

Пропозиції  
Адміністрації Державної прикордонної служби України  
щодо проєкту Закону України  
«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розширення  
та захисту прав військовослужбовців, посилення відповідальності командирів  
за явно злочинні накази, створення умов для соціальної реабілітації  
засуджених та ув'язнених»  
народні депутати України Анна СКОРОХОД, Юлія ЯЦИК та ін.  
реєстраційний номер 11077 від 11.03.2024  
до першого читання

1. Потребує доопрацювання.

2. Як зазначається в пояснювальній записці, метою законопроєкту є законодавче врегулювання питання розширення та захисту прав військовослужбовців, посилення відповідальності командирів за явно злочинні накази, створення умов для соціальної реабілітації засуджених та ув'язнених.

Щодо змін до Кримінального кодексу України (далі – КК України) (пункт 1 законопроєкту):

1) у законопроєкті пропонується доповнити перелік видів покарань, які можуть бути застосовані до осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального правопорушення, наведений у статті 51 КК України, новим видом – «пониження військовослужбовця в посаді, пониження військовослужбовця у військовому званні на один ступінь (стосовно осіб сержантського (старшинського) та офіцерського складу), пониження військовослужбовця у військовому званні з переведенням на нижчу посаду (стосовно військовослужбовців сержантського (старшинського) складу)». При цьому новий вид покарань пропонується розташувати у переліку після позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу.

Відповідно до статті 50 КК України покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні кримінального правопорушення, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.

Слід звернути увагу, що передбачені КК України окремі види покарань утворюють систему, яка закріплена в статті 51 КК України у формі встановленого кримінальним законом і обов'язкового для суду вичерпного переліку видів покарань, що характеризуються внутрішньою єдністю та узгодженістю і розташовані у певному порядку – відповідно до ступеня їх суворості. Система конкретно визначених за змістом покарань дає суду можливість при застосуванні покарання здійснити його індивідуалізацію, врахувавши ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.



Крім того, при конструюванні санкцій у статтях Особливої частини КК України законодавець теж зв'язаний системою покарань і може передбачати в них тільки ті види покарань, які містяться у статті 51, і в тій же послідовності – від менш суворого до більш суворого.

Про збалансованість і дієвість чинної системи покарань свідчить також той факт, що з моменту прийняття у 2001 році КК України до переліку видів покарань, зазначених у статті 51 КК України, жодного разу не вносились зміни.

Вказану систему складають дванадцять видів покарань. За порядком їх призначення (способом застосування) стаття 52 КК України поділяє всі види покарань на основні, додаткові й такі, що можуть бути призначені як основні і як додаткові. У статтях 53 – 64 КК України деталізовано всі види покарань і порядок їх призначення судом.

На сьогодні пониження військовослужбовця в посаді, пониження військовослужбовця у військовому званні на один ступінь (стосовно осіб сержантського (старшинського) та офіцерського складу), пониження військовослужбовця у військовому званні з переведенням на нижчу посаду (стосовно військовослужбовців сержантського (старшинського) складу), якими у законопроекті пропонується доповнити перелік покарань, відповідно до статті 48 Дисциплінарного статуту Збройних Сил України, затвердженого Законом України «Про Дисциплінарний статут Збройних Сил України» (далі – Дисциплінарний статут), належать до дисциплінарних стягнень, які можуть бути накладені на військовослужбовців.

Таким чином, автором законопроекту фактично пропонується «продублювати» вищезазначені дисциплінарні стягнення у КК України у якості покарання за вчинення кримінальних правопорушень.

Статтею 45 Дисциплінарного статуту встановлено, що у разі невиконання (неналежного виконання) військовослужбовцем своїх службових обов'язків порушення військовослужбовцем військової дисципліни або громадського порядку командир повинен нагадати йому про обов'язки служби, а за необхідності – накласти дисциплінарне стягнення.

Під час накладення дисциплінарного стягнення та обрання його виду враховується: характер та обставини вчинення правопорушення, його наслідки, попередня поведінка військовослужбовця, а також тривалість військової служби та рівень знань про порядок служби (стаття 86 Дисциплінарного статуту).

Загальним критерієм, що лежить в основі розмежування кримінальних та інших правопорушень та визначає їх різну юридичну природу і необхідність установлення законодавцем різних видів юридичної відповідальності за їх вчинення, служать ступінь суспільної небезпеки, а також заподіяння істотної шкоди.

Кримінальні правопорушення мають найвищий ступінь суспільної небезпеки і заподіюють істотну шкоду, дисциплінарні проступки мають значно нижчий рівень суспільної небезпеки порівняно з кримінальними

правопорушеннями і шкоди взагалі можуть не нести. Крім того, дисциплінарні проступки не тягнуть за собою ізоляції від суспільства й не супроводжуються таким характерним тільки для кримінальної відповідальності правовим наслідком, як судимість. Основною метою дисциплінарної відповідальності є виховний вплив, а не покарання.

