

Військовослужбовець як спеціальний суб'єкт кримінального правопорушення (на прикладі статті 419 КК України)

Курилюк Юрій Богданович¹

Опубліковано	Секція	УДК
12.12.2022	Право	344.131

DOI: <http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.7538277>

Ліцензовано за умовами Creative Commons BY 4.0 International license

Анотація. У статті на основі аналізу сучасних досліджень у сфері кримінального права та чинного законодавства України наводиться кримінально-правова характеристика особи військовослужбовця як суб'єкта кримінального правопорушення. Дослідження ґрунтується на характеристиці суб'єкта кримінального правопорушення, який вчинив порушення правил несення прикордонної служби (ст. 419 КК України).

Визначено, що військовослужбовець як суб'єкт злочинного порушення правил несення прикордонної служби є спеціальним суб'єктом кримінального правопорушення. Такою особою є прикордонник (фізична осудна особа), який досяг 18-ти років та призначений зі складу персоналу підрозділу прикордонної служби у прикордонний наряд з охорони державного кордону України, а також отримав наказ на його охорону.

Військовослужбовець Державної прикордонної служби України як суб'єкт складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України, має володіти такими ознаками: (1) є фізичною особою, яка досягла 18 років, а у деяких випадках понад 20; (2) є осудною особою, яка відповідає вимогам, що висуваються законодавством про військову службу (освітнім, професійним, фізичним тощо); (3) проходить військову службу в Державній прикордонній службі України; (4) отримав у встановленому порядку офіцерське або сержантське/старшинське військове звання; (5) призначений і проходить військову службу в підрозділі Державної прикордонної служби України, який здійснює безпосередню охорону державного кордону України; (6) пройшов безпосередню підготовку до служби в прикордонному наряді; (7) призначений у прикордонний наряд з охорони державного кордону України; (8) отримав наказ на охорону державного кордону України. Наголошено, що перші чотири ознаки характеризують цього військовослужбовця як будь-якого прикордонника, який проходить військову службу в Державній прикордонній службі України, а решта чотири

¹ доктор юридичних наук, професор, почесний академік Академії прикладних наук, професор кафедри теорії та історії держави і права, ВНЗ «Національна академія управління», (вул. Ушинського, 15, м. Київ, Україна, 03151), ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4035-4431>.

– є особливими ознаками, що характеризують його вже як особу, яка може бути суб'єктом складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України.

Ключові слова: військові кримінальні правопорушення, суб'єкт кримінального правопорушення, військовослужбовець, прикордонна служба.

**Military serviceman as a special subject of a criminal offense
(based on the example of the Article 419 of the Criminal Code of Ukraine)**

Annotation. The article, based on the analysis of modern researches in the field of criminal law and the current legislation of Ukraine, provides the criminal-legal characteristics of the person of a military serviceman as a subject of a criminal offense. The research is based on the characteristics of the subject of the criminal offense who committed a violation of the rules of the border guard service (Article 419 of the Criminal Code of Ukraine).

It was determined that a military serviceman as a subject of a criminal violation of the rules of the border guard service is a special subject of a criminal offense. Such a person is a border guard (a sane individual) who has reached the age of 18 years old and has been appointed from the personnel of the border service unit to the border squad for the protection of the state border of Ukraine, and has also received an order for its protection.

A military serviceman of the State Border Guard Service of Ukraine as a subject of the elements of the criminal offense, covered by the Article 419 of the Criminal Code of Ukraine, has to fall in the following characteristics: (1) is an individual reached the age of 18 years old, and in some cases over 20; (2) is a sane person who meets the requirements set forth by the legislation on military service (educational, professional, physical etc.); (3) serves military service in the State Border Guard Service of Ukraine; (4) received the officer or sergeant/senior military rank in the prescribed order; (5) appointed and serving military service in the unit of the State Border Guard Service of Ukraine, which provides direct protection of the state border of Ukraine; (6) has undergone direct training for service in a border unit; (7) appointed to the border squad for the protection of the state border of Ukraine; (8) received an order to protect the state border of Ukraine.

It is emphasized that the first four signs characterize this serviceman as any border guard who serves military service in the State Border Guard Service of Ukraine, and the remaining four ones are special signs that characterize him already as a person who can be the subject of elements of the criminal offense, covered by the Article 419 of the Criminal Code of Ukraine.

Keywords: military criminal offenses, subject of a criminal offense, military serviceman, Border Guard Service.

Вступ

Сучасні виклики та загрози національній безпеці України значною мірою формуються під впливом процесів глобалізації, дій окремих країн, передусім російської федерації, через домінування у світовому співтоваристві та односторонньому, головним чином силовому, вирішенні проблем міжнародної політики. Прагнення нав'язати волю однієї держави решті світу та приниження ролі Ради Безпеки поставили під загрозу систему міжнародної безпеки [1, с. 80].

Стратегією національної безпеки України визначено, що Встановлення миру, відновлення суверенітету і територіальної цілісності України у межах її міжнародно визнаного державного кордону – найвищий пріоритет держави [2]. Ці положення, а також останні суспільно-політичні події в Україні, свідчать про те, що стабільний розвиток нашої держави тісно пов'язаний із безпекою її кордонів.

Практика показує, що більшість загроз національним інтересам України формуються та мають передумови до зародження саме в межах прикордонних територій. Звідси вони розповсюджуються через державний кордон, втягуючи в свою систему або пособництво місцеве населення [1, с. 80].

Сучасна прикордонна політика у сфері протидії злочинності являє собою комплекс політико-правових заходів, спрямованих на протидію злочинності у прикордонному просторі усіма наявними в арсеналі держави політичними заходами і правовими засобами з огляду на основні характеристики суспільства, в якому така політика застосовується.

