



СУЧАСНІ ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

УДК 343.58

DOI: <https://doi.org/10.32631/vca.2023.3.02>



Олександр Олександрович АВДЕЄВ,
кандидат юридичних наук, доцент
(Харківський національний університет внутрішніх
справ, м. Харків)



Олександр Ігорович ЗОЗУЛЯ,
доктор юридичних наук, доцент
(Харківський національний університет внутрішніх
справ, м. Харків)



Юлія Вікторівна ШВЕЦЬ,
кандидат юридичних наук
(Адвокат, м. Київ)

ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СВОБОДИ ВІД ВТРУЧАННЯ В ПРИВАТНЕ ЖИТТЯ ЛЮДИНИ: НАУКОВИЙ АНАЛІЗ ОКРЕМИХ ЗАКОНОДАВЧИХ ІНІЦІАТИВ

Стаття присвячена аналізу окремих законодавчих ініціатив щодо удосконалення кримінального-правового забезпечення свободи від втручання

в приватне життя людини відповідно до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо забезпечення свободи від втручання в приватне життя людини» № 9623 від 18.08.2023 р. Висловлено критичні зауваження з приводу необґрунтованості позиції розробників законопроекту щодо втрати відповідними діями суспільної небезпечності. Однією з базових підстав декриміналізації діянь слід вважати саме відповідні зміни в структурі суспільної моралі. Наголошено, що утримання законодавчих меж, що позначають морально-правову позицію держави на неприпустимість розбещення, утримання високого формату людської естетики та етики – це є, перш за все, питанням про гідність, а не про поширеність, доступність, економічну привабливість. Для України ж питання гідності є центруючими останні десять років, адже саме гідність визначає суб'єктність, правову, політичну, цивілізаційну. Сформовано низку зауважень та пропозицій щодо ознак об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 301 КК України de lege ferenda.

Ключові слова: *приватне життя, втручання, порнографія, криміналізація, декриміналізація, кримінально-правове забезпечення, суспільна мораль.*

Постановка проблеми. Належне забезпечення права на приватність – одна з важливих складових розвитку громадського суспільства. Кожна держава, яка претендує на статус демократичної, соціальної, правової, центруючим елементом свого розвитку повинна мати особистість, людину, її права і свободи, безпеку. Й право на приватність в цьому контексті варто розглядати як одне з базових особистісних прав в цивілізованих народах світу. При тому серед усього розмаїття наукових концепцій, які визнають прайвесі як самостійний політико-правовий феномен, основними, найпоширенішими на сьогодні є: 1) прайвесі як право бути залишеним у спокої (С. Уоррен, Л. Брандейс); 2) прайвесі як обмежений доступ до себе (Д. О'Брайєн, Е. Ван Ден Хааг, Р. Гавізон); 3) прайвесі як секретність (Р. Позер, С. Джерард, А. Етціоні); 4) прайвесі як контроль над персональною інформацією (А. Вестін, Р. Паркер, Р. Мерфі); 5) прайвесі як захищена індивідуальність (С. Бенн, Е. Блюштейн, Л. Хенкін); 6) прайвесі як інтимність (Т. Джереті, Д. Фарбер, Дж. Рейчелс)¹. У наш же ж час «серцевиною» права на приватність є питання, пов'язані зі здобуттям, зберіганням і поширенням інформації про особу; з тією мірою, з якою людина може контролювати доступ інших людей і державних органів до цієї інформації, та з можливістю для індивіда зберегти свою анонімність. І це право особливо часто часто піддається загрозам його порушення².

Водночас у прагненні удосконалити його захист важливо зберігати виваженість й не допускати використання його як привід для легалізації

¹ Сьєогін В. О. Право на недоторканність приватного життя у конституційно-правовій теорії та практиці: монографія. Х.: ФІНН, 2010. С. 357.

² Панкевич О. З. Право на приватність: царина незалежності особи. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2017. № 2. С. 49.

суспільно небезпечних практик.

Принагідно зауважимо, що проблеми кримінально-правового забезпечення права на приватність неодноразово порушувались у працях О. О. Андрієвської, П. П. Андрушка, О. П. Горпинюк, Ю. І. Дем'яненко, В. О. Завоюри, Д. Ю. Кондратова, В. Н. Кубальського, С. Я. Лихової, І. І. Присяжнюка, О. Рябчинської, М. І. Хавронюка та ін. Втім, предмет цієї наукової статті є настільки специфічним й достатньо вузьким, що він не міг потрапити до фокусу уваги поважних дослідників через відсутність відповідних, на час написання їх наукових праць, законодавчих ініціатив.

