

С. П. КУЧЕВСЬКА

Світлана Петрівна Кучевська, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Львівського національного університету імені Івана Франка

**ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 336 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ
УКРАЇНИ В СУЧАСНИХ УМОВАХ**

Однією з умов досягнення мети справедливого застосування кримінально-правової норми є дотримання принципів кримінально-правової кваліфікації, серед яких і принцип повноти та принцип вирішення спірних питань на користь особи, дії якої кваліфікуються. Принцип повноти передбачає, зокрема, що при кваліфікації використані всі чинні правові норми і до уваги прийняті усі структурні елементи кожної норми¹. Принцип вирішення спірних питань на користь особи, дії якої кваліфікуються, означає, що всі сумніви повинні тлумачитися на користь підсудного, незрозумілість закону, його недоліки не повинні погіршувати становище громадянина, індивідуальні права громадянина мають пріоритет над правами держави і суспільства². Загальновизнаною тенденцією при застосуванні кримінально-правових норм стало орієнтування на ті цінності, які описав свого часу Нікколо Макіавеллі: «постановляючи вирок, треба керуватися людяністю, передбачливістю та милосердям»³.

Дотримуючись вищезгаданого принципу повноти, варто пам'ятати, що визнаним у теорії кримінально-правової кваліфікації стало положення, згідно якого джерела, що не належать до кримінального закону, можуть виступати додатковими підставами кримінально-правової кваліфікації. В основі цього твердження те, що кримінально-правова норма є однією зі складових усієї правової системи, вона виражається також у нормативних актах інших галузей права, а також у положеннях, які виробляються у правозастосовній практиці. У таких випадках говорять про «бланкетні диспозиції статей КК». Злочини, відповідальність за які передбачена статтями з бланкетними диспозиціями, мають змішану протиправність – і кримінально-правову, і передбачену іншими галузями права. Тому кваліфікація неможлива без їх використання⁴. Це повною мірою стосується і застосування ст. 336 КК України, форма викладу норми у якій носить характер бланкетної. Особливо актуальним розгляд цієї статті стає в сучасних умовах через притягнення до кримінальної відповідальності за ухилення від призову за мобілізацією при проведенні такої в контексті антитерористичної операції на сході України.

У зв'язку з останніми подіями, які мають місце на теренах України, до кримінальної відповідальності за ухилення від призову за мобілізацією притягнуто вже значну кількість осіб. Суди переважно займають однакову позицію в оцінці фактів і одностайні в розумінні низки норм⁵. Одночасно, застосування ст. 336 КК України в сьогоденних умовах не є безпечним, підтвердженням чому є чимало висловлених з боку фахівців права думок про те, що при мобілізації, яка сьогодні відбувається, кримінальна відповідальність не повинна наставати⁶. Непоодинокі твердження, що зараз є фактично воєнний час, а тому мобілізація законна, інколи наявність такого часу не вважають взагалі важливим для проведення мобілізації – все це свідчить про неоднакову оцінку нормативних положень.

Як показує аналіз низки кримінальних справ, суди, при обґрунтуванні своїх рішень про притягнення до кримінальної відповідальності за ухилення від призову за мобілізацією, посилаються на ті ж самі положення, зокрема ст. 65 Конституції України, п. 9 ст. 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу», ст.ст. 1, 3, 22, 23 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію». В усіх випадках констатується, що мали місце мета ухилитися від призову за мобілізацією, усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру своїх дій, передбачення суспільно небезпечних наслідків таких дій і бажання їх настання. Суди керуються формальним правилом: раз є мобілізація, отже, і ухилення від такої є кримінально-протиправним. Поряд із тим, наявність самого факту мобілізації (навіть якщо не ставити питання про законність такої, що має здійснюватися в рамках іншого судочинства) ще не визначає, на переконання автора, правильність застосування ст. 336 КК України.