Злочинні групи на державному кордоні у ході своєї діяльності вдаються до насилля, відмивають величезні суми грошей, підкупають посадових осіб, а також наносять шкоду та загрожують економічній і фінансовій системі держави. Саме тому національні інтереси держави у цій сфері потребують консолідації зусиль державних інституцій щодо обмеження економічних і соціально-політичних основ злочинності, опрацювання системи засобів правового, спеціального та іншого характеру для ефективного припинення злочинності, для захисту життєво важливих інтересів держави від злочинних посягань, для створення системи контролю за рівнем злочинності.

При цьому, що особливо небезпечно, злочинна ініціатива, найчастіше, виходить від посадових осіб, покликаних якраз з нею боротися – правоохоронних органів. Адже злочинність як системне явище здатна вражати всі елементи державного механізму: державну правотворчість, державне виконавство та правоохоронну систему, а також військову службу. Сьогодні злочинність і корупція є одними з найбільш гострих проблем для державної військової організації. Інформація про злочинні прояви у військово-службовій сфері міститься як в періодичній пресі, науковій та публіцистичній літературі, так і в статистиці органів військової юстиції та даних соціологічних опитувань. Армія є одними з найбільш закритих державних інститутів. З одного боку, це цілком обґрунтовано, враховуючи завдання, які стоять перед цією службою, з іншого – це створює благодатні умови для свавілля і протиправної діяльності.

Мета цієї статті полягає у науково обґрунтованій характеристиці особи військовослужбовця як суб'єкта кримінального правопорушення, спираючись на характеристику суб'єкта злочинного порушення правил несення прикордонної служби (ст. 419 КК України).

Результати

Суб'єкт є одним з основних елементів складу будь-якого кримінального правопорушення, що має відповідну сукупність ознак. Там, де відсутні ознаки суб'єкта свідчить про відсутність складу кримінального правопорушення і, відповідно, підстав кримінальної відповідальності [3, с. 118]. З'ясування проблеми суб'єкта кримінального правопорушення є важливим у теоретичному сенсі та відіграє немаловажну роль під час кваліфікації кримінального правопорушення. Питання про суб'єкта кримінального правопорушення за своєю суттю є питанням про особу, яка вчинила протиправне діяння і підлягає кримінальній відповідальності. Це прямо впливає з найменування розділу IV Загальної частини КК України: «Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності (суб'єкт кримінального правопорушення)» [4, с. 139].

У процесі здійснення правоохоронної діяльності та правосуддя постає питання про статус особи, винної у вчиненні злочинного діяння. Правильне вирішення цього питання має надзвичайно велике значення для забезпечення прав та інтересів правосуддя, дотримання принципу законності, індивідуалізації кримінальної

відповідальності та покарання [5, с. 122]. Водночас, як відмічає І.О. Хар, розроблення в науці кримінального права з цього питання можуть бути сприйняті практикою лише в тому випадку, якщо достатньою мірою конкретизовані та базуються на реальних умовах життя суспільства, мають правові та соціальні основи, які піддаються оцінці з боку кримінального закону [6, с. 90].

Вірне визначення ознак суб'єкта кримінального правопорушення дає змогу уникнути помилок у діяльності слідчих і судових органів, особливо коли мова йде про них як про службових (посадових) осіб. Наукова думка щодо визначення військовослужбовця як суб'єкта злочинного порушення правил несення прикордонної служби є неоднаковою та різниться своїм наповненням. Об'єктивно кажучи, ці погляди можна умовно розділити на дві групи:

1) ті, що вважають суб'єктом цього кримінального правопорушення виключно військовослужбовця;

2) ті, що визнають суб'єктом особу.

Слід зауважити, що останні надають визначення суб'єкта кримінального правопорушення, не виходячи за межі викладеного у диспозиції ст. 419 КК України, а саме, що суб'єктом може бути лише особа, яка входить до складу наряду з охорони державного кордону України [7, с. 18; 8, с. 16]. Деякі дослідники навіть звужують законодавче визначення, вважаючи, що суб'єктом цього військового кримінального правопорушення є особа, яка входить до складу наряду по охороні кордону [9, с. 123; 10, с. 957], і не конкретизують, чи це державний кордон або ж якийсь інший.

Друга група дослідників суб'єктом, який може нести кримінальну відповідальність за порушення правил несення прикордонної служби, вважають: військовослужбовця, який належить до складу наряду з охорони державного кордону [11, с. 1210]; лише військовослужбовців, які призначені до складу наряду по охороні державного кордону [12, с. 504]; тільки військовослужбовець, який входить до складу наряду з охорони державного кордону України [13, с. 619]; тільки особа з числа військовослужбовців, яка входить до складу наряду з охорони державного кордону України [14, с. 123].

Білоруський дослідник професор О.В. Барков суб'єктом цього кримінального правопорушення вважає військовослужбовця прикордонних військ, який входить до складу наряду з охорони державного кордону Республіки Білорусь та отримав наказ на охорону державного кордону [15, с. 1017], а група казахських дослідників під керівництвом професора І.Ш. Борчашвілі вважають суб'єкта «спеціальним, тобто ним може бути тільки особа, що входить до складу наряду з охорони кордону, яка виділяється з числа військовослужбовців прикордонної застави та оголошується на бойовому розрахунку» [16, с. 871].

У чому полягають недоліки окреслених наукових позицій?

По-перше, майже всі з поданих наукових визначень суб'єкта злочинного порушення правил несення прикордонної служби не наголошують на тому (хоча, звісно, це зрозуміло саме собою), що суб'єкт досліджуваного військового кримінального правопорушення – спеціальний.

По-друге, як ми відзначали, деякі з дослідників звужують законодавче визначення суб'єкта цього кримінального правопорушення, що є неприпустимим.

По-третє, важливим у визначенні суб'єкта складу правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України, є зазначення не лише того, що особа входить до складу прикордонного наряду, а й що це наряд з охорони державного кордону. Ця обставина дає змогу наголосити на тому, що особа здійснює охорону відповідної ділянки державного кордону, а не перебуває в «наряді на роботах» в ідальні прикордонної комендатури [17, с. 362].

