**Краткий бриф**

**по отдельным положениям Уголовного кодекса и Кодекса о правонарушениях Кыргызской Республики в части** **сексуального и гендерного насилия**

**А) По Уголовному кодексу** *(далее - УК):*

1. **Примирение.**

Согласно ст.57 УК примирение стало возможным:

1. по преступлениям небольшой тяжести:

2. по менее тяжким преступлениям:

3. по тяжким преступлениям:

- ч. 1 ст. 154 УК «Изнасилование»;

- ч. 1 ст. 155 УК «Насильственные действия сексуального характера».

По сравнению с Кодексами 2017 года произошло значительное расширение составов, по которым возможно примирение. Возможность примирения по двум тяжким преступлениям (ч.1 ст.154 и ч.1 155 УК) нарушает требования Конвенции ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин и может привести к принуждению жертвы примириться с насильником.

Широкое применение института примирения сторон приведет к тому, что виновные лица будут уходить от ответственности, что противоречит принципу неотвратимости ответственности и способствует формированию чувства безнаказанности.

1. **Назначение пробационного надзора**

В соответствии со ст.82 УК законодатель расширил сферу действия пробационного надзора, если ранее суд мог назначить пробационный надзор лишь за менее тяжкое преступление, то по новому Уголовному кодексу – пробационный надзор может быть применен также и в отношении лица, совершившего тяжкое преступление.

Пробационный надзор сроком от 3-х до 5 лет может быть применен за совершение следующих преступлений, например:

- Причинение тяжкого вреда здоровью (ч.1, ч.2 ст.130)

- Изнасилование (ч.1 ст.154)

- Насильственные действия сексуального характера (ч.1 ст.155)

- Действия сексуального характера с ребенком, не достигшим шестнадцатилетнего возраста (статья 157);

- Похищение лица с целью вступления в брак (ч.1, ч.2 ст.172) и ряд других.

Помимо этого, если осужденный характеризуется положительно, то назначенный срок пробационного надзора может быть отменен и осужденный будет считаться не судимым.

Такое неоправданное и необоснованное расширение сферы назначения пробационного надзора в отношении виновных лиц, не соразмерно реальному сроку, который лицо могло бы отбывать в местах лишения свободы от 5 до 10 лет. Интересы потерпевшего остаются за рамками наказания. Принцип справедливости в данном случае не срабатывает.

1. **Причинение тяжкого вреда здоровью (Статья 130 УК)**

Части 1 и 2 статьи 130 УК относятся к тяжкому преступлению. Данное преступление является делом публичного обвинения. Уголовное преследование по этим делам осуществляется независимо от подачи заявления потерпевшим. По данному преступлению примирение сторон не допускается. К лицу, совершившему данное преступление, может быть применен пробационный надзор.

Диспозиция данной статьи содержит в себе определенные противоречия. Так, в частности причинение тяжкого вреда здоровью в отношении члена семьи наказывается строже, чем в отношении лица, приравненного к члену семьи. Это недопустимо и нуждается в корректировке.

Кроме этого, квалифицирующий признак данной статьи «с изнасилованием или насильственным удовлетворением половой страсти в иных формах» противоречит квалифицирующему признаку в статье 154 Изнасилование и наказывается гораздо мягче, что приведет к неправильной правоприменительной практике.

1. **Угроза применения насилия, опасного для жизни и здоровья (Статья 139 УК)**

Часть 1 статьи 139 УК относится к преступлению небольшой тяжести, так как за его совершение наказание в виде лишения свободы не предусмотрено (ст.19 УК). Данное преступление является делом частно-публичного обвинения, следствие по которому начинается не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя и может быть прекращено в связи с примирением сторон.

При этом следует отметить, что в диспозиции статьи 70 Кодекса о правонарушениях также говорится об угрозе физическим насилием. О каком физическом насилии опасном для жизни или здоровья, или неопасном в диспозиции статьи не указано. Это может привести к разному толкованию этих двух статей и соответственно разной правоприменительной практике. В отличии от УК по КоП производство по делу об угрозе физическим насилием может начаться и без заявления потерпевшей.

1. **Изнасилование (Статья 154 УК)**

Часть 1 статьи 154 УК относится к тяжкому преступлению. Данное преступление является делом публичного обвинения. Уголовное преследование по этим делам осуществляется независимо от подачи заявления потерпевшим. Несмотря на то, что это преступление является тяжким по нему допускается примирение сторон. К лицу, совершившему данное преступление, также может быть применен пробационный надзор.

