

## ГЕНДЕРНА ЕКСПЕРТИЗА КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ОКРЕМІ АСПЕКТИ НАЦІОНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ПІДХОДІВ

Меркулова В. О.

У статті розглянуто формування кримінальної політики, законодавства щодо жінок, які скоїли злочин, зміст та сутність нормативно-правових актів, які були чинними на території України із стародавніх часів дотепер, що доводять сталість особливого ставлення законодавця до особистісних властивостей жінки. Встановлено, що природні властивості жінки у чинній кримінальній політиці та законодавстві розглядаються переважно з точки зору співвідношення особливостей реалізації всіх форм кримінальної відповідальності (видів покарання), призначення та звільнення від покарання та його відбування та психофізичних, емоційних особливостей жінки, яка перебуває у стані вагітності або ж має малолітню дитину. Розглянуто за чинним законодавством відмінності у визначенні системи покарання, умов та порядку призначення та виконання конкретного виду покарання, що стосуються переважно вагітних жінок та жінок, які мають малолітніх дітей. Встановлено, що за міжнародно-правовими стандартами та досвідом окремих країн світу зазначеним особливостям не надається належна увага, не зменшує значення та важливості існування суто вітчизняних специфічних пільгових кримінально-правових інститутів. Є підстави вважати, що в різних правових системах у межах відправлення кримінального правосуддя жінка продовжує займати маргінальне становище, оскільки її особисті властивості та потреби зазвичай не враховуються належним чином. За стандартами кримінальне правосуддя зорієнтоване переважно на більшу частину засуджених - чоловіків. Актуальним залишається питання гарантованого захисту прав та законних інтересів жінок під час відправлення кримінального правосуддя, тим паче під час виконання та відбування покарання у вигляді позбавлення волі.

**Ключові слова:** жінка, кримінальне правосуддя, суб'єкт, кримінальна відповідальність, покарання, держава, політика, «гендер», гендерна політика.

В статті рассмотрено формирование криминальной политики, законодательства относительно женщин, которые совершали преступления, содержание и сущность нормативно-правовых актов, которые действовали на территории Украины с древних времён и до сих пор, что доказывают постоянство особенного отношения законодателя к личностным свойствам женщины. Установлено, что естественные свойства женщины в действующей криминальной политике и законодательстве рассматриваются преимущественно с точки зрения соотношения особенностей реализации всех форм криминальной ответственности (видов наказания), назначения и освобождения от наказания и его отбывания и психофизических, эмоциональных особенностей женщины, которая находится в состоянии беременности или же имеет малолетнего ребёнка. Рассмотрены по действующему законодательству отличия в определении системы наказания, условий и порядка назначения и выполнения конкретного вида наказания, которые касаются преимущественно беременных женщин и женщин, которые имеют малолетних детей.

Установлено, что по международно-правовым стандартам и опыту отдельных стран мира отмеченным особенностям не уделяется надлежащее внимание, не уменьшается значения и важность существования сугубо отечественных специфических льготных криминально-правовых институтов. Существуют основания считать, что в разных правовых системах в пределах отправления криминального правосудия женщина продолжает занимать маргинальное положение, поскольку ее личные свойства и потребности обычно не учитываются должным образом. По стандартам криминальное правосудие сориентировано преимущественно на большую часть осуждённых - мужчин. Актуальным остается вопрос гарантированной защиты прав и законных интересов женщин во время отправления криминального правосудия, тем более во время выполнения и отбывания наказания в виде лишения свободы.

**Ключевые слова:** женщина, криминальное правосудие, субъект, криминальная ответственность, наказание, государство, политика, «гендер», гендерная политика.

Forming of criminal politics, legislations in relation to women, that committed crime, maintenance and essence of normatively-legal acts that operated on territory of Ukraine from ancient times until now, is considered in the article, that take constancy of the special relation of legislator to personality properties of woman. It is set that, natural properties of woman in operating criminal politics and legislation are examined mainly from the point of view of correlation of features of realization of all forms of criminal responsibility (types of punishment), setting and release from punishment and his serving, emotional features of woman that is in the state of pregnancy or has a very young child.

