регулювання проституції. В. О. Іва-

щенко вважає, що аболіціоністська модель передовсім спрямована на боротьбу з експлуатацією проституції третіми особами, але включає заходи для допомоги жінкам, утягнутим у таку діяльність, заходи для їх реабілітації і повернення в суспільство [2, 18]. Аналізуючи найважливіші напрямки суспільного руху у зв'язку з проституцією на Заході, А. О. Габіані розрізняє *аболіціонізм* (девіз аболіціоністів — “вільна жінка на вільному тротуарі”), *неоаболіціонізм* (головний натиск робиться на санітарній освіті, покращені умов життя жінок, які займаються проституцією і т. ін.) і *дискреціонізм* (проституція неминуча, тому її треба поставити у певні межі пристойності) [3, 71]. На відміну від нього, В. І. Лебеденко: розрізняє політику *прогібіціонізму* (встановлення правової заборони на заняття проституцією, а також інші діяння, які сприяють існуванню цього явища в суспільстві), політику *регламентації* (державне регулювання заняттям проституцією шляхом встановлення певних правил для такої діяльності та накладання на повій додаткових обов'язків чи встановлення деяких обмежень) та політику *аболіціонізму* (ставлення до проституції як до приватної справи кожної людини, яке повністю виключає втручання держави в таку діяльність. Суттю такого підходу є використання заходів соціальної профілактики в боротьбі з проституцією та залучення до цього недержавних структур) [4, 5-6].

З'ясуємо названу вище термінологію. Згідно із Словником іншомовних слів **аболіціонізм**: — лат. *abolitio* — скасування, знищення, англ. *abolitionism* — 1) суспільний рух за скасування якогось закону; 2) суспільний рух у США в кінці XVIII ст. за скасування рабства негрів. **Аболіціоніст** — (англ. *abolitionist*) 1) послідовник аболіціонізму, прихильник скасування рабства; 2) іноді — прихильник скасування якогось закону [5, 11]. **Дискреційний** (дискреція): який діє на власний розсуд; дискреційна влада — право посадової особи чи державного органу діяти на власний розсуд; у парламенті — право головуючого в разі потреби виводити депутатів із залу засідань, накладати на них штраф та ін. **Дискреція** (лат. *discretio*) — вирішення посадовою особою чи державним органом певного питання за власним розсудом [5, 368].

Енциклопедичний словник Ф. А. Брокгауза та І. О. Єфрона пов'язує **прогібіціонізм** (від англ. *prohibition* — заборона) — з суспільним рухом за заборону певних дій, зокрема торгівлі спиртними напоями [6, 343].

Таким чином, *аболіція* завжди пов'язується із *скасуванням певного закону* чи заборони, а *прогібіція*, навпаки, із *встановленням заборони* на певну діяльність. Оскільки вирішальним при класифікації законодавчих моделей, що аналізуються, є ставлення влади саме до проституції, можливі всього два варіанти: або вона *легалізується*, або *визнається злочином* чи іншим правопорушенням. Проте, аболіціоністський підхід не є однозначним, і в певній країні може суттєво відрізнятись за обсягом у діапазоні від легалізації не тільки проституції, а й діянь, пов'язаних з нею (звідництво, утримання притонів розпусти та ін.), до встановлення на рівні кримінального законодавства певних правил та обмежень для осіб, які займаються проституцією або експлуатують її. В останньому випадку можна говорити про *дискреціонізм* (модель обмеженої легалізації), коли влада, діючи на власний розсуд з метою обмеження проституції чи надання їй пристойності вдається до додаткових заходів, спрямованих на непоширення цього соціального явища. Звідси впливає, що політика аболіціонізму охоплює собою три законодавчих *підходи*: *декримінаційний*, *суто аболіціоністський* та *дискреціоністський*. Всі інші заходи, які спрямовані на подолання проституції (допомога жінкам, утягнутим у таку діяльність, їх реабілітація та лікування, створення органів соціального патронажу і т. ін.), є нейтральними до кримінального законодавства і можуть використовуватися як у межах аболіціоністської, так і в межах прогібіціоністської моделей.

