

DOI: 10.17803/1729-5920.2024.215.10.077-092

И. И. Нагорная
Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
г. Москва, Российская Федерация

Отсутствие согласия на половое сношение и вина субъекта изнасилования по уголовному праву США

Резюме. Наибольшее внимание отсутствию согласия на половое сношение как обязательному признаку изнасилования уделяется в уголовном праве США. Этот вопрос тесно связан с основными изменениями в законодательстве штатов США, которые произошли в результате отхода от традиционного понимания изнасилования как преступления. Существует три подхода к трактовке термина «согласие» в доктрине и законодательстве — это такие модели согласия, как «нет значит нет», «да значит да» и модель обсуждения. Каждая модель накладывает особенности на процесс установления вины субъекта и его возможной ошибки в согласии. Трудности возникают при нахождении субъекта и потерпевшей в состоянии опьянения. На основании опыта США сформулированы рекомендации, полезные для российского законодателя и правоприменителя. Закреплять в уголовном законе какую-либо модель согласия на половое сношение, а также отказываться от признаков применения насилия, угрозы его применения или использования беспомощного состояния потерпевшей не следует. Требуется разграничить домогательство и преодоление воли потерпевшей, дать оценку молчанию потерпевшей, ее словам и поступкам, выяснив, не было ли искажено ее волеизъявление. Женщина имеет право отозвать свое согласие после начала полового сношения, в таком случае при наличии иных признаков состава преступления продолжение полового сношения против воли потерпевшей квалифицируется как изнасилование.

Ключевые слова: изнасилование; согласие на половое сношение; модели согласия; вина; применение насилия; ошибка в согласии; уголовное право США

Для цитирования: Нагорная И. И. Отсутствие согласия на половое сношение и вина субъекта изнасилования по уголовному праву США. *Lex russica*. 2024. Т. 77. № 10. С. 77–92. DOI: 10.17803/1729-5920.2024.215.10.077-092

Lack of Consent to Sexual Intercourse and the Fault of the Rape Survivor under U.S. Criminal Law

Irina I. Nagornaya
National Research University Higher School of Economics
Moscow, Russian Federation

Abstract. The greatest attention to the lack of consent to sexual intercourse as a mandatory feature of rape is paid under the US criminal law. This issue is closely related to the main changes in US state legislation that have occurred as a result of a departure from the traditional understanding of rape as a crime. There are three approaches to understanding the term «consent» in doctrine and legislation, namely, «no means no», «yes means yes» and a negotiation model. Each model imposes features on the process of establishing the fault of the subject and the rapist's possible error in consent. Difficulties arise when the subject and the victim are intoxicated. Based on the experience of the United States, recommendations are formulated that are useful for the Russian legislator and law enforcement officer. It is not necessary to consolidate any model of consent to sexual intercourse in the criminal law, as well as to abandon signs of the use of violence, the threat of its use or the use of the helpless state of the victim. It is required to distinguish harassment and overcoming the will of the victim, to assess the silence of the victim, victim's words and actions, finding out whether the victim's will was distorted. A woman has the

right to withdraw her consent after sexual intercourse starts, in which case, if there are other signs of a crime, the continuation of sexual intercourse against the will of the victim is qualified as rape.

Keywords: rape; consent to sexual intercourse; consent models; fault; use of violence; error in consent; US criminal law

Cite as: Nagornaya II. Lack of Consent to Sexual Intercourse and the Fault of the Rape Survivor under U.S. Criminal Law. *Lex russica*. 2024;77(10):77-92. (In Russ.). DOI: 10.17803/1729-5920.2024.215.10.077-092

Введение

За последние десятилетия представления общества о допустимости или недопустимости того или иного поведения в сфере сексуальных отношений существенно изменились. Претерпели изменения и правовые подходы к квалификации половых преступлений. Как никогда оживленно стала обсуждаться проблема согласия на половое сношение.

Наибольшее развитие указанная дискуссия приобрела в уголовном праве США¹. При этом законодатели, правоприменители и ученые-юристы пытаются найти баланс между защитой прав потерпевшей и обвиняемого. К проблемам доказывания, обычным для данной категории дел, добавляются концептуальные и юридико-технические трудности, связанные с формулировками уголовного закона и их пониманием на практике.

Отметим, что проблема согласия на вступление в половой контакт (в широком значении) поднимается не только в связи с изнасилованием в том смысле, в котором оно понимается в российском уголовном законе, т.е. половым сношением мужчины с женщиной против ее воли, но и в связи с иными составами половых преступлений. Однако переосмысление гендерных стереотипов и иные традиционные проблемы во взаимоотношениях полов, включая различную интерпретацию одних и тех же обстоятельств в качестве согласия или отсутствия

такового, послужили толчком для отдельного рассмотрения указанного вопроса именно применительно к изнасилованию. Именно поэтому данная статья будет посвящена пониманию и законодательным требованиям к согласию преимущественно в отношении последнего. Будут рассмотрены также проблемы установления вины субъекта, ошибки в согласии и бремени доказывания такой ошибки, которое имеет в уголовном праве США значительную специфику.

Указанные теоретические и практические вопросы представляют большой интерес для нашей страны, несмотря на существенное различие двух правовых систем. Хотя статья 131 Уголовного кодекса РФ² прямо не упоминает об отсутствии согласия потерпевшей, указывая лишь на применение насилия, угрозу его применения или использование ее беспомощного состояния, данный факт подлежит обязательному установлению³. В правоприменительной практике могут возникнуть проблемы, связанные с установлением вины субъекта изнасилования, правовой оценкой молчания потерпевшей или ее отказа от активного сопротивления. Не стоит также недооценивать инициативы по признанию изнасилованием любого полового сношения без согласия потерпевшей и отказу от признака применения насилия или угрозы его применения⁴. Их следует заблаговременно проанализировать с учетом зарубежного опыта.

¹ Каменева А. Н. Проблема «согласия» жертвы при квалификации изнасилования в России и зарубежных странах // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2008. № 2. С. 76.

² Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

³ Полный курс уголовного права : в 5 т. / под ред. А. И. Коробеева. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2008. Т. 2 : Преступления против личности. С. 497.

На совершение деяния вопреки воле и согласию лица указывается в п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04.12.2014 № 16 «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 2.

⁴ Подобное решение можно найти, в частности, в ст. 152 УК Украины (URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30418109&sub_id=1520000&pos=1326;-56#pos=1326;-56 (дата обращения: 27.03.2024)).

Отказ от традиционного подхода к уголовно-правовой оценке деяния как изнасилования в США

В США подход законодателей штатов, судов и ученых к квалификации деяния как изнасилования был существенно реформирован. Отметим лишь наиболее важные для нашей темы изменения.

Применение силы субъектом и сопротивление потерпевшей. Насилие традиционно считалось необходимым признаком состава преступления и до сих пор имеет большое значение.

Согласно общему праву для квалификации деяния как изнасилования в ответ потерпевшая должна была оказать субъекту существенное сопротивление (*substantial resistance*). Это связывалось с тем, что все формы сексуальных контактов вне брака считались незаконными. Сопротивление показывало, что женщина не совершила супружескую измену или не стала участницей иной внебрачной связи⁵.

Многие суды требовали, чтобы сопротивление потерпевшей было предельно возможным (*utmost resistance*) и продолжалось с начала до завершения посягательства (например, по делу *People v. Murphy* (1906))⁶.

Это требование являлось слишком суровым, и в результате в некоторых штатах суды начали признавать достаточным только первоначальное, а в других — разумное сопротивление (*reasonable resistance*). Объяснялось такое изменение двумя основными причинами: 1) сопротивление может породить причинение смерти или тяжкого вреда здоровью потерпевшей; 2) неверно освобождать мужчину-исполнителя от ответственности на том основании, что женщина не смогла себя защитить с той степенью интенсивности, которую суд сочтет разумной⁷.