Метою цієї статті – є науковий аналіз проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо забезпечення свободи від втручання в приватне життя людини» № 9623 від 18.08.2023 р. та формування висновків і рекомендації щодо його прийняття.

Виклад основного матеріалу. Проєктом Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо забезпечення свободи від втручання в приватне життя людини»¹ пропонується внесення змін до чинної редакції ст. 301 Кримінального кодексу України (далі – КК), в тому числі й зокрема тих, що спрямовані на: 1) декриміналізацію створення, ввезення і розповсюдження порнографічної продукції (за виключенням зображення насильницьких дій, дій що загрожують життю людини та сексуальних актів за участі тварин); 2) конструктивну зміну диспозиції ст. 301 КК України щодо встановлення кримінально-правової заборони на розповсюдження порнографії без згоди особи, яка у ній зображена та екстремальної порнографії. В цілому вітаючи громадську активність у напрямі спроб удосконалення механізмів кримінально-правового регулювання в Україні, підвищення ефективності правового захисту суспільної моралі, разом з тим не можна не взяти до уваги й ті суттєві положення вказаних законопроектної ініціативи, які є вразливими до критики і не можуть бути сприйняті без наукової дискусії щодо них. Кафедра кримінального права і кримінології факультету № 1 Харківського національного університету внутрішніх справ, розглянувши проєкт закону, вважає за доцільне висловити декілька зауважень концептуального (сміслового) та доктринального (догматичного) характеру.

1. За задумом ініціаторів змін до ст. 301 КК України, судячи з наданого ними обґрунтування та відповідно до розміщеної на офіційному веб-ресурі інформації організації BRDO², кримінально-правова заборона на створення, ввезення і розповсюдження порнографічної продукції є радянською правовою спадщиною, що наразі втратила актуальність, а відповідні діяння не характеризуються суспільною небезпечністю. У підтвердження цього

¹ Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо забезпечення свободи від втручання в приватне життя людини : проєкт Закону України № 9623 від 18.08.2023 р. https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=76617 (дата звернення : 30.08.2023).

² Україна наслідуює закони СРСР щодо кримінальної відповідальності за поширення порноматеріалів, що не становлять суспільної небезпеки / BRDO. 05 липня 2023. URL: <https://brdo.com.ua/news/ukrayina-naslidyue-zakony-srsr-shhodo-kryminalnoyi-vidpovidalnosti-za-poshyrennya-pornomaterialiv-shho-ne-stanovlyat-suspilnoyi-nebezpeky/> (дата звернення: 30.08.2023).

підкреслено наголошується на сторічній давнині прийнятої Міжнародної конвенції про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними від 12.09.1923 р. Окремо вказується, що за інформацією Секретаріату ООН (лист МЗС від 13.01.2023 № 72/14-612-4714), незалежна Україна не є учасницею Конвенції ООН про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними. На цих підставах ініціатори законодавчих змін та їх прихильники висновують відсутність у України будь-яких юридичних та етичних зобов'язань щодо збереження кримінально-правової заборони на створення, ввезення і розповсюдження порнографічної продукції. Також вказується, що таку пропозицію начебто підтримує наукова спільнота, в тому числі й один неназваний академік Національної академії правових наук України. Й останній аргумент ініціаторів: «Вважаємо неприпустимим марнотратством, особливо під час війни, витратити кошти Державного бюджету та сили органів правопорядку, судів і кримінально-виконавчої системи на притягнення до кримінальної відповідальності за діяння, що не є суспільно небезпечними і при цьому мають значний рівень розповсюженості у суспільстві, та виконання призначених покарань і стягнень»¹.

Втім, не складе надмірних зусиль виявити низку юридичних хиб та спроб маніпуляції суспільною свідомістю, які фіксуються у викладеному підході до обґрунтування пропонованих законодавчих змін, а саме:

1) аргумент до особистості (підтримка ідеї з боку академіка, докторів наук), що є поширеним різновидом логічних помилок, у зв'язку з чим не може бути сприйнятий в системі аргументів. Завдяки такому аргументу у поєднанні із вказівкою на деяких інших численних представників наукової спільноти може створитися хибне враження про масову підтримку законодавчих ініціатив як в академічних колах, так і серед широких верств населення;

