

13. Зі звільнених територій Харківщини надходять масові повідомлення про сексуальні злочини росіян, Денісова (19.05.2022). URL: https://lb.ua/society/2022/05/19/517374_zi_zvilneeNih_teritoriy_harkivshchi_Nei.html.

14. Харитоновна О. Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом (08.05.2022). URL: <https://yvu.com.ua/13507-2/>.

Хавронюк Микола Іванович,
професор кафедри кримінального
та кримінального процесуального права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»,
доктор юридичних наук, професор

УХИЛЕННЯ ВІД ВІЙСЬКОВОЇ СЛУЖБИ: СКЛАДНОЩІ ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ

Ухилення від військової служби – найбільш поширене правопорушення серед військовослужбовців. Достатньо сказати, що протягом останніх семи років за самовільне залишення військової частини або місця служби, дезертирство та ухилення від військової служби шляхом самокалічення чи обману (статті 407–409 Кримінального кодексу України, далі – КК), щороку засуджувалось від 71 % (2015 р.) до 94–95 % (2018–2021 рр.) із загальної кількості військовослужбовців, засуджених за військові кримінальні правопорушення. При цьому йдеться, щороку, про півтори-дві тисячі засуджених осіб і ще понад три тисячі осіб, на яких накладено адміністративне стягнення за самовільне залишення військової частини або місця служби (ст. 172-11 Кодексу України про адміністративні правопорушення, далі – КУпАП) [1; 2].

Проблема правової кваліфікації зазначених правопорушень пов'язана насамперед з тим, що для виділення багатьох їх видів (загалом 22 склади правопорушень) законодавець, порушивши правила логіки, на яких має ґрунтуватися законодавство, взяв одночасно кілька критеріїв поділу – спосіб ухилення, його мета і тривалість, вид суб'єкта, який ухиляється, та обстановка ухилення. Наслідком такої диференціації стали, зокрема, неймовірно широкі межі стягнення (покарання) – від арешту на строк одна доба до позбавлення волі на строк 12 років (що становить 4383 доби).

За способом ухилення від військової служби виділяються:

1) самовільне залишення військової частини або місця служби, або нез'явлення вчасно без поважних причин на службу у разі

звільнення з частини, призначення, переведення, нез'явлення з відраджень, відпустки чи з лікувального закладу, а також самовільне залишення поля бою (далі – самовільне залишення місця служби). Ці діяння передбачені статтями 407, 408, 429 КК і ст. 172-11 КУпАП;

2) ухилення від несення обов'язків військової служби шляхом самокалічення, симуляції хвороби, підроблення документів чи іншого обману (частини 1, 3–4 ст. 409 КК);

3) відмова від несення обов'язків військової служби (частини 2–4 ст. 409 КК);

4) залишення гинучого військового корабля (ст. 428 КК);

5) добровільна здача в полон (ст. 430 КК).

Крім того, специфічними способами дезертирства є дезертирство зі зброєю і дезертирство, вчинене за попередньою змовою групою осіб.

Мета ухилитися від військової служби визначає поділ правопорушень на такі три групи:

1) дезертирство, тобто самовільне залишення місця служби з метою ухилитися від військової служби (ст. 408 КК) і добровільна здача в полон (ст. 430 КК). Тут йдеться про ухилення від військової служби назавжди;

2) тимчасове ухилення від військової служби (ст. 407 КК і ст. 172-11 КУпАП);

3) ухилення від військової служби, яке може бути вчинене, залежно від обставин, як з метою ухилитися від військової служби, так і без такої мети (статті 409, 428, 429 КК). Наприклад, симуляція хвороби може бути здійснена для ухилення від участі в навчаннях або для звільнення зі служби, підроблення документів – для отримання відпустки або для звільнення зі служби з виключенням з військового обліку.