В настоящее время большинство штатов сохранили в законодательстве признак применения насилия к потерпевшей, закрепив и другие обстоятельства, свидетельствующие об отсутствии согласия на половое сношение и позволяющие квалифицировать деяние как изнасилование. Лишь немногие штаты признали само по себе половое сношение без согласия потерпевшей изнасилованием (без каких-либо дополнительных признаков). Некоторые штаты предусматривают ответственность за таковое как за иное половое преступление, которое наказывается менее строго, чем изнасилование⁸.

Супружеский иммунитет. По общему праву субъектом изнасилования собственной жены не мог быть признан муж⁹. Эта оговорка сохранилась и в Примерном уголовном кодексе США (ст. 213.1)¹⁰. Считалось, что женщина, вступая в брак, дает согласие на все последующие половые сношения с супругом. Впоследствии было признано, что согласие жены необходимо получать на каждое половое сношение.

Позже законодатели штатов либо отказались от супружеской оговорки полностью или частично, либо предусмотрели специальные составы преступлений для супружеского изнасилования. В частности, в Калифорнии ответственность за изнасилование супруга(-и) была предусмотрена параграфом 262 гл. 1 «Изнасилование, похищение, развратные действия» разд. 9 «О преступлениях против личности, включающих сексуальное нападение и преступления против общественной нравственности и морали» ч. 1 «О преступлениях и наказаниях» Уголовного кодекса штата¹¹. Однако в настоящее время специальный уголовно-правовой запрет утратил силу и применяются общие нормы об изнасиловании, за исключением пункта 1 ч. «а» § 261¹², который разрешает супругу вступить в половую связь с лицом, страдающим

⁵ Loewy A. Criminal Law. 5th ed. Thomson Reuters, 2009. P. 63.

⁶ Spohn C. The Rape Reform Movement: The Traditional Common Law and Rape Law Reforms // Jurimetrics. 1999. Vol. 39. No. 2. P. 124.

⁷ LaFave W. Criminal Law. 5th ed. Thomson Reuters, 2010. P. 915.

⁸ Buchhandler-Raphael M. The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power // Michigan Journal of Gender and Law. 2011. Vol. 18. No. 1. P. 156–158.

⁹ Козочкин И. Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2007. С. 364.

¹⁰ Примерный уголовный кодекс (США). Официальный проект Института американского права / пер. с англ. А. С. Никифорова. М. : Прогресс, 1969.

¹¹ Козочкин И. Д. Указ. соч. С. 370.

¹² URL: <https://law.justia.com/codes/california/2022/code-pen/part-1/title-9/chapter-1/section-261/> (дата обращения: 27.03.2024).

душевной болезнью, нарушением развития или физического здоровья, не позволяющими при иных обстоятельствах дать юридически значимое согласие на половое сношение.

Возможность отозвать согласие после начала полового сношения. По общему праву требовалось установить лишь то, что согласие было дано до начала полового сношения. В настоящий момент законодательство практически всех штатов признает, что согласие может быть отозвано после начала полового сношения. Если субъект не прекратил свои действия, содеянное считается изнасилованием¹³. Так, согласно Инструкции для присяжных по уголовному делу, разработанной Судебным советом штата Калифорния¹⁴, женщина, которая согласилась на половое сношение, вправе поменять мнение. В таком случае субъект может быть обвинен в изнасиловании, если:

1. Она сообщила действиями или словами, что больше не согласна на половое сношение.
2. Разумный человек понял бы, что согласие отсутствует.
3. Обвиняемый продолжил половое сношение, несмотря на протесты женщины.

Среди иных изменений можно отметить:

1. Расширение понятия полового сношения, принятие некоторыми штатами гендерно-нейтральных формулировок закона, признающих субъектами и потерпевшими лиц обоего пола¹⁵.

Согласно ст. 213.0 Примерного уголовного кодекса США половое сношение включает в себя сношения *per os* и *per anum*, однако потерпевшей при изнасиловании может быть только женщина, а субъектом — только мужчина (ст. 213.1).

2. Отмена требования о том, что слова жертвы должны быть обязательно подтверждены другими доказательствами (*corroboration requirement*). Возможность доверять показаниям потерпевшей в настоящее время устанавливается так же, как и по другим уголовным

делам¹⁶. Подчеркнем, что речь идет не об изменении стандарта доказывания, а о том, что слова потерпевшей не должны априори ставиться под сомнение.

3. Ограничение значения предыдущего сексуального поведения потерпевшей и ее сексуальных отношений с субъектом. Эти факты сами по себе не подтверждают согласия на половое сношение и не должны рассматриваться как подрывающие доверие к показаниям женщины¹⁷.

Изменение правовых подходов к указанным проблемам характерно не только для США. Сходные решения по многим вопросам имели место и в нашей стране¹⁸.

Согласие на половое сношение: определение и модели (стандарты)

Само понятие согласия вызывает в американской литературе полемику. К. Ферзан (K. Ferzan) отмечает, что данный термин можно понимать в трех значениях:

- 1) как мыслительный акт;
- 2) как видимое допущение чего-либо словами или действиями;
- 3) в качестве мысли и одновременно ее внешнего выражения¹⁹.

К. Ферзан полагает, что понимание согласия как мыслительного выбора — волевого допущения чего-либо — наиболее соответствует идее автономии личности. Таким образом, подчеркивается необходимость установить действительную волю женщины, а не только тот факт, что были сказаны какие-то слова или совершены поступки, формально признающие согласием, наподобие того, как брачная формула «я согласна» (*I do*) должна была, по мнению общества, подтвердить согласие женщины на все дальнейшие половые сношения с супругом. Такой подход никак не препятствует установ-

¹³ Lyon M. R. No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape // Journal of Criminal Law and Criminology. 2004. Vol. 95. No. 1. P. 291.

¹⁴ Judicial Council of California Criminal Jury Instructions (CALCRIM) 2023. P. 729–730 // URL: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2023_edition.pdf (дата обращения: 27.03.2024).

¹⁵ Loewy A. Op. cit. P. 62–64; Козочкин И. Д. Указ. соч. С. 369.

¹⁶ Spohn C. Op. cit. P. 124–126.

¹⁷ Spohn C. Op. cit. P. 126–129.

¹⁸ Полный курс уголовного права. Т. 2. С. 490–500.

¹⁹ Ferzan K. Consent, Culpability, and the Law of Rape // Ohio State Journal of Criminal Law. 2016. Vol. 13. No. 2. P. 403.

лению вины субъекта и выяснению вопроса о том, каким образом согласие было выражено вовне²⁰.

С этим мнением вполне можно согласиться. Вместе с этим законодатели штатов формулируют собственные определения согласия на половое сношение.

Среди рассматриваемых американскими специалистами моделей или стандартов согласия следует выделить конструкции «нет значит нет» (no means no) и «да значит да» (yes means yes).

«Нет значит нет» дает женщине возможность одним словом прекратить нежелательный контакт. Эта модель создает четкое правило (bright-line rule), согласно которому не нужно выяснять, что жертва имела в виду, если она сказала «нет». По сути, это профилактическая норма, расширяющая права потерпевших²¹.

Важно отметить, что отсутствие «нет» не означает, что согласие имеет место, речь идет лишь о том, что «нет» — это прямое доказательство (conclusive proof) непозволительности полового сношения²².