А. Згідно з *декримінаційним підходом*, ні сама проституція, ні діяння, пов'язані з нею (звідництво, сутенерство, утримання домів розпусти і т. ін.), злочинами не

визнаються. Така модель характерна для кримінального законодавства Нідерландів, Швейцарії, Греції, Туреччини і деяких інших держав. Однак при цьому слід мати на увазі, що дії, пов'язані з примушуванням, вербуванням або схиланням до проституції (і в межах цього підходу) завжди **визнаються злочином**.

Б. Суто **аболіціоністська модель** характеризується насамперед тим, що кримінально караними є дії, пов'язані з проституцією (звідництво, сутенерство, зухерство, утримання домів розпусти і т. ін.), хоча власне проституція **злочином не вважається**. Ця модель найбільш поширена і притаманна кримінальному законодавству держав ближнього (Росія, Білорусь, Грузія, Казахстан, Литва, Латвія, Естонія) і дальнього зарубіжжя (Франція, Іспанія, Данія, Швеція, Китай та ін.).

Наведена вище класифікація досить умовна, оскільки в межах обох моделей (і декримінаційної, і аболіціоністської, де тільки проституція не визнається злочином) національний законодавець передбачає додаткові заходи, які спрямовані на заборону або непоширення проституції.

Так, наприклад, цілу низку обмежень щодо зайняття проституцією передбачає КК ФРН. За загальним правилом, утримання домів розпусти не є кримінально-караним (декримінаційний підхід). Але якщо особа у вигляді промислу утримує заклад або керує діяльністю закладу, де інші особи займаються проституцією і між ними є особиста чи матеріальна залежність, (або утримувач закладу сприяє проституції шляхом надання квартири), іншого місця проживання чи перебування і пов'язаних з цим додаткових послуг, винний підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі на строк до трьох років або штрафу. Якщо, хтось уперто порушує заборону на зайняття проституцією в певних місцевостях чи у певні часи, він карається позбавленням волі на строк до шести місяців або штрафом до 180 денних ставок [7, § 184 а]. Хто займається проституцією поблизу школи чи іншого місця, яке призначено для відвідування особами, що не досягли вісімнадцятилітнього віку, або у домі, де проживають особи, які не досягли вісімнадцяти років (тобто заподіює шкоду моралі молоді), він карається позбавленням волі до одного року або штрафом [7 § 184 в]. Нормою, спрямованою на охорону громадської моралі взагалі в статевій сфері є норма, передбачена § 183 а КК ФРН: хто публічно вчинює сексуальні дії і тим самим з наміром чи свідомо порушує норми громадської моралі, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі до одного року або штрафом [7; 113, 116, 118].

Отже, як бачимо на прикладі, сучасне кримінальне законодавство різних країн світу в частині регулювання власне проституції більше схиляється до дискреціоністської моделі, коли проституція злочином не визнається, але передбачається ряд заходів, які спрямовані на її непоширення або сувору заборону.

Що до України, то навіть фрагментарний аналіз питання про регулювання тут проституції в *історичній ретроспективі дозволяє твердити, що було випробовано майже все*. Статут Великого князівства Литовського 1588 р., Соборне Укладення 1649 р., Артикул Воїнський 1715 р., Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 р. — стояли на позиціях аболіціоністського підходу: власне проституція злочином не вважалася, але кримінально караними були звідництво, та інші дії, пов'язані з проституцією. Разом з цим передбачалися і заходи, спрямовані на обмеження проституції. Прогібіоністський підхід був притаманний Укладенню про покарання кримінальні та виправні 1845 р., де проституція визнавалася злочином.

Переорієнтування законодавства на декримінаційну модель почалося з середини ХІХ століття, а остаточно декримінаційна модель з елементами дискреціоністського підходу конституювалася з прийняттям Статуту про покарання, які накладаються мировими суддями 1864 р. Ця модель була притаманна і Укладенню про покарання кримінальні та виправні редакції 1885 р.. Кримінальне Укладення 1903 р. знову впроваджує аболіціоністську модель, встановлюючи відповідальність за звідництво, сутенерство, схилання до проституції і т. ін. Притаманні цьому законо-

давчому акту й елементи моделі обмеженої легалізації. Так, ст. 528 Кримінального Укладення 1903 р. передбачала відповідальність за невиконання встановлених правил “для предупреждения непотребства и пресечения вредных от оного последствий” [8]. Причому до відповідальності притягалися як жінки, що займаються проституцією, так і особи, які утримували будинки розпусти.

Аболіціоністський підхід був притаманний і кримінальному законодавству України радянських часів.