Слід також звернути увагу на те, що статтею 26-1 Дисциплінарного статуту встановлено строк дії дисциплінарних стягнень з дня їх оголошення військовослужбовцю, а норми КК України такого не передбачають.

Отже, «дублювання» у КК України в якості покарань тих стягнень, які передбачено у Дисциплінарному статуті, не відповідає основним засадам кримінального права і юридичної відповідальності.

Крім того, у законопроекті порушується цілісність та взаємоузгодженість встановленої системи покарань:

пониження військовослужбовця в посаді, пониження військовослужбовця у військовому званні на один ступінь, пониження військовослужбовця у військовому званні з переведенням на нижчу посаду пропонується включити до переліку видів покарань після позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, що порушує головний принцип системи покарань – «від менш суворого до більш суворого»;

у законопроекті відсутні пропозиції щодо змін до статті 52 КК України, яка поділяє всі види покарань на основні, додаткові й такі, що можуть бути призначені як основні і як додаткові;

у законопроекті відсутні пропозиції щодо змін до розділу Х «Покарання та його види» КК України в частині деталізації нового виду покарань і порядку його застосування;

у санкціях статей, якими пропонується доповнити Особливу частину КК України:

не передбачено такого покарання як «пониження військовослужбовця у військовому званні з переведенням на нижчу посаду» (виникає питання про доцільність такого виду покарання у статті 51 КК України);

покарання «позбавлення військового звання або пониження військовослужбовця в посаді або пониження військовослужбовця у військовому званні на один ступінь» розташовується після покарання «позбавлення волі», що порушує головний принцип системи покарань – «від менш суворого до більш суворого»;

2) у законопроекті пропонується статтю 407 КК України доповнити новими частинами шостою – восьмою.

Частиною шостою пропонується встановити кваліфікований склад кримінального правопорушення, передбаченого статтею 407 КК України «Самовільне залишення військової частини або місця служби», а саме – вчинення його в умовах воєнного стану, а частинами сьомою і восьмою – привілейовані склади кримінального правопорушення – «якщо військовослужбовець самостійно повернувся до військової частини або місця

служби чи самостійно з'явився на службу у вказаний строк», про що також свідчать і санкції цих частин (у частині шостій – позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років, у частинах сьомій, восьмій – штраф, службове обмеження, позбавлення волі на строк один рік).

Згідно з усталеною практикою побудови КК України в цілому і статей його Особливої частини привілейовані склади кримінальних правопорушень, на відміну від кваліфікованих, розташовуються, як правило, в окремих статтях, а не в статті, де зазначено основний склад кримінального правопорушення.

Таке розташування кваліфікованих і привілейованих складів кримінального правопорушення також не відповідає головному принципу системи покарань, про який згадувалось вище;

3) у законопроекті пропонується доповнити КК України новою статтею 426-2, якою передбачити кримінальну відповідальність за віддання явно злочинного наказу або розпорядження.

Під явно злочинним наказом (розпорядженням) пропонується розуміти «такий наказ (розпорядження), яким завідомо для особи, якій він адресований, наказується вчинити передбачене КК України суспільно небезпечне винне діяння (дію або бездіяльність) або таке діяння, яке визнається злочином відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями (ч. 2 ст. 7 Європейської Конвенції про захист прав та основних свобод людини), та/або такий, виконання якого завідомо неможливе або завідомо призведе до втрат особового складу відповідного підрозділу (частини) понад 50 відсотків».

Частиною першою статті 60 Конституції України встановлено, що ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази. Таким чином Конституцією України гарантується, що відмова особи від виконання явно злочинного розпорядження чи наказу не визнається правопорушенням і відповідно має своїм правовим наслідком відсутність юридичної відповідальності.

Крім того, частиною другою зазначеної статті передбачено, що за віддання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність.

Зазначені конституційні норми знайшли свій розвиток у статті 41 Загальної частини та у відповідних статтях Особливої частини КК України. Зокрема, відповідно до частини третьої зазначеної статті не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно кримінально протиправний наказ або розпорядження.

Кримінально протиправний зміст наказу (розпорядження) повинен бути очевидним, явним для особи, якій він адресований, оскільки згідно з частиною п'ятою статті 41 КК України якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати кримінально протиправного характеру наказу чи розпорядження, то за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу чи розпорядження, відповідальності підлягає тільки особа, що віддала кримінально протиправний наказ чи розпорядження.