Параграф 35-42-4-1 «Изнасилование, возмещение» гл. 4 «Половые преступления» ст. 42 «Преступления против личности» разд. 35 «Уголовный закон и процесс» Свода законов штата Индиана предусматривает, что изнасилование имеет место в том числе тогда, когда субъект пренебрег попытками другого лица (физическими, словесными или путем другого видимого действия) отказаться от совершаемых действий²³. Это правило появилось в законе в 2022 г.²⁴

Данную модель можно считать достаточно прогрессивной, однако она не охватывает всех виновных, поскольку не защищает жен-

щину, которая слишком боится, чтобы сказать «нет»²⁵.

«Да значит да» требует позитивного выражения согласия путем слов или конкретных действий, поэтому такую модель называют также позитивным или утвердительным согласием (affirmative consent)²⁶. Она принята в меньшинстве штатов США, включая Миннесоту, Нью-Джерси, Вашингтон, Висконсин, а также в округе Колумбия²⁷. Так, в Миннесоте под согласием (consent) понимаются «слова или явные действия лица, указывающие на свободно данное, существующее на данный момент согласие (agreement) совершить определенные сексуальные действия с субъектом» (п. 4 § 609.341 гл. 609 «Уголовный кодекс» Свода законов штата Миннесота²⁸). В Миннесоте предусмотрена специальная ответственность за сексуальное проникновение (sexual penetration) без согласия потерпевшего(-ей) без каких-либо дополнительных признаков (п. 4 § 609.3451 гл. 609 «Уголовный кодекс» Свода законов штата — уголовно наказуемое сексуальное поведение (criminal sexual conduct) пятой степени²⁹).

Сходное понятие согласия дается в § 261.6 Уголовного кодекса штата Калифорния: это позитивное взаимодействие в соответствии с проявлением свободной воли. При этом лицо должно осознавать природу действий, в которые оно вовлечено, а факт предыдущих свиданий или супружеские отношения недостаточны для установления согласия³⁰. Согласно § 261.7 Уголовного кодекса штата Калифорния доказательства того, что жертва предложила, попросила или сообщила обвиняемому, что он должен использовать презерватив или другое противозачаточное средство, без дополнительных доказательств согласия, не являются достаточными

²⁰ Ferzan K. Op. cit. P. 403, 409, 411.

²¹ Ferzan K. Op. cit. P. 416.

²² Ferzan K. Op. cit. P. 411.

²³ URL: <https://law.justia.com/codes/indiana/2022/title-35/article-42/chapter-4/section-35-42-4-1/> (дата обращения: 27.03.2024).

²⁴ URL: <https://www.google.com/amp/s/fox59.com/indianapolitics/revised-indiana-rape-law-takes-effect-july-1/amp/> (дата обращения: 27.03.2024).

²⁵ Ferzan K. Op. cit. P. 428–429.

²⁶ Ferzan K. Op. cit. P. 414.

²⁷ Hemming A. Reforming the Law of Rape in the United States: Some Advice from the Antipodes // Florida Journal of International Law. 2020. Vol. 32. No. 1. P. 31.

²⁸ URL: <https://www.revisor.mn.gov/statutes/cite/609.341> (дата обращения: 27.03.2024).

²⁹ URL: <https://www.revisor.mn.gov/statutes/cite/609.3451> (дата обращения: 27.03.2024).

³⁰ URL: <https://law.justia.com/codes/california/2022/code-pen/part-1/title-9/chapter-1/section-261-6/> (дата обращения: 27.03.2024).

для подтверждения последнего³¹. Отметим, что указанные решения законодателя Калифорнии полностью соответствуют российскому правовому подходу.

Модель «да значит да» имеет большую поддержку в американском обществе. Например, кампусы университетов и колледжей в США закрепляют в локальных актах нормы, касающиеся согласия на вступление в сексуальные отношения, что рассматривается как важная гарантия прав наиболее сексуально активных лиц. Примечательно, что модель «да значит да» широко применяется на этом уровне³².

Важным событием стало принятие в Калифорнии закона, побуждающего учреждения высшего образования следовать модели «да значит да» в соответствующих локальных актах. Параграф 67386 гл. 15.5 «Безопасность студентов» ч. 40 «Закон Доноху о высшем образовании» подразд. 5 «Общие положения» разд. 3 «Образование после среднего» Кодекса об образовании штата Калифорния гласит: «Чтобы получить средства штата для оказания финансовой помощи студентам, совет управляющих каждого округа колледжей, попечители Калифорнийского государственного университета, регенты Калифорнийского университета и советы управляющих независимых высших учебных заведений должны принять политику в отношении сексуальных нападений, насилия в семье, насилия на свиданиях и преследований с участием студента как на территории кампуса, так и за его пределами»³³. В параграфе указано, что такая политика должна включать в себя, в частности, стандарт позитивного согласия. Это означает, что согласие на участие в сексуальной активности должно быть утвердительным, сознательным и добровольным. Его должно дать каждое лицо, участвующее в ней. Отсутствие протеста или сопротивления, равно как и молчание, не означает наличия согласия. Позитивное согласие может быть отозвано в любое время. Свидания между вовлеченными лица-

ми или факт прошлых сексуальных отношений между ними никогда не должны сами по себе считаться доказательствами согласия.

В американской литературе подчеркивается необходимость правильного понимания пределов действия локальных актов университетов и колледжей. Они не являются законами, поэтому студенты, которые им обязаны следовать, не могут быть привлечены к уголовной ответственности за их нарушение³⁴.

Некоторые авторы полагают, что даже модель «да значит да» недостаточна для получения надлежащего согласия на половое сношение. Так, М. Андерсон (M. Anderson) выступает за *модель обсуждения* (negotiation model), т.е. за явно выраженный разговор о половом сношении. Такая модель требует консультаций, взаимности, общения и обмена мнениями до того, как человек начнет последнее. Общение должно быть таким, чтобы оно могло указать разумному человеку, что совершение действия было согласовано³⁵.

Другие исследователи, в целом оценивая позитивно подобное общение между лицами, желающими вступить в половое сношение, указывают на то, что данная модель вряд ли приемлема в уголовном праве³⁶. Их аргументы рассмотрены ниже.

В российском уголовном праве не требуется получать согласие на половое сношение в какой-либо определенной форме, что позволяет избежать многочисленных проблем, о которых речь пойдет ниже.

Отсутствие согласия потерпевшей и вина субъекта

Данный вопрос включает в себя две основные проблемы: 1) определение формы вины субъекта изнасилования; 2) установление моральной упречности содеянного.

Особенностью американского уголовного законодательства является широкое использо-

³¹ URL: <https://law.justia.com/codes/california/2022/code-pen/part-1/title-9/chapter-1/section-261-7/> (дата обращения: 27.03.2024).

³² Ferzan K. Op. cit. P. 414–415.

³³ URL: <https://law.justia.com/codes/california/2022/code-edc/title-3/division-5/part-40/chapter-15-5/section-67386/> (дата обращения: 27.03.2024).

³⁴ Kuyiman E. A Constitutional Defense of «Yes Means Yes» — California's Affirmative Consent Standard in Sexual Assault Cases in College Campuses // Review of Law and Social Justice. 2016. Vol. 25. No. 2. P. 221.

³⁵ Anderson M. J. Negotiating Sex // Southern California Law Review. 2005. Vol. 78. P. 1421.

³⁶ Charlow R. Negotiating Sex: Would it Work? // Criminal Law Conversations / ed. by P. H. Robinson, S. P. Garvey, K. K. Ferzan. N. Y. : Oxford University Press, 2009. P. 310–311.

вание так называемой строгой ответственности (strict liability), т.е. ответственности *без вины*.