У цьому зв'язку доцільно звернути увагу на інші положення, зокрема й названих нормативних актів, аналіз яких залишається поза межами судового розгляду. Увагу привертають, зокрема, Закон України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції», Закон України «Про боротьбу з тероризмом», Закон України «Про Збройні Сили України», Закон України «Про оборону України», Закон України «Про правовий режим воєнного стану», Положення про проходження громадянами України військової служби у Збройних Силах України, окремі укази Президента України, а саме – Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13 квітня 2014 р. «Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України», висновки Конституційного Суду України. Потрібно пам'ятати, що зміст окремих понять, процедур тощо нерідко розкривається за рахунок тлумачення усієї сукупності правових норм, які можуть бути розміщені в різних актах. Із даних актів випливає наступне:

1) законодавчо визначено, що зараз період проведення антитерористичної операції. Антитерористична операція і оборонна діяльність у зв'язку з нападом на державу (чи підготовка до такої у разі реальної загрози нападу) за своєю природою є різними заходами і тому регулюються різними законодавчими актами. Більше того, законодавець передбачив, які суб'єкти безпосередньо здійснюють боротьбу з тероризмом. Громадяни можуть бути залучені до участі в антитерористичних операціях лише за їх згодою. За загальним правилом, антитерористична операція проводиться у мирний час, оборонна – у воєнний;

2) у разі проведення широкомасштабних, складних антитерористичних операцій можуть залучатися сили і засоби Збройних Сил України. Останні мають право на застосування і використання зброї та бойової техніки в мирний час, зокрема, для забезпечення під час проведення антитерористичної операції виконання низки завдань. Діяльність Збройних Сил України у певних напрямках здійснюється в чинному складі. Нормативно закріплене положення, що Збройні Сили України, в разі їх залучення до проведення антитерористичної операції, – забезпечують виконання відповідних завдань із застосуванням наявних сил та засобів. Їхнє ж доукомплектування має відбуватися згідно чітко визначених правил і щодо визначених напрямів;

3) під час мобілізаційної підготовки та мобілізації на громадян покладається обов'язок з'явитися за викликом до військових комісаріатів, але для постановки на облік та визначення призначення на воєнний час. Обов'язок з'явитися до військових частин або на збірні пункти військових комісаріатів покладається на громадян під час мобілізації та переведення, зокрема, військових формувань на штати воєнного часу⁷. Для мети оборони держави, власне, і ведеться облік військовозобов'язаних. Одне з закріплених нормативно формувань, що підтверджує цільовий характер залучення військовозобов'язаних: виконання військовозобов'язаними військового обов'язку в запасі у мирний час полягає в додержанні порядку та правил військового обліку, проходження зборів, збереженні та вдосконаленні знань, навичок і умінь, необхідних для виконання обов'язків військової служби у воєнний час відповідно до військових та інших спеціальностей;

4) оборону держави становлять заходи держави, спрямовані на підготовку до збройного захисту та її захист у разі збройної агресії проти України або збройного конфлікту. Доповнюється це визначення і іншими законодавчими положеннями – тими, які визначають, коли виникає право Президента України на прийняття рішення про мобілізацію і застосування Збройних Сил України, введення воєнного стану, а саме – коли є загроза нападу на Україну, небезпека державній незалежності України. Тут важливим є з'ясування змісту кожного поняття, зокрема і згідно міжнародного права, законодавче регулювання можливості обмежень конституційних прав та свобод, законодавче розуміння військової служби та обов'язків, які покладаються на громадян.

Збройна агресія передбачає застосування іншою державою або групою держав збройної сили проти України. Очевидно, що цей факт повинен бути констатований не на рівні антитерористичної операції. Для вірного розуміння загрози нападу в контексті проведення мобілізації важливо враховувати дві обставини. По-перше, конституційні права та свободи людини і громадянина є непорушними. Їхнє обмеження можливе лише тимчасово і у виключних випадках. Як впливає з Основного Закону, такі можуть мати місце лише в умовах воєнного або надзвичайного стану із зазначенням строку дії таких. Не бачимо підстав заперечувати, що мобілізація також передбачає, в силу свого характеру, ряд обмежень конституційних прав та свобод громадян, яких мобілізують. Ці обмеження логічні і виправдані лише за умови необхідності виконання конституційного обов'язку з захисту Вітчизни. Відповідний обов'язок, з врахуванням змісту ст.64 Конституції України, безпосередньо реалізується в рамках воєнного стану в державі. За інших умов – буде суперечність з наведеною статтею Конституції. І цю суперечність вже вбачають на фоні низки подій в Україні, зокрема, що стосується заяв про обмеження свободи пересування. По-друге, доцільно провести аналогію з кримінально-правовим поняттям «нападу», яке характеризується раптовістю, агресивністю, короткочасністю, насильницьким характером. Проведення мобілізації у випадку загрози нападу повинно відбуватися лише за умови очевидності такого нападу, його невідворотності. Спірною, законодавчо суперечливою видається думка, що можна обмежувати конституційні права громадян невизначений період при розтягнутості загрози нападу на невизначену кількість років.