2) аргумент щодо неприпустимості «марнотратства в умовах війни» на забезпечення кримінально-правового реагування на діяння, передбачені чинною редакцією ст. 301 КК України. Апелювання до гостро емоційної, чутливою для українців теми війни є неприйнятним та маніпулятивним в ситуації необхідності інтелектуальної дискусії щодо предмету законодавчих змін, не стосується їх предмету, який формується насамперед у вимірах суспільної моралі, правових інструментів її захисту;

3) автори законопроекту не обтяжують себе поясненням того, що ж змінилося у структурах, змісті конкретних компонентів суспільної моралі в Україні, що дозволяє стверджувати про зміну ставлення українців до поширення порнографії та, відповідно, про втрату суспільної небезпечності. Посилання на те, що Україна належить до топ-20 країн за споживанням трафіку на Pornhub не може свідчити на користь тектонічних змін у структурі суспільної моралі. А радше навпаки. Споживання відповідного

¹ Громадські організації спільно виступили за декриміналізацію порнографії в Україні / BRDO. URL : <https://brdo.com.ua/news/gromadski-organizatsiyi-spilno-vystupyly-za-dekryminalizatsiyu-pornografiyi-v-ukrayini/> (дата звернення: 03.08.2023).

контенту є справою приватною, інтимною, свідчить не про зворотний бік суспільної моралі, що фундується культурою – системою норм, які єдино обмежують людину у її тваринних гонах, прагненнях, відділяють її від світу біологічної Природи.

Правим був З.Фрейд, який на підставі розлогих та глибоких психоаналітичних досліджень, їх проєкцій на вивчення сутності культури й соціальних аберацій, дійшов висновку: «Культура означає всю суму досягнень та інститутів, які віддаляють наше життя від життя наших тваринних предків і слугують двом цілям: захистити людину від природи і впорядкуванню стосунків між людьми... Те, що культура дбає не лише про корисність, показує вже приклад краси, яку ми не бажаємо вилучати з культурних інтересів... І те, що нутрує в людській спільноті як прагнення до свободи може походити від залишків первісної, неприборканої культурою особистості, а тому стати основою ворожості до культури»¹.

В цьому, власне, полягає основне зауваження концептуального характеру до авторів законопроекту: не досліджена, не обґрунтована втрата відповідними діями суспільної небезпечності констатується ними як даність, що, безсумнівно, є випадок на істотний елемент сучасної культури, який має бути підкріплений сильним резонансом. Однією з базових підстав декриміналізації діянь слід вважати саме відповідні зміни в структурі суспільної моралі. Решта аргументів, в тому числі й щодо поширеності діянь, а також фінансової активності у сфері волонтерства окремих суб'єктів ринку порнографічних послуг принципово не стосуються головного питання – суспільної небезпечності самого діяння.

В цьому ж контексті варто наголосити й на тому, що складові правової політики Європейського Союзу, Ради Європи недвозначно свідчать про негативне ставлення до виробництва та поширення порнографічної продукції, моральний осуд таких дій.

У ст. 7 Європейської конвенції про транскордонне телебачення (Страсбург, 5 травня 1989 р.) передбачено положення про те, що порнографічні програми *принижують честь і гідність людини*. В Європейській конвенції про кінопродукцію (Страсбург, 2 жовтня 1992 р.) відмічається про те, що проєктам, які пропагують відверто порнографічного характеру відеопродукцію, статус сумісного виробництва не надається. Аналогічні за своїм змістом й спрямованістю норми (в тому числі кримінально-правові) містяться і в законодавстві низки європейських країн (Сполучене Королівство – Закони про образу суспільної моралі 1959 та 1964 р., Закон про митницю та консолідацію 1987; § 184 КК ФРН; ст. 204 КК Норвегії та ін.). Загалом підходи до криміналізації не є однорідними навіть у країнах-членах ЄС. Й апеляція розробників та промоутерів законопроекту до того, що у ЄС діяння щодо створення, ввезення і розповсюдження порнографічної продукції не є кримінально караними – не повною мірою

¹ Фрейд З. Невпокій в культурі / Переклав з німецької Юрко Прохасько. Львів : Видавництво «Апріорі», 2021. С. 40, 45.

відповідає дійсності. Також слід зауважити на тому, що термінологічні відмінності у законодавстві різних країн додають складностей у тлумаченні меж кримінально-правових заборон. Однак, так чи інакше, існує чітке відмежування легальної продукції, призначеної для статевого збудження (умовно – еротичної продукції, у звичній для українців термінології) та іншої відразливої (*obscene*) продукції, що принижує цінність людини, її гідність, сприяє розбещенню (власне, порнографії).