Г. А. Есаков пишет: «Положения Примерного уголовного кодекса оказали незначительное влияние на существование преступлений строгой ответственности в законодательстве подавляющего большинства штатов»³⁷. При этом к ним «относятся не только незначительные в плане своей общественной опасности и наказуемости посягательства, но и более опасные деяния, влекущие весьма серьезные санкции»³⁸. Так, в нормах уголовного закона, предусматривающих ответственность за изнасилование, многие штаты не указывают на форму вины. Например, часть «а» § 261 Уголовного кодекса штата Калифорния делает акцент лишь на совершении полового сношения без согласия. Отсутствие последнего предполагается исходя из обстоятельств, перечисленных в законе³⁹.

Отметим, что американские ученые по-разному интерпретируют отсутствие указания на форму вины при изнасиловании. Одни утверждают, что налицо строгая ответственность, другие — что это означает отсутствие достаточной меры заботливости, т.е. небрежность по существу (negligence per se)⁴⁰. Последняя подразумевает, что действие считается небрежным, поскольку оно нарушает закон.

Э. Хемминг отмечает: с практической точки зрения говорить о строгой ответственности при изнасиловании неточно, так как требуется отсутствие согласия и обвиняемый, заявляя о своей невиновности, обычно говорит, что имело место согласие на половое сношение⁴¹.

В некоторых штатах законодатель, однако, прямо называет форму вины при изнасилова-

нии. Так, часть 1 § 35-42-4-1 разд. 35 «Уголовный закон и процесс» Свода законов штата Индиана указывает на знание (knowledge⁴²) или умысел, а часть 1 п. «а» § 18-3-402 Уголовного кодекса штата Колорадо⁴³ — только на знание, с которым совершается сексуальное посягательство без согласия потерпевшего.

Э. Хемминг полагает, что ограничивать субъективную сторону изнасилования подобным образом неверно, и предлагает включить в уголовно-правовые запреты неосторожную вину⁴⁴.

Перечни обстоятельств, которые свидетельствуют об отсутствии согласия потерпевшей на половое сношение, существенно различаются в разных штатах. Примечательно, что законодатель может указывать на субъективное отношение субъекта к тому или иному обстоятельству. Так, в Калифорнии изнасилованием признается половой акт, совершенный при наличии одного из следующих обстоятельств (ч. «а» § 261 Уголовного кодекса штата):

— если потерпевший(-ая) неспособен(-на) дать согласие по причине душевной болезни, нарушения развития или физического здоровья и это обстоятельство известно или должно быть разумно известно субъекту. Исключение предусмотрено для супруга, который вправе вступить в половую связь с таким лицом (п. 1);

— если деяние совершено против воли потерпевшего(-ей) путем применения силы, принуждения, угрозы или под страхом непосредственного противоправного нанесения телесных повреждений потерпевшему(-ей) или другому лицу (п. 2). Отметим, что законодатель использует разные термины, относящиеся к применению насилия или угрозе его примене-

³⁷ Есаков Г. А. *Англо-американское уголовное право: эволюция и современное состояние общей части*. М.: ТК Велби, Проспект, 2007. С. 323.

³⁸ Есаков Г. А. *Англо-американское уголовное право...* С. 323.

³⁹ Hemming A. Op. cit. P. 20.

⁴⁰ Ferzan K. Op. cit. P. 424, 427.

⁴¹ Hemming A. Op. cit. P. 29.

⁴² Г. А. Есаков считает данный перевод «knowledge» наиболее корректным и отмечает, что переводчик Примерного уголовного кодекса использовал для него два разных термина: «заведомо» и «со знанием», что нельзя признать обоснованным. См.: Есаков Г. А. *Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование*. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2003. С. 301–302, сн. 776.

⁴³ URL: <https://advance.lexis.com/documentpage/?pdmfid=1000516&crid=98bec7b9-9071-4fdc-b79c-fd6dfbdcedbe&nodeid=AASAAKAAFAAD&nodepath=%2FROOT%2FAAS%2FAASAAK%2FAASAAKAAFAAD&level=4&haschildren=&populated=false&title=18-3-402.+Sexual+assault.&config=014FJAAyNGJkY2Y4Zi1mNjgyLTRkN2YtYmE4OS03NTYzNzYzOTg0OGEKAFBvZENhdGFsb2d592qv2Kywlf8caKqYROP5&pddocfullpath=%2Fshared%2Fdocument%2Fstatutes-legislation%2Furn%3AcontentItem%3A6531-J333-CGX8-04SB-00008-00&ecomp=bgf59kk&prid=c60c5943-c0de-40b4-ae39-bf5fcf164d63> (дата обращения: 27.03.2024).

⁴⁴ Hemming A. Op. cit. P. 30.

ния, некоторые из них отдельно раскрыты в том же параграфе;

— если потерпевший(-ая) не может оказать сопротивление по причине опьянения, из-за наркоза или действия контролируемых (сильнодействующих) веществ, и об этом известно или должно быть разумно известно субъекту (п. 3);

— если потерпевший(-ая) не осознает сущность акта, и это известно субъекту, т.е. потерпевший(-ая) не может оказать сопротивление по причине того, что спит или находится без сознания; не знает или не понимает, что акт имеет место; не осведомлен(-а), не знает, не понимает характера действий из-за обмана со стороны субъекта; не осведомлен(-а), не знает, не понимает характера действий по причине ложного заявления субъекта о том, что акт требуется для профессиональных (например, медицинских) целей (п. 4);

— если потерпевший(-ая) верит, что субъект является кем-то другим, кого он(-а) знает, и эта уверенность возникла в результате уловки или утаивания субъектом фактов с намерением вызвать такую уверенность (п. 5);

— если акт совершается против воли потерпевшего(-ей) под угрозой в будущем похитить, неправомерно лишить свободы, причинить серьезную боль или серьезные телесные повреждения потерпевшему(-ей) или другому лицу и имеется разумная вероятность того, что субъект исполнит угрозу (п. 6);

— если деяние совершено против воли потерпевшего(-ей) путем угрозы применить публичную власть для лишения свободы, ареста, депортации потерпевшего(-ей) или другого лица, при условии, что потерпевший(-ая) разумно верит, что субъект является представителем власти (п. 7).

В Индиане список соответствующих обстоятельств значительно уже, однако объективная сторона изнасилования понимается шире. Согласно ч. 1 § 35-42-4-1 разд. 35 «Уголовный закон и процесс» Свода законов штата Индиана изнасилование имеет место, когда лицо со знанием или умышленно вступает в половой акт с другим лицом или заставляет другое лицо совершить сексуальные действия или подвергнуться им, если:

— другое лицо принуждается к этому силой или непосредственной угрозой применения силы;

— другое лицо не знает о половом акте или ином сексуальном поведении;

— другое лицо настолько психически нездорово, что не может дать согласия на совершаемые действия;

— субъект не обращает внимания на попытки другого лица физически, словесно или путем другого видимого поведения отказать от совершения действий.

Некоторые американские исследователи полагают, что правильнее было бы унифицировать перечни обстоятельств, указывающих на отсутствие согласия на половое сношение, в законах различных штатов США⁴⁵.

Нетрудно заметить, что часть приведенных обстоятельств выходят за рамки ст. 131 УК РФ. Так, в отечественной уголовно-правовой доктрине и правоприменительной практике обычно признают невозможность совершения изнасилования путем обмана, хотя иногда всё же предлагается признать в качестве способа совершения данного преступления введение потерпевшей в заблуждение относительно личности субъекта⁴⁶. Угроза применения тех или иных властных полномочий также не входит в объективную сторону ст. 131 УК РФ. Такая же позиция приводится в литературе и относительно угрозы применить насилие в будущем⁴⁷.

Уголовно-правовая оценка принуждения иного лица к совершению полового сношения с потерпевшей в российском уголовном праве производится с помощью норм о соучастии или — в случае использования лица, не подлежащего уголовной ответственности, — норм о посредственном исполнителе. Какие-либо специальные положения, касающиеся супружеских отношений, в УК РФ отсутствуют.