Учитывая, что изнасилование является тяжелой формой гендерной дискриминации примирения сторон по данной статье недопустимо.

1. **Понуждение к действиям сексуального характера (Статья 156 УК)**

Часть 1 статьи 156 УК относится к менее тяжкому преступлению. Данное преступление является делом частно-публичного обвинения, следствие по которому начинается не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя и может быть прекращено в связи с примирением сторон. К лицу, совершившему данное преступление, может быть применен пробационный надзор.

Часть 2 статьи 156 УК относится к тяжкому преступлению. Данное преступление является делом публичного обвинения. Уголовное преследование по этим делам осуществляется независимо от подачи заявления потерпевшим. По данному преступлению примирение сторон не допускается. К лицу, совершившему данное преступление не может быть применен пробационный надзор, так как пробационный надзор не применяется к осужденным за преступление против половой неприкосновенности и половой свободы ребенка.

1. **Похищение лица с целью вступления в брак (Статья 172 УК)**

Статья 172 УК относится к тяжкому преступлению. Данное преступление является делом публичного обвинения. Уголовное преследование по этим делам осуществляется независимо от подачи заявления потерпевшим. По данному преступлению примирение сторон не допускается. К лицу, совершившему данное преступление, может быть применен пробационный надзор.

По ранее действующему Уголовному кодексу (2017 г.) в диспозиции данной статьи было указано – «Похищение лица с целью вступления в брак вопреки воле». То есть деяние становилось уголовно-наказуемым тогда, когда было установлено, что девушка была похищена вопреки ее воле. Сейчас же в действующем УК данного признака нет, и любой факт похищения девушки для вступления в брак должен быть уголовно наказуем.

1. **Принуждение к вступлению в фактические брачные отношения (Статья 173 УК)**

Статья 173 УК относится к менее тяжкому преступлению. Данное преступление является делом частно-публичного обвинения, следствие по которому начинается не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя и может быть прекращено в связи с примирением сторон. К лицу, совершившему данное преступление может быть применен пробационный надзор.

Учитывая то, что потерпевшей по данному делу является ребенок, девушка, не достигшая восемнадцатилетнего возраста, перевод статьи 173 УК в категории частно-публичного обвинения может привести к латентности этого преступления. Под разного рода угрозами потерпевшая не будет писать заявление о возбуждении уголовного дела, а виновное лицо останется безнаказанным.

1. **Нарушение законодательства о брачном возрасте при проведении религиозных обрядов (Статья 175 УК)**

Статья 175 УК относится к менее тяжкому преступлению. Данное преступление является делом частно-публичного обвинения, следствие по которому начинается не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя и может быть прекращено в связи с примирением сторон. К лицу, совершившему данное преступление может быть применен пробационный надзор.

Учитывая то, что потерпевшей по данному делу является ребенок, который в силу своего физического и психического развития еще не может полностью отдавать отчет своим действиям, не является правоспособным, примирение в таком случае невозможно, а примиряться с представителем потерпевшей недопустимо, так как они сами привлекаются к уголовной ответственности.

1. **Двоеженство или многоженство (Статья 176 УК)**

Статья 176 УК относится к преступлению небольшой тяжести, так как за его совершение наказание в виде лишения свободы не предусмотрено. Данное преступление является делом частно-публичного обвинения, следствие по которому начинается не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя и может быть прекращено в связи с примирением сторон.

Уголовное преследование по данной статье может начаться только по заявлению потерпевшей. Если нет заявления от потерпевшей нет и уголовного дела. То есть, если все жены многоженца не имеют к нему претензий, то и привлекать его к уголовной ответственности нельзя. Учитывая то, что данное преступление зачастую носит латентный характер, то есть скрывающееся, не проявляющееся вовне, недоступно внешнему наблюдению, перевод его в дела частно-публичного обвинения приведет к тому, что уголовные дела по данной статье вообще не будут возбуждаться.

1. **Семейное насилие (статья 177 УК)**

Ответственность за совершение семейного насилия по УК наступает за совершение следующих деяний и наступления определенных последствий:

- любые умышленные действия, нарушающие конституционные и иные права и свободы потерпевшего;

- любые умышленные действия, причиняющие ему физические или психические страдания;

- любые умышленные действия, наносящие вред физическому или психическому развитию.