Для правильного з'ясування суб'єкта злочинного порушення правил несення прикордонної служби необхідно:

- визначитися з поняттями й ознаками загального та спеціального суб'єктів кримінального правопорушення;
- розкрити поняття військовослужбовця та особи, яка входить до складу наряду з охорони державного кордону України, окреслити особливі ознаки, якими має володіти остання;
- встановити мінімальний вік, по досягненню якого особа може нести службу в прикордонному наряді;
- визначитись із переліком осіб, які не можуть нести ознаки суб'єкта правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України.

З філософської точки зору, під поняттям «суб'єкт» (від лат. *subjectus* – той, що лежить знизу, що знаходиться в основі) – це носій предметно-практичної діяльності та пізнання, джерело активності, спрямованої на об'єкт [18, с. 348].

Сучасне тлумачення суб'єкта злочину відповідає поняттю загального суб'єкта, з огляду на що запропоновано нове його визначення, згідно з яким це – фізична, осудна або обмежено осудна особа, що вчинила злочин у віці, з якого відповідно до положень КК України може наставати кримінальна відповідальність, [19, с. 19].

У ч. 1 ст. 18 КК України визначено, що суб'єктом кримінального правопорушення є фізична осудна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність. Доктриною кримінального права визнаною є позиція, яка перекликається із законодавчим визначенням, що суб'єктом кримінального правопорушення є особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, – це фізична особа, що досягла віку кримінальної відповідальності та осудна [20, с. 728]. Ці ознаки обов'язкові, притаманні кожному суб'єкту та характеризують його загальне поняття. Однак законодавець під час конструювання певних складів кримінальних правопорушень окрім цих ознак вказує на інші, які є додатковими (спеціальними) ознаками суб'єкта складу таких кримінальних правопорушень. Тому законодавець у ч. 2 ст. 18 КК України визначив поняття спеціального суб'єкта, яким є фізична осудна особа, яка вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, кримінальне правопорушення, суб'єктом якого може бути лише певна особа.

Доктринально поняття «спеціальний суб'єкт» збігається з поняттям «загальний суб'єкт зі спеціальними ознаками», оскільки сама наявність додаткових спеціальних ознак (одиначних чи альтернативних) загального суб'єкта кримінального правопорушення дає змогу встановлювати коло осіб, які можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності у конкретних випадках [21, с. 14].

Виокремлення в кримінальному законодавстві суб'єкта кримінального правопорушення є не тільки одним з обов'язкових елементів складу кримінального правопорушення. Він є основним елементом в тій законодавчій моделі кримінального правопорушення, яку в кожному конкретному випадку «створює» законодавець і наявність якої саме у вчинках суб'єкту і створює [22, с. 94]. Проте, відповідні правовідносини виникають і розвиваються лише в певних її сферах життя, зокрема тих, що забезпечують виконання завдань щодо захисту суверенітету держави та недоторканності її кордону.

Спеціальним суб'єктом правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України, може бути тільки особа, яка володіє додатковою (спеціальною) ознакою, – «входження до складу наряду з охорони державного кордону України», що безпосередньо вказано у диспозиції цієї статті. Однак це не єдина спеціальна ознака, якою має володіти суб'єкт цього кримінального правопорушення.

Законодавцем порушення правил несення прикордонної служби введено до розділу XIX Особливої частини КК України, тобто віднесено до кримінальних правопорушень проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення). Статтею 401 КК України цього розділу окреслене коло суб'єктів військових кримінальних правопорушень. Зі змісту цієї статті випливає, що виконавцями кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 402–435 КК України, можуть бути військовослужбовці Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, Державної спеціальної служби транспорту, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, а також інші особи, визначені законом. Як видно з цього положення, з моменту набрання чинності КК України 2001 р. до теперішнього часу військовослужбовці Державної прикордонної служби України (до серпня 2003 р. – Прикордонних військ України) є суб'єктом військових кримінальних правопорушень, що чітко закріплено ст. 401 КК України, а тому невірною є думка [23, с. 89] щодо віднесення їх до кола осіб, окреслених законодавцем як «інші особи, визначені законом».

Крім того, положення ст. 401 КК України свідчать про ще одну додаткову ознаку, якою характеризується суб'єкт правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України, якою є «перебування особи на військовій службі».

Слід зауважити, що окреслення останніх двох ознак суб'єкта досліджуваного правопорушення як «додаткових» є умовним, оскільки, як відмічає В.О. Навроцький, якщо їх наявність прямо вказана у диспозиції статті Особливої частини КК України, яка передбачає відповідальність за певне кримінальне правопорушення, або однозначно випливає зі змісту кримінального закону, то вони також стають обов'язковими для суб'єкта відповідного складу кримінального правопорушення [24, с. 225–226].

Отже, виходячи з положень кримінального закону, суб'єкт злочинного порушення правил несення прикордонної служби має характеризуватись п'ятьма основними обов'язковими ознаками, які визначають, що особа: 1) є фізичною; 2) досягла певного віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність; 3) є осудною; 4) є військовослужбовцем; 5) входить до складу наряду з охорони державного кордону України.

Ознаки спеціального суб'єкта певною мірою є обмежувальними, бо вони визначають, що те чи інше кримінальне правопорушення може вчинити не будь-яка особа, а тільки та, яка має такі ознаки. Особи ж, які не мають таких ознак, не можуть нести відповідальність як виконавці за конкретним кримінальним законом, у якому зазначено спеціальний суб'єкт [25, с. 143].

Перші три з поданих ознак притаманні кожній особі, а дві інші – конкретній особі, яка вчинила кримінальне правопорушення, що досліджується. При цьому кожна з ознак може містити певні, притаманні лише їй ознаки. Розглянемо ці ознаки.