Понятие *моральной упречности* является важным для американской уголовно-правовой доктрины. Г. А. Есаков указывает, что в современном американском праве при уголовно-правовой оценке деяния недостаточно констатировать форму вины (*mens rea*). На уровне основ уголовного права анализируется моральная упречность, заключающаяся в «отрицательной оценке обществом в лице присяжных и судей того выразившегося в объективной действительности внутреннего (субъективного психического) отношения, которое было проявлено виновным относительно социальных

⁴⁵ Hemming A. Op. cit. P. 47.

⁴⁶ Агафонов А. В. Половые преступления. М. : Юрлитинформ, 2009. С. 188, 361.

⁴⁷ Агафонов А. В. Указ. соч. С. 183.

ценностей. Основанием к такой отрицательной оценке, в свою очередь, является установление через констатацию той или иной формы *mens rea* имевшего место в условиях реального свободного выбора вариантов поведения осознания виновным (или — в случае с небрежностью — долженствования такого осознания до и в момент действия и наличного осознания — после) избираемого им варианта как социально неприемлемого и этически негативного»⁴⁸.

Моральная упречность таких «традиционных» составов преступлений, как убийство, изнасилование, разбой, обычно не вызывала вопросов, дискуссия велась главным образом об экономических и иных подобных им уголовно-правовых запретах, которые весьма опосредованно отражают представления людей о добре и зле⁴⁹.

Впрочем, существенное изменение подхода законодателя к пониманию половых преступлений привело к тому, что проблема моральной упречности остро стоит и применительно к изнасилованию. Так, К. Ферзан утверждает, что модели согласия «нет значит нет» и «да значит да» *меняют сложившиеся социальные нормы*. В кампусах высших учебных заведений эта проблема может быть частично решена за счет того, что руководство должно проинструктировать студентов о соответствующих запретах. Уголовное законодательство в этом отношении принципиально отличается от актов колледжей и университетов⁵⁰.

Фактически уголовно-правовые запреты начинают требовать от субъекта делать запрос о согласии по определенной форме. Это приводит к тому, что вина лишается материально-правового содержания и становится понятием исключительно легальным. Фактически законодателя больше интересует не то, имелось ли согласие, а то, как оно было выражено. Как следствие, даже указание на форму вины в соответствующих составах преступлений не исключает привлечение морально невиновных к ответственности⁵¹.

Р. Чарлоу (R. Charlow) пишет о том, что модель обсуждения, предложенная М. Андресон, будет не защищать сложившиеся общественные отношения, а изменять их. Это приведет к несправедливому наказанию субъектов, особенно из социально незащищенных слоев населения, которые руководствуются уже сложившимися нормами поведения, а не нормами закона⁵².

Возможно, модель обсуждения и изменит сложившиеся общественные отношения, но неужели «мы посадим поколение молодых мужчин за изнасилование, пока достаточное количество из них не получит сообщение от законодателя»? К тому же модель обсуждения не разрешит всех спорных моментов при рассмотрении уголовных дел об изнасиловании. В судах будут подниматься вопросы о том, имело ли место надлежащее обсуждение, что означали те или иные заявления участников, было ли согласие вынужденным и не было ли оно отозвано⁵³.

К. Ферзан справедливо отмечает, что, наказывая невиновных, общество и государство преследуют не цель защиты потерпевшей, а цель установления более правильной коммуникации между партнерами. Надо перестать наказывать невиновных морально ради «общественного блага», а вернее, ради того, чтобы они изменили поведение так, как хочет законодатель⁵⁴. Следует признать, что уголовный закон призван наказывать за наиболее опасные деяния, совершенные виновно, а не менять социальные нормы подобным образом.

У. ЛаФейв подчеркивает, что на практике пары не обсуждают заранее каждый половой акт и нет четкого обоснования, почему закон должен заставлять их это делать. Если спонтанность доставляет удовольствие, человек любого пола может предпочесть, чтобы ему не задавали вопросов, если он уверен, что поведение, которое ему не нравится, будет прекращено по его просьбе. Кроме того, рассматривая вопрос о молчании женщины, автор отмечает, что на

⁴⁸ Есаков Г. А. *Mens rea* в уголовном праве США... С. 350.

⁴⁹ Larkin P. The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law // Heritage Foundation Legal Memorandum. 2013. No. 94. URL: https://www.heritage.org/report/the-injustice-imposing-domestic-criminal-liability-violation-foreign-law#_ftn4 (дата обращения: 27.03.2024).

⁵⁰ Ferzan K. Op. cit. P. 423, 437.

⁵¹ Ferzan K. Op. cit. P. 415, 418–419.

⁵² Charlow R. Op. cit. P. 310–311.

⁵³ Charlow R. Op. cit. P. 311.

⁵⁴ Ferzan K. Op. cit. P. 421–422.

самом деле важно определить, является ли оно результатом страсти или же давления⁵⁵.

Согласно ст. 131 УК РФ изнасилование является умышленным преступлением, альтернативными способами совершения преступления выступают применение насилия, угроза его применения или использование беспомощного состояния потерпевшей. Такой подход законодателя соответствует общественным представлениям об изнасиловании, хотя в связи с изменением социальных норм и гендерных стереотипов не исключены некоторые споры, например, связанные с наличием или отсутствием согласия потерпевшей в состоянии опьянения, в особенности если она находилась дома у субъекта или в иной приватной обстановке.

Ошибка в согласии как основание защиты

Американские исследователи уделяют большое внимание не только моделям согласия и вопросам вины, но и ошибке обвиняемого в согласии потерпевшей как основанию защиты (defense). «Так называемые основания защиты обвиняемого представляют собой с его стороны “признание с последующим опровержением” (confession and avoidance)... В этом случае обвиняемый допускает правдивость выдвинутых против него обвинительных заявлений, однако в свою очередь он предъявляет свое объяснение случившегося с целью избежать или уйти от прямого утверждения обвинения»⁵⁶. Использование оснований защиты связано с возможным перенесением бремени доказывания соответствующих обстоятельств на обвиняемого. Хотя вопрос о бремени доказывания в данном случае чрезвычайно сложен и неоднозначно решается судами⁵⁷.

Согласно ч. 1 ст. 2.04 Примерного уголовного кодекса США основанием защиты для обвиняемого служит ошибка в вопросе факта. Однако она может стать таковым тогда, когда исклю-

чает вину субъекта преступления. В связи с этим в преступлениях строгой ответственности, в которых не указывается на вину, нельзя заявлять такое основание защиты⁵⁸.

Тем не менее подобный подход был воспринят лишь немногими штатами. Иные штаты решают этот вопрос на основе норм общего права и судебных прецедентов⁵⁹.

Ошибка в согласии, таким образом, становится ключевым основанием защиты для обвиняемых в изнасиловании во многих штатах. При этом существуют два подхода к уголовно-правовой оценке подобной ошибки. Согласно первому, полностью субъективному, подходу требуется установить, верил ли обвиняемый добросовестно в то, что согласие существовало. Согласно второму необходимо доказать не только добросовестную уверенность субъекта, но и наличие разумных (обоснованных) оснований для ошибки, которые должны существовать объективно.

В англо-американском праве полностью субъективный подход был выражен в решении Палаты лордов по резонансному делу *Director of Public Prosecutions v. Morgan* (1976), которое признается «ведущим прецедентом в области фактической ошибки, предопределившим дальнейшее направление развития»⁶⁰. Однако данный прецедент утратил свое значение, когда Парламентом Великобритании был принят Закон о половых преступлениях 2003 г. (*Sexual Offences Act*), закрепивший, что изнасилование имеет место, когда у лица нет разумных оснований верить в согласие женщины⁶¹.