Далее обязательным признаком состава является наступление менее тяжкого вреда здоровью.

Однако формулировка данной нормы вызывает вопросы. Во всех ли случаях должно наступить такое последствие? Так, например, как установить вред здоровью при нарушении конституционных прав и свобод потерпевшего?

Но есть и иные нормы, которые могут войти в противоречие со ст.177 УК. Это ст.189 УК, предусматривающая нарушение равноправия человека, где говорится о нарушении прав человека в зависимости от пола. Но есть еще одна норма, которую следует рассматривать как специальную по отношению к составу статьи 189 УК. Это ст.195 УК, то есть ответственность за воспрепятствование осуществлению избирательных прав. Данные нормы могут войти в противоречие со ст.177 УК. Однако наказание за них в разы мягче чем за нарушение конституционных прав при семейном насилии.

Наказание за уголовное семейное насилие совершенно не соразмерно содеянному. Поскольку в санкции ст.177 УК заложили широчайшее судебное усмотрение. За совершение семейного насилия один суд может назначить исправительные работы на 2 месяца, а другой лишение свободы на 5 лет.

Статья 177 УК относится к менее тяжкому преступлению. Данное преступление является делом частно-публичного обвинения, следствие по которому начинается не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя и может быть прекращено в связи с примирением сторон. К лицу, совершившему данное преступление, может быть применен пробационный надзор.

Уголовное преследование по данной статье может начаться только по заявлению потерпевшей. Если нет заявления от потерпевшей нет и уголовного дела. Это противоречит пункту 2 части 1 статьи 25 Закона «Об охране и защите от семейного насилия», согласно которого органы внутренних дел обязаны принять и зарегистрировать заявление о семейном насилии от любых лиц.

При этом по КоП по факту семейного насилия с менее тяжкими последствиями обратиться в правоохранительные органы может любой человек (сосед, прохожий, журналист и др.).

**Б. По Кодексу о правонарушениях (*далее - КоП*):**

**1. Побои (статья 56 КоП)**

Данная норма применяется в случаях, когда посторонний человек наносит жертве побои или, причиняют физическую боль. Если же это касается члена семьи или лица, приравненного к члену семьи, то за такие действия он будет привлечен по статье 70 КоП.

Как видно из санкции статьи побои, она мягче, чем санкция статьи семейное насилие (нет ареста), хотя действия совершаются одни и те же. Такой законодательный подход следует рассматривать как несправедливый. За одно и то же деяние домашнего насильника накажут строже чем простого насильника. Санкции в двух составах правонарушений (статьи 56 и 70 КоП) должны быть сбалансированы и одинаковы.

**2. Умышленное причинение легкого вреда здоровью (статья 57 КоП)**

Данная норма применяется в случаях, когда посторонний человек причиняет пострадавшему легкий вред здоровью. Если же это касается члена семьи или лица, приравненного к члену семьи, то за такие действия он будет привлечен по статье 70 КоП.

Как видно из санкции статьи 57 КоП, она мягче, чем санкция статьи семейное насилие (нет ареста), хотя действия совершаются одни и те же. Такой законодательный подход следует рассматривать как несправедливый. За одно и то же деяние домашнего насильника накажут строже чем простого насильника. Санкции в двух составах правонарушений (статьи 57 и 70 КоП) должны быть сбалансированы и одинаковы.

**3. Семейное насилие (статья 70 КоП)**

Основная проблема по данной статье отсутствие четко определенного состава правонарушения. Проанализировав данную диспозицию, возникает вопрос что такое экономическое насилие? Круг экономического насилия достаточно широк и за какой вид экономического насилия можно привлечь к ответственности по КоП четко не установлено. Кроме этого, также четко не определено, какие деяния подпадают под определение «пренебрежительное отношение».

Учитывая то, что жертвы часто сами против наложения взысканий на мужей, которые оказывают физическое насилие, то данные виды наказания за экономическое насилие — это просто несоизмеримые вещи и которые фактически на практике никогда не будут применяться.