For all other equal terms and circumstances, advantage during application of different types of punishment, release from punishment with a test, release from the further serving appointed by the court of punishment must get to the woman, taking into account her special social-demographic properties and value for the child of her presence. Exactly by such method provided inhibition of politics of support of maternity, conditioning the state for birth of child, his development and education in the first years (foremost to three years), when exactly a physical and emotional presence of mother (but not father) is natural and obligatory.

It is considered on the current legislation of difference in determination of the system of punishment, terms and order of setting and implementation of certain type of punishment touch mainly expectant mothers and women that have very young children. It is set that on standards and experience of separate countries of the world to the marked features the proper attention is not given, does not diminish a value and importance of existence especially of home specific favourable institutes.

On the current legislation of difference in determination of the system of punishment, terms and order of setting and implementation of certain type of punishment touch mainly expectant mothers and women that have very young children. A current legislation, state of pregnancy, presence of very young

children (except other factors is age, state of health), examines as sufficient grounds not to apply the certain types of basic criminal punishments. Thus social-demographic, psychophysical properties of these women stipulated existence of the system of punishment of different from general.

There are grounds to consider that in the different legal systems within the limits of sending of criminal justice a woman continues to occupy marginal's position, as her the personal properties and necessities usually are not taken into account properly. On standards a criminal justice is orientated mainly on greater part of convict - men. The actual is remained by the question of the assured protection of rights and legal interests of women during sending of criminal justice, that more during implementation and serving of punishment in the type of imprisonment.

Thus in most cases speech it is said about violation of gender equality in relation to a man. Essence of such conclusions consists in that as a criminal legislation envisages privileges only for women-mothers, discrimination is tested by a man-father. Those situations are accordingly ignored, when men bring up children (incomplete family) independently, care of them, retain them materially.

**Key words:** woman, criminal justice, subject, criminal responsibility, punishment, state, politics, "gender", gender politics.

**Актуальність** обраної теми дослідження зумовлюється тим, що формування кримінальної політики, законодавства щодо жінок, які вчиняли злочин, зміст та сутність нормативно-правових актів, які були чинними на території України із стародавніх часів і дотепер, доводять сталість особливого ставлення законодавця до особистісних властивостей жінки. Природні властивості жінки у чинній кримінальній політиці та законодавстві розглядаються переважно з точки зору співвідношення особливостей реалізації всіх форм кримінальної відповідальності (видів покарання), призначення та звільнення від покарання та його відбування та психофізичних, емоційних особливостей жінки, яка перебуває у стані вагітності або ж має малолітню дитину.

Наш власний практичний та науковий досвід дає підстави зазначити, що саме стосовно цієї категорії жінок упродовж десятиліть апробується та впроваджується більш гуманне кримінальне законодавство. Пошуки шляхів економії кримінальної репресії щодо них супроводжувалися постійними змінами у кримінальному законодавстві в частині уточнення умов та підстав призначення окремих видів покарання, звільнення цих жінок від призначеного судом покарання, від його подальшого відбування.

За чинним законодавством відмінності у визначенні системи покарання, умов та порядку призначення та виконання конкретного виду покарання стосуються переважно вагітних жінок та жінок, які мають малолітніх дітей. Чинне законодавство стан вагітності, наявність малолітніх дітей (окрім інших чинників - вік, стан здоров'я) розглядає як достатні підстави не застосовувати певні види основних кримінальних покарань. Отже, соціально-демографічні, психофізичні властивості цих жінок зумовили існування системи покарання, відмінної від загальної. До того ж одним із чинників є вік дитини (ст.ст. 53-64 КК).

Чинник вагітності за інших рівних умов тягне менший обсяг карної репресії, оскільки визначений законодавцем як пом'якшуюча провину обставина (п. 4 ч. 1 ст. 66 КК).

До того ж у Кримінальному кодексі України сформульовані дві статті, які передбачають специфічні умови

та порядок звільнення жінки від відбування покарання, звільнення від подальшого відбування покарання: звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років (ст. 79 КК); звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (ст. 83 КК).

