

## ПРОБЛЕМАТИКА ІНКРИМІНУВАННЯ СТАТТІ 402 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ «НЕПОКОРА»

### PROBLEMATIC OF INCRIMINATION ARTICLE 402 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE “INSUBORDINATION”

Глубока М.В., студентка III курсу факультету прокуратури  
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Військове право України пройшло доволі страдницький шлях свого формування. На відміну від західних держав, які вкладали значну частину коштів у фінансування обороноздатності своїх держав, покладали багато зусиль за для врегулювання питань військового характеру у правовому полі, в Україні до 2014 року ставлення до цих важливих аспектів життєздатності держави частково нагадувало ставлення до кібернетики і генетики у радянські часи. Історичний підтекст, у якому знаходилась наша держава весь цей час, не міг не позначитись на якості правового регулювання: військове законодавство містить велику кількість прогалин та суперечностей.

Зі вторгненням російського окупанта на всю територію України у 2022 році, неврегульовані аспекти військового права перетворились на масштабну проблему. Адже нормативно-правові акти закріплювали положення, що стосуються воєнного стану, в мирній обстановці або ж на початку розвитку цих подій. Зрозуміло, що завчасно передбачити всі рішення, які будуть необхідними за цих обставин, неможливо. Хоча не можна оминати те, що Верховна Рада України досить швидко прийняла низку законодавчих змін до нормативно-правових актів, зокрема і до Кримінального Кодексу України. Зазначені зміни стосувались легалізації нових складів кримінально протиправних діянь, посилення кримінальної відповідальності військовослужбовців тощо.

Попри швидку реакцію парламенту на виклики нового часу, законодавство країни досі має хитке становище на військовому поприщі через існування великої кількості колізій і прогалин. Не виняток і військові кримінально протиправні діяння проти військової дисципліни, одним із яких є непокора. Реєстр судових рішень поповнився справами, де військовослужбовці обвинувачуються у відкритій відмові виконати наказ начальника з різних мотивів: за станом здоров'я, наявність розбіжностей у розумінні подальшого плану дій рядового та начальника, небажання виконувати наказ начальника через страх, особисті чи релігійні переконання особи та інше. У нашій роботі ми досліджуємо питання кваліфікації діянь осіб як непокори, розкриваємо прогалини чинного законодавства та зазначаємо шляхи їх подолання.

**Ключові слова:** непокора, військовослужбовець, явно кримінально протиправний наказ, розпорядження, законний наказ, релігійні переконання, воєнний стан, особливий період, невійськова (альтернативна) служба.

The military law of Ukraine has undergone a difficult path in its formation. Unlike Western countries, which invested a significant portion of their funds in financing the defense capabilities of their states and made great efforts to regulate military matters in the legal field, in Ukraine until 2014, the attitude towards these important aspects of state viability partially resembled the attitude towards cybernetics and genetics during Soviet times. The historical context in which our state has been situated all this time has affected the quality of legal regulation: military legislation contains a large number of gaps and inconsistencies.

With the invasion of the Russian occupant throughout the territory of Ukraine in 2022, the unresolved aspects of military law became a massive problem. Normative legal acts established provisions relating to martial law in peacetime or at the beginning of these events. Of course, it is impossible to anticipate all the necessary decisions in advance under these circumstances. However, it cannot be ignored that the Verkhovna Rada of Ukraine quickly adopted a series of legislative changes to normative legal acts, including the Criminal Code of Ukraine. These changes concerned the legalization of new types of criminal offenses, strengthening criminal liability for military personnel, and other issues.

Despite the parliament's quick response to the challenges of the new era, the legislation of the country still has a precarious position on the military front due to the existence of a large number of collision and gaps. Military criminal acts against military discipline, such as insubordination, are no exception. The register of court decisions has been replenished with cases where military personnel are accused of open refusal to obey an order from a superior for various reasons, such as health conditions, discrepancies in understanding the further action plan between a lower-ranking soldier and a superior, unwillingness to obey a superior's order out of fear, personal or religious beliefs, etc. In our work, we explore the issue of qualifying the actions of individuals as insubordination, reveal gaps in current legislation, and indicate ways to overcome them.

**Key words:** insubordination, military personnel, patently criminal order, command, lawful order, religious beliefs, martial law, special period, non-military (alternative) service.