Натомість особа, що виконала явно кримінально протиправний наказ або розпорядження, за діяння, вчинені з метою виконання такого наказу або розпорядження, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах (частина четверта статті 41 КК України).

Таким чином кримінальна відповідальність настає за діяння, вчинені з метою виконання кримінально протиправного наказу або розпорядження, склад яких передбачено у відповідних статтях Особливої частини КК України. При цьому у випадках, коли особа, якій адресований такий наказ або розпорядження не усвідомлювала і не могла усвідомлювати його кримінально протиправного характеру, то особа, яка віддала такий наказ, несе за це кримінальну відповідальність як виконавець, а у випадках віддання явно кримінально протиправного наказу або розпорядження, коли безпосередній виконавець також підлягає кримінальній відповідальності, – як організатор кримінального правопорушення.

У разі доповнення КК України статтею, якою передбачено кримінальну відповідальність за віддання явно кримінально протиправного наказу або розпорядження, виникне конкуренція кримінально-правових норм і неоднозначна практика вибору судом покарання між санкціями статті за діяння, вчинене на виконання кримінально протиправного наказу або розпорядження (як співучасть), або нової статті за віддання такого наказу або розпорядження, які можуть суттєво відрізнятись.

Крім того, відповідно до запропонованого у законопроекті визначення явно злочинного наказу (розпорядження) (в КК України використовується термін «явно кримінально протиправний наказ або розпорядження») пропонується розуміти такий наказ (розпорядження), яким завідомо для особи, якій він адресований, наказується вчинити передбачене КК України суспільно небезпечне винне діяння (дію або бездіяльність).

Таким чином, у законопроекті пропонується встановити кримінальну відповідальність особи, яка віддала такий наказ, лише у разі наявності вини виконавця наказу. В іншому випадку (неусвідомлення виконавцем наказу його кримінально протиправного характеру) віддання зазначеного наказу не буде визнаватись як діяння, що містить склад кримінального правопорушення, і особа, яка віддала такий наказ, не має притягуватись до кримінальної відповідальності, що прямо суперечитиме частині п'ятій статті 41 КК України.

До того ж відповідно до запропонованого у законопроекті визначення явно злочинного наказу (розпорядження) пропонується також розуміти наказ (розпорядження), виконання якого завідомо призведе до втрат особового складу відповідного підрозділу (частини) понад 50 відсотків.

Разом з тим, у розділі XIX «Кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення)» КК України передбачено кримінальні правопорушення, в яких встановлено відповідальність за діяння, що спричинили «загибель кількох осіб» і «загибель людей», що не виключає притягнення до кримінальної

відповідальності особи, яка віддала явно кримінально протиправний наказ або розпорядження, в результаті виконання якого було спричинено такі наслідки;

4) у законопроекті пропонується доповнити КК України новою статтею 426-3, якою передбачити кримінальну відповідальність за втрату командиром понад 50 відсотків серед особового складу підрозділу (частини) при виконанні бойового наказу (розпорядження).

На наш погляд, у цьому випадку втрата особового складу є наслідком діяння (дії чи бездіяльності) певної особи, і не завжди винною особою буде командир підрозділу. Такі наслідки можуть бути кваліфікуючою ознакою, що вплине на покарання, однак не можуть розглядатись як самостійний склад кримінального правопорушення.

Крім того, незрозумілим є поняття втрати командиром понад 50 відсотків серед особового складу підрозділу (частини): чи це буде втрата внаслідок загибелі, чи внаслідок поранення, як розраховувати 50 відсотків особового складу – разом з тими, хто перебуває у відпустці чи на лікуванні, чи тільки тих, хто брав участь у виконанні бойового наказу (розпорядження) тощо.

Запропоноване не узгоджується з положеннями Закону України від 15.03.2022 № 2124-IX «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану», які передбачають застосування бойового імунітету – звільнення військового командування, військовослужбовців, добровольців Сил територіальної оборони Збройних Сил України, працівників правоохоронних органів, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України, осіб, визначених Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України», від відповідальності, у тому числі кримінальної, за втрати особового складу, бойової техніки чи іншого військового майна, наслідки застосування збройної та іншої сили під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, виконання інших завдань з оборони України із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння), настання яких з урахуванням розумної обачності неможливо було передбачити при плануванні та виконанні таких дій (завдань) або які охоплюються виправданим ризиком, крім випадків порушення законів та звичаїв війни або застосування збройної сили, визначених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Статтею 43-1 КК України чітко визначено, яке діяння не є кримінальним правопорушенням у зв'язку з виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України;

5) у законопроекті пропонується доповнити КК України новою статтею 426-5, якою передбачити кримінальну відповідальність за невиконання військовослужбовцям грошового забезпечення чи інших установлених законодавством виплат і додаткових винагород.