В штате Калифорния, как уже говорилось, законодатель не указывает на форму вины при изнасиловании. При этом Инструкции для присяжных по уголовному делу, разработанные Судебным советом штата Калифорния⁶², устанавливают, что лицо невиновно в изнасиловании, если оно на самом деле и разумно верит, что женщина согласилась на половое сношение и это согласие имело место на протяжении всего полового сношения. Бремя доказывания того,

⁵⁵ *LaFave W.* Op. cit. P. 917.

⁵⁶ *Наумов А. В., Флетчер Дж.* Основные концепции современного уголовного права. М. : Юрист, 1998. С. 15.

⁵⁷ *Наумов А. В., Флетчер Дж.* Указ. соч. С. 269–272.

⁵⁸ *Есаков Г. А.* Англо-американское уголовное право... С. 598–599.

⁵⁹ *Есаков Г. А.* Англо-американское уголовное право... С. 598–599.

⁶⁰ *Есаков Г. А.* Англо-американское уголовное право... С. 594.

⁶¹ *Есаков Г. А.* Англо-американское уголовное право... С. 598.

⁶² *Judicial Council of California Criminal Jury Instructions (CALCRIM)* 2023. P. 730.

что лицо не верило в согласие, лежит на стороне обвинения.

Суд обязан по своей инициативе проинструктировать присяжных, что может иметь место такое основание защиты, как разумная вера в согласие, если имеются «существенные доказательства двусмысленного поведения, которые могли привести к тому, что подсудимый разумно и добросовестно полагал, что согласие существовало там, где его не было»⁶³.

В российском уголовном праве вопрос об ошибке в согласии решается на общих основаниях.

Состояние опьянения и ошибка в согласии

Проблема опьянения рассматривается в американской литературе не только в связи с возможностью или невозможностью потерпевшей дать согласие на половое сношение, но и в связи со снижением способности обвиняемого, находящегося в данном состоянии, оценить наличие или отсутствие такого согласия.

Некоторые штаты признают состояние опьянения основанием защиты для преступлений со специальным умыслом или преступлений, предусматривающих вину в виде знания или цели (purpose), исключая его применение для преступлений, совершаемых с общим умыслом или по неосторожности. В литературе отмечается, что при изнасиловании опьянение субъекта обычно не признается судами в качестве основания защиты⁶⁴.

Согласно ч. 2 ст. 2.08 Примерного уголовного кодекса США, если деятель в силу вызванного им самим опьянения не осознает риска, который он трезвым осознавал бы, такое отсутствие осознания не имеет значения в случаях, когда неосторожность (recklessness⁶⁵) образует какой-либо из элементов посягательства. То есть степень осознания риска лицом, находящимся в состоянии опьянения, оценивается по стандар-

там трезвого лица. Многие суды признают само по себе добровольное состояние опьянения неосторожным поведением, исходя из обычного для человека знания о рисках тяжелого опьянения, когда лицо сознательно выбирает нарушить свою собственную способность воспринимать, выносить суждения и контролировать свое поведение. Это влечет за собой осознание того, что лицо может причинить вред другим лицам⁶⁶.

По мнению М. Бучендлера-Рафаэля, подобные положения противоречат принципу виновной ответственности. Он полагает, что надо отменить стандарт трезвого лица для субъекта, находящегося в состоянии опьянения, как минимум для случаев полового акта без согласия потерпевшей, тоже находящейся в состоянии опьянения. При этом автор подчеркивает уникальность уголовно-правового запрета, о котором идет речь: само по себе половое сношение не является запрещенным деянием, преступное поведение от непроступного позволяет отграничить лишь наличие или отсутствие согласия. Именно поэтому особое значение приобретает осознание обвиняемым того факта, что потерпевшая не согласна. Такое осознание может быть затруднено из-за неверного понимания фактов, свидетельствующих о согласии⁶⁷.

М. Бучендлер-Рафаэль полагает: в таких ситуациях необходимо обязать сторону обвинения доказать наличие неосторожности субъекта. Это позволит обвиняемому представить доказательства того, что в результате опьянения он не мог осознавать тот риск, что возможность потерпевшей выразить согласие была существенно затруднена. При этом недостаточно установить определенную степень опьянения субъекта: сторона обвинения вправе представить доказательства того, что такое существенно не повлияло на восприятие последнего⁶⁸.

Э. Хемминг придерживается противоположной точки зрения. По его мнению, определяя,

⁶³ Judicial Council of California Criminal Jury Instructions (CALCRIM) 2023. P. 731.

⁶⁴ *Buchhandler-Raphael M.* The Conundrum of Voluntary Intoxication and Sex // *Brooklyn Law Review*. 2017. Vol. 82. No. 3. P. 1095.

⁶⁵ В русском переводе Примерного уголовного кодекса США термин «recklessness» обозначен как «опротечивость», однако Г. А. Есаков обоснованно полагает, что понятие «неосторожность» в большей степени соответствует описываемому субъективному состоянию. Корректно также использование термина «осознанная неосторожность». См.: *Есаков Г. А.* Mens rea в уголовном праве США... С. 302, сн. 777, 778.

⁶⁶ *Buchhandler-Raphael M.* The Conundrum of Voluntary Intoxication and Sex. P. 1095.

⁶⁷ *Buchhandler-Raphael M.* The Conundrum of Voluntary Intoxication and Sex. P. 1096.

⁶⁸ *Buchhandler-Raphael M.* The Conundrum of Voluntary Intoxication and Sex. P. 1097–1098.

мог ли субъект, добровольно приведший себя в состояние опьянения, отдавать себе отчет в том, что другое лицо не согласно на половое сношение, необходимо использовать *стандарт разумного человека, который не находится в состоянии опьянения* и действует в тех же самых обстоятельствах, что и обвиняемый. Это позволит избежать типичной для таких дел ссылки на то, что субъект поступил подобным образом только потому, что был пьян⁶⁹.

Согласно нормам российского уголовного закона субъект, находящийся в состоянии опьянения, подлежит уголовной ответственности на общих основаниях.

Критика правовых норм и предлагаемые решения проблем, связанных с моделями согласия, виной субъекта изнасилования и ошибкой в согласии

Обзор американской литературы свидетельствует о том, что специалисты в области уголовного права и общество в целом остаются неудовлетворенными действующими в стране уголовно-правовыми запретами, предусматривающими ответственность за изнасилование, и практикой их применения.

Одна из причин — неоднозначность и сложность сложившихся социальных норм в сфере половых отношений в принципе, многообразие возникающих ситуаций и проблем квалификации, существование разнообразных, порой диаметрально противоположных ценностных установок у участников дискуссии.

Э. Хемминг пишет о неудовлетворительном состоянии норм об уголовной ответственности за изнасилование в США, поскольку:

- законы штатов редко указывают на субъективную сторону содеянного;
- обстоятельства, которые приводят к отсутствию согласия, сильно различаются в законах различных штатов;
- если законом предусмотрена вина в виде неосторожности, правоприменители склонны менять ее содержание в зависимости от обстоятельств каждого конкретного дела;
- применение такого основания защиты, как ошибка в согласии, передано на усмотрение судов⁷⁰.

Он предлагает сделать положения законов штатов об изнасиловании более единообразными, используя законодательный опыт Австралии. Прежде всего в разделах законов штатов о сексуальных посягательствах предлагается закрепить не только умышленную, но и неосторожную форму вины. При этом автор считает, что нужно использовать иное понятие неосторожности, а не то, которое предлагается в п. «с» ч. 2 ст. 2.02 Примерного уголовного кодекса США.

Э. Хемминг указывает на преимущества понятия неосторожного безразличия (*reckless indifference*), которое включает в себя неприятие разумных мер для того, чтобы удостовериться в согласии женщины на половое сношение. Это означает, что вина будет оцениваться в том числе с объективных позиций.