Повномасштабне вторгнення Російської Федерації на територію України кинуло багато викликів нашій державі. Одним із них стало урегулювання недосконалостей норм військового права. Під час воєнного стану доволі розповсюджені випадки порушення військової дисципліни з боку військовослужбовців, проте не завжди вони є винуватими у вчиненні кримінальних правопорушень і підлягають відповідальності. Органічно і те, що з введенням воєнного стану зросла кількість кримінальних проваджень проти порядку несення військової служби – з 1,6 тис. до 4,4 тис. (збільшення на 270%, але кількість направлених до суду з обвинувальним актом кримінальних проваджень збільшилась лише на 22%). Збільшення відбулось за рахунок статей 407 «Самовільне залишення військової частини або місця служби», 408 «Дезертирство» і 402 Кримінального кодексу України (далі – КК України) «Непокора». У 2022 році їх обліковано, разом, 3188, у порівнянні з 71 у 2021 році. До суду направлено 449 кримінальних проваджень [1].

Зважаючи на інтерес суспільства до проблеми інкримінування військовослужбовцям статті 402 КК України,

велику кількість прогалин і упущень чинного законодавства, вважаємо за необхідне розглянути проблематику кваліфікації діянь особи як непокори.

Кримінальне правопорушення, передбачене статтею 402 КК України, вчиняється шляхом відкритої відмови виконати наказ начальника (непокори) або в іншому умисному невиконанні наказу.

Проблемним моментом є те, що ні КК України, ні Дисциплінарний статут Збройних Сил України не закріплюють поняття «наказу», що у свою чергу може спричинити його широке тлумачення і, відповідно, надмірну криміналізацію діянь військових.

Втім, коментар до статті 402 КК України містить наступну дефініцію: наказ (розпорядження) – це обов'язкова для виконання вимога командира (начальника) про вчинення або невчинення підлеглим певних дій по службі. Він може бути звернений до одного або до групи військовослужбовців і має за мету досягнення конкретного результату (зробити щось, не робити чогось) [2].

Також відповідно до Наказу Служби безпеки України «Про затвердження Порядку виплати винагороди військо-

вослужбовцям Служби безпеки України за безпосередню участь у воєнних конфліктах, в заходах із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації чи в антитерористичній операції, інших заходах в умовах особливого періоду» із змінами і доповненнями від 23 липня 2018 року № 1248 бойовий наказ (розпорядження) – рішення начальника підрозділу (групи тощо) про виконання підрозділом (групою тощо) бойових завдань (заходів, у тому числі оперативно-бойових), яке доводиться усно (в тому числі технічними засобами зв'язку) з подальшим занесенням у відповідні документи, письмово або графічно на карті, з можливістю уточнення під час їх виконання [3].

Виникає цілком логічне питання: в даному випадку наказ прирівнюється до розпорядження чи передбачає вибірковість, а, отже, розмежовує ці поняття? Згідно з Бойовим статутом механізованих і танкових військ Сухопутних військ Збройних Сил України від 25.05.2016 року № 238 бойові завдання підпорядкованим підрозділам ставляться бойовим наказом (у бою – бойовим розпорядженням), який віддається голосом або доводиться технічними засобами зв'язку, а також встановленими сигналами. Бойовий наказ (бойове розпорядження) повинен викладатися коротко і зрозуміло. У бойовому наказі командир взводу вказує: у першому пункті – стислі висновки із оцінки противника (склад, положення, характер можливих дій противника, місця розташування його вогневих засобів); у другому пункті – завдання, які виконуються силами і засобами старшого командира (начальника) в інтересах дій підрозділу, а також завдання сусідів; у третьому пункті – бойове завдання взводу та порядок його виконання; у четвертому пункті (після слова «наказую») – бойові завдання відділенням (танкам), доданим підрозділам і вогневим засобам, а також елементам бойового порядку (групам), що створюються; у п'ятому пункті – витрата ракет і боеприпасів на виконання бойового завдання; у шостому пункті – час готовності підрозділу до бою (дій); у сьомому пункті – своє місце і заступника. У бойовому розпорядженні командир вказує: відомості про противника; об'єкти і цілі на напрямку дій підрозділу, які уражаються засобами старшого командира; бойові завдання підпорядкованим підрозділам та доданим силам і засобам. У разі потреби у бойовому розпорядженні можуть бути вказані й інші дані [4].

До того ж відповідно до пункту 6 Дисциплінарного статуту Збройних сил України право командира – видавати накази і розпорядження, а обов'язок підлеглого – їх виконувати, крім випадку віддання явно злочинного наказу чи розпорядження [5]. Стаття 41 КК України також розмежовує документи у формі наказу або розпорядження [6].