Проблема полягає у тому, що в доктрині права спостерігається доволі суперечлива та неоднозначна оцінка значення соціально-демографічних та психофізичних властивостей жінки для законодавця. Особливості кримінальної відповідальності та покарання вагітних жінок та жінок, які мають малолітніх дітей, усе частіше аналізуються з точки зору рівності прав чоловіків та жінок у кримінальному правосудді. Відповідно, постають питання відповідності визначених кримінально-правових особливостей гендерній рівності, характеру та напрямкам відтворення гендерної адекватності в положеннях кримінального законодавства.

**Стан дослідження.** Проблеми фізіологічних та психологічних особливостей жіночої статі історично завжди були складниками предмета спеціальних досліджень, присвячених анатомії, фізіології, психіатрії людини, а тим паче з питань гінекології та вивчення жінки як такої. Фахівці, які досліджували ці питання на початку ХХ ст. (Г. Бушан, Ф. Винкель, М. Лапинський, В. Фриче, А. Форель), виходили з того, що корелятивні анатомо-фізіологічні відмінності, особливості почуттєвої та психологічної сфери жінки та чоловіка є суттєвими і мають враховуватися. Доводилося, що фізіологічну будову жіночого організму визначають передусім материнські функції. А відповідно, дитородні біологічні особливості жінки доводять те, що вона найбільше залежить від своєї природи (М. Лапінський, С. Бовуар).

До того ж соціально-демографічні та психофізіологічні особливості жінок, які вчиняють суспільно небезпечні діяння, розглядаються у сучасних дослідженнях кримінологічного, кримінально-правового, кримінально-виконавчого характеру (В. Бадира, А. Блага, О. Грищенко, Т. Денисова, В. Меркулова, С. Нікітенко, Г. Резніченко, М. Стрюк, В. Федусік, Н. Чечель тощо) як підстави для виокремлення такої спеціальної соціально-правової категорії, як жіноча злочинність, формулювання спеціальної системи кримінальної відповідальності та покарання, а тим паче для обґрунтування доцільності визначення особливого порядку відбування призначеного судом покарання, особливо найсуворішого покарання - позбавлення волі.

Проте на початку ХХІ століття все частіше предметом дослідження стають окремі аспекти теорії, методології, права, правозастосування з позицій гендерного виміру. Суттєві зміни в соціально-економічних, політичних, духовних сферах життя суспільства є достатньою підставою для нового поцінування гендерних проблем, їхнього місця у правовому просторі загалом і у кримінально-правовому зокрема. На порядок денний постало питання формування та розвитку теорії гендерного права як нового напрямку юридичної науки. Є різні підходи щодо визначення змісту та сутності такого поняття, як «гендер». Більш прийнятною є та концепція (О. Дашковська), відповідно до якої жінка та чоловік розглядаються і як біологічні особи, і як члени суспільства, яким властиві особливості соціального статусу та соціальної поведінки, що дає змогу враховувати

## Протидія злочинності: проблеми практики та науково-методичне забезпечення

значення та ступінь впливу на сферу правового регулювання як особливостей психофізичного, так і суто соціального характеру [3, с. 16-21].

Наявність зазначених вище особливостей у відправленні кримінального правосуддя щодо специфічного суб'єкта кримінальної відповідальності - жінок, які є вагітними або ж мають малолітню дитину, дало підстави для певної наукової дискусії з проблем відповідності (невідповідності) чинного кримінального законодавства України основам гендерної політики, вимогам гендерної рівності. Ці проблеми аналізуються у спеціальних дослідженнях, наукових публікаціях Н. Аніщук, С. Берези, Т. Головка, І. Котюк, О. Костенко, О. Матвієнко, Н. Оніщенко, М. Томашевської тощо. До окремих положень цих робіт маємо надалі звернутися.

**Виклад основного матеріалу.** Проблема надання чоловікам рівних з жінками прав у тій сфері пільг, які пов'язані з доглядом та вихованням дитини, є складником більш загальної проблеми - необхідності оцінки чинного вітчизняного кримінального та кримінально-виконавчого законодавства на предмет відповідності гендерній рівності. На підставі співставлення змісту та сутності окремих норм науковці доходять висновку про наявність дискримінаційних гендерних викривлень. Все частіше йдеться про порушення прав саме чоловіків. Так, окремими вченими (Н. Оніщенко, О. Матвієнко, С. Береза, М. Томашевська) доводиться, що спеціалізація норм права залежно від статевої належності традиційно сприймається як форма забезпечення прав жінок. Законодавство, виокремлюючи права жінок (вагітних, матерів), тривалий час не визначало окремо права батьків. А відповідно, гендерні перетворення спрямовані виключно на захист прав жінок [5, с. 75, 91].

