

*Зінковський І. П.,**доктор філософії за спеціальністю 081 – Право,
адвокат*

ДОКАЗУВАННЯ НАЯВНОСТІ ПІДСТАВ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА Ч. 5 СТ. 401 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Анотація. У цій статті розглянуто питання застосування підстави звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 401 Кримінального кодексу України. Вона передбачає: особа, яка під час дії воєнного стану вперше вчинила кримінальне правопорушення, передбачене статтями 407, 408 цього Кодексу, може бути звільнена від кримінальної відповідальності в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством України, якщо вона добровільно звернулася із клопотанням до слідчого, прокурора, суду про намір повернутися до цієї або іншої військової частини або до місця служби для продовження проходження військової служби та за наявності письмової згоди командира (начальника) військової частини (установи) на продовження проходження такою особою військової служби.

Метою статті стало виокремлення теоретичних та практичних проблемних аспектів доказування звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 401 КК України та надання пропозицій їх вирішення.

Зроблено висновок, що процесуальний порядок реалізації ч. 5 ст. 401 КК України, попри його безсумнівну соціальну обумовленість, має дискусійні питання. Зокрема, потребують уніфікації ст. 401 КК України, ст. 288 КПК України та ст.ст. 286, 287 КПК України у частині формулювань «військову частину або місце служби» та «військову частину (установу)». Є необхідність і в уточненні, командир (начальник) якої з двох можливих військових частин (установ) дає згоду на продовження проходження особою військової служби.

При цьому обов'язковими елементами предмета доказування є: кваліфікація за ст. 407 КК України або ст. 408 КК України; вчинення одного з цих діянь вперше; вчинення в умовах воєнного стану; добровільне волевиявлення підозрюваного про намір повернутися до військової частини або до місця служби для продовження проходження військової служби, і про яку або які військову частину або місце служби йдеться; наявність письмової згоди командира (начальника) військової частини (установи) на продовження проходження такою особою військової служби.

Ключові слова: звільнення від кримінальної відповідальності, воєнний стан, клопотання, згода, прокурор, доказування, підозрюваний, обвинувачений, суд.

Постановка проблеми. Законом України № 3902-IX від 20.08.2024 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законів України щодо вдосконалення кримінальної відповідальності за злочини проти встановленого порядку несення або проходження військової служби під час дії воєнного стану» [1] передбачено спеціальну умовну підставу звільнення від кримінальної відповідальності, якщо особа під час дії воєн-

ного стану вперше вчинила кримінальне правопорушення, передбачене статтями 407 (самовільне залишення військової частини або місця служби), 408 (дезертирство) КК України. Для процедурної реалізації цієї матеріально-правової норми до КПК України були внесені додаткові правила стосовно порядку та умов такого звільнення.

Стан дослідження. Проблематику звільнення від кримінальної відповідальності у разі вчиненні військових кримінальних правопорушень (у контексті кримінального права) розглянуто у публікаціях О. Грудзур, М. Карпенка, Д. Купар, О. Сарнавського, С. Харитонова та ін. Процесуальні питання звільнення від кримінальної відповідальності за різними підставами досліджені І. Гловюк, В. Гринюком, В. Довганич, В. Кобернюком, Н. Колот, Л. Краснопольською, О. Марченко, О. Торбасом, В. Шкелебей та ін.

Утім, оновлення ст. 401 КК України та положень КПК України зумовлює актуалізацію дослідження питання застосування ч. 5 ст. 401 КК України. Ці питання досліджені лише у окремих публікаціях таких авторів, як О. Боднарук, А. Сидор, Д. Тарасенко, А. Шевчук.

Отже, метою цієї статті є виокремлення теоретичних та практичних проблемних аспектів доказування звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 401 КК України та надання пропозицій їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Аналізуючи порядок та умови звільнення від кримінальної відповідальності, слід виходити з того, що «специфіку закриття кримінального провадження щодо окремих видів звільнення від кримінальної відповідальності визначає процесуальна діяльність учасників кримінального провадження щодо досягнення, встановлення та доказування кримінально-правових та процесуальних умов конкретної підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності» [2, с. 193].