Слідуючи логіці, можемо зробити висновок, що поняття бойового наказу відмінне від бойового розпорядження. Також можна припустити, що відмова виконувати саме бойове розпорядження несе за собою більшу суспільну небезпечність, адже зроблене в обстановці бою, де фактори швидкості, дисциплінованості грають вирішальну роль, а отже, і межі відповідальності будуть ширшими. Проте однією з підстав відповідальності за статтею 402 КК України є відкрита відмова виконати саме наказ начальника, а не розпорядження. З огляду на це вважаємо за необхідне: 1) закріпити на законодавчому рівні поняття «наказу»; 2) дати визначення також і поняттю «розпорядження»; 3) виключити в частині 4 статті 402 КК України конструкцію «в бойовій обстановці» і передбачити відповідальність за відкриту відмову виконувати розпорядження начальника, а також інше умисне невиконання розпорядження.

Варто зазначити, що особа, яка відкрито відмовилась від виконання наказу начальника, звільняється від відповідальності за відмову виконувати явно кримінально протиправний наказ. Згідно зі статтею 41 КК України наказ або розпорядження є законними в таких випадках:

- 1) якщо відданий у належному порядку;
- 2) якщо відданий відповідною особою в межах її повноважень;
- 3) який за змістом не суперечить чинному законодавству;
- 4) якщо не пов'язаний із порушенням конституційних прав і свобод людини й громадянина.

Коментар до статті 402 КК України окреслює ознаку «явної кримінальної протиправності» як очевидний, зрозумілий як для того, хто його видає, так і для того, кому він адресований, кримінально протиправний характер [2]. Тобто в момент віддання наказу, ознака кримінальної протиправності є повністю оцінюваною категорією. У такому разі, ми вважаємо за доцільне окреслити межі, провести граничну лінію між очевидно і неочевидно кримінально протиправним наказом у судовій практиці, позиції Верховного Суду України або ж закріпити перелік протиправних наказів начальника.

На жаль, не є одиничними випадки, коли керівництво видає наказ на відправку до зони бойових дій мобілізованих бійців без військової підготовки. Знову ж таки виникає питання, чи може бути визнано такий наказ явно кримінально протиправним. Щодо цього можемо зазначити наступне: нікого не можна відправляти до зони бойових дій без підготовки відповідно до статті 29 Закону України «Про військовий обов'язок та військову службу», тому що військовозобов'язані та резервісти повинні пройти навчальні, перевірочні та спеціальні збори [7], тож наказ відправити мобілізовану особу без підготовки на війну – явно кримінально протиправний. Тому в даному випадку особа не буде нести відповідальність за непокору. Однак чинним законодавством не визначено строк проходження такого навчання. Так, термін підготовки перед відправленням на фронт залежить від командирів, у яких в підпорядкуванні опиняється новий військовий.

Наразі до Верховної Ради України надійшов законопроект №9050, зареєстрований 22 лютого 2023 року «Про внесення змін до статті 39 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» щодо мінімального терміну військової підготовки мобілізованих». У ньому пропонується допускати людей без бойового досвіду до виконання завдань на фронті після щонайменше трьох місяців підготовки. Крім того, мобілізовані, які протягом останніх п'яти років до мобілізації не мали досвіду проходження військової служби або навчальних зборів за відповідною військово-обліковою спеціальністю, можуть бути направлені у зону бойових дій та допущені до виконання бойових завдань після не менше ніж одного місяця підготовки за відповідною військово-обліковою спеціальністю (або швидше – за добровільної письмової згоди мобілізованого) [8].

Станом на квітень 2023 року законопроект опрацьовується в комітеті: у першому читанні Міністерство оборони України не підтримало дану ініціативу, Міністерство фінансів відправило на доопрацювання, Державна прикордонна служба України підтримала законопроект із зауваженнями. Для порівняння: законопроект №8271 про посилення відповідальності військовослужбовців прийняли за 5 днів. Ми вважаємо, що прийняття Верховною Радою України згаданої ініціативи стане позитивною практикою для країни.

Натомість якщо особа виконала явно кримінально протиправний наказ – підлягає кримінальній відповідальності за відповідне правопорушення. Така норма витікає з вироку Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі 1945–1946 років, в якому зазначалось: «...більшість звинувачених заявили у свій захист, що вони виконували накази керівництва, а тому і не несуть відповідальність за дії, здійснені під час виконання цих наказів. Проте той факт, що військовик розстрілював та катував, виконуючи наказ та порушуючи міжнародні закони війни, ніколи не

визнавався важливим аргументом проти засудження за такі дії».