Більш конкретному тлумаченню піддаються результати порівняльно-правового аналізу як порядку призначення різних видів покарання, так і звільнення від відбування покарання.

Т. Головка розглядає гендерні проблеми стосовно всієї системи покарань. Звертає увагу на те, що законодавець передбачає суттєві привілеї для жінок під час застосування покарань. Стверджується, що факт визнання законодавцем біологічних та фізіологічних особливостей жінок під час призначення та відбування покарання є свідченням наявності певної дискримінації чоловіків, що суперечить принципу рівності громадян перед законом [2, с. 1].

Ю. Шинкарьов, розглядаючи питання щодо кола осіб, стосовно яких не може бути призначене покарання у вигляді арешту, доводить, що піклування про дитину має забезпечувати як мати, так і батько. Вчений пропонує в ситуації, коли наявна сім'я неповного складу (за відсутності матері), арешт не має бути застосований до самотнього батька, який утримує та виховує дитину. Вирішення питання у такій спосіб є в інтересах дитини, яка не може залишитися без піклування [7, с. 80].

Збільшення віку дитини до семи років, як демографічної передумови для застосування специфічного інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 79 КК), дало підстави окремим ученим (І. Котюк, О. Костенко) стверджувати про порушення гендерної рівності стосовно батька. Зокрема, під час розгляду особливостей звільнення від відбування покарання із випробуванням для жінок у межах гендерної характеристики чинного Кримі-

нального кодексу України звертається увага на те, що у разі найближчого розгляду цієї статті КК гендерна проблема виявляється у тому, що не лише жінки, а й чоловіки можуть бути необхідними і корисними на волі для забезпечення інтересів дитини до досягнення нею семирічного віку. Пропонується урівняти батьків у праві на застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням. Ця ж ситуація переноситься і на порядок застосування звільнення від відбування покарання вагітних жінок та жінок, які мають дітей віком до трьох років, на підставі ст. 83 КК України. Це кримінально-правовий інститут, який стосується тих засуджених до позбавлення волі (обмеження волі) жінок, які під час відбування покарання завагітніли або ж народили дитину. Доводиться, якщо чинне трудове законодавство передбачає можливість звільнення від роботи до досягнення дитиною трирічного віку не лише жінки, а й чоловіка, який є батьком дитини, то виникає запитання: чи не слід внести відповідні зміни до ст. 83 КК? [4, с. 55, 57, 65, 66].

Отже, здебільшого йдеться про порушення гендерної рівності стосовно чоловіка. Сутність таких висновків полягає у тому, що, оскільки кримінальне законодавство передбачає пільги лише для жінок-матерів, дискримінації зазнає чоловік-батько. Відповідно, ігноруються ті ситуації, коли чоловіки самостійно виховують дітей (неповна сім'я), піклуються про них, утримують їх матеріально.

Якщо порівняти міжнародно-правові та вітчизняні підходи у вирішенні розглядуваної проблеми, маємо зазначити таке. Фактом є те, що міжнародно-правові стандарти в більшості своїй не містять спеціальних положень щодо особливостей кримінальної відповідальності та покарання засуджених жінок, які є вагітними, мають малолітніх дітей. Винятком є стадія виконання (відбування) певного виду покарання. Особливе значення соціально-демографічним властивостям засудженої жінки за спеціальними міжнародними стандартами надається лише на стадії виконання покарання у вигляді позбавлення волі. Мінімальні стандартні правила поведінки із в'язнями та Європейські тюремні правила (окрім вимоги забезпечити диференціацію та індивідуалізацію виконання покарання, нейтралізувати негативний вплив ізоляції на особистість засудженої особи) чітко прописують особливості порядку та умов утримання в ізоляції вагітних жінок та жінок, які мають при собі малолітніх дітей. Відповідно, кримінальне законодавство держав Європи не визначає особливих кримінально-правових інститутів, які б стосувалися лише засуджених жінок.

