



ПРАВОВІ НАСЛІДКИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ НЕЗАКОННОГО ПЕРЕТИНАННЯ ДЕРЖАВНОГО КОРДОНУ З МЕТОЮ ЗАПОДІЯННЯ ШКОДИ ІНТЕРЕСАМ ДЕРЖАВИ

ГАЦЕЛЮК Віталій Олександрович - кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України

Стаття посвячена аналізу правових наслідків повернення в кримінальний закон норми про незаконне перетинання державної межі. Доказується, що в даній нормі законодавець штучно об'єднав досить різні за характером суспільної небезпечності дії. Обґрунтовується, що інтереси держави включаються в належачу (ефективну) реалізацію її функцій з урахуванням розуміння людини як вищої соціальної цінності. Чи можливо привести вичерпуючий перелік інтересів держави, і їх визначення повинно бути зроблено в кожному конкретному випадку застосування з урахуванням положень Конституції і відповідних законодавчих актів. Інтереси держави в певній ступені є категорією динамічною, оскільки успішність реалізації функцій держави залежить від ряду факторів внутрішньої і зовнішньої природи.

Слід визнати некоректність криміналізації незаконного перетинання державної межі з метою заподіяння шкоди інтересам держави в статті 3322 УК. При цьому, цей крок не є вдалим з точки зору відповідності засобу до цілі (криміналізація діяння, що посягає на фундаментальні інтереси держави, як порушення межі), так і з урахуванням складності доведення одного з конструктивних ознак складу злочину, а саме цілі заподіяння шкоди державним інтересам.

Ключові слова: криміналізація, злочин, незаконне перетинання, державна межа, державний інтерес.

У жовтні 2018 року парламент ухвалив закон, яким текст КК було доповнено статтею 332² «Незаконне перетинання державного кордону», що, у свою чергу, на тлі відсутності впливаючих із цього змін до законодавства про адміністративні правопорушення з метою створення належного законодавчого підґрунтя для розмежування злочинів і адміністративних правопорушень ставить низку питань.

Зокрема, важливим є аналіз юридичних наслідків появи у КК нової за номером (але не за змістом) норми, в тому числі прогноз механізму її застосування.

Фактично, йдеться про необхідність дослідження правової коректності рішення про включення до КК відповідної норми як з матеріально-правової, так і з процесуальної точки зору, що і є метою цієї статті.

Проблеми криміналізації, незважаючи на те, що вони досить детально піддані аналізу у роботах І.М. Гальперіна, О.А. Герцензона, П.Ф. Гришаніна, П.С. Дагеля, Ю.А. Демидова, М.І. Загороднікова, Г.А. Злобіна, І.І. Карпеця, В.Й. Квашиша, С.Г. Келіної, М.І. Ковальова, В.С. Комісарова, О.І. Коробєєва, В.М. Кудрявцева, Н.Ф. Кузнецової, Д.О. Балобанової, Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, В.К. Грищука, О.М. Костенка, О.М. Литвака, М.І. Мельника, В.О. Меркулової, А.А. Митрофанова, В.О. Навроцького, В.В. Сташиша, В.Я. Тація, В.О. Тулякова, П.Л. Фріса, М.І. Хавронюка, В.І. Шакуна та інших вчених, залишаються актуальними.

Аналіз статті 332² КК дозволяє виокремити наступні форми злочину залежно від мети або спеціального суб'єкта:

1) перетинання державного кордону України з метою заподіяння шкоди інтересам держави;

2) перетинання державного кордону України особою, якій заборонено в'їзд на територію України;

3) перетинання державного кордону України представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств держави-агресора

При цьому всі вони можуть бути вчинені в один з наступних способів:

А) у будь-який спосіб поза пунктами пропуску через державний кордон України або

Б) в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів або

В) в пунктах пропуску через державний кордон України за документами, що містять недостовірні відомості.

Як бачимо, у даній нормі законодавець штучно об'єднав доволі різні саме за характером суспільної небезпеки діяння. Розглянемо їх зміст детальніше.