Ці принципи надалі було втілено у Додаткових протоколах 1977 року до Женевських конвенцій 1949 року: «Будь-яка особа, що видала наказ, який порушує положення Конвенцій та протоколів, є винною у здійсненні військового злочину. Виконавець такого наказу також є злочинцем». Протоколи підтвердили також і правила Статуту Нюрнберзького трибуналу, а саме стаття 8, яка встановлює наступне: «той факт, коли підсудний діяв за розпорядженням уряду або наказу начальника, не звільнює його від відповідальності». У свою чергу стаття 60 Конституції України визначає: «Ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази. За віддання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність». Ці конституційні положення знайшли своє відображення у Дисциплінарному статуті Збройних Сил України та Інструкції «Про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України» [9].

Цікавим є регулювання питання непокори через релігійні переконання військовослужбовця. У статті 35 Конституції України визначено, що кожен має право на свободу світогляду і віросповідання. Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культу і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність [10].

Частина 1 статті 6 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» містить гарантію реалізації згаданого конституційного права – військовослужбовці вправі сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, відкрито висловлювати свої релігійні або атеїстичні переконання. Проте уже в частині 3 цієї ж статті закріплено, що військовослужбовці не мають права відмовитися або ухилитися від виконання обов'язків військової служби з мотивів релігійних переконань та використовувати службові повноваження для релігійної чи атеїстичної пропаганди [11]. У зв'язку з цим відмова військовослужбовця виконати наказ начальника через віросповідання є неправомірним, а тому тягне за собою кримінальну відповідальність за статтею 402 КК України.

Щодо відмови захищати країну через погляди, несумісні з вбивством, показовою є судова практика, а саме Вирок Тячівського районного суду Закарпатської області від 4 квітня 2023 року № 307/490/23. Суд не прийняв до уваги пояснення особи в частині відмови від призову через його погляди, які не дозволяють убивати і ненавидіти людей, оскільки статтею 115 КК України дано конкретне і однозначне визначення, що вбивство – це умисне протиправне заповдіння смерті іншій людині. Суд вважає, що знищення ворога, який зі зброєю в руках вдерся на територію України, вбиває дорослих, старих та дітей, чинить інші воєнні злочини, якраз і є виконанням Конституційного обов'язку по захисту Вітчизни і в жодному разі не може прирівнюватися до вбивства. Тому таке пояснення обвинуваченого суд сприйняв як виправдання свого небажання виконувати свої обов'язки з метою уникнути покарання за вчинений злочин. Також суд зазначив, що дії винного можуть стати негативним прикладом для інших військовозобов'язаних, підривають обороноздатність країни, а тому не врахував пом'якшуючі обставини, відсутність обтяжуючих, особу винного і навіть те, що виправлення винного можна досягти без застосування покарання у вигляді позбавлення волі. Особі призначили покарання у вигляді позбавлення волі строком на 3 роки [12].

У Законі України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» передбачена можливість нести альтернативну (невійськову) службу, якщо виконання військового обов'язку суперечить релі-

гійним переконанням і особа належить до діючих відповідно до законодавства релігійних організацій, врівнення яких не допускає користування зброєю. Однак чинне законодавство має велику прогалину: у Законі України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» порядок проходження альтернативної (невійськової) служби військовозобов'язаними в особливий період і на час воєнного стану не встановлюється, як наслідок альтернативна (невійськова) служба за таких обставин не застосовується.

У цьому аспекті слід наголосити, що особи мають право на несення альтернативної (невійськової) служби і в особливий період, і у воєнний стан. Підтвердженням цього є також і пункт 3 Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні»: «У зв'язку із введенням в Україні воєнного стану тимчасово, на період дії правового режиму воєнного стану, можуть обмежуватися конституційні права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 30-34, 38, 39, 41-44, 53 Конституції України, а також вводиться тимчасові обмеження прав і законних інтересів юридичних осіб в межах та обсязі, що необхідні для забезпечення можливості запровадження та здійснення заходів правового режиму воєнного стану, які передбачені частиною першою статті 8 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» [13]. Отже, право військовослужбовців на свободу світогляду і віросповідання, передбачене частиною 1 статті 35 Конституції України, вищевказаним Указом не обмежене.

Якщо звернутись до практики інших країн, то відповідно до статті 12а Конституції ФРН на осіб, які відмовилися нести військовою службу зі зброєю в руках за мотивами віросповідання, покладається обов'язок нести службу, яка не пов'язана з озброєними силами і федеральною прикордонною охороною. Винятком є період стану оборони держави, коли зазначені особи можуть залучатися до служби у сфері постачання збройних сил [14]. У нашій державі такі випадки зазвичай урегульовуються шляхом залучення осіб, релігія яких забороняє користуватись зброєю, до господарського, продовольчого забезпечення війська з дозволу керівництва. Тобто де-факто особи несуть альтернативну (невійськову) службу, але де-юре це питання залишається досі нерегульованим.