Поняття збройного конфлікту має два значення – як збройний конфлікт міжнародного та неміжнародного характеру. Однак жодне з тих значень, які вкладаються в поняття збройного конфлікту міжнародним гуманітарним правом, не охоплює, на думку автора, поняття тероризму. Відмінність полягає не лише в нормативних актах (зокрема, міжнародних), які регулюють поведінку суб'єктів збройного конфлікту чи визначають протиправність терористичного акту. Абсолютно кардинально протилежними є цілі, які переслідують відповідні суб'єкти, різний їх статус, можливості ідентифікації таких суб'єктів, покладення на них зобов'язань за міжнародним гуманітарним правом, можливості застосування окремих принципів (наприклад, принципу рівності сторін збройного конфлікту) тощо⁸. Загалом, поширеною та виправданою є позиція, що повинно бути чітке розмежування між «юридичними режимами збройного конфлікту та тероризму», адже від цього залежить вирішення низки важливих питань⁹. За загальним правилом, боротьба з тероризмом не тягне і не повинна передбачати застосування збройних сил, а передбачає використання внутрішніх державних резервів, які становлять відповідні державні органи, без залучення самих збройних сил. Терористичні акти завжди карані. Протиправні в мирний час діяння, що вчинені під час збройного конфлікту, можуть мати двоякі наслідки, які залежать від того, чи визнається відповідне діяння у цій ситуації злочинним з позицій внутрішнього і міжнародного права. Все зазначене дає підстави для висновку, що жоден зі збройних конфліктів не підміняє і не покриває поняття тероризму. А тому й антитерористична операція й заходи з оборони держави не є тотожними чи взаємозамінними;

5) законодавець послуговується також поняттям «особливий період» і це поняття увійшло в постійний обіг в рамках боротьби з тероризмом на сході України. Разом із тим, особливий період охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій. Як вбачається із законодавчих актів, мобілізація не обов'язково проводиться одночасно з введенням воєнного стану чи настанням воєнного часу, проте з моменту її оголошення настає особливий період, який передбачає такий воєнний стан (час) у подальшому. Особливий період означає, зокрема, перехід на особливі умови функціонування усієї (чи частини) державної системи в передвоєнний чи воєнний час. Законодавчі визначення воєнного стану, який тотожний воєнному часу, але, на відміну від останнього, спеціально вводиться, пов'язані з обов'язковістю збройної агресії, загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілності. Метою таких станів є забезпечення реалізації повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень. У правовому ж полі, зараз відбувається антитерористична операція. Остання передбачає заходи, спрямовані на боротьбу з терористичною діяльністю і зумовленими нею наслідками. У районі проведення антитерористичної операції тимчасово діє особливий режим – особливий порядок, метою якого є забезпечення реалізації суб'єктами боротьби з тероризмом визначених законом спеціальних повноважень. Перелік суб'єктів, які можуть залучатися до участі в антитерористичній діяльності, нагадуємо, вичерпний;

7) окрему увагу привертає Висновок Конституційного Суду України від 16.06.2015 року. По суті ним було узаконено внесення змін до Основного Закону у цей період¹⁰. Зважаючи на те, що Конституція не може бути змінена в умовах воєнного або надзвичайного стану, надавши відповідний висновок, Конституційний Суд України констатував відсутність в Україні як воєнного стану, так і воєнного часу.

Аналізуючи положення названих актів, потрібно враховувати і причини закріплення деяких суміжних складів злочинів у КК України, ті цілі, які переслідував законодавець при включенні до кодексу окремих статей. Зважаючи на загальнофілософські та положення теорії кримінального права, визначення безпосереднього об'єкта злочину в кожному випадку повинно бути глибоко осмисленим¹¹. Детальний аналіз відповідних джерел засвідчує виправданість закріплення ст. 336 у КК України за наявності особливого об'єкта кримінально-правової охорони, який у жодному разі не може співпадати з якимось іншим. Відповідні суспільні відносини охороняються задля забезпечення фактичної реалізації обов'язку громадян з захисту Вітчизни. Закріплення аналізованого складу злочину в КК України передбачає й конкретну ситуацію, за якої становить суспільну небезпеку вчинення відповідних діянь.