Слід відзначити, що в період існування радянських КК доволі інтенсивна боротьба велася і з власне проституцією, але *виключно в адміністративно-правовій площині*. Початок їй було покладено циркуляром ВЦВК “Про заходи боротьби з проституцією” від 16 грудня 1922 р., де передбачалися загальносоціальні та правові заходи боротьби з чинниками, які сприяють проституції. У перший період основний акцент дійсно було зроблено на загальносоціальні заходи протидії проституції, але в подальшому перевагою користувалися правові заходи, логічним завершенням яких було доповнення у 1987 р. адміністративного законодавства всіх союзних республік нормою про відповідальність за зайняття проституцією [9, ст. 181¹].

Після криміналізації проституції у КК України 2001 р. думки фахівців з цього приводу розділилися на дві групи. Більшість науковців вважає, що введення кримінальної відповідальності за проституцію — це “негуманний” та “жорстокий” крок, особливо якщо взяти до уваги сучасну економічну ситуацію та відсутність реальних можливостей працевлаштування для багатьох жінок [1, 135]. Так, О. В. Наден зазначає: “Якщо заняття проституцією є криміналізованим діянням, то повіі не висуватимуть обвинувачень проти торгівців людьми. Навіть більше, це призводить до вилучення з переліку потерпілих також і жінок — жертв торгівлі людьми, яких ввозять в Україну, вивозять з України, або передають у межах України, оскільки для них теж існує ризик переслідування за проституцію. Така ситуація дає “звідникові” додаткові можливості шантажувати повію, яка може отримати обвинувачення у кримінальному злочині, якщо стане відомо, що вона вдавалась до проституції” [1, 135]. У цілому О. В. Наден, як і багато інших фахівців [2, 72; 3, 71], робить висновок про те, що найбільш ефективним у цьому разі є метод не заборони, а регламентації, який дає можливість забезпечити контроль суспільства за проституцією як соціальним явищем і за тими особами, які до неї вдаються” [1, 138]. Цікаво, що аналогічні висновки було зроблено деякими представниками вітчизняної кримінально-правової теорії ще на початку ХХ століття [10, 178].

Слід також додати, що наведена позиція відповідає вимогам керівних принципів, які напрацьовані другою Міжнародною консультацією з ВІЛ/СНІДу і прав людини, організованою Управлінням Верховного комісара ООН з прав людини і ЮНЕЙДС (об’єднана програма ООН із ВІЛ/СНІДу). Державам, зокрема, пропонується декриміналізувати законодавство, яке стосується роботи дорослих осіб у сфері надання сексуальних послуг, не пов’язаних із заподіянням шкоди. У подальшому, з уведенням засобів правового регулювання, забезпечити дотримання правил гігієни та безпеки з метою захисту працюючих у цій сфері та їхніх клієнтів, підтримання безпечної сексуальної поведінки під час надання сексуальних послуг [11, 31].

На думку інших дослідників, введення кримінальної відповідальності за проституцію — це своєчасний крок, який може запобігти тому, що молоді дівчата ставатимуть повіями. Ця позиція уявляється більш слушною за наступних підстав: *по-перше*, безсумнівно, знищити проституцію шляхом застосування кримінального покарання нікому і ніколи не вдасться. Але не слід недооцінювати превентивних можливостей кримінально-правові норми про заборону проституції в плані непоширення цього соціального явища. За даними О. П. Дяченка, кожна третя проститутка, (за її особистим зізнанням), відмовилася б від цього заняття, якби їй загро-

криміналізується, повинне визначатися з точністю, яка необхідна для права; 3) це діяння повинне бути таким, що достовірно доводиться; 4) доведення подібних діянь повинне досягатися без заподіяння шкоди недоторканості приватного життя та відносинам довіри між близькими людьми; 5) діяння повинне значною мірою обурювати почуття суспільства, суспільну думку; 6) достатній захист суспільства від даного виду діянь не може бути забезпечений більш м'якими — адміністративними або цивільно-правовими заходами [14, 27-29].

