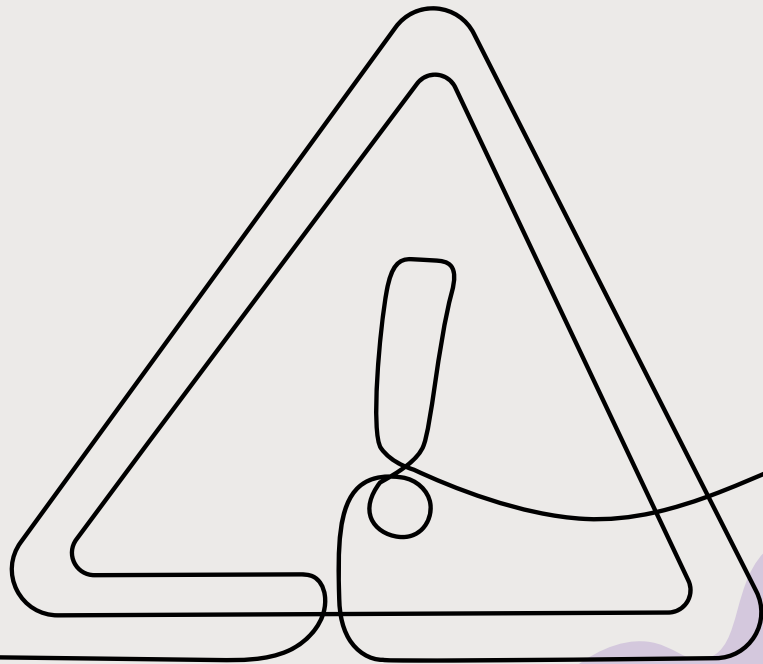


**ВІДСУТНІСТЬ ЗГОДИ, СИЛА,
ПОГРОЗА ЗАСТОСУВАННЯМ
СИЛИ, ПРИМУШЕННЯМ АБО
ШЛЯХОМ ВИКОРИСТАННЯ
СЕРЕДОВИЩА ПРИМУСУ ЧИ
НЕЗДАТНОСТІ ОСОБИ ДАТИ
ЩИРУ ЗГОДУ**



Відповідно до Гаазьких принципів
щодо сексуального насильства:

<https://thehagueprinciples.org>

ВІДСУТНІСТЬ ЗГОДИ (МІЖНАРОДНЕ ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО)

1. При визначенні елементів складу злочину сексуального насильства Судові палати спеціальних трибуналів по-різному ставляться до питання згоди. В єдиному рішенні апеляційної інстанції, винесеному в цьому питанні, Апеляційна палата у справі Дордевіча (Đorđević) постановила, що **відсутність згоди є матеріальним елементом злочину**.¹ Проте Палата обережно підкреслила, що:
 - a. Відсутність згоди може бути продемонстрована «будь-якою формою примушення, включаючи дії або погрози (фізичного або психологічного) насильства, зловживання владою, [або] будь-які інші форми тиску та загальні репресивні навколишні обставини»;²
 - b. Ув'язнення, зокрема під час збройного конфлікту, як правило, «робить згоду нікчемною»;³ та
 - c. Будь-які форми примушування, такі як «акти або погрози насильства, ув'язнення та загальні репресивні навколишні обставини» є доказами відсутності згоди.⁴
2. У апеляційних рішеннях у справах Кунарака та ін.(Kunarac et al) та Гакумбітсі (Gacumbitsi) Апеляційні палати МТКЮ та МТР прийняли подібну точку зору щодо перерахованого законом злочину СНПКЗ у вигляді зґвалтування, та встановили, що склад злочину являє собою «сексуальне проникнення», вчинене «без згоди потерпілої особи».⁵ На основі цієї судової практики можна зробити висновок, що **відсутність згоди є елементом злочину сексуального насильства відповідно до міжнародного звичаєвого права**.
3. Стосовно цього елементу Апеляційні палати МТКЮ та МТР також встановили:
 - a. Щоб продемонструвати відсутність згоди, не потрібно доводити, що потерпіла особа чинила опір;⁶
 - b. Хоча сила або погроза застосування сили є явним доказом відсутності згоди, це не є елементом злочину;⁷
 - c. «Середовище [...], у якому вчиняється переважна більшість діянь, щодо яких висувуються обвинувачення у воєнних злочинах або злочинах проти людяності, буде майже завжди мати ознаки примусу», тому «щира згода буде неможливою»;⁸ та
 - d. Про відсутність згоди можна зробити висновок з обставин, «таких як тривала кампанія геноциду або ув'язнення постраждалої особи».⁹