На нашу думку, запровадження кримінальної відповідальності за безпідставну не виплату військовослужбовцям грошового забезпечення чи іншої установленої законодавством виплати та/або додаткової винагороди більш як за один місяць є недоцільним, особливо зважаючи на сьогоднішній день (збройна агресія російської федерації проти України та здійснення її відсічі, правовий режим воєнного стану, здійснення заходів з мобілізації), оскільки невжиття заходів щодо запобігання неефективному, нераціональному, нецільовому, безпідставному використанню бюджетних коштів (здійснення безпідставних виплат) також передбачає різні ступені відповідальності.

Тобто в умовах непередбачуваності обстановки (ведення бойових дій, завдання ударів противником по будь-якій точці Держави, проблематики щодо визначення статусу військовослужбовця у певних випадках), значної плинності кадрів (добір персоналу здійснюється у стислі терміни), а також з урахуванням судової практики, начальник органу Держприкордонслужби та відповідні посадові особи фактично не матимуть розумного альтернативного вибору:

або відповідальність за не виплату (підстави якої необхідно встановити);

або відповідальність за безпідставну виплату (розтрату бюджетних коштів).

Щодо змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) (пункт 3 законопроекту).

У законопроекті пропонується доповнити статтю 24 КУпАП новими видами адміністративних стягнень:

позбавлення грошового забезпечення та інших установлених законодавством виплат і додаткових винагород;

призупинення пільг для військовослужбовця і членів його сім'ї, передбачених Законом України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей».

Зазначені адміністративні стягнення з різними строками застосування (три, шість і дев'ять місяців) пропонується включити до санкцій статті 172-20 «Розпивання алкогольних, слабоалкогольних напоїв або вживання наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів» КУпАП.

Законом України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» визначено основні засади державної політики у сфері соціального захисту військовослужбовців та членів їх сімей, встановлено єдину систему їх соціального та правового захисту, гарантовано військовослужбовцям та членам їх сімей в економічній, соціальній, політичній сферах сприятливі умови для реалізації їх конституційного обов'язку щодо захисту Вітчизни.

Відповідно до статей 1-2, 2 і 9 зазначеного Закону:

у зв'язку з особливим характером військової служби, яка пов'язана із захистом Вітчизни, військовослужбовцям надаються визначені законом пільги, гарантії та компенсації;

ніхто не вправі обмежувати військовослужбовців та членів їх сімей у правах і свободах, визначених законодавством України;

держава гарантує військовослужбовцям достатнє матеріальне, грошове та інші види забезпечення в обсязі, що відповідає умовам військової служби, стимулює закріплення кваліфікованих військових кадрів.

Отже, грошове забезпечення військовослужбовців є гарантованою державою винагородою, обчисленою в грошовому виразі, котру отримує військовослужбовець у межах асигнувань, передбачених в кошторисі на грошове забезпечення, з урахуванням умов проходження військової служби, посади, військового звання, кваліфікації військовослужбовця тощо.

Особливістю грошового забезпечення військовослужбовців є його безпосередній зв'язок із рівнем національної безпеки держави, оскільки від того, наскільки розмір і стабільність виплати грошового забезпечення є конкурентоспроможними на загальному ринку праці, залежать і рівень комплектування особовим складом складових сектору безпеки і оборони, і результати виконання обов'язків військової служби військовослужбовцями.

Позбавлення військовослужбовця грошового забезпечення та інших установлених законодавством виплат і додаткових винагород на три, шість або дев'ять місяців змусить такого військовослужбовця шукати додатковий заробіток, щоб утримувати сім'ю, при цьому такий заробіток не завжди матиме законний характер і негативно вплине на якість виконання військовослужбовцем своїх обов'язків.

На нашу думку, Україна, як правова, демократична та соціальна держава, повинна завжди гарантувати військовослужбовцям справедливу, гідну винагороду за виконуваними ними службові завдання і таким чином ефективно впливати на рівень їхньої соціальної безпеки, а також членів їхніх сімей.

Те саме стосується також і позбавлення пільг військовослужбовця і членів його сім'ї, оскільки пільги є невід'ємним елементом соціального захисту військовослужбовців з огляду на особливий характер військової служби (наявність ризику для життя і здоров'я, необхідність переїздів, ненормований робочий день тощо).

Крім того, згідно із частиною другою статті 61 Конституції України юридична відповідальність особи має індивідуальний характер, тобто до юридичної відповідальності має притягуватись лише та особа, яка вчинила правопорушення.

Отже, позбавлення пільг не тільки військовослужбовця, який вчинив відповідне адміністративне правопорушення, а й членів його сім'ї, суперечить конституційним засадам юридичної відповідальності.

Голова Державної прикордонної  
служби України

Сергій ДЕЙНЕКО