М. Хавронюк, який досліджував особливості покарання та інші правові наслідки вчинення протиправного діяння окремими категоріями осіб у державах континентальної Європи (зокрема, жінками та особами, які піклуються про малих дітей), звернув увагу на те, що спеціальних розділів чи глав, навіть статей, які б були присвячені особливостям кримінальної відповідальності і покарання жінок, у жодному з проаналізованих кримінальних кодексів немає. Вчений пояснює такий підхід законодавця особливостями гендерної політики сучасних європейських держав, за якою чоловіки та жінки цілком рівні у своїх правах, обов'язках та відповідальності. В окремих державах ці питання регулюються окремими положеннями [6, с. 434, 435].

На нашу думку, в такому разі має місце односторонній формальний підхід до оцінювання передумов та спрямованості законодавчого визначення особливостей призначення покарання (звільнення від покарання) щодо жінок, які є вагітними, мають малолітніх дітей. Механічно співставляється обсяг наданих кримінальним законодавством прав чоловікам та жінкам. Проте розбудова правової держави передбачає пов'язаність законодавчої влади природним правом, яке є сукупністю прав, цінностей, властивостей, зумовлених природою людини, а отже, статевих, фізіологічних, психологічних властивостей. Невизнання природних особливостей жінки соціально-демографічного та психофізичного характеру, механічне протиставлення правового статусу жінки та чоловіка в різних галузях права можуть призвести до негативних наслідків.

Проблема полягає у тому, що нині немає в правознавстві належним чином розроблених теоретичних засад, що дали б можливість дати відповідь на одне з основних ґендерних питань: як слід забезпечити рівність прав чоловіків і жінок, які не є однаковими за своєю біологічною природою? Вченими (О. Костенко, І. Котюк) пропонується застосовувати принцип «соціального натуралізму», який, своєю чергою, дасть можливість сформулювати принцип ґендерної адекватності, згідно з яким біологічні особливості чоловіка та жінки не мають нівелюватися у праві шляхом створення привілеїв чоловікам та жінкам, а мають ураховуватися шляхом забезпечення адекватності ставлення суспільства до природних особливостей чоловіка і жінки [4, с. 55, 57, 65, 66].

Безумовно, на увагу законодавця заслуговують ті випадки, коли засуджується батько-одинок, що виховує малолітню дитину. Державна кримінально-правова політика має спрацьовувати на користь дитини. А інтереси дитини мають превалювати над іншими цілями. Проте урівняння чоловіків та жінок у праві на звільнення від відбування покарання на підставі наявності малолітньої дитини (у разі відсутності матері, позбавлення її права на дитину) не змінюють соціальної сутності та спрямування цих видів звільнення, не можуть нівелювати фізіологічну властивість жінки народжувати дітей, а потребують лише адекватного ставлення суспільства до цієї здатності.

За всіх інших рівних умов та обставин перевага під час застосування різних видів покарання, звільнення від покарання з випробуванням, звільнення від подальшого відбування призначеного судом покарання має надаватися жінці з урахуванням її особливих соціально-демографічних властивостей та значення для дитини її присутності. Саме у такий спосіб забезпечуються дотримання державою політики підтримки материнства, створення умов для народження дитини, її розвитку та виховання в перші роки (передусім до трьох років), коли саме фізична та емоційна присутність матері (а не батька) є природною і обов'язковою.

До того ж соціальна доцільність існування більш пільгових кримінально-правових інститутів для зазначеної категорії жінок зумовлюється їхнім порівняно більш низьким ступенем небезпечності для суспільства в певний час. Під час вагітності, після народження дитини, під час її годування материнським молоком, під час спостереження за фізичним, психологічним та емоційним розвитком дитини спостерігається осо-

бливий фізіологічний та психічний стан жінки. Саме цей стан може суттєво змінювати настанови та цінності жінки, цілі її життя, впливати на стосунки із оточуючими, а отже, суттєво знижати антисоціальну спрямованість засудженої, сприяти виправленню жінки в умовах волі, без реального відбування покарання. Об'єктивним є той факт, що всі інтереси жінки, її увага мають концентруватися навколо свого стану вагітності або ж малолітньої дитини, яка вимагає створення відповідних умов для її догляду та виховання. Тож створюються особливі суб'єктивні підстави, пов'язані із особливим психофізичним станом засудженої жінки, які зумовлюють необхідність економії карної репресії стосовно специфічної категорії засуджених. Тож, безумовно, що засудженій жінці, яка є вагітною, народила дитину, займається вихованням та доглядом за малолітньою дитиною, властиве значне зниження ступеня суспільної небезпеки.