Отже, утримання законодавчих меж, що позначають морально-правову позицію держави на неприпустимість розбещення, утримання високого формату людської естетики та етики – це є, перш за все, *питанням про гідність*, а не про поширеність, доступність, економічну привабливість. Для України ж питання гідності є центруючими останні десять років, адже саме гідність визначає суб'єктність, правову, політичну, цивілізаційну. Ними не можна нехтувати, користуючи з політичної кон'юнктури;

4) нарешті не можна вважати допустимим й аргументованим твердження про те, незалежна Україна не є учасницею Міжнародної конвенції про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними (на підставі листа МЗС від 13.01.2023 № 72/14-612-4714). По-перше, Міністерство закордонних справ України не є тим суб'єктом, який уповноважений формувати та реалізувати правову політику держави та, відповідно, компетентно визначати чинність тих чи інших нормативно-правових актів, міжнародних договорів. Таким суб'єктом є Міністерство юстиції України, що прямо впливає з п. 1 Положення про Міністерство юстиції України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 02.07.2014 р. № 228. По-друге, відповідно до ст. 7 Закону України «Про правонаступництво України»¹ Україна є правонаступником прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції та інтересам республіки. Відтак згадану вище Міжнародну конвенцію, яка була підписана та ратифікована СРСР, слід вважати чинною і для України, у зв'язку з чим відповідні посилання на неї судів у вироках є правильним та обґрунтованим.

Таким чином, Україна лишається зобов'язаною за ст. 1 Конвенції ООН про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними² до кримінального переслідування за створення, ввезення і розповсюдження порнографічної продукції.

2. Проектом пропонується передбачити кримінальну відповідальність за розповсюдження або збут порнографії *без згоди особи, яка у ній зображена*, або виготовлення такої продукції *із зображенням особи, якій не відомо про такі дії*. Отже кваліфікація цього протиправного діяння зумовлює встановлення та оцінку *відсутності згоди особи* на

¹ Про правонаступництво України : Закон України від 12.09.1991 р. № 1543-XII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1543-12#Text> (дата звернення: 03.08.2023).

² Міжнародна конвенція про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними : Міжнародний документ ООН ; Конвенція від 12.09.1923 р. URL: <https://regulation.gov.ua/documents/id211400> (дата звернення : 20.10.2023).

розповсюдження або збут порнографії, в якій вона зображена, а також *відсутності обізнаності особи* у виготовленні порнографічної продукції з її зображенням. Водночас дотримання цієї вимоги під час кваліфікації може наражатися на певні складнощі, оскільки не зовсім зрозуміло, яким чином на законодавчому рівні наразі сьогодні врегульовані питання щодо можливого збирання, зберігання, використання та поширення подібної конфіденційної інформації, у тому числі контролю за дотриманням законодавства про захист такої інформації. Крім того, не зовсім зрозуміло чим відрізняється *відсутність згоди особи* на розповсюдження або збут порнографії, в якій вона зображена, від *відсутності обізнаності особи* у виготовленні порнографічної продукції з її зображенням.

3. Стаття 301 проєкту установлює кримінальну відповідальність за дві окремі категорії кримінального правопорушення: за вчинення кримінального проступку (ч. 1 ст. 301) та злочину (ч. 2–4 ст. 301). При цьому, склад злочину, передбачений ч. 2 ст. 301 проєкту, є основним базовим по відношенню до складів злочину, передбачених ч. 3 і 4 цієї статті. Але тут доречно зазначити, що зі змісту ч. 4 ст. 301 проєкту вбачається занадто суворе кримінально-правове обтяження за вчинення повторно дій, передбачених ч. 1 ст. 301. Інакше кажучи, повторність вчинення кримінального проступку перетворює його у вчинення тяжкого злочину, що навряд чи виправдано з огляду на дійсні супутні обставини. Річ у тім, що за своєю суспільною небезпекою вони у більшості випадків відповідатимуть ступеню суспільної небезпечності нетяжкого злочину. У зв'язку з цим, кримінальну відповідальність за повторне поширення порнографії без згоди особи, яка у ній зображена, слід було б передбачити у ч. 2, а не 3 ст. 301 проєкту.