У теорії українського кримінального права ніколи не заперечувалась думка про те, що суб'єктом кримінального правопорушення є фізична особа. Про це як прямо, так і опосередковано вказується у низці статей КК України, а також це впливає зі змісту нерозривно пов'язаних з кримінальним законом норм кримінального процесуального та кримінально-виконавчого законодавства.

В.О. Навроцький виділяє такі ознаки, якими наділена фізична особа:

1) має своє ім'я, характеризується іншими ознаками, які дозволяють її індивідуалізувати (прізвище, ім'я, по батькові, дата народження, місце народження та проживання);

2) перебуває у системі соціальних зв'язків – є членом суспільства;

3) приймає усвідомлені рішення – контролює свою поведінку, її вчинки контролюються її волею та свідомістю [24, с. 230].

Поряд з цим слід відмітити ще одну ознаку, якою наділена фізична особа. Такою ознакою є «приналежність особи до громадянства певної держави». Як слушно відмічає А.Ю. Строган, відповідно до КК України суб'єктами кримінальних правопорушень можуть бути: громадяни України, особи без громадянства та іноземці, що не володіють дипломатичним імунітетом [26, с. 221–222]. Це саме підтверджено ст. 26 Основного Закону України, якою закріплене рівне користування правами і свободами, а також виконання обов'язків як громадянами України, так й іноземцями та особами без громадянства. Винятки з цього положення можуть бути встановлені Конституцією, законами чи міжнародними договорами України.

Одним з таких винятків, закріплених Конституцією (ч. 1 ст. 65), який безпосередньо торкається теми нашого дослідження, є обов'язок захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності нашої держави. Цей обов'язок покладено виключно на громадян України, що слід розцінювати як особливу ознаку суб'єкта військових кримінальних правопорушень, яким не може бути іноземець чи особа без громадянства.

Чи свідчить це про порушення законодавцем формули «загальний суб'єкт кримінального правопорушення – фізична особа», притаманній для кожної особи, у тому числі для іноземців? Звісно ж, ні! Адже, на нашу думку, можуть бути певні винятки з ознак, що характеризують фізичну особу, відзначені В.О. Навроцьким.

Так, у деяких країнах (передусім мусульманських) для ідентифікації особи має значення тільки рік народження, залишаючи поза увагою її число і місяць, або ж замість «по батькові» за їх національною традицією в паспортних документах зазначаються «по матері». Ці обставини не змінюють «фізичність» особи, яка визначає її приналежність до людини.

Те саме стосується і наявності в особі, яка вчиняє в Україні військове кримінальне правопорушення, українського громадянства. Ця ознака не стільки характеризує фізичну особу як ознаку загального суб'єкта кримінального правопорушення, а здебільшого окреслену вище ознаку спеціального суб'єкта кримінального правопорушення – військовослужбовця, яку ми детальніше розглянемо нижче.

Вищевикладені ознаки передусім свідчать про те, що суб'єктом кримінального правопорушення є жива людина, і ним не можуть бути визнані померлі особи, які перед своєю смертю вчинили протиправне діяння, тварини або предмети. Більш того, у зв'язку з військовою агресією проти України вітчизняним законодавцем внесено зміни до українських нормативно-правових актів і дозволено проходити військову службу в Збройних Силах України іноземцям та особам без громадянства (на контрактній основі, на особливих умовах, що потребує окремого розгляду поза межами цієї статті).

Наступна ознака, що характеризує суб'єкта складу кримінального правопорушення, обумовлює потребу встановлення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, передбачена ст. 419 КК України.

Як кримінально-правова категорія «вік» становить собою встановлену кримінальним законом кількість часу, прожитого особою, а також ступінь її психологічного, фізіологічного і соціального розвитку, що характеризує можливість особи усвідомлювати суспільну небезпеку своїх дій та керувати ними [27, с. 173]. Досягнення особою певного передбаченого кримінальним законом віку є однією із необхідних умов притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності [28, с. 94]. Водночас слід враховувати, що ця ознака тісно пов'язана з іншими ознаками, які слід розглядати в їх сукупності.

У кримінальному законі (ст. 22 КК України) виділяють дві категорії віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність: (1) загальний вік і (2) понижений вік. Встановлюючи нижню вікову межу, по досягненню якої настає кримінальна відповідальність, перша становить 16 років, а друга – 14.

Крім того, змістовний аналіз певних положень Особливої частини КК України вказує на встановлення законодавцем третьої вікової категорії – підвищений вік, з якого за вчинення окремих кримінальних правопорушень є можливість притягнути до кримінальної відповідальності осіб, які старші 16 років.

Підвищений вік, з якого настає кримінальна відповідальність, характерний саме для військових кримінальних правопорушень та, зокрема, передбаченого ст. 419 КК України. Обумовлено це тим, що відповідно до Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» загальний призовний вік становить 18 років, а у деяких випадках знижений до 17-ти.

Вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність за військові кримінальні правопорушення, для кожної категорії військовослужбовців різний, залежно від віку, з досягненням якого особа може бути призваною чи зарахованою на той чи інший вид військової служби [29, с. 616].

Відповідно до українського законодавства Збройні Сили України й інші утворені відповідно до законодавства військові формування, на яких поширюється дія Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу», комплектують свої лави громадянами України в добровільному порядку за контрактом і за призовом.

На військову службу до Державної прикордонної служби України приймають громадян України відповідно до ст.ст. 19 і 20 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу», з повною загальною середньою освітою віком від 17 років, в тому числі тих, яким 17 років виповнюється в рік початку військової служби, а також громадян призовного віку (18 років), які мають вищу професійно-технічну або повну загальну середню освіту і не проходили строкової військової служби, військовозобов'язані. Жінки, які не мають військових звань офіцерського складу, мають відповідну освіту та спеціальну підготовку, приймаються на військову службу по досягненню ними 18-тирічного віку.