Еще одной проблемой при такое неточной формулировки диспозиции может стать следующее. Если при психическом и физическом насилии (наиболее опасные формы домашнего насилия) вред причиняется в момент совершения насилия, то наступление последствия при других формах насилия несколько отсрочено во времени и может видоизмениться. Например, лекарства будут куплены, но с перерывом во времени. Но для таких ситуаций закон не прописывает освобождения от ответственности.

Применяемое насилие бывает разным по характеру проявления. Однако законодатель не предусмотрел последствий, которые, безусловно должны четко определять, что такое правонарушение, преступление или просто, например, плохое выполнение родительских или супружеских обязанностей. Можно прогнозировать применение данной новой нормы на практике лишь в части применения физического насилия. Что и имеет место быть на практике.

Необходимо концептуально определить, когда наступает ответственность за преступное домашнее насилие (ответственность по УК), а когда наступает ответственность за совершение семейного насилия как простого правонарушения (ответственность по КоП). Выходом из сложившейся ситуации было бы полностью перенести в сферу действия Уголовного кодекса причинение физического или психического насилия, оставив иные виды насилия в Кодексе о правонарушениях.

**4. Неисполнение условий временного охранного ордера (статья 71 КоП)**

Данный состав правонарушения также вызывает определенные вопросы. Если лицо, ранее совершившее семейное насилие, было привлечено к ответственности по ст.70 КоП (Семейное насилие) и ему был выдан охранный ордер. Однако это лицо нарушает условия временного охранного ордера и вновь совершает семейное насилие и отказывается от прохождения коррекционной программы. В таком случае не ясно по какой статье КоП оно будет привлечено к ответственности, по ст.71 (Неисполнение условий временного охранного ордера) или по ст.70 (Семейное насилие) или по ст.72 (Уклонение лица, совершившего семейное насилие, от прохождения коррекционной программы). Или оно будет привлечено к ответственности по трем статьям 70, 71 и 72 КоП?

Необходимо четко установить, когда и за какие деяния лицо может быть привлечено к ответственности за неисполнение условий временного охранного ордера. Например, оставить только ответственность по этой статье за невыполнение запрета на прямые и косвенные контакты с лицом, пострадавшим от семейного насилия либо иные условия, которые не образуют состава конкретного правонарушения.

5. **Уклонение лица, совершившего семейное насилие, от прохождения коррекционной программы (статья 72 КоП)**

Как видно из санкции данной статьи за совершение данного правонарушения предусматриваются взыскания в виде предупреждения либо привлечение к общественным работам на 40 часов. Такая альтернатива предупреждение или общественные работы по данной статье не сопоставима, и в процессе правоприменения может привести к большим коррупционным рискам.

На практике к одному лицу, уклонившемуся от прохождения коррекционной программу, судом будут назначены общественные работы на срок 40 часов, а другое виновное лицо отделается лишь предупреждением.

Предлагается рассмотреть вариант исключения положений, касающихся прохождения коррекционной программы из Закона «Об охране и защите от семейного насилия». При этом включить положения о прохождении коррекционной программы в главу 7 КоП, как один из видов дополнительных правовых последствий правонарушения, который будет накладываться судом при совершении лицом семейного насилия.

**6. Мелкое хулиганство (статья 126 КоП)**

Одним из признаков мелкого хулиганства в КоП является оскорбительное приставание к гражданам. Четкого термина «оскорбительное приставание» кодекс не содержит, это оценочное понятие. При квалификации действий, как мелкого хулиганства по признаку «оскорбительное приставание» может вызвать большие сложности у сотрудников органов внутренних дел и суда.

 В связи с этим в диспозиции статьи необходимо четко прописать, что относится к оскорбительному приставанию.

**7. Виды взысканий и их применение**

За правонарушения, предусмотренные статьями 70 (Семейное насилие) и 71 (Неисполнение условий временное охранного ордера) предусмотрена альтернатива во взыскании – арест либо общественные работы. Однако могут быть случаи, когда к виновному лицо в силу обстоятельств, указанных в КоП, нельзя применить ни арест, ни общественные работы. Например, виновное лицо в совершении семейного насилия будет лицом с ограниченными возможностями здоровья, имеющем инвалидность II группы или ему будет свыше 60 лет, тогда к нему невозможно будет применить ни какое взыскание, и он будет освобожден от отбывания взыскания. Такое положение грубо нарушает принцип неотвратимости наказания.