Досить розвинуту систему принципів криміналізації запропонував голландський фахівець Л. Хульсман. На його думку, вирішуючи питання про криміналізацію діяння, слід виходити з таких цілей кримінального законодавства, які можуть розглядатися як соціально-прийнятні. Таких **цілей чотири**. *Перша* з них полягає у точному визначенні правил поведінки, встановлених державою, а також в інформуванні суспільства про ці правила. *Друга* ціль кримінального законодавства полягає у тому, щоб ефективно сприяти вирішенню конфліктів, які виникають у суспільстві. *Третя ціль* — вплив на поведінку людей у напрямку, що рекомендує право. Нарешті, *четверта* — це встановлення контролю над певними формами здійснення державної влади. Система кримінального права обмежує коло випадків, у яких публічна влада може застосувати санкції, а також характер заходів примусу, що є припустимими. Тим самим кримінальне право допомагає нормалізувати застосування владного примусу та гарантує основні свободи й права особистості.

Схожі висновки щодо підстав криміналізації були зроблені й у вітчизняній теорії кримінального права. Всі принципи криміналізації запропоновано поділити на **дві групи**: *соціальні і соціально-психологічні та системно-правові*. До першої групи належать: принцип суспільної небезпеки, принцип відносної розповсюдженості діяння, принцип кримінально-політичної адекватності криміналізації. До системно-правових принципів криміналізації віднесені: 1) загально-правові системні принципи (конституційної адекватності, системно-правової несуперечності, міжнародно-правової необхідності і припустимості, процесуальної здійсненності переслідування); 2) кримінально-правові системні принципи криміналізації (принцип відсутності прогалін закону та ненадмірності заборони, принцип визначеності та єдності термінології, принцип повноти складу, співрозмірності санкції та економії репресії) [15, 215-242].

Якщо проаналізувати законодавче вирішення щодо криміналізації проституції на підставі викладених принципів, можна твердити, що майже всі вони були збережені.

Суспільна небезпека проституції, як злочину проти моральності, на наш погляд, сумнівів не викликає. Дуже слушною в цьому аспекті є аргументація, наведена Л. С. Білогриць-Котляревським ще на початку ХХ століття. Вчений робить висновок, що суспільство, яке побудоване на аморальних принципах існувати не може і неминуче руйнується. Визнаючи мораль однією з основ співжиття, держава забороняє посягання на неї не тільки як порушення певного суб'єктивного права, а і як порушення об'єктивних інтересів суспільства, в якому порушення суб'єктивних прав може і не бути [16, 503-504].

Пригадаємо, яких масштабів набула проституція в Російській імперії після декриміналізації цього діяння у середині ХІХ століття і яку занепокоєність це викликало.

Досить показовою, з точки зору принципу суспільної небезпеки, є криміналізація свого часу у Німеччині іншого злочину проти моральності — культу насильства. Як відзначає Г. Кайзер, дослідження впливу на агресивності та злочинності зображень насильства засобами масової інформації, які були проведені у Англії та США, дійшли до суперечливих висновків, хоча проводилися майже однаково. На думку Фешбаха, спостереження агресивних дій виконує заміну функцію і виробляє до зниження агресивних збуджень (гіпотеза катарсиса). Згідно з інгібіційною гіпотезою Берковица, спостереження агресивних дій викликає у спостерача перш

ра і т. ін. Не можна з цього приводу не погодитися з А. І. Єлістратовим, який вважав “исправление нравов в духе тех или иных моральных тенденций, — гибкой целью, таящей в себе оправдание произвола и нетерпимости” [10, 178]. По-друге, криміналізація проституції не суперечить принципу недоторканності приватного життя. У цьому випадку, протиріччя між суб’єктивним правом особи на зайняття цією “професією” і інтересами суспільства повинно вирішуватись на користь останнього. *Вважаємо взагалі неприпустимими кардинальні коливання* то у бік інтересів держави і суспільства, коли людина, її права і свободи знаходилися далеко позаду, то у бік абсолютної пріоритетності приватних інтересів, коли інтереси суспільні майже не враховуються. Цілком справедливим з цього приводу є зауваження С. В. Дьякова: “Адже кожному ясно: скільки завгодно можна ставити на перше місце особистість, її права і свободи, але реальна захищеність не буде забезпечена, якщо слабкими та недієздатними є інститути державної влади. Саме ця сторона конституційного положення найчастіше забувається у дискусіях та творчій полеміці: визнання, дотримання та захист прав і свобод людини і громадянина — обов’язок держави” [20, 11].