СИЛА, ПОГРОЗА ЗАСТОСУВАННЯМ СИЛИ, ВИКОРИСТАННЯ ПРИМУШЕННЯ АБО СЕРЕДОВИЩА ПРИМУСУ ЧИ НЕЗДАТНОСТІ ОСОБИ ДАТИ ЩИРУ ЗГОДУ (СТАТУТНЕ ПРАВО)

1. **Згідно з елементами злочинів МКС, відсутність згоди не є матеріальним елементом злочину** «будь-якої іншої форми сексуального насильства» згідно з Римським статутом. Натомість має бути доведено, що акт сексуального характеру був вчинений «із застосуванням фізичної сили, загрози застосуванням сили чи примусу, наприклад, через страх насильства, тиск обставин, затримання, психологічний тиск або зловживання владою щодо будь-якої особи або осіб, або шляхом використання середовища примусу або нездатності такої особи або осіб дати щирі згоду».¹⁰
2. У контексті зґвалтування як злочину проти людяності чи воєнного злочину, який містить той самий матеріальний елемент¹¹, Палати МКС пояснили, що оскільки «Елементи злочинів не стосуються відсутності згоди постраждалої особи[...], це не потрібно доводити».¹² Навпаки, **«встановлення принаймні однієї з викладених примусових обставин або умов є достатнім» для того, щоб акт сексуального характеру, про який йде мова, становив «будь-яку іншу форму сексуального насильства»**.¹³

3. Стосовно цих вимушених обставин або умов судова практика МКС також встановила:
- a. Сила: хоча сексуальне насильство може бути вчинене із застосуванням сили, **прояв сили не є необхідним для встановлення злочину.**¹⁴
 - b. Загроза застосування сили чи примусу, наприклад, викликана страхом насильства, тиском обставин, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою:
 - i. «Погрози, залякування, вимагання та інші форми тиску, які ґрунтуються на страху чи відчаї, можуть являти собою примус».¹⁵
 - ii. Середовище тиску не вимагає наявності фізичної сили.¹⁶
 - iii. Приклади погроз силою чи примушування включають, але не обмежуються:
 - A. Погрози або залякування з використанням зброї;¹⁷
 - B. Погрози потерпілому, такі як погрози вбивством;¹⁸
 - C. Затримання;¹⁹
 - D. Психологічний тиск та перебування в стані постійного страху;²⁰
 - c. Використання середовища примусу:
 - i. Деякі обставини за своєю природою містять примус, такі як збройний конфлікт або військова присутність ворожих сил серед цивільного населення.²¹
 - ii. Кілька факторів можуть сприяти створенню середовища примусу, зокрема:
 - A. Кількість осіб, причетних до вчинення злочину;
 - B. Чи було сексуальне насильство вчинено під час ситуації бою або одразу після неї;²² та
 - C. Чи було сексуальне насильство вчинено разом з іншими злочинами.²³
 - iii. Необхідно довести, що поведінка виконавця (-ців) включала «використання» такого середовища примусу.²⁴
 - d. Проти особи, нездатної дати щире згоду. Особа може бути нездатною дати відповідну згоду, якщо на неї впливає природна, штучно викликана або пов'язана з віком недієздатність,²⁵ наприклад, коли:
 - i. Особа страждає від хвороби або інвалідності;²⁶
 - ii. Особа знаходиться під впливом психоактивних речовин;²⁷ чи
 - iii. Особа недостатньо доросла, щоб дати щире згоду.²⁸
4. Правила процедури і доказування МКС також містять спеціальні правила доказування, які регулюють прийнятність будь-яких доказів, представлених на підтримку того, що постраждала особа погодилася на ймовірний злочин сексуального насильства.²⁹