Враховуючи вищезазначені виняткові обставини, передбачені законом, ми не можемо погодитись із думкою В.М. Стратонова про те, що суб'єктами військових кримінальних правопорушень можуть бути тільки особи, які досягли 18 років [30, с. 72].

Водночас слід зауважити, що вказаний 17-річний вік передбачений для проходження військової служби військовослужбовцями-курсантами, які відповідно до нормативних документів Адміністрації Держприкордонслужби України до прикордонних нарядів не залучаються, а тому як суб'єкти досліджуваного кримінального правопорушення розглядатись не можуть. Враховуючи цей факт, можна стверджувати, що мінімальна вікова межа, по досягненню якої настає кримінальна відповідальність за вчинення правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України, становить 18 років.

Однак і з цього правила також є деякі винятки, що впливають з особливостей, які характеризують військовослужбовців певних прикордонних нарядів, у які вони призначаються.

Колективом авторів під керівництвом П.А. Шишоліна на підставі чинних законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів сформульовано поняття «прикордонний наряд», під яким розуміється один або кілька озброєних чи спеціально екіпірованих прикордонників, що виконують наказ на охорону державного кордону України [31, с. 174].

Нині зі складу зміни прикордонних нарядів можуть призначатись більше десятка різних видів прикордонних нарядів. Крім того, за рішенням керівника підрозділу з метою здійснення контролю за службою проведення спеціальних заходів з пошуку правопорушників і виконання інших завдань до складу прикордонного наряду можуть призначатись військовослужбовці структурних підрозділів Державної прикордонної служби України, які не входять до складу зміни прикордонних нарядів.

Водночас перебування у складі деяких із наведених прикордонних нарядів військовослужбовців вимагає від особи володіти додатковими професійними вимогами, що безпосередньо пов'язані з його віком.

Так, до складу прикордонного наряду «Старший прикордонних нарядів у пункті пропуску» призначається з числа офіцерів (підготовлених військовослужбовців сержантського і старшинського складу), які мають допуск до самостійного керівництва службою, і є безпосереднім начальником для усього особового складу прикордонних нарядів у пункті пропуску (пункті контролю, контрольному пункті в'їзду-виїзду) [32]. Вказані обставини свідчать, що у цей наряд може бути призначено офіцера або сержанта/старшину, а також про те, що однією з важливих ознак суб'єкта досліджуваного кримінального правопорушення є наявність у особи певного військового звання.

За діючою системою військової освіти військовослужбовці-курсанти отримують первинне військове звання лейтенанта або молодшого лейтенанта (набувають статусу офіцера), як правило, після чотирьох років навчання у закладі вищої освіти або військовому навчальному підрозділі закладів вищої освіти, отримавши диплом бакалавра. Таким чином, курсант стає офіцером по досягненню 21 року, а в деяких випадках – 20 років, у разі якщо 21 рік йому виповнюється в рік закінчення навчання.

Щодо сержантів/старшин то, здійснивши простий розрахунок часу перебування на військовій службі та поступового отримання чергових військових звань від солдата (матроса), яким він стає під час укладання у 18-річному віці контракту, аж до прапорщика, нами встановлено таке. Військовослужбовець Держприкордонслужби України може отримати військове звання сержанта (старшини 1 статті) після двох років військової служби, що впливає з вимог п. 57 Положення про проходження громадянами України військової служби в Державній прикордонній службі України [33].

До інших видів прикордонних нарядів додаткові вимоги, що мають відношення до віку військовослужбовця, не висувуються.

Велике значення для з'ясування кола суб'єктів кримінальних правопорушень проти військової служби має встановлення початкового та кінцевого моменту перебування на військовій службі. Часові межі початку та закінчення військової служби чітко визначено у Законі України «Про військовий обов'язок і військову службу», а отже, ми не зупинятимемося на їх викладенні.

Важливішим у нашому дослідженні є окреслення часових меж перебування військовослужбовця у прикордонному наряді, що є факультативною ознакою об'єктивної сторони кримінального правопорушення та має нормативне закріплення. Відповідно до Інструкції про службу прикордонних нарядів Державної прикордонної служби України встановлено, що прикордонний наряд виконує службові обов'язки щодо охорони державного кордону з моменту отримання наказу на охорону державного кордону до доповіді старшому зміни прикордонних нарядів про прибуття з ділянки відповідальності та результати несення служби. Неврегульованим залишається такий проміжок часу для самого старшого зміни, для якого, імовірно, початком і закінченням часу перебування у прикордонному наряді є момент приймання-передавання служби іншій зміні прикордонних нарядів.

Відповідно до п. 9 ст. 2 Закону «Про військовий обов'язок і військову службу» громадяни України, які призвані або добровільно вступили на військову службу, складають Військову присягу на вірність Українському народу. Трапляються випадки, коли така присяга за певних причин приймається службовою особою відповідного органу військового управління несвоєчасно.

В українській юридичній науці переважаючою є позиція, що факт прийняття чи неприйняття військовослужбовцем Військової присяги не має значення для визначення його суб'єктом військових кримінальних правопорушень (за певних винятків) [34, с. 1076]. Однак існує й протилежний підхід.

На мою думку, прийняття Військової присяги має суто виховний та морально-психологічний характер і не може породжувати якихось правових наслідків, особливо для правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України. Момент складання військовослужбовцем Військової присяги та виникнення військово-службових відносин (початок проходження військової служби) не збігаються. Оскільки, як відзначено вище, початок проходження служби для кожної категорії військовослужбовців диференційований і визначений законодавством. Наприклад, контрактна військова служба розпочинається з моменту набрання чинності контрактом. Складання ж присяги здійснюється з прибуттям до першого місця несення військової служби, а військові традиції, які передбачають урочистість цієї події, можуть затягнути цей процес. Тому варто розуміти, що факт неприйняття військовослужбовцем Державної прикордонної служби України Військової присяги не є визначальним під час визнання його як суб'єкта злочинного порушення правил несення прикордонної служби, а може бути врахований судом як пом'якшуюча обставина.