Понятие неосторожного безразличия поможет, по мнению автора, избежать следующих проблем:

- 1) споров о содержании категории «согласие». Последнее можно будет определить просто как свободное и волевое, не прибегая к модели утвердительного согласия;
- 2) полностью субъективного подхода к установлению ошибки в согласии, который был подвергнут критике как «защищающий насильников»;
- 3) полного переноса бремени доказывания ошибки в согласии на обвиняемого, что также подверглось в литературе критике, поскольку фактически означает установление опровержимой презумпции его вины вместо презумпции невиновности.

Сторона обвинения должна опровергнуть то, что подсудимый был ошибочно уверен в согласии женщины на половое сношение, а сам подсудимый — доказать, что принял разумные меры, чтобы убедиться в таком согласии. Однако остается опасность, что суды могут дать слишком свободное толкование термина «доказательства двусмысленного поведения»⁷¹.

К. Ферзан предостерегает от поиска «идеального согласия» на половое сношение. Например, партнер может дать согласие на сексуальный контакт, который для него в данный момент не очень желателен по причине усталости, головной боли и т.д. Уголовный закон не должен требовать определенной формы

⁶⁹ Hemming A. Op. cit. P. 42.

⁷⁰ Hemming A. Op. cit. P. 47.

⁷¹ Hemming A. Op. cit. P. 28, 40–41.

запроса и ответа на него. Люди порой соглашались на половое сношение по неприятным или одиозным причинам, однако уголовный закон не вправе им это запрещать⁷².

Модель «нет значит нет» не подходит для случаев, когда из-за страха женщина не может выразить несогласие. При данной модели закон абстрагируется от того, хочет ли женщина вступить в половое сношение, и выясняет только, позволяло ли ее поведение сделать это. Несогласие превращается из вопроса факта в вопрос закона, поскольку обвиняемый не может ссылаться на то, что согласие на самом деле было⁷³.

Модель «да значит да» игнорирует сигналы, поступающие от жертвы и раскрывающие ее действительные намерения. Возникает вопрос, что понимать под «да»: 1) то, что разумное лицо посчитает за «да», или 2) то, что действительно имела в виду женщина. Всё это приводит к путанице и не защищает потерпевшую. При отсутствии словесно выраженного «да» или «нет» суд будет вынужден исследовать каждую деталь поведения женщины с целью установить, было ли выражено согласие. Это будет травмировать потерпевшую гораздо больше, чем свидетельства о сопротивлении, крике, угрозах. Кроме того, модель «да значит да» смешивает две формы виновного поведения: умысел на изнасилование и неосторожность, когда поведение принимается за «да», но неразумно⁷⁴.

К. Ферзан полагает, что при использовании моделей согласия «нет значит нет» и «да значит да» следует применять такое *основание защиты*, как честное (либо честное и разумное) убеждение в наличии согласия женщины на половое сношение. Использование субъективного или субъективно-объективного подхода для автора непринципиально. Она указывает, что бремя доказывания такого обстоятельства будет лежать на обвиняемом, стандарт доказывания в данном случае ограничивается наличием более веских доказательств. Это позволит обвиняемому показать, что уголовно-правовой запрет не должен применяться в его случае, и тем самым смягчит чрезмерный охват нормы закона, не наказывая тех, кто действовал невиновно с моральной точки зрения⁷⁵.

Впрочем, установление основания защиты, по мнению К. Ферзан, является не лучшим решением проблемы, а лишь вынужденным компромиссом. Наиболее правильно было бы включить в закон *стандарт нежелания* (unwillingness standard). Такой стандарт требует установить, верил ли добросовестно субъект, что потерпевшая по своей воле соглашается на половое сношение. Сторона обвинения должна доказать за пределами разумных сомнений, что потерпевшая добровольно не согласилась, а обвиняемый сознательно не учел этот риск. Подобный стандарт лучше защитил бы потерпевшую: в данном случае будет важно то, что она действительно соглашалась, а не то, что какие-либо ее слова и действия свидетельствовали о возможном согласии⁷⁶.

Применимость опыта США в Российской Федерации

Рассмотренный опыт США позволяет прийти к некоторым полезным для российской действительности выводам.

1. Согласие на половое сношение следует понимать как внутренний мыслительный акт со стороны женщины, что не препятствует выяснению формы выражения такого согласия вовне, а также установлению вины субъекта.

2. Отсутствие согласия женщины на половое сношение является важнейшим признаком изнасилования. В то же время существующие модели согласия не лишены серьезных недостатков. Закреплять в уголовном законе ту или иную модель согласия на половое сношение не следует. Согласие может быть дано путем действия или словесно.

3. Уголовный закон призван охранять сложившиеся социальные нормы, предусматривая санкции за наиболее опасные посягательства. Именно поэтому отсутствие согласия на половое сношение является необходимым, но не достаточным признаком изнасилования. Следует признать правильным подход российского законодателя, предусмотревшего такие признаки изнасилования, как применение насилия,

⁷² Ferzan K. Op. cit. P. 427–428.

⁷³ Ferzan K. Op. cit. P. 417–418.

⁷⁴ Ferzan K. Op. cit. P. 430–434.

⁷⁵ Ferzan K. Op. cit. P. 430–432.

⁷⁶ Ferzan K. Op. cit. P. 429, 436.

наличие угрозы его применения или использование беспомощного состояния потерпевшей.

4. Применение насилия или угроза его применения при изнасиловании имеют своей целью совершить половое сношение без согласия женщины. По каждому делу необходимо оценить серьезность, реальность, конкретность и интенсивность угрозы. Они должны быть достаточны для подавления воли женщины⁷⁷.

Требуется разграничить домогательство (оскорбительное приставание) и преодоление воли потерпевшей. Первое также предполагает физическое или психическое воздействие на женщину, однако оно направлено на получение (пусть и в грубой форме) согласия на половое сношение, а не на вступление в таковое против воли женщины⁷⁸.

5. В отечественной уголовно-правовой доктрине правильно указывается на то, что правоприменитель должен разграничить действительное и мнимое сопротивление потерпевшей, поскольку при мнимом сопротивлении женщина согласна на половое сношение. Данный вопрос не связан с интенсивностью сопротивления⁷⁹.

Согласно современному подходу от потерпевшей не требуется какого-либо определенного уровня сопротивления, однако последнее имеет существенное доказательственное значение. При отсутствии сопротивления следует исследовать вопрос о беспомощном состоянии потерпевшей. В частности, таковое может иметь место при эмоциональном шоке⁸⁰.

6. Если потерпевшая молчала, т.е. не давала согласия и не говорила «нет» в ответ на действия субъекта, следует рассмотреть вопрос о том, не являлось ли молчание результатом страха. Он может возникнуть, если субъект

создал ситуацию, которая воспринималась потерпевшей как угрожающая жизни и здоровью (ее или других лиц). В иных ситуациях молчание с учетом других обстоятельств дела может свидетельствовать о согласии на вступление в половое сношение, и тогда состав преступления отсутствует.

7. Если потерпевшая выражала словесное несогласие на половое сношение или несогласие путем действий, следует оценивать данное обстоятельство наряду с иными обстоятельствами дела. Требуется установить, преодолел ли субъект сопротивление потерпевшей путем насилия, угрозы его применения, а также не была ли она приведена в беспомощное состояние, в том числе состояние эмоционального шока, или потерпевшая уступила требованиям субъекта по иным соображениям. В последнем случае при наличии иных признаков состава преступления может иметь место понуждение к действиям сексуального характера, ответственность за которое предусмотрена статьей 133 УК РФ, но не изнасилование.