Крім обов'язкової наявності спеціального суб'єкта, режиму воєнного стану та вчинення діяння вперше, є такі спеціальні правила для звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 401 КК України:

– добровільне звернення особи із клопотанням до слідчого, прокурора, суду про намір повернутися до цієї або іншої військової частини або до місця служби для продовження проходження військової служби;

– прокурор або суд повинен також отримати письмову згоду командира (начальника) військової частини (установи) про можливість продовження проходження військової служби таким підозрюваним або обвинуваченим (ч. 2 ст. 286 КПК України). Така згода має бути додана до клопотання прокурора.

Відмітимо незрозумілу диференціацію термінології у ст. 401 КК України, ст. 288 КПК України та ст.ст. 286, 287 КПК України, адже у першій групі норм йдеться про «військову частину або місце служби», у другій – про «військову частину (установу)».

Важливо, що КПК України вказує на право самої особи звернутися із клопотанням до слідчого, прокурора, суду про намір повернутися до цієї або іншої військової частини або до місця служби для продовження проходження військової служби, а не її захисника. Це слід визнати логічним, адже лише сама особа може вирішувати, чи бажає вона повернутися до військової частини або до місця служби для продовження проходження військової служби, і тільки вона має давати згоду на звільнення від кримінальної відповідальності. Деякими правниками звертається увага на те, що можуть виникнути питання щодо того, хто ж має виступати ініціатором звернення до командира щодо надання цієї згоди – слідчий, прокурор, суд, сам військовослужбовець чи взагалі командир може зробити це за власною ініціативою) [3]. Зважаючи на те, що звільнення від відповідальності залежить найперше від бажання самого підозрюваного, то навряд є підстави для такого поширювального тлумачення ініціаторів звільнення.

На практиці виявлено недоліки письмових згод командирів (начальників): 1. Документ є не письмовою згодою, а рекомендаційним листом, або листом-відношенням, або ж просто супровідним листом. Зокрема, у справі № 759/14857/24 сторона захисту надала рекомендаційний лист, згідно з яким «військова частина попередньо вивчила та відібрала кандидата для проходження військової служби ... і в разі, якщо буде виявлено, що він не відповідає вимогам до проходження військової служби, повідомити про причини військової частини». Однак суд звернув увагу на те, що такий рекомендаційний лист не містить гарантій проходження обвинуваченим військової служби у цій в/ч, а тому відмовив стороні захисту у закритті кримінальної справи на підставі ч. 5 ст. 401 КК України. 2. Неправильно вказаний адресат письмової згоди. 3. Не вказано реквізити кримінального провадження, в рамках якого командир в/ч надає свою згоду військовослужбовцю на повернення [4]. Зважаючи на те, що прокурору та слідчому достеменно відомо, який номер кримінального провадження, у якому підозрюваним є конкретна особа, останній недолік видається більше формальним, ніж сутнісним, і не мав би впливати на вирішення клопотання, якщо немає сумнівів, про яке кримінальне провадження йде мова.

До проблемних питань по письмовим згодам слід віднести і те, що ні КК України, ні КПК України не уточнюють, командир (начальник) якої з двох можливих військових частин (установ) дає згоду. На практиці це питання виникало. Зокрема, суд зазначив, що до вчинення кримінального правопорушення обвинувачений ОСОБА_4 проходив військову службу у військовій частині НОМЕР_1, однак на разі у матеріалах справи відсутня письмова згода командира (начальника) військової частини (установи) на продовження проходження останнім військової служби, не надана така згода і обвинуваченим та його захисником одночасно із поданням клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності. На підставі викладеного, суд приходить до висновку про необхідність звернутися до військової частини НОМЕР_1 для отримання відповіді про можливість повернутися для проходження військової служби обвинуваченим ОСОБА_4. Щодо клопотання захисника про