8. Все статьи, связанные с сексуальным и гендерным насилием, содержат санкцию в виде общественных работ. Несмотря на то, что данные статьи содержат положение о том, что, если правонарушитель уклоняется от общественных работ, данный вид взыскания может быть заменен на другой. Однако КоП не содержит положений о том, как это будет происходить, на какой другой вид наказания могут быть заменены общественные работы. В процессуальной части нет статей, касающихся порядка замены одного вида взыскания на другой.

9. За некоторые правонарушения, предусмотренные КоП, вводится наказание в виде ареста. При этом КоП не содержит положений должно ли быть приостановлено исполнение постановления суда о применении ареста в отношении виновного лица в связи с подачей жалобы (правовая неопределенность). Также в кодексе отсутствуют положения о реабилитации лица, подвергшегося аресту, в случае отмены решения суда I инстанции вышестоящим судом.

**10. Права лица, совершившего правонарушение**

Одним из новшеств, предусмотренных в КоП является то, что лицо, привлекаемое к ответственности за правонарушение, имеет право на гарантированную государством юридическую помощь (статья 498 КоП). При этом следует отметить, что такое право гарантировано не только тем лицам, которые задерживаются, но и абсолютно всем. Однако до сих пор в Законе «О гарантированной государством юридической помощи» такое положение не предусмотрено, а в бюджете не предусмотрены денежные средства для адвокатов ГГЮП для оказания юридической помощи по делам о правонарушениях.

При этом следует отметить, что пострадавший, например, жертва семейного насилия на такую помощь претендовать не может.

11. **Задержание**

При совершении семейного насилия, нарушения условий охранного ордера, выданному лицу по факту семейного насилия, мелкого хулиганства задержание виновное лицо может быть задержано.

Срок задержания лица не должен превышать трех часов. В исключительных случаях, до рассмотрения материала судьей, при необходимости выяснения дополнительных обстоятельств по правонарушению или необходимости установления личности задержанного, срок задержания начальником органа внутренних дел или его заместителями может быть продлен до 48 часов за правонарушения, за которые предусмотрен арест, с уведомлением об этом письменно прокурора в течение 24 часов с момента задержания, при этом задержанное лицо в течение 24 часов с момента задержания должно быть доставлено в суд для решения вопроса о законности его задержания.

Данный порядок задержания также четко не прописан в КоП. В частности, КоП не содержит положений о том, как судья должен проводить судебное заседание при решении вопроса о законности задержания правонарушителя. Может ли судья, который рассматривал вопрос о законности задержания, далее рассматривать материалы дела в отношении этого же правонарушителя и накладывать на него взыскание? Законность задержания проверяется одновременно с рассмотрением материалов дела и признанием лица виновным или это два отдельных процесса?

12. Согласно ч.4 ст.524 КоП с момента фактического доставления, задержанного в уполномоченный орган ему, предоставляется право на получение квалифицированной юридической помощи. Это положение может привести к применению недозволенных методов в отношении задержанного с момента фактического задержания до момента фактического доставления в орган. А этот период может составлять достаточное большое время. Согласно международным требованиям адвокат должен быть предоставлен с момента фактического задержания.

13. Согласно статьи 521 КоП протокол о правонарушении, совершение которого влечет наложение взыскания в виде ареста (например, семейное насилие, неисполнение условий временного охранного ордера), передаются на рассмотрение суду немедленно после его составления. В суд также должен быть доставлен правонарушитель.

Однако в ст.521 КоП есть условие, что при неправильном составлении протокола и оформлении других материалов дела, недостатки протокола и других материалов дела устраняются в срок не более трех суток со дня их получения от суда.

Что это может означать на практике? Если протокол о совершении, например, семейного насилия, сотрудником органа внутренних дел был составлен неправильно, суд не будет рассматривать дело и вернет протокол и все материалы для устранения недостатков. Для устранения недостатков предусматривается 3 суток и еще 1 сутки для повторного направления дела в суд. Из этого вытекает, что лицо, совершившее семейное насилие, все это время будет находится дома безнаказанно и будет продолжать издеваться над пострадавшей. Если же данное лицо будет задержано, то максимальный срок задержания 48 часов, то есть 2 суток, затем он должен быть отпущен. Опять же еще 2 суток правонарушитель будет находится дома пока его дело после исправления недостатков попадет в суд.