**Висновки.** Резюмуючи зазначене, ми переконані у важливості забезпечення основоположної засади у вигляді правової визначеності – закон має бути зрозумілим, легким для сприйняття та тлумачення. Відсутність легальної визначення поняття «наказ», прирівнювання розпорядження до наказу призводить до надмірно широкого тлумачення останнього, а, отже, і до помилок у кваліфікації діянь військових. Позаяк не все те, що сказав начальник є наказом, відповідно не за кожну відмову виконати вказівку начальника військовослужбовець буде підлягати саме кримінальній відповідальності.

Крім цього, ми висвітлили також і відсутність правової визначеності у конструкції «явно кримінально протиправний» наказ. У свою чергу, відсутність чітких меж явної кримінальної протиправності призводить до зловживання буквою закону. Сподіваємось на появу судової практики, яка б внесла ясність – розмежувала явно кримінально протиправний наказ від неявно кримінально протиправного.

Ми також розкрили умову, за якою відкрита відмова виконати наказ начальника, не вважається кримінально каранною. Більше того, відповіли на важливе питання, яке уже не раз підіймалося на просторах інтернету після резонансних історій загибелі наших військових – чи є обов'язковим проходження навчання перед відправленням до «гарячих» точок і чи буде вважатись відмова виконати такий наказ протиправним.

У нашій статті також було порушено питання відмови виконати наказ начальника через релігійні переконання, так як ефективне забезпечення гарантій, наданих державою – головна мета її діяльності. До того ж ми порушили

проблему відсутності врегулювання на законодавчому рівні порядку несення альтернативної (невійськової) служби в особливий період та в умовах воєнного стану. При цьому, Указом Президента України від 24 лютого 2022 року № 64/2022 можливість несення альтернативної (невійськової) служби за таких обставин не обмежена.

## ЛІТЕРАТУРА

1. Як змінилась кримінологічна ситуація в Україні в першому півріччі 2022 року? UPLAN : веб-сайт. URL: <https://uplan.org.ua> <https://uplan.org.ua/iak-zminylyas-kryminolohichna-sytuatsiia-v-ukraini-v-pershomu-pivrichchi-2022-roku/> (дата звернення: 18.04.2023).
2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України ТОМ 2. Мего-Інфо – Юридичний портал № 1: веб-сайт. URL: <http://mego.info> (дата звернення: 18.04.2023).
3. Про затвердження Порядку виплати винагороди військовослужбовцям Служби безпеки України за безпосередню участь у воєнних конфліктах, в заходах із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації чи в антитерористичній операції, інших заходах в умовах особливого періоду: наказ Служби безпеки України із змінами і доповненнями від 23 липня 2018 року № 1248 / Служба безпеки України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0419-16#Text> (дата звернення: 18.04.2023).
4. Бойовий статут механізованих і танкових військ Сухопутних військ Збройних Сил України : наказ командувача Сухопутних військ Збройних Сил України від 25.05.2016 року № 238 / Міністерство оборони України. URL: <https://tck.pl.ua> (дата звернення 18.04.2023).
5. Про Дисциплінарний статут Збройних Сил України : Закон України від 24 березня 1999 року № 551-XIV / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 22–23. ст. 197.
6. Кримінальний Кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. ст. 131.
7. Про військовий обов'язок та військову службу : Закон України від 25 березня 1992 року № 2232-XII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 27. ст. 385.
8. Про внесення змін до статті 39 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» : Проект Закону від 22 лютого 2023 року №9050. URL: <https://itd.rada.gov.ua> (дата звернення 19.04.2023).
9. Василенко О. В. Окремі аспекти відповідальності за порушення норм міжнародного права збройних конфліктів. *International multidisciplinary scientific journal. The art of scientific mind*. 2020. №9. С. 124-125.
10. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. ст. 141.
11. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей: Закон України від 20 грудня 1991 року № 2011-XII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 15. ст. 190.
12. Вирок Тячівського районного суду Закарпатської області від 4 квітня 2023 року № 307/490/23. Реєстр судових рішень : веб-сайт. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109999283> (дата звернення 19.04.2023).
13. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24 лютого 2022 року № 64/2022 / Президент України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text> (дата звернення 19.04.2023).
14. Основний закон Німеччини. *Handbook Germany* : веб-сайт. URL: <https://handbookgermany.de/uk/basic-law> (дата звернення 19.04.2023).