Якщо суб'єкт тимчасово ухиляється від військової служби, то за *тривалістю ухилення та його суб'єктом* виділяється самовільне залишення місця служби тривалістю:

1) до трьох діб – військовослужбовцем строкової служби (частини 1 і 2 ст. 172-11 КУпАП). При цьому у ч. 2 ст. 172-11 КУпАП йдеться про самовільне залишення місця служби особою, яка протягом року вже притягувалась до адміністративної відповідальності за самовільне залишення місця служби тривалістю до трьох діб;

2) до десяти діб – будь-яким військовослужбовцем, крім строкової служби, або військовозобов'язаним чи резервістом під час проходження зборів (ч. 3 ст. 172-11 КУпАП);

3) понад три доби, але не більше місяця – військовослужбовцем строкової служби (ч. 1 ст. 407 КК);

4) понад десять діб, але не більше місяця – будь-яким військовослужбовцем, крім строкової служби (ч. 2 ст. 407 КК);

5) понад один місяць – будь-яким військовослужбовцем (ч. 3 ст. 407 КК).

Крім того, у ст. 428 КК як суб'єкти злочину виділені командир корабля, який не виконав до кінця своїх службових обов'язків, і особа зі складу команди корабля, яка не отримала належного розпорядження його командира. Вказана ознака та ознака способу полегшує відмежування цього злочину від суміжних.

За *обстановкою ухилення* слід виділити такі правопорушення:

1) самовільне залишення місця служби військовослужбовцем строкової служби в умовах особливого періоду (ч. 4 ст. 172-11 КУпАП).

Тут слід нагадати, що *особливий період* охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудований період після закінчення воєнних дій і триває в Україні з 17 березня 2014 р., коли вперше була оголошена мобілізація, і згідно із законами «Про оборону України» (ст. 1), «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» (ст. 1). В постанові Верховного Суду від 25.04.2018 у справі № 205/1993/17-ц (касаційне провадження № 61-1664св17) встановлено, що особливий період діє в Україні від 17.03.2014, після оприлюднення Указу Президента України від 17.03.2014 № 303/2014 «Про часткову мобілізацію». Президент України відповідного рішення про переведення державних інституцій на функціонування в умовах мирного часу не приймав. Окрім наведеної постанови, таку саму правову позицію сформульовано і в інших постановках Верховного Суду від 14.02.2018 у справі № 131/1449/16-ц (касаційне провадження № 61-4157св18); від 14.02.2018 у справі № 727/2187/16-ц (касаційне провадження № 61-3951св18); від 20.02.2018 у справі № 640/4439/16-ц (касаційне провадження № 61-4304св18) (Постанова № 61-4304зпв18, 640/4439/16-ц); від 21.02.2018 у справі № 211/1546/16-ц (касаційне провадження № 61-4255св18) та ін. [3];

2) самовільне залишення місця служби військовослужбовцем (крім строкової військової служби), військовозобов'язаним чи резервістом під час проходження зборів, вчинені в умовах особливого періоду (ч. 4 ст. ст. 172-11 КУпАП);

3) самовільне залишення місця служби або дезертирство, вчинені будь-яким військовослужбовцем в умовах особливого періоду, крім воєнного стану (ч. 4 ст. 407, ч. 3 ст. 408 КК);

4) ті самі діяння, вчинені будь-яким військовослужбовцем в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці (ч. 5 ст. 407, ч. 4 ст. 408 КК);

5) ухилення військовослужбовця від несення обов'язків військової служби шляхом самокалічення, симуляції хвороби, підроблення документів чи іншого обману або відмова від несення обов'язків військової служби, вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану (ч. 3 ст. 409 КК);

6) ті самі діяння, вчинені в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці (ч. 4 ст. 409 КК);

7) залишення гинучого військового корабля, вчинене в умовах особливого періоду, крім воєнного стану (ч. 2 ст. 428 КК);

8) те саме діяння, вчинене в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці (ч. 3 ст. 428 КК);

9) самовільне залишення поля бою під час бою (ст. 429 КК);

10) добровільна здача в полон (ст. 430 КК). Очевидно, що цей злочин може бути вчинений виключно в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці.