Однією з найбільш складних і маловивчених у кримінально-правовій науці є проблема осудності, хоча вона і досліджується в різний час у роботах зарубіжних і вітчизняних авторів. Осудність – це обов'язкова ознака суб'єкта складу кримінального правопорушення, яка визначається щодо особи, котра досягла відповідного віку, та полягає в її здатності усвідомлювати своє конкретне діяння, передбачене законом про кримінальну відповідальність, і керувати ним [24, с. 243].

Особливістю будь-якої військової служби, у т.ч. в Державній прикордонній службі України, є обов'язкова відповідність особи, яка її проходить, певним вимогам, що висуваються законодавством про військову службу. Такими вимогами, окрім згаданих нами вище вікових обмежень, освітніх, професійних тощо, є відповідність психологічним і медичним вимогам. Ці обставини, своєю чергою, характеризують відповідні критерії її осудності.

За загальним правилом військовослужбовці, які проходять військову службу в Державній прикордонній службі України, є осудними особами, оскільки під час прийняття на військову службу в передбаченому законом порядку вони проходять відповідний професійно-психологічний і медичний відбір, а також перевірку на відповідність установленим вимогам проходження військової служби. Однак трапляються випадки, коли особи помилково призиваються на військову службу або стали на момент вчинення діяння непридатними до військової служби за станом здоров'я.

У цьому аспекті, погоджуючись з думкою М.І. Карпенка [23, с. 93–94], зазначу, що можливі такі випадки, коли вчинення діяння, передбаченого ст. 419 КК України, є прямим наслідком хвороби або фізичних дефектів суб'єкта, який визнаний на цій підставі непридатним до військової служби, то в цих та інших подібних випадках його дії слід оцінювати з таких законних підстав: а) якщо особа буде визнана неосудною внаслідок психічного захворювання, то її дії не утворюють складу досліджуваного

правопорушення (ч. 2 ст. 19 КК України); б) у тих випадках, якщо особа матиме якісь фізичні або психічні відхилення, але є осудною, то її дії утворюють вказаний склад правопорушення (ч. 1 ст. 19 КК України).

Крім того, суб'єктом цього кримінального правопорушення, виходячи з положень ст. 20 КК України, може бути й обмежено осудна особа у разі наявності у неї психічного розладу, що робить її непридатною або обмежено придатною до військової служби, під час якого військовослужбовець не був здатен певною мірою усвідомлювати свої дії та (або) керувати ними. Наведені обставини можуть враховуватись судом під час обрання винному покарання та призначення йому заходів медичного характеру.

Також, на мою думку, не буде правомірним притягнення до кримінальної відповідальності військовослужбовця й у деяких інших випадках. Зокрема, якщо керівником підрозділу охорони державного кордону свідомо до складу прикордонного наряду з охорони державного кордону буде призначено військовослужбовця, який за рекомендацією медичного працівника звільнений від виконання службових обов'язків за станом здоров'я, та цей військовослужбовець під час несення служби порушить правила несення прикордонної служби, тоді він не може бути притягнутий до відповідальності, передбаченої ст. 419 КК України. За таких обставин відповідальність за спричинені діями військовослужбовця тяжкі наслідки має нести керівник, який призначив його у цей наряд і віддав наказ на охорону державного кордону. Це впливає з обов'язку старшого зміни прикордонних нарядів (особи, яка віддає наказ) під час постановки наказу на охорону державного кордону опитати особовий склад про стан здоров'я та готовності до виконання завдань.

Також не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за порушення правил несення прикордонної служби прикордонник, який не пройшов, відповідно до вимог глави 3 розділу I Інструкції про службу прикордонних нарядів Державної прикордонної служби України, безпосередню підготовку до несення служби в прикордонному наряді. Особою, яка підготовлена до несення служби у прикордонному наряді, слід вважати військовослужбовця, який за 30–40 хвилин до отримання наказу на охорону державного кордону вивчив основні нормативні документи з питань організації охорони державного кордону та прикордонного контролю і пройшов перевірку з їх знання; отримав необхідну службову інформацію; пройшов інструктаж і тренування з особистої безпеки та застосування сили, слідознавства, ідентифікації особи, застосування зброї тощо; підготував до служби зброю, технічні засоби, службових тварин, а також пройшов інші підготовчі заходи. Керівництво безпосередньою підготовкою прикордонних нарядів до служби покладається на старшого зміни прикордонних нарядів, який перед відданням наказу на охорону державного кордону має впевнитись у готовності особового складу до виконання визначених завдань.

Зрештою, не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за ст. 419 КК України військовослужбовець, який не отримав (просто кажучи, не почув) від старшого зміни прикордонних нарядів наказ на охорону державного кордону. Цим наказом усьому особовому складу прикордонного наряду персонально доводиться вид прикордонного наряду, варіант несення служби, ділянка (район, місце), час і графік несення служби, завдання та порядок його виконання, маршрут, порядок використання зброї та техніки тощо. Тому особа, яка не отримала наказ на охорону, не може належним чином виконувати завдання з охорони державного кордону, оскільки їх не отримує.

Окремо слід наголосити на тому, що не нестимуть кримінальної відповідальності як виконавці за злочинне порушення правил несення прикордонної служби керівники підрозділів та органів охорони державного кордону, які не входять до складу

прикордонного наряду. При цьому виходячи з принципів єдиноначальності та підпорядкування, що існують у військах, вони вправі віддавати накази своїм підлеглим, які, своєю чергою, входять до складу прикордонного наряду. За певних обставин такий начальник може виступати як співучасник досліджуваного нами діяння.