ФАКТОРИ, ЩО ВПЛИВАЮТЬ НА НАЯВНІСТЬ АБО ВІДСУТНІСТЬ ЩИРОЇ, ДОБРОВІЛЬНОЇ, КОНКРЕТНОЇ ТА ТРИВАЛОЇ ЗГОДИ³⁰ У АКТИ СЕКСУАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ³¹

Як зазначено у Принципі 2, акти сексуального характеру можуть порушувати сексуальну автономію або сексуальну недоторканість, якщо вони вчиняються насильницьки³² або проти особи, яка не може або не бажає дати щире, добровільне та конкретне згоду.³³ До факторів, які можуть мати значення для визначення того, чи було скоєно акт без такої згоди, відносяться:

1. **Нерівні владні відносини між виконавцем сексуального насильства та постраждалою особою через низку можливих факторів, в тому числі:**
 - a. **вразливість постраждалої особи через фактори, які виконавець вважає стратегічними**

- перевагами, такими як стать постраждалої особи, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність, вік, інвалідність, бідність, клас, соціальний статус, каста, етнічна приналежність, приналежність до корінного народу, раса, віросповідання, неписьменність або інші;
- b. контекст тримання під вартою, ув'язнення або інституціоналізації;
 - c. контекст міграції або переміщення;
 - d. контекст геноциду, широкомасштабного чи систематичного нападу, збройного конфлікту чи національних заворушень;
 - e. наявність у виконавця зброї в умовах беззбройності постраждалої особи;
 - f. наявність у виконавця владного положення;
 - g. наявність у постраждалої особи будь-якого типу залежності (в т.ч. фінансової, юридичної, професійної, сімейної та/або особистої) від виконавця або будь-який інший тип контекстуальних відносин, що створює ризик експлуатації;
 - h. нездатність або неспроможність постраждалої особи давати згоду або контролювати свою поведінку через вік, психічне захворювання або тимчасове сп'яніння;
 - i. усвідомлення того, що виконавець раніше застосовував насильство до постраждалої особи або до третьої особи в якості покарання за невиконання вимог виконавця; або
 - j. ситуація, коли через створений виконавцем(-цями) контекст терору існує обґрунтований страх зазнати сексуального насильства.

Ці приклади є ілюстративними та не є вичерпними.

Як зазначено в частині 1.2, акт сексуального насильства може бути вчинений:

- a. «насильницьки», тобто шляхом застосування фізичної сили, погрози застосуванням сили чи примусу, наприклад, через страх насильства, тиск обставин, затримання, психологічний тиск або зловживання владою щодо будь-якої особи або осіб, або шляхом використання середовища примусу; або
- b. проти особи, яка не може або не хоче давати щирі, добровільну, конкретну та тривалу згоду. Особа може бути нездатною давати відповідну згоду через природну, штучно викликану або пов'язану з віком недієздатність. З-поміж іншого, на здатність особи давати щирі згоду можуть вплинути грамотність, доступ до інформації, мовний, освітній та економічний статус.

Ця частина має на меті доповнити цей загальний принцип, надавши на основі інформації від вцілілих у сексуальному насильстві, громадянського суспільства, науковців і практикуючих юристів невичерпний перелік факторів, які можуть вплинути на те, чи вчиняється акт сексуального характеру без щирої, добровільної, конкретної та тривалої згоди. Під час консультацій було наведено багато прикладів, деякі щодо більш загальних контекстів (наприклад, ув'язнення, міграції чи затримання), а інші більш конкретні, наприклад, коли учасник із Гвінеї згадував приклад сексуального насильства, скоєного «блакитними шоломами та червоними беретками», маючи на увазі миротворців ООН та військовослужбовців. Деякі фактори, згадані в цьому списку, можна знайти в національному законодавстві та/або міжнародних інструментах, і вони вже широко прийняті.