* * *

Дійсної потреби в такій широкій диференціації відповідальності за ухилення від військової служби немає, а нагромадження складів кримінальних правопорушень надзвичайно утруднює правову кваліфікацію, іноді ставлячи перед судами запитання, на які не існує однозначної відповіді.

Якщо, скажімо, дезертирство від самовільного залишення місця служби можна відмежувати за ознакою мети, а перше і друге від самокалічення, симуляції хвороби тощо – за ознакою способу, то окремі види самовільного залишення місця служби розмежувати між собою буває надзвичайно складно.

Наведу кілька прикладів.

Приклад 1. Якщо військовозобов'язаний чи резервіст під час проходження зборів самовільно залишив військову частину чи місце служби або не з'явився вчасно без поважних причин на військову службу у разі призначення, переведення, нез'явлення з відрадження, відпустки чи з лікувального закладу тривалістю до десяти діб, – то відповідальність має наставати за ч. 3 ст. 172-11 КУпАП.

Водночас за такі самі діяння – ухилення військовозобов'язаного чи резервіста від навчальних (спеціальних) зборів – відповідальність повинна наставати за ч. 2 ст. 337 КК.

Тут є такі варіанти вирішення проблеми:

– *варіант А:* розглядати ситуацію під кутом зору конкуренції загальної і спеціальної норм, де ч. 2 ст. 337 КК містить загальну, а ч. 3 ст. 172-11 КУпАП спеціальну норму. Згідно із Законом «Про військовий обов'язок і військову службу» начальні збори тривають до трьох

місяців, а спеціальні збори до двох місяців. Тому, можливо, задум законодавця полягав у тому, щоби ухилення від таких зборів терміном до десяти діб вважати адміністративним, а понад десять діб – кримінальним правопорушенням. Але однозначно такий висновок з тексту ч. 3 ст. 172-11 КУпАП і ч. 2 ст. 337 КК зробити не можна;

– *варіант Б*: розглядати ч. 2 ст. 337 КК і ч. 3 ст. 172-11 КУпАП як суміжні норми. За ч. 2 ст. 337 КК відповідальність має наставати, якщо військовозобов’язаний чи резервіст взагалі не прибули на збори, а за ч. 3 ст. 172-11 КУпАП – якщо вже після початку перебування на зборах ухилилися від їх проходження. Але знову ж – будь-якого обґрунтування для однозначності такого висновку в законі немає;

– *варіант В*: розглядати ситуацію під кутом зору не конкуренції, а колізії норм. Стаття 172-11 КУпАП діє в редакції Закону від 16 березня 2017 р., а ч. 2 ст. 337 КК в редакції більш нового Закону – від 30 березня 2021 р. Хоча на сьогодні порядок вирішення темпоральних та інших колізій законом не вирішено, але у ч. 4 ст. 58 («Подолання колізій під час застосування нормативно-правового акта») проекту Закону «Про правотворчу діяльність» (реєстр. № 5707 від 25.06.2021 р.), прийнятого 16.11.2021 р. за основу, передбачено, що у разі виявлення колізії між положеннями різних нормативно-правових актів, які мають однакову юридичну силу, застосовуються положення нормативно-правового акта, що набрав чинності пізніше. Це положення ґрунтується на юридичній традиції. Таким чином, оскільки обидва закони регулюють одне питання, то застосуванню підлягає більш новий закон, тобто ч. 2 ст. 337 КК.

Найбільш обґрунтованим і прийнятним вважаю варіант В.

Приклад 2. Якщо в умовах особливого періоду військовослужбовець строкової служби тривалістю *до трьох діб*, а інший військовослужбовець – *до десяти діб* самовільно залишив військову частину чи місце служби, або не з’явився вчасно без поважних причин на військову службу у разі призначення, переведення, нез’явлення з відрядження, відпустки чи з лікувального закладу, – то його відповідальність має наставати за ч. 4 ст. 172-11 КУпАП.