8. При наличии согласия на половое сношение (словесного или путем действий) следует выяснить, не было ли искажено волеизъявление потерпевшей. В частности, не явилось ли такое согласие результатом угрозы или не было ли оно направлено на избежание еще большего вреда.

9. Следует признать возможность женщины отозвать согласие после начала полового сношения. В указанном случае, если субъект продолжил половое сношение, несмотря на протесты женщины, преодолевая волю потерпевшей с помощью насилия или угрозы его применения, содеянное может быть квалифицировано как изнасилование.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Авдеев В. А., Авдеева Е. В. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности в России. М. : Юрлитинформ, 2018. 248 с.

Агафонов А. В. Половые преступления. М. : Юрлитинформ, 2009. 376 с.

Есаков Г. А. Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2003. 553 с.

⁷⁷ Авдеев В. А., Авдеева Е. В. Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности в России. М. : Юрлитинформ, 2018. С. 183.

⁷⁸ Агафонов А. В. Указ. соч. С. 178–179.

⁷⁹ Агафонов А. В. Указ. соч. С. 178–179.

⁸⁰ Агафонов А. В. Указ. соч. С. 188.

Есаков Г. А. Англо-американское уголовное право: эволюция и современное состояние общей части. М. : ТК Велби, Проспект, 2007. 736 с.

Каменева А. Н. Проблема «согласия» жертвы при квалификации изнасилования в России и зарубежных странах // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2008. № 2. С. 76–85.

Козочкин И. Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2007. 478 с.

Наумов А. В., Флетчер Дж. Основные концепции современного уголовного права. М. : Юристъ, 1998. 512 с.

Полный курс уголовного права : в 5 т. / под ред. А. И. Коробеева. Т. 2 : Преступления против личности. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2008. 682 с.

Примерный уголовный кодекс (США). Официальный проект Института американского права / пер. с англ. А. С. Никифорова. М. : Прогресс, 1969. 303 с.

Anderson M. J. Negotiating Sex // Southern California Law Review. 2005. Vol. 78. P. 1401–1438.

Buchhandler-Raphael M. The Conundrum of Voluntary Intoxication and Sex // Brooklyn Law Review. 2017. Vol. 82. No. 3. P. 1031–1108.

Buchhandler-Raphael M. The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power // Michigan Journal of Gender and Law. 2011. Vol. 18. No. 1. P. 147–228.

Charlow R. Negotiating Sex: Would it Work? // Criminal Law Conversations / ed. by P. H. Robinson, S. P. Garvey, K. K. Ferzan. N. Y. : Oxford University Press, 2009. P. 310–311.

Ferzan K. Consent, Culpability, and the Law of Rape // Ohio State Journal of Criminal Law. 2016. Vol. 13. No. 2. P. 397–439.

Hemming A. Reforming the Law of Rape in the United States: Some Advice from the Antipodes // Florida Journal of International Law. 2020. Vol. 32. No. 1. P. 1–48.

Kuylman E. A Constitutional Defense of «Yes Means Yes» — California’s Affirmative Consent Standard in Sexual Assault Cases in College Campuses // Review of Law and Social Justice. 2016. Vol. 25. No. 2. P. 211–239.

LaFare W. Criminal Law. 5th ed. Thomson Reuters, 2010. 1293 p.

Larkin P. The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law // Heritage Foundation Legal Memorandum. 2013. No. 94. URL: https://www.heritage.org/report/the-injustice-imposing-domestic-criminal-liability-violation-foreign-law#_ftn4 (дата обращения: 27.03.2024).

Loewy A. Criminal Law. 5th ed. Thomson Reuters, 2009. 347 p.

Lyon M. R. No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape // Journal of Criminal Law and Criminology. 2004. Vol. 95. No. 1. P. 277–314.

Spohn C. The Rape Reform Movement: The Traditional Common Law and Rape Law Reforms // Jurimetrics. 1999. Vol. 39. No. 2. P. 119–130.

REFERENCES

Avdeev VA, Avdeeva EV. Crimes against sexual inviolability and sexual freedom of the individual in Russia. Moscow: Yurlitinform publ.; 2018. (In Russ.).

Agafonov AV. Sexual crimes. Moscow: Yurlitinform Publ.; 2009. (In Russ.).

Esakov GA. *Mens rea* in the criminal law of the USA: historical and legal study. St. Petersburg: Legal Center-Press; 2003. (In Russ.).

Esakov GA. Anglo-American criminal law: evolution and current state of the general part. Moscow: TK Velby, Prospekt; 2007. (In Russ.).

Kameneva AN. The problem of the victim’s «consent» in the qualification of rape in Russia and foreign countries. *Bulletin of Moscow University. Series 11, Law*. 2008;2:76-85. (In Russ.).

Kozochkin ID. Criminal Law of the USA: Achievements and Problems of Reform. St. Petersburg: Legal Center-Press; 2007. (In Russ.).

Naumov AV, Fletcher J. Basic Concepts of Modern Criminal Law. Moscow: Jurist Publ.; 1998. (In Russ.).

Korobeyev AI (ed.). Complete Course of Criminal Law: in 5 volumes. Vol. 2: Crimes against the Person. St. Petersburg: Legal Center-Press; 2008. (In Russ.).

Model Criminal Code (USA). Official Project of the Institute of American Law. Translated from English by A. S. Nikiforov. Moscow: Progress Publ.; 1969. (In Russ.).

- Anderson MJ. Negotiating Sex. *Southern California Law Review*. 2005;78:1401-1438.
- Buchhandler-Raphael M. The Conundrum of Voluntary Intoxication and Sex. *Brookline Law Review*. 2017;82(3):1031-1108.
- Buchhandler-Raphael M. The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power. *Michigan Journal of Gender and Law*. 2011;18(1):147-228.
- Charlow R. Negotiating Sex: Would it Work? Criminal Law Conversations. PH. Robinson, SP. Garvey, KK. Ferzan (eds.). New York: Oxford University Press; 2009.
- Ferzan K. Consent, Culpability, and the Law of Rape. *Ohio State Journal of Criminal Law*. 2016;13(2):397-439.
- Hemming A. Reforming the Law of Rape in the United States: Some Advice from the Antipodes. *Florida Journal of International Law*. 2020;32(1):1-48.
- Kuylman E. A Constitutional Defense of «Yes Means Yes» — California's Affirmative Consent Standard in Sexual Assault Cases in College Campuses. *Review of Law and Social Justice*. 2016;25(2):211-239.
- LaFave W. Criminal Law. 5th ed. Thomson Reuters; 2010.
- Larkin P. The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law. *Heritage Foundation Legal Memorandum*. 2013;94. Available at: https://www.heritage.org/report/the-injustice-imposing-domestic-criminal-liability-violation-foreign-law#_ftn4 (Accessed 27.03.2024).
- Loewy A. Criminal Law. 5th ed. Thomson Reuters; 2009.
- Lyon M. R. No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 2004;95(1):277-314.
- Spohn C. The Rape Reform Movement: The Traditional Common Law and Rape Law Reforms. *Jurimetrics*. 1999;39(2):119-130.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Нагорная Ирина Игоревна, кандидат юридических наук, доцент департамента уголовного права, процесса и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

д. 20, Мясницкая ул., г. Москва 101000, Российская Федерация
irnag@yandex.ru

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Irina I. Nagornaya, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Criminal Law, Procedure and Criminalistics, National Research University «Higher School of Economics», Moscow, Russian Federation
irnag@yandex.ru

Материал поступил в редакцию 26 апреля 2024 г.

Статья получена после рецензирования 25 мая 2024 г.

Принята к печати 15 сентября 2024 г.

Received 26.04.2024.

Revised 25.05.2024.

Accepted 15.09.2024.