врахування бажання обвинуваченого проходити службу також в інших військових частинах, суд зазначає, що воно не містить застереження щодо наявності згоди командирів вказаних військових частин на продовження військової служби чи прохання до суду щодо вжиття будь-яких заходів з цього приводу. Окрім того, абз. 2 ч. 2 ст. 286 КПК України не передбачає обов'язку суду отримувати відповідні згоди командирів військових частин альтернативно за вибором обвинуваченого, а відповідно суд лише врахує під час подальшого розгляду кримінального провадження та відповідно поданого клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності ОСОБА_4 [5]. При цьому є ухвали, з яких, судячи з нумерації військових частини видно, що військова служба продовжуватиметься в іншій військовій частині [6; 7].

Як пише А. Сидор, в деяких випадках суди зобов'язують: спочатку поновити особу на військову службу командиром тієї в/ч, з якої вчинено СЗЧ/дезертирство; потім цій же в/ч підготувати документи для переміщення військовослужбовця до іншої в/ч, яка надала письмову згоду; командування обох в/ч в таких випадках зобов'язують повідомити суд про виконання стан ухвали (справа № 756/14546/24). Таке рішення видається правильним та покликане запобігати зловживанням командирів з попередньої в/ч, які відмовляються або затримують відправку особою справи до іншої в/ч, яка надала згоду на повернення військовослужбовця. Однак, зобов'язання накладаються судом лише на попередню військову частину. Звичайно, що краще було б встановлювати в ухвалі обов'язок і для тієї в/ч, яка погодилась його прийняти, для уникнення суперечностей між двома в/ч на етапі виконання судового рішення [4]. Утім, такий механізм є ускладненим, а формулювання ч. 5 ст. 401 КК України, як і положення КПК України, не заперечують можливості продовжити службу в іншій військовій частині, адже у ч. 5 ст. 401 КК України указано бажання повернутися до «цієї або іншої військової частини або до місця служби». Тим більше, що надалі переміщення може бути ускладнене в силу специфіки військової служби.

Слушними є застереження про значні корупційні ризики в ситуації, коли можливість звільнитися від кримінальної відповідальності залежить по суті від волі командира ВЧ [8]. Утім, навряд можливо запропонувати інший підхід, адже саме командир (начальник) надалі нестиме відповідальність за цього військовослужбовця.

Обов'язок доказування, за правилами ст.ст. 91, 92 КПК України покладається на сторону обвинувачення. Слід погодитися з думкою, що «прокурор на стадії досудового розслідування має виключне повноваження ініціювати вирішення питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності, яке він реалізує шляхом складання і направлення до суду відповідного клопотання, що фактично оформлює попереднє вирішення ним даного питання» [2, с. 193-194].

За КПК України отримати згоду письмову згоду командира (начальника) військової частини (установи) про можливість продовження проходження військової служби таким підозрюваним має прокурор, що впливає з положень ст.ст. 91, 92 КПК України та прямо зазначено у ст. 286 КПК України. Утім, задля успішності реалізації права на звільнення від кримінальної відповідальності сторона захисту може проявити активність у доказуванні, у тому числі шляхом звернення до командира (начальника) військової частини (установи) для отримання

його письмової згоди. Слушно пропонується такий практичний алгоритм для військовослужбовця, які вчинив вперше кримінальне правопорушення, передбачене ст. 407 або 408: отримати письмову згоду командира військової частини на продовження проходження такою особою військової служби; звернутися з письмовим клопотанням до слідчого, прокурора або суду про намір повернутися до цієї або іншої військової частини або до місця служби для продовження проходження військової служби. До такого клопотання долучити письмову згоду командира військової частини на продовження проходження такою особою військової служби [8].

Суди окремо встановлюють добровільність згоди звернення підозрюваного з клопотанням [7; 10; 11]. З цим слід погодитись, бо добровільність прямо згадується у ч. 5 ст. 401 КК України.