Таким чином, на наш погляд, криміналізація проституції цілком відповідає ідеї гармонійного задоволення інтересів особи, суспільства та держави. Держава в інтересах усього суспільства, може обмежити суб’єктивне право особи на “торгівлю своїм тілом”, якщо це призводить до руйнування самих підвалин цивілізації. Ігнорування цієї обставини, у своєму кінцевому логічному розвитку, ставить під сумнів необхідність існування кримінального права взагалі.

Література

1. Наден О. В. *Торгівля жінками як кримінально-правова та соціальна проблема сучасності.* — К.: Атіка, 2004. — 208 с.
2. Іващенко В. О. *Торгівля жінками та дітьми (Кримінологічні та кримінально-правові аспекти боротьби): Монографія.* — К.: Атіка, 2004. — 112 с.
3. Габиани А. А. *О правовых мерах по ограничению проституции и ее социально-опасных последствий // Сов. гос. и право.* — 1991. — № 2. — с. 70-73.
4. Лебеденко В. І. *Проституція: поняття, характеристика і правові засади профілактики її розповсюдження: Навчальний посібник.* — К.: Українська академія внутрішніх справ, 1994. — 32 с.
5. Словник іншомовних слів: 23000 слів та термінологічних словополучень / Уклад. Л. О. Пустовіт та ін. — К.: Довіра, 2000. — 1018 с.
6. *Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Эфрона.* — Т. 49. — СПб.: Типография И. А. Эфрона, 1898. — 478 с.
7. *Уголовный кодекс ФРГ / Пер. с нем. А. В. Серебренниковой.* — М.: Зерцало, 2000. — 208 с.
8. *Уголовное Уложение, высочайшее утвержденное 22 марта 1903 года.* — СПб., 1903-280 с.
9. *Кодекс України про адміністративні правопорушення.* — Х.: ООО “Одісей”, 2004. — 252 с.
10. *Елистратов А. И. Борьба с проституцией в Европе.* — Казань: Типография императорского Университета, 1909. — 494 с.
11. *ВИЧ/СПИД и права человека: Международные руководящие принципы.* — Нью-Йорк и Женева: ООН, 1998. — 118 с.
12. *Проституция и преступность (проблемы, дискуссии, предложения).* — М.: Юрид. лит., 1991. — 304 с.
13. *Ломброзо Ч. Преступление. Новейшие успехи науки о преступлениях. Анархисты / Сост. и предисл. В. С. Овчинского.* — М.: ИНФРА · М, 2004. — 320 с.
14. *Кенни К. Основы уголовного права.* — М.: Изд-во иностр. лит., 1949. — 563 с.

15. Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация) / Отв. ред. В. Н. Кудрявцев и А. М. Яковлев. — М.: Наука, 1982. — 302 с.
16. Белогриц-Котляревский Л. С. Учебник русского уголовного права. Общая и Особенная части. — Киев-Петербург-Харьков: Южно-русское книгоиздательство Ф. А. Иогансона, 1903. — 618 с.
17. Кайзер Г. Криминология. Введение в основы. — М.: Юрид. лит., 1979. — 470 с.
18. Зелинский А. Ф. Значение норм уголовного права для предупреждения преступлений: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. 12. 00. 08 — М., 1966. — 19 с.
19. Саркисова Э. А. Уголовно-правовые средства предупреждения преступлений. — Мн.: Наука и техника, 1975. — 192 с.
20. Дьяков С. В. Государственные преступления (против основ конституционного строя и безопасности государства) и государственная преступность. — М.: НОРМА, 1999. — 320 с.

Л. С. Кучанская

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова,
кафедра уголовного права, уголовного процесса и криминалистики,
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРОБЛЕМЫ КРИМИНАЛИЗАЦИИ И ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИИ ОТДЕЛЬНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ НАВРСТВЕННОСТИ В СОВРЕМЕННОЙ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЕ УКРАИНЫ

РЕЗЮМЕ

Сделан вывод об обоснованности криминализации проституции в уголовном законодательстве Украины.

Приводятся дополнительные аргументы в пользу прогибиционистского подхода к проституции. Предлагается дополнить ст. 303 действующего УК положением, в соответствии с которым освобождается от уголовной ответственности за проституцию лицо, которое добровольно обратилось за помощью в правоохранительные органы (органы государственной власти) и содействовало раскрытию преступлений, связанных с проституцией.

Ключевые слова: криминализация, декриминализация, проституция, принципы криминализации.