Примітки

- 1 Див. пара 8, *supra*.
- 2 Đorđević [Appeal Judgement](#), пара 852.
- 3 Đorđević [Appeal Judgement](#), пара 852. Див. також Milutinović et al [Trial Judgement](#), Vol. 1 of 4, пара 200 (було встановлено, що «коли особу ув'язнюють, особливо під час збройного конфлікту, з цих обставин можна зробити висновок про примушення та відсутність згоди». Цей висновок було підтверджено у Đorđević [Appeal Judgement](#), пара 851).
- 4 Milutinović et al [Trial Judgement](#), Vol. 1 of 4, пара 200 (було підтверджено в апеляційній скарзі у Đorđević [Appeal Judgement](#), пара 851).
- 5 Kunarac et al [Appeal Judgement](#), paras 127-128. Див. також Gacumbitsi v. The Prosecutor, ICTR-2001-64-A, [Judgement](#), 7 July 2006 ("Gacumbitsi Appeal Judgement"), paras 152-153 (було прийнято визначення, викладене Апеляційною палатою в апеляційному рішенні у справі Kunarac et al).
- 6 Kunarac et al [Appeal Judgement](#), пара 128.
- 7 Kunarac et al [Appeal Judgement](#), пара 129 (було роз'яснено, що «вузька спрямованість на застосування сили або на загрозу застосування сили може дозволити виконавцям уникнути відповідальності за сексуальні акти, на які інша сторона не погодилася, якщо вони скористуються середовищем примусу, не покладаючись на фізичну силу»). Див. також Gacumbitsi [Appeal Judgement](#), пара 155.
- 8 Kunarac et al [Appeal Judgement](#), пара 130.
- 9 Gacumbitsi [Appeal Judgement](#), пара 155.
- 10 [ICC Elements of Crimes](#), Articles 7(1)(g)-6, 8(2)(b)(xxii)-6 та 8(2)(e)(vi)-6, Element One. Цей елемент також є матеріальним елементом зґвалтування та примусової проституції як злочинів проти людяності та/або як воєнних злочинів. Див. відповідно [ICC Elements of Crimes](#), Article 7(1)(g)-1, 8(2)(b)(xxii)-1 та 8(2)(e)(vi)-1, Element Two та Articles 7(1)(g)-3, 8(2)(b)(xxii)-3 та 8(2)(e)(vi)-3, Element One.
- 11 Елементи злочинів МКС передбачають, що злочин проти людяності та воєнні злочини зґвалтування вимагають, зокрема, щоб «вторгнення було вчинено шляхом застосування фізичної сили, загрози застосування сили чи примусу, наприклад, через страх насильства, тиск обставин, затримання, психологічний тиск або зловживання владою щодо будь-якої особи або осіб, або шляхом використання середовища примусу, або вторгнення було вчинено проти особи, нездатної дати щирі згоду». Див. Articles 7(1)(g)-1, 8(2)(b)(xxii)-1, and 8(2)(e)(vi)-1, Element Two.
- 12 Katanga [Trial Judgment](#), пара 965; Bemba [Trial Judgment](#), paras 105-106; Ntaganda [Trial Judgment](#), пара 934.
- 13 Katanga [Trial Judgment](#), пара 965; Bemba [Trial Judgment](#), пара 105 (зверніть увагу, що хоча обвинувачений був виправданий в апеляції, Апеляційна палата не скасувала правові висновки Судової палати щодо елементів злочину зґвалтування. Див. The Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, [Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"](#), 8 June 2018, paras 196-198); Ntaganda [Trial Judgment](#), пара 934. Див. також, Kunarac et al [Appeal Judgement](#), пара 129 (де стверджується, що «вузька спрямованість на застосування сили або на загрозу застосування сили може дозволити виконавцям уникнути відповідальності за сексуальні дії, на які інша сторона не погодилася, якщо вони скористуються вимушеними обставинами, не покладаючись на фізичну силу»). The Prosecutor v. Muhimana, ICTR-95-1B-T, [Judgement and Sentence](#), 28 April 2005, пара 546 (де стверджується, що «середовище, яке переважає у більшості випадків обвинувачень згідно з міжнародним кримінальним правом у таких воєнних злочинах або злочинах проти людяності, як геноцид, злочини проти людяності або воєнні злочини, буде майже повсюдно примусовим, таким чином справжня згода буде неможливою»); Gacumbitsi [Appeal Judgement](#), пара 153.