У судовій практиці є випадки, коли суди до предмету доказування відносять додаткові обставини, наприклад:

– підозрюваний за медичними показниками є придатною до служби особою, на обліку у психіатра та нарколога не перебуває [9];

– підозрюваний визнав свою вину та щиро розкався [12].

Є ухвали, де придатність за медичними показниками до військової служби не оцінюється [13-15]. Питання придатності за медичними показниками до проходження військової служби не входить до переліку питань, які мають у цій процедурі досліджуватися судом: КПК України жодних норм, які б скеровували до протилежного висновку, не містить. Для порівняння, клопотання прокурора у порядку ст. 616 КПК України має містити дані про придатність особи до несення військової служби в умовах воєнного стану.

Що ж до визнання винуватості та щирої каяття, то для цієї підстави звільнення від кримінальної відповідальності, то закон встановлення ні того, ні іншого - не передбачає. ККС ВС вказав, що за змістом статей 284-288 КПК підставами для звільнення особи від кримінальної відповідальності при розгляді справи в суді є наявність відповідної норми кримінального закону, яка передбачає таке звільнення, клопотання сторони кримінального провадження про звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності та згода обвинуваченого на закриття кримінального провадження на цих підставах. Отже, наявність таких умов є правовою підставою для прийняття судом рішення про звільнення підозрюваного, обвинуваченого від кримінальної відповідальності. Визнання підозрюваним, обвинуваченим своєї вини у вчиненні кримінального правопорушення як обов'язкової умови такого звільнення кримінальним процесуальним законом не передбачено [16]. Слушно пише М. Швердін, що в українських судах зберігається практика (як, наприклад, у справі № 235/732/18) вимагати від підозрюваного/обвинуваченого визнання провини. Відповідна вимога не закріплена в жодному нормативно-правовому акті і є доволі вільним трактуванням закону стороною обвинувачення та судом. Для звільнення від кримінальної відповідальності закон вимагає лише згоди підозрюваного/обвинуваченого на таку підставу для закриття кримінального провадження (як, наприклад, у справі № 766/3828/17) [17]. І. Гловюк, аналізуючи практику ККС ВС, зазначає, що згода підозрюваного, обвинуваченого на застосування ним консенсуальної процедури має значення обов'язкової умови її застосування, при цьому КПК України, на відміну від застосування, наприклад,

угоди про визнання винуватості, не вимагає від підозрюваного, обвинуваченого визнання винуватості. По суті, незалежно від внутрішнього відношення до кримінального правопорушення, юридичне значення має лише згода на застосування звільнення від кримінальної відповідальності [18, с. 5].

Отже, для звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 407 КК України, прокурор зобов'язаний з'ясувати, чи:

1) правильно кваліфіковане діяння за ст. 407 КК України або ст. 408 КК України;

2) вперше вчинено кримінальне правопорушення, передбачене ст. 407 КК України або ст. 408 КК України;

3) вчинено кримінальне правопорушення, передбачене ст. 407 КК України або ст. 408 КК України, в умовах воєнного стану;

4) наявне клопотанням підозрюваного про намір повернутися до військової частини або до місця служби для продовження проходження військової служби, і про яку або які військову частину або місце служби йдеться;

5) є волевиявлення підозрюваного добровільним;

6) наявна письмова згода командира (начальника) військової частини (установи) на продовження проходження такою особою військової служби.

Лише за наявності усіх цих обставин може бути складено клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності та скеровано до суду за наявності згоди підозрюваного.