Військовослужбовці Державної прикордонної служби України проходять військову службу в її структурних підрозділах від Адміністрації Держприкордонслужби до навчальних закладів і підрозділів спеціального призначення. Однак лише на деяких з них покладено обов'язок здійснювати охорону державного кордону України. Такими підрозділами є органи охорони державного кордону та загони морської охорони. Відповідно до вимог Закону України «Про Державну прикордонну службу України» на перших покладено обов'язок охорони державного кордону України «на суші», а саме на основну структурну ланку (підрозділ) – відділ прикордонної служби. Другі ж, звісно, охороняють державний кордон «на воді», а також здійснюють захист суверенних прав держави в її виключній (морській) економічній зоні та складаються з кораблів та катерів морської охорони. Саме з числа персоналу цих підрозділів призначаються прикордонні наряди.

Інші ж підрозділи, такі як органи забезпечення, авіаційні частини та сама Адміністрація Держприкордонслужби України, не здійснюють безпосередньої охорони державного кордону, виконуючи інші функції, визначені законодавством. Військовослужбовці, які проходять військову службу в цих підрозділах (органах), до прикордонних нарядів не призначаються, а тому суб'єктами злочинного порушення правил несення прикордонної служби бути не можуть [35, с. 160–162].

Отже, суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України, *de jure* може бути виключно військовослужбовець, який перебуває у складі прикордонного наряду. Однак є одне «але»!

Як слушно відзначає О.М. Сарнавський, на етапах реформування Збройних Сил України й інших утворених відповідно до законів України військових формувань велика кількість посад, які раніше підлягали заміщенню лише військовослужбовцями, стала заміщатись цивільними особами. Не стали винятком і посади, на яких діяльність посадових осіб є визначальною для боєготовності військових формувань і спроможності їх виконувати конституційні завдання та функції. Статистичні дані свідчать, що цивільні особи, які обіймають такі посади у військових формуваннях, вчиняють різноманітні за класифікацією кримінальних правопорушень, у тому числі тяжкі й особливо тяжкі [36].

Поступова трансформація Державної прикордонної служби України в правоохоронний орган спеціального призначення та розвиток поглядів ефективності діяльності держави у сфері охорони державного кордону України обумовила потребу зміни стереотипу, що державний кордон охороняють виключно військовослужбовці. Сьогодні прикордонник це не лише військовослужбовець, а й також працівник прикордонної служби, який відповідно до своїх службових повноважень залучається до оперативно-службової діяльності під час виконання завдань з охорони державного кордону та суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні [37, с. 406].

На сучасному етапі розвитку Державної прикордонної служби України на підставі вимог Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» та Положення про проходження громадянами України військової служби в Державній прикордонній службі України [33], в окремих органах охорони державного кордону здійснюється добір цивільних осіб на посади інспекторів прикордонної служби.

У цьому контексті виникає питання про можливість притягнення таких працівників, у разі вчинення ними порушень правил несення прикордонної служби, до кримінальної відповідальності, передбаченої ст. 419 КК України.

Виходячи із законодавчого визначення в ст. 401 КК України кола суб'єктів кримінальних правопорушень, передбачених розділом XIX Особливої частини КК України (до якого включено ст. 419 КК України), цивільні особи не можуть визнаватись суб'єктами цих кримінальних правопорушень. Винятком з цього правила є лише співучасть у вчиненні кримінального правопорушення або визначення в інших законах (ч. 3 ст. 401 КК України). Однак жодним чинним законом України можливість притягнення до кримінальної відповідальності інспекторів-працівників на рівні з інспекторами-військовослужбовцями в Україні не передбачена.

Нині неправомірні дії (в залежності від їх характеру), вчинені під час несення прикордонної служби «цивільними» інспекторами прикордонної служби, кваліфікуються як кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності або як корупційні правопорушення. Водночас, на мою думку, в разі порушення такими особами встановлених правил несення прикордонної служби вони уникають кримінальної відповідальності, передбаченої ст. 419 КК України.

Варто також зауважити, що основним завданням Державної прикордонної служби України поряд із забезпеченням недоторканності державного кордону є здійснення охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні. Диспозицією ст. 419 КК України чітко визначено, що кримінальній відповідальності за це кримінальне правопорушення підлягає особа, яка входить до прикордонного наряду з охорони державного кордону України. Цим законодавець залишає поза увагою як суб'єкта складу кримінального правопорушення військовослужбовців прикордонних нарядів, які здійснюють захист суверенних прав держави в її виключній (морській) економічній зоні, що є неприпустимим і також потребує законодавчих змін.

Висновки

Проведений аналіз нормативно-правових актів показав, що військовослужбовець Державної прикордонної служби України як спеціальний суб'єкт складу правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України, характеризується такими основними ознаками:

- 1) є фізичною особою, яка досягла 18 років, а у деяких випадках понад 20;
- 2) є осудною особою, яка відповідає вимогам, що висуваються законодавством про військову службу (освітнім, професійним, фізичним тощо);
- 3) проходить військову службу в Державній прикордонній службі України;
- 4) отримав у встановленому порядку офіцерське або сержантське/старшинське військове звання;
- 5) призначений і проходить військову службу в підрозділі Державної прикордонної служби України, який здійснює безпосередню охорону державного кордону України;
- 6) пройшов безпосередню підготовку до служби в прикордонному наряді;
- 7) призначений у прикордонний наряд з охорони державного кордону України;
- 8) отримав наказ на охорону державного кордону України.

Перші чотири ознаки характеризують цього військовослужбовця як будь-якого прикордонника, який проходить військову службу в Державній прикордонній службі України, а решта чотири – є особливими ознаками, що характеризують його вже як особу, яка може бути суб'єктом складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 419 КК України.