Водночас відповідальність за такі самі діяння (самовільне залишення військової частини чи місця служби, або не з’явлення вчасно без поважних причин на військову службу у разі призначення, переведення, нез’явлення з відрядження, відпустки чи з лікувального закладу – незалежно від тривалості), вчинені в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, має наставати за ч. 4, а в умовах воєнного стану (який є частиною особливого періоду) – за ч. 5 ст. 407 КК.

Варіанти вирішення проблеми:

– *варіант А*: розглядати ситуацію самовільного залишення місця служби в умовах особливого періоду під кутом зору конкуренції загальної і спеціальної норм, де частини 4 і 5 ст. 407 КК містять загальну норму (самовільне залишення місця служби незалежно від тривалості), а ч. 4 ст. 172-11 КУпАП спеціальну норму (самовільне залишення місця служби до трьох/десяти діб). Тобто, якщо в умовах особливого періоду військовослужбовець строкової служби тривалістю до трьох діб, а інший військовослужбовець – до десяти діб ухилялись від військової служби, – то відповідальність має наставати за ч. 4 ст. 172-11 КУпАП, а якщо, відповідно, понад три доби чи понад десять діб, то за частинами 4 чи 5 ст. 407 КК. Але цей варіант серйозно суперечить принципу пропорційності (співмірності), а тобто і справедливості. Скажімо, якщо військовослужбовець строкової служби в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, ухиляється від військової служби протягом трьох діб, йому загрожує арешт на строк від 7 до 10 діб, а якщо ухиляється протягом чотирьох діб – позбавлення волі на строк від 3 до 7 років (тобто від 1095 до 2555 діб);

– *варіант Б (частина варіанту А)*: розглядати ситуацію самовільного залишення місця служби в умовах воєнного стану під кутом зору конкуренції загальної і спеціальної норм, де ч. 4 ст. 172-11 КУпАП є загальною нормою, а частина 5 ст. 407 КК – спеціальною. Це можна пояснити тим, що воєнний стан є частиною (різновидом) особливого періоду. Відповідно, правопорушення кваліфікується за статтею, яка містить спеціальну норму. Цей варіант ще більше суперечить принципу пропорційності: якщо військовослужбовець строкової служби в умовах воєнного стану ухиляється від військової служби протягом трьох діб, йому загрожує арешт на строк від 7 до 10 діб, а якщо ухиляється протягом чотирьох діб – позбавлення волі на строк від 5 до 10 років (тобто від 1825 до 3650 діб);

– *варіант В*: розглядати ситуацію під кутом зору колізії норм. Стаття 407 КК діє в редакції Закону від 12 лютого 2015 р., а ст. 172-11 КУпАП – в редакції більш нового Закону – він діє в редакції Закону від 16 березня 2017 р. Таким чином, оскільки обидва закони регулюють одне питання, то застосуванню підлягає більш новий закон, тобто ч. 4 ст. 172-11 КУпАП.

Найбільш обґрунтованим і прийнятним вважаю варіант В.

Приклад 3. Самовільне залишення місця служби в бойовій обстановці тягне відповідальність за ч. 5 ст. 407 КК, а дезертирство в бойовій обстановці – за ч. 4 ст. 408 КК.

Водночас самовільне залишення поля бою під час бою, незалежно від наявності чи відсутності мети ухилитися від військової служби, є злочином, передбаченим ст. 429 КК.

Поле бою – це земельна, у тому числі у межах населеного пункту, ділянка, морський чи повітряний простір, в якому ведеться бій, а час бою – це проміжок, упродовж якого цей бій триває. Початок і закінчення часу бою зазвичай визначаються наказами відповідного командира (начальника). Існування бою у його часовій і просторовій характеристиках свідчить про наявність бойової обстановки [4, с. 1342]. Під бойовою обстановкою в розділі XIX КК розуміється обстановку наступального, оборонного чи іншого загальновійськового, танкового, протиповітряного, повітряного, морського тощо бою, тобто безпосереднього застосування військової зброї і техніки стосовно військового супротивника або військовим супротивником; обстановка бою, в якому бере участь військове з'єднання, частина (корабель) або підрозділ, розпочинається і закінчується з наказу про вступ у бій (припинення бою) або з фактичного початку (завершення) бою (примітка до ст. 402 КК).