Висновки. Процесуальний порядок реалізації ч. 5 ст. 401 КК України, попри його безсумнівну соціальну обумовленість, має дискусійні питання. Зокрема, потребують уніфікації ст. 401 КК України, ст. 288 КПК України та ст.ст. 286, 287 КПК України у частині формулювань «військову частину або місце служби» та «військову частину (установу)». Є необхідність і в уточненні, командир (начальник) якої з двох можливих військових частин (установ) дає згоду на продовження проходження особою військової служби. Обов'язковими елементами предмета доказування є: кваліфікація за ст. 407 КК України або ст. 408 КК України; вчинення одного з цих діянь вперше; вчинення в умовах воєнного стану; добровільне волевиявлення підозрюваного про намір повернутися до військової частини або до місця служби для продовження проходження військової служби, і про яку або які військову частину або місце служби йдеться; наявність письмової згоди командира (начальника) військової частини (установи) на продовження проходження такою особою військової служби.

Література:

1. Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законів України щодо вдосконалення кримінальної відповідальності за злочини проти встановленого порядку несення або проходження військової служби під час дії воєнного стану» № 3902-IX від 20.08.2024. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3902-20#Text>
2. Кобернюк В. М. Закриття кримінального провадження зі звільненням особи від кримінальної відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2014. 247 с.
3. Боднарчук О., Шевчук А. СЗЧ і дезертирство: другий шанс замість покарання. URL: <https://surl.li/ioidfpu>
4. Сидор А.В. Закриття кримінальних справ щодо військовослужбовців, які вчинили СЗЧ та дезертирство: судова практика (ч. 5 ст. 401 КК України). URL: <https://surl.li/ctixjk>

5. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/124427888>
6. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/124168522>
7. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123187862>
8. Тарасенко Д. Можливість звільнення від кримінальної відповідальності за СВЧ за новим законом № 11322. URL: <https://surl.li/lvclmp>
9. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/122641442>
10. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123455022>
11. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/122696657>
12. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123027629>
13. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/124415125>
14. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123455028>
15. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123996784>
16. ЄДРСР. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98728753>
17. Швердін М. Визнання вини особою при звільненні від кримінальної відповідальності. URL: <https://surl.li/hlubms>
18. Гловюк І.В. Консенсуальні аспекти звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 49 КК України (питання судової практики). Правова політика України: історія та сучасність: матеріали II Всеукраїнського науково-практичного семінару (м. Житомир, 8 жовтня 2021 року). Ж.: Житомирська політехніка, 2021. С. 3-5.

Zinkovskyy I. Proving the existence of grounds for release from criminal liability under Part 5 of Article 401 of the Criminal Code of Ukraine

Summary. This article deals with the application of the ground for release from criminal liability under Part 5 of Article 401 of the Criminal Code of Ukraine. It provides that a person who, during martial law, first committed a criminal offense under Articles 407, 408 of this Code, may be released from criminal liability in accordance with the procedure

provided for by the criminal procedure legislation of Ukraine, if he or she voluntarily filed a petition with the investigator, prosecutor, court about the intention to return to this or another military unit or to the place of service to continue military service and with the written consent of the commander (chief) of the military unit (institution).

The purpose of the article is to highlight the theoretical and practical problematic aspects of proving the exemption from criminal liability under Part 5 of Article 401 of the CC of Ukraine and to provide proposals for their solution.

The author concludes that the procedural procedure for implementation of Part 5 of Article 401 of the CC of Ukraine, despite its undoubted social relevance, has debatable issues. In particular, Article 401 of the CC of Ukraine, Article 288 of the CPC of Ukraine and Articles 286, 287 of the CPC of Ukraine need to be unified in terms of the wording 'military unit or place of service' and 'military unit (institution)'. There is also a need to clarify which of the two possible military units (institutions) the commander (chief) of which gives consent to the person's continuation of military service.

In this case, the mandatory elements of the subject matter of proof are: qualification under Article 407 of the Criminal Code of Ukraine or Article 408 of the Criminal Code of Ukraine; committing one of these acts for the first time; committing under martial law; voluntary expression of the suspect's intention to return to the military unit or place of service to continue military service, and which military unit or place of service is in question; written consent of the commander (chief) of the military unit (institution) to continue military service by the person.

Key words: exemption from criminal liability, martial law, petition, consent, prosecutor, evidence, suspect, accused, court.