Зважаючи на все наведене, постає питання: яка природа теперішньої мобілізації, коли декларується та й має місце антитерористична боротьба? Виходячи зі змісту ст. 22 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію», обов'язок з'являтися за викликом покладається на громадян за умови постановки їх на військовий облік та визначення призначення на воєнний час, в умовах переведення Збройних Сил України, інших військових формувань, Оперативно-рятувальної служби цивільного захисту на штати воєнного часу тощо. Якщо є розуміння того, що мобілізація проводиться для визначення призначення на період проведення антитерористичної операції і для направлення в зону, де проводиться відповідна операція (ця обставина, вважаємо, не потребує доведення), то чи є тут аналізований обов'язок? Є відмінність обов'язку із захисту Вітчизни, передбаченого Конституцією України, з обов'язком участі в антитерористичній операції. Звісно, дійсна ситуація має свою специфіку і не все є однозначним, проте хочеться як законодавчої чіткості й послідовності, так і узгодженості з цим фактичних дій уповноважених на те осіб. Ми погоджуємось частково з висловленою одним із представників правління Української Гельсінської спілки з прав людини думкою про те, що можна готуватися до проведення мобілізації, проте підстав для самого її проведення наразі немає. Крім того, враховуючи існуючий виклад поняття «воєнний стан» у Законі України «Про правовий режим воєнного стану» та низку положень Конституції України, не безпідставною, хоч і не безапеляційною, видається і та думка, що у разі збройної агресії чи загрози нападу завжди має вводиться воєнний стан¹², що, проте, не виключає настання воєнного часу. Це все визначає особливості застосування ст. 336 КК України.

Ні в кого не викликає сумнівів правомірність існування припису, згідно якого захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів є обов'язком громадян України. Однак реалізація цього положення передбачає існування низки обставин. Вищенаведене дає підстави для висновку, що чинне законодавство, за чинним викладом, вносить деякі застереження при вирішенні питання про кримінальну відповідальність за ухилення від призову за мобілізацією. На переконання автора, немає однозначних як доказів, так і положень, які б свідчили про порушення відповідного об'єкта кримінально-правової охорони за сьогоднішніх реалій, а причини закріплення ст. 336 у КК України, очевидно, зводяться не до формальних моментів, тобто наявності слів «ухилення» та «мобілізації», а до з'ясування дійсного змісту цих слів у контексті порушення відповідного об'єкта. Не всі діяння, що ззовні подібні на злочинні, кримінально-протиправні, становлять ту суспільну небезпеку, через загрозу якої закріплені у КК України конкретні склади злочинів. Справедливе застосування кримінально-правової норми можливе лише при з'ясуванні усіх її елементів, зокрема завдяки зверненню до інших нормативно-правових актів, що сприяє розкриттю і основних ознак, причин, з якими пов'язано передбачення протиправності відповідного діяння.

¹ *Навроцький В. О.* Основи кримінально-правової кваліфікації [навч. посібник] / Вячеслав Олександрович Навроцький – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 125.

² Там само. – С. 127–130.

³ Велика книга мудрості: Афоризми та крилаті вислови. – [вид. 2-ге, пеперобл. та доповн.] / [Укл. Г. В. Латник, О. М. Островська]; за ред. Г. Латника. – К.: Арії, 2014. – С. 322.

⁴ *Навроцький В. О.* Вказана праця. – С. 9–80.