Варіант вирішення проблеми один: розглядати ситуацію під кутом зору колізії норм. Стаття 429 КК діє в редакції Закону від 5 квітня 2001 р., а статті 407 і 408 КК – Закону від 12 лютого 2015 р. Таким чином, оскільки обидва закони регулюють одне питання, то застосуванню підлягає більш новий закон, тобто ч. 5 ст. 407 або ч. 4 ст. 408 КК, залежно від наявності чи відсутності мети ухилитися від військової служби.

Приклад 4. Відмова від несення обов'язків військової служби, вчинена в бойовій обстановці, тягне відповідальність за ч. 4 ст. 409 КК. При цьому одним із обов'язків військової служби є обов'язок обороняти Україну. Він встановлений Військовою Присягою, яка міститься в Статуті внутрішньої служби Збройних Сил України, затвердженому Законом від 24 березня 1999 р.

Водночас відмова під час бою діяти зброєю карається як злочин, передбачений ст. 429 КК.

Крім того, у визначенні бойової обстановки (примітка до ст. 402 КК) вказано, що обстановка бою розпочинається з наказу про вступ у бій. Але відмова виконати наказ начальника (непокора) у бойовій обстановці – це злочин, передбачений ч. 4 ст. 402 КК.

Отже, одне і те саме діяння може кваліфікуватися за трьома різними статтями (частинами статті). При цьому кожна з них передбачає однакову міру покарання – позбавлення волі на строк від 5 до 10 років.

До того ж статті 402 і 409 КК діють в редакціях, затверджених одним і тим самим Законом від 12 лютого 2015 р.

Варіант вирішення проблеми один: розглядати ситуацію під кутом зору конкуренції загальної і спеціальних норм, де ч. 4 ст. 409 КК містить найбільш загальну норму, а ст. 429 КК – найбільш спеціальну. Іншими словами, якщо під час бою (у бойовій обстановці) військовослужбовець відмовився діяти зброєю, діяння слід кваліфікувати за ст. 429 КК, якщо він відмовився виконати інший наказ, не пов'язаний із застосуванням зброї, – за ч. 4 ст. 402 КК, а якщо відмовився виконувати обов'язки військової служби, не пов'язані з виконанням конкретного наказу, – за ч. 4 ст. 409 КК.

Наведені приклади свідчать про необхідність перегляду підстав кримінальної та адміністративної відповідальності за ухилення від військової служби у бік їх звуження та уніфікації.

Список використаних джерел

1. Судова статистика: https://court.gov.ua/i№she/sudova_statystyka/.
2. Державна служба статистики. Адміністративні правопорушення в Україні: <http://www.ukrstat.gov.ua/>.
3. Верховний Суд. Лист від 13.07.2018 р. № 60-1543/0/2-18: <https://medoc.ua/blog/osoblivij-period-v-ukra№ei-di-verhov№eij-sud>.
4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 11-те вид. Київ : Дакор, 2019.

Харченко Сергій Володимирович,
старший викладач кафедри кримінального
процесу Національної академії внутрішніх
справ, кандидат юридичних наук

ОСОБЛИВОСТІ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ДЛЯ ВПІЗНАННЯ ТРУПІВ

Аналіз слідчої практики свідчить про те, що при розслідуванні військових злочинів та злочинів проти життя особи, а саме всіх видів вбивств, в умовах воєнного стану, запровадженого Указом Президента України у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації проти України, обов'язково виникає необхідність пред'явлення трупів для впізнання, що як правило відбувається за не найбільш сприятливих та складних умов та обставин.

Насамперед, пред'явлення для впізнання – це слідча (розшукова) дія, яка полягає в пред'явленні свідку, потерпілому, підозрюваному в передбаченому законом порядку певного об'єкта, з метою встановлення його тотожності, подібності або відмінності з тим об'єктом, який