- 14 Ntaganda [Trial Judgment](#), paras 934-935. Див. також, Akayesu [Trial Judgment](#), пара 688; Kunarac et al [Appeal Judgement](#), пара 129; Prosecutor v Taylor, SCSL-03-01-T, [Judgement](#), 18 May 2012 ("Taylor Trial Judgment"), пара 416; Prosecutor v Prlić et al, IT-04-74-T, [Judgment](#), 27 May 2013, Vol. 1, пара 70.
- 15 Ntaganda [Trial Judgment](#), пара 935. Див. також Akayesu [Trial Judgment](#), пара 688.
- 16 Bemba [Trial Judgment](#), пара 103; Ntaganda [Trial Judgment](#), пара 935. Див. також, Akayesu [Trial Judgment](#), пара 688; Taylor [Trial Judgment](#), пара 416.
- 17 Ntaganda [Trial Judgment](#), пара 944, 946. Див. також Delalić et al [Trial Judgment](#), paras 958, 962.
- 18 Ntaganda [Trial Judgment](#), paras 944, 977. Див. також Kunarac et al [Trial Judgment](#), paras 645-646, 653;.
- 19 Ntaganda [Trial Judgment](#), paras 934, 976, 978; Див. також Kunarac et al [Appeal Judgement](#), пара 132; Kunarac et al [Trial Judgment](#), paras 464, 542; Furundžija [Trial Judgment](#), пара 271; Brima et al [Trial Judgment](#), пара 694.
- 20 Ntaganda [Trial Judgment](#), paras 934-935. Див. також Kunarac et al [Trial Judgment](#), paras 747, 570, 759, 761-762m 765, 780, 782.
- 21 Bemba [Trial Judgment](#), paras 103-104; Ntaganda [Trial Judgment](#), paras 935, 945; Akayesu [Trial Judgment](#), пара 688; Delalić et al [Trial Judgment](#), пара 495; Kunarac et al [Appeal Judgement](#), paras 129-130; Brima et al [Trial Judgment](#), пара 694.
- 22 Bemba [Trial Judgment](#), пара 104; Ntaganda [Trial Judgment](#), paras 935, 945.
- 23 Bemba [Trial Judgment](#), пара 104; Ntaganda [Trial Judgment](#), paras 935, 945.
- 24 Bemba [Trial Judgment](#), пара 104; Ntaganda [Trial Judgment](#), пара 935.
- 25 [ICC Elements of Crimes](#), fn 16, 51 and 64; Bemba [Trial Judgment](#), пара 107; Ntaganda [Trial Judgment](#), пара 981.
- 26 Sesay et al [Trial Judgment](#), пара 148.
- 27 Sesay et al [Trial Judgment](#), пара 148.
- 28 Ntaganda [Trial Judgment](#), пара 981; Kunarac et al [Trial Judgment](#), paras 591, 762; Sesay et al [Trial Judgment](#), пара 148.
- 29 Див. Правило 70 Правил процедури і доказування МКС (ICC Rules of Procedure and Evidence), яке, крім того, передбачає: «(a) Згода не може бути отриманою через будь-які слова чи поведінку потерпілої особи, коли її здатність дати добровільну та щирі згоду унеможливується через застосування фізичної сили, загрози застосування сили, примушення або використання середовища примусу; (b) Згода не може бути отриманою через будь-які слова чи поведінку потерпілої особи, коли вона нездатна дати добровільну та щирі згоду; [та] (c) Згода не може бути отриманою через мовчання або відсутність опору з боку особи, яка постраждала від ймовірного сексуального насильства».
- 30 Див. частину 1.2.b Декларації громадянського суспільства щодо сексуального насильства (далі — Декларація).
- 31 Див. частину 1.2.b Декларації.
- 32 Див. частину 1.2.a Декларації.
- 33 Див. частину 1.2.b Декларації.