4. За логікою авторів проєкту ч. 3 ст. 301 передбачає кримінальну відповідальність за поширення будь-якої порнографії серед неповнолітніх осіб. Водночас буквально тлумачення положень ч. 3 ст. 301 проєкту дозволяє стверджувати, що примушування до участі у створенні порнографії, може бути здійснено як щодо повнолітньої, так і неповнолітньої особи. У зв'язку з цим, в цій формі об'єктивної сторони кваліфікованого складу цього злочину доцільно конкретизувати ознаку примушування до участі у створенні порнографії, як таку, що стосується саме неповнолітньої особи.

Висновок. Законопроект може бути прийнятий за основу для попереднього розгляду Комітетом Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності з урахуванням висловлених зауважень та пропозицій, направлених на удосконалення кримінально-правового захисту дітей від діянь, пов'язаних зі створенням та поширенням продукції порнографічного характеру, а також виготовленням, збутом або розповсюдженням екстремальної порнографії.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Громадські організації спільно виступили за декриміналізацію порнографії в Україні / BRDO. URL : <https://brdo.com.ua/news/gromadski-organizatsiyi-spilno-vystupyly-za-dekryminalizatsiyu-pornografiyi-v-ukrayini/> (дата звернення: 30.08.2023).
2. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 15.11.2023).
3. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2021 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 15.11.2023).
4. Міжнародна конвенція про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними : Міжнародний документ ООН ; Конвенція від 12.09.1923 р. URL: <https://regulation.gov.ua/documents/id211400> (дата звернення : 20.10.2023).
5. Панкевич О.З. Право на приватність : царина незалежності особи. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2017. № 2. С. 47–56.
6. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо забезпечення свободи від втручання в приватне життя людини : проект Закону України від 18.08.2023 р. № 9623. https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=76617 (дата звернення : 30.08.2023).
7. Про правонаступництво України : Закон України від 12.09.1991 р. № 1543-XII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1543-12#Text> (дата звернення: 30.08.2023).
8. Серьогін В. О. Право на недоторканність приватного життя у конституційно-правовій теорії та практиці : монографія. Х. : ФІНН, 2010. 608 с.
9. Україна наслідує закони СРСР щодо кримінальної відповідальності за поширення порноматеріалів, що не становлять суспільної небезпеки / BRDO. 05 липня 2023. URL: <https://brdo.com.ua/news/ukrayina-nasliduye-zakony-srsr-shhodo-kryminalnoyi-vidpovidalnosti-za-poshyrennya-pornomaterialiv-shho-ne-stanovlyat-suspilnoyi-nebezpeky/> (дата звернення: 30.08.2023).
10. Фрейд З. Невпокій в культурі / Переклав з німецької Юрко Прохасько. Львів : Видавництво «Апріорі», 2021.

Стаття надійшла до редакції 27.11.2023

Olexandr O. AVDIEEV,
Doctor of Law, Associate Professor
(*Kharkiv National University of Internal Affairs, Kharkiv, Ukraine*)

Olexandr I. ZOZULIA,

Doctor of Science in Law, Associate Professor
(*Kharkov National University of Internal Affairs, Kharkiv, Ukraine*)

Yuliya V. SHVETS,
PhD in Law
(*Lawyer, Kyiv, Ukraine*)

THE ISSUES OF IMPROVING THE CRIMINAL-LEGAL ENSURE OF FREEDOM FROM INTERFERENCE IN THE PRIVATE LIFE OF A PERSON: A SCIENTIFIC ANALYSIS OF SEPARATE LEGISLATIVE INITIATIVES

The article is devoted to the analysis of individual legislative initiatives to improve the criminal-legal provision of freedom from interference in a person's private life in accordance with the draft Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal Code of Ukraine on Ensuring Freedom from Interference in a Person's Private Life" No. 9623 dated 08/18/2023. Critical remarks were expressed regarding the unfoundedness of the position of the drafters of the draft law regarding the loss of public safety due to the relevant actions. One of the basic reasons for the decriminalization of acts should be considered exactly the corresponding changes in the structure of public morality. It is emphasized that the maintenance of legislative boundaries, which indicate the moral and legal position of the state on the inadmissibility of corruption, the maintenance of a high format of human aesthetics and ethics, is, first of all, a question of dignity, and not of prevalence, accessibility, economic attractiveness. For Ukraine, the issue of dignity has been central for the past ten years, because it is dignity that determines subjectivity, legal, political, and civilizational. A number of comments and suggestions regarding the features of the objective side of the composition of the crime provided for in Art. 301 of the Criminal Code of Ukraine *de lege ferenda*.

Key words: *private life, interference, pornography, criminalization, decriminalization, criminal law enforcement, public morality.*