Список використаних джерел

1. Курилюк Ю.Б. Деякі сучасні кримінально-правові та кримінологічні аспекти забезпечення прикордонної безпеки держави. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2017. Вип. 4(19). С. 80–83.
2. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 вересня 2020 року «Про Стратегію національної безпеки України»: Указ Президента України від 14.09.2020 № 392/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/392/2020#Text> (дата звернення 01.12.2022).
3. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / за заг. ред. проф. О.М. Литвинова. Харків: ХНУВС, 2020. 428 с.
4. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 4-те вид. перероб. і доп. Х.: Право, 2010. 456 с.
5. Кримінальне право України. Загальна частина: навч. посіб. / за заг. ред. О.М. Бандурки. Х.: ХНУВС, 2011. 375 с.
6. Хар І.О. Суб'єкт складу злочину, передбаченого ст. 384 КК України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2012. № 12. С. 89–96.
7. Дячук С. Кримінальна відповідальність за порушення правил несення прикордонної служби. *Право військової сфери*. 2008. № 12. С. 15–20.
8. Бурлака П. Порушення правил несення прикордонної служби: відмежування кримінально караного діяння від адміністративного правопорушення. *Вісник прокуратури*. 2019. № 8. С. 11–18.
9. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини): навч. посіб. / за заг. ред. М.І. Панова. Х.: Право, 2011. 184 с.
10. Кримінальний кодекс України. Наук.-практ. комент. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-е вид., доп. Т. 2: Особлива частина. Х.: Право, 2013. 1040 с.
11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 9-те вид. перероб. і доп. К.: Юридична думка, 2012. 1316 с.
12. Коржанський М.Й. Кримінальне право і законодавство України. Частина Особлива: курс лекцій. К.: Атіка, 2001. 544 с.
13. Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 2. Луганськ: Елтон-2, 2012. 780 с.
14. Карпенко М.І. Військові злочини: характеристика, методика розслідування та запобігання: посібник / за заг. ред. В.К. Матвійчука. К.: ВД «Дакор», 2013. 472 с.
15. Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / под ред. А.В. Баркова, В.М. Хомича. 2-е изд., с изм. и доп. Минск: ГИУСТ БГУ, 2010. 1064 с.
16. Комментарий к уголовному кодексу Республики Казахстан. Общая и Особенная части / под ред. И.Ш. Борчашвили. 2-е изд., испр. и доп. Алматы: Жеті жарғы, 2007. 992 с.
17. Курилюк Ю.Б. Прикордонник як суб'єкт злочинного порушення правил несення прикордонної служби. *Альманах права*. 2013. Вип. 4. С. 361–364.
18. Філософія: навч. посіб. / за ред. І.Ф. Надольного. 7-ме вид., стер. К.: Вікар, 2008. 534 с.
19. Таран Н.Г. Суб'єкт злочину у кримінальному праві України: теоретичні та прикладні проблеми: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / НДІ ПП. Київ, 2019. 226 с.
20. Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: монографія. Х.: ХНУВС, 2001. 384 с.

21. Бараненко Д.В. Спеціальний суб'єкт злочину: кримінально-правовий аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Академія адвокатури України. К., 2009. 19 с.
22. Стрельцов Є.Л. «Нові» категорії спеціального суб'єкту та традиційні оцінки їх ознак. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2012. № 3. С. 94–98.
23. Карпенко М.І. Кримінальна відповідальність за порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) / за заг. ред. В.К. Матвійчука. К.: КНТ, 2006. 232 с.
24. Українське кримінальне право. Загальна частина: підруч. / за заг. ред. В.О. Навроцького. К.: Юрінком Інтер, 2013. 712 с.
25. Кримінальне право України: питання та задачі для підготовки до вступних, семестрових та державних екзаменів: навч. посіб. / за заг. ред. О.М. Джузи. 2-е вид.б перероб. і доп. К.: ЦУЛ, 2011. 392 с.
26. Строган А.Ю. Склад злочину як підстава кримінальної відповідальності: навч. посіб. К.: Атіка, 2007. 424 с.
27. Аніщук В. Вплив віку суб'єкта злочину на кримінальну відповідальність. *Підприємство, господарство і право*. 2019. № 7. С. 172–175.
28. Відповідальність за передбачені Розділом II Особливої частини Кримінального кодексу України злочини у сфері професійної діяльності медичних працівників та спеціальні види тілесних ушкоджень: монографія / за заг. ред. В.О. Глушкова. К.: МНДЦ при РНБО, 2011. 137 с.
29. Гришук В.К. Вибрані наукові праці. Львів: ЛДУВС, 2010. 824 с.
30. Кримінальне право України. Загальна та Особлива частини: навч. посіб. / за заг. ред. В.М. Стратонова. К.: Істина, 2007. 400 с.
31. Збірник основних понять і термінів, які використовуються у повсякденній діяльності Державної прикордонної служби України / за заг. ред. П.А. Шишоліна. Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2004. 75 с.
32. Про затвердження Інструкції про службу прикордонних нарядів Державної прикордонної служби України: наказ МВС від 19.10.2015 № 1261. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1391-15#Text> (дата звернення 01.12.2022).
33. Про Положення про проходження громадянами України військової служби в Державній прикордонній службі України: Указ Президента України від 29.12.2009 № 1115/2009. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1115/2009#Text> (дата звернення 01.12.2022).
34. Ніколаєнко Т.Б., Сич В.О. Кримінальне право України. Особлива частина: навч. посіб. Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2012. 1232 с.
35. Курилюк Ю.Б. Кримінально-правове забезпечення протидії порушенню правил несення прикордонної служби: монографія. К.: ВД «Дакор», 2013. 216 с.
36. Сарнавський О.М. Кримінально-правова охорона суспільних відносин у військовій сфері: монографія. К.: Логос, 2020. 240 с.
37. Литвин М.М. Інтегроване управління кордонами: підручник. Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2012. 416 с.