⁵ Див., наприклад, Вирок Сихівського районного суду м. Львова Справа № 464/2678/15-к. (пр. № 1-кп/464/160/15) – 3 квітня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43456510>; Вирок Шевченківського районного суду Харківської області Справа № 637/661/15-к – 16 липня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46848172>; Вирок Брусилівського районного суду Житомирської області Справа № 275/192/15-к – 6 травня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43975394>; Вирок Буського районного суду Львівської області Єдиний унікальний номер № 445/29/15-к – 25 березня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>; Вирок Дніпровського районного суду м. Дніпродзержинськ Дніпропетровської області справа № 209/4996/14-к – 11 вересня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40601690>

⁶ Мобілізація є незаконною, – юрист [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://4vlada.com/rivne/40441>; Юристи прогностують наслідки незаконної мобілізації [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://24tv.ua/yuristi_prognozuyut_naslidki_nezakonnoyi_mobilizatsiyi_n524438; Мобілізація без воєнного стану – невдоволення зростає [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ua.korrespondent.net/ukraine/3467261-mobilizatsiia-bez-voiennoho-stanu-nevdovolennia-zrostaie>; «Мирна» мобілізація та війна без воєнного стану / Катерина Тарасова [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/columns/2015/01/13/7054870>; Адвокат Ігорь Годецкий: Если человек заявит военкому, что не поддерживает АТО, теоретически его не должны призвать / Ігор Годецький [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://frazua.com/interview/23.01.15/215293/advokat_igor_godetskij_esli_chelovek_zajavit_voenkomu_chno_ne_podderzhivaet_ato_teoreticheski_ego_ne_dolzhny_prizvat.html; Закарпатський юрист наполягає, що мобілізація є незаконною [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.mukachevo.net/ua/News/view/104218-Закарпатський-юрист-наполягає-що-мобілізація-є-незаконною>

⁷ Наразі має місце створення військово-цивільних адміністрацій, в основі діяльності яких – Закон України «Про боротьбу з тероризмом».

⁸ International Humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts: 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent (2-6 December 2003) / Report prepared by The International Committee of the Red Cross [03/IC/09]. – Geneva, September, 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihlcontemp_armedconflicts_final_ang.pdf – С. 18–19.

⁹ International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts: 31st International conference of the red cross and red crescent (Geneva, Switzerland, 28 November – 1 December 2011) / Report Document prepared by the International Committee of the Red Cross [EN 31IC/11/5.1.2]. – Geneva, October 2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf> – С. 49.

¹⁰ Висновок Конституційного суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканості народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України : від 16.06.2015 р., № 1-в/2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v001v710-15/paran70#n70>

¹¹ Українське кримінальне право. Загальна частина : підручник / за ред. В. О. Навроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – С. 153, 163, 164, 168; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : у 2 т. – Т. 2 / за заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, С. В. Фесенка. – [3-тє вид., перероб. та доп.]. – К. : Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 273–275.

¹² Мобілізація є незаконною – юрист [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://4vlada.com/rivne/40441>

Резюме

Кучевська С. П. Особливості застосування статті 336 Кримінального кодексу України у сучасних умовах.

У статті розглядаються особливості застосування бланкетної норми, розміщеної у ст. 336 КК України, в умовах мобілізації в зону антитерористичної операції. Розглянуто основні концептуальні ідеї деяких нормативно-правових актів та досліджено питання кримінально-правової охорони окремих суспільних відносин у зв'язку з такою мобілізацією.

Ключові слова: ухилення, мобілізація, антитерористична операція, терористичні акти, збройний конфлікт, воєнний стан (час).

Резюме

Кучевская С. П. Особенности применения статьи 336 Уголовного кодекса Украины в современных условиях.

В статье рассматриваются особенности применения бланкетной нормы, размещенной в ст. 336 Уголовного кодекса Украины, в условиях мобилизации в зону антитеррористической операции. Рассмотрены основные концептуальные идеи некоторых нормативно-правовых актов и исследован вопрос уголовно-правовой охраны отдельных общественных отношений в связи с такой мобилизацией.

Ключевые слова: уклонение, мобилизация, антитеррористическая операция, террористические акты, вооруженный конфликт, военное положение (время).

Summary

Kuchevska S. Main features of application of Article 336 of the Criminal Code of Ukraine nowadays.

The particularities of application of the blanket norm in Art.336 of the Criminal Code of Ukraine concerning the mobilization into the anti-terrorist operation area are analyzed. Main provisions and basic ideas of some normative acts have been explored as well as the question of criminal protection of some social relations concerned with mobilization.

Key words: avoidance, mobilization, anti-terrorist operation, acts of terrorism, armed conflict, martial law.