Підсумовуючи зазначене, слід підкреслити таке. Специфічні соціально-демографічні властивості жінки як матері (потенційної матері) не можуть не впливати на суворість кримінально-правового впливу. Їх суворість має корегуватися з урахуванням того, що невід'ємним складником правового статусу засудженої жінки на будь-якій стадії кримінального правосуддя є певна сукупність прав та спеціальних материнських зобов'язань стосовно дитини.

Пошук нових форм кримінальної відповідальності, не пов'язаних із реальним виконанням (відбуванням) покарання, формулювання більш широкої системи покарань, альтернативних позбавленню волі, узгоджується з історичними вітчизняними традиціями більш пільгового ставлення законодавця до специфічного суб'єкта кримінальної відповідальності - жінки, яка є вагітною або ж має малолітню дитину.

Цей напрям реформування кримінального законодавства необхідно не тільки зберегти, але й надати йому великого значення, оскільки він стосується найбільш уразливих категорій засуджених. Уразливість у цьому разі маємо розуміти в широкому значенні: не тільки щодо вагітних жінок та жінок, які мають дітей, а тому за своїми психофізіологічними властивостями більш піддані негативному впливові покарання (зокрема, покарання у вигляді позбавлення волі), але й безпосередньо щодо дітей, фізичний, психічний та розумовий розвиток яких в умовах утримання їх окремо від матері (в умовах ізоляції у Будинку дитини) є проблематичним та досить коштовним.

Той факт, що за міжнародно-правовими стандартами та досвідом окремих країн світу зазначеним особливостям не надається належна увага, не зменшує значення та важливості існування суто вітчизняних специфічних пільгових кримінально-правових інститутів. Є підстави вважати, що в різних правових системах у межах відправлення кримінального правосуддя жінка продовжує займати маргінальне становище, оскільки її особисті властивості та потреби зазвичай не враховуються належним чином. За стандартами кримінальне правосуддя зорієнтоване переважно на більшу частину засуджених - чоловіків. Актуальним залишається питання гарантованого захисту прав та законних інтересів жінок під час відправлення кримінального правосуддя, тим паче під час виконання та відбування покарання у вигляді позбавлення волі.

**Література**

1. Аніщук Н.В. Правові засоби викорінення гендерного насильства в Україні: історико-теоретичний аналіз : автореф. дис. на здоб. наук. ступ. докт. юрид. наук : 12.00.01. Одеса : ОНЮА, 2008. 36 с.
2. Головка Т.М. Гендерні аспекти покарання : автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» ; Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2010. 16 с.
3. Дашковська О. Гендер і право: логіко-понятійний аналіз. *Вісник Академії правових наук України*. 2002. № 3. С. 16-21.
4. Котюк І.І., Костенко О.М. Кримінальне, кримінально-процесуальне та кримінально-виконавче законодавство України: гендерна експертиза. Київ : Логос, 2004. 127 с.
5. Оніщенко Н.М., Матвієнко О.В., Береза С.В., Томашевська М.О. Європейський правовий вимір гендерно чутливої політики : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2005. 144 с.
6. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : монографія. Київ : Юри-сконсульт, 2006. 1048 с.
7. Шинкарьов Ю.В. Щодо визначення кола осіб, до яких не може бути застосоване кримінальне покарання у вигляді штрафу. *Право і Безпека*. ХНУВС. № 2 Т.5 2006. С. 78-81.

*Меркулова В. О.,*

*доктор юридичних наук, професор,  
професор кафедри кримінального права та кримінології  
Одеського державного університету внутрішніх справ*