Так, перетинання державного кордону України з метою заподіяння шкоди інтересам держави вимагає визначення поняття «інтереси держави». У літературі достатньо давно висловлюються думки про небезпеку використання поняття «інтереси держави» для правозастосування з огляду на його неоднозначний зміст.

Так, на думку Т.І. Бутченко, трансформації поняття «державний інтерес» у засіб маніпуляції громадською думкою сприяє розмитість теоретичних знань про державу та її місце в суспільстві. При цьому, порівнюючи два підходи до розуміння державного інтересу як сукупності потреб суто механізму держави як такого або як опосередкованого політичною формою інтересу суспільства, автор схиляється до підтримки останнього. Водночас, це несе у собі ризик ототожнення суспільного і державного інтересу та включення до змісту останнього занадто широкого кола невластивих йому аспектів [1].

Т.В. Перепелиця вважає, що держава надає нормативну формалізацію національних інтересів і постає гарантом забезпечення інтересів усіх членів суспільства. Діалектика, на думку автора, в тому, що національні інтереси реалізуються державою через інтереси державні, а останні можуть не співпадати із першими [2].

КК неодноразово вказує на інтереси держави (або *державні інтереси*) як у Загальній, так і в Особливій частині. Зокрема, вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину проти інтересів України може бути підставою притягнення до кримінальної відповідальності за КК України навіть осіб, які не є громадянами і вчинили злочин за її межами (ч. 1 статті 8 КК). Крім того, *інтереси держави* перебувають під захистом статей 36 та 39 КК, адже посягання на них є однією з підстав реалізації особою права на необхідну оборону та обумовлюють стан крайньої необхідності.

Шкоду *інтересам України* може бути заподіяно внаслідок вчинення злочину шпигунства, що прямо впливає з примітки до статті 114 КК.

Шкода *державним інтересам* (які закон відрізняє від інтересів окремих громадян, громадських інтересів або інтересів окремих юридичних осіб) може бути заподіяна, наприклад, внаслідок вчинення такого злочину, як умисне неподання, несвоєчасне подання або подання недостовірної інформації про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу, спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади із спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу (стаття 209-1 КК)¹ та інших злочинів².

¹ До речі, назва статті викладена як «Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму», хоча в диспозиціях частин першої та другої про тероризм не йдеться.

² Маніпулювання на фондовому ринку (стаття 222-1 КК); Незаконне використання інсайдерської інформації (стаття 232-1 КК); Передача або збирання відомостей, що становлять службову інформацію, зібрану у процесі оперативно-розшукової, контрольно-розвідувальної діяльності, у сфері оборони країни

Конституція України розрізняє національні інтереси України (стаття 18), інтереси національної безпеки (статті 32, 34, 36, 39), інтереси суспільства (стаття 41), суспільний інтерес (стаття 89).

У той же час, стаття 131¹ Конституції визначає, що представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом, здійснює прокуратура.

Відповідно до частини третьої статті 23 Закону України «Про прокуратуру», прокурор здійснює представництво в суді законних інтересів держави у разі порушення або загрози порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесені відповідні повноваження, а також у разі відсутності такого органу.

У цьому контексті вчені зазначають, що представницьке поняття «інтереси держави» не визначено в законодавстві, що обумовлює ряд проблем при вирішенні питання щодо наявності підстав для пред'явлення позову прокурором, зокрема, у кримінальному провадженні, а також визначають «інтереси держави» як закріплену Конституцією та законами України, міжнародними договорами, іншими правовими актами систему фундаментальних цінностей у найбільш важливих сферах життєдіяльності українського народу і суспільства (політичній, економічній, соціальній, військовій, екологічній, науково-технологічній, інформаційній та ін.) [3]

Конституційний Суд України у відповідному рішенні визначив, що державні інтереси закріплюються як нормами Кон-

(стаття 330 КК); Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї (стаття 332-1 КК); самоправство (стаття 356 КК); Незаконні придбання, збут або використання спеціальних технічних засобів отримання інформації (стаття 359 КК); Зловживання владою або службовим становищем (стаття 364 КК); Зловживання повноваженнями (статті 364-16 365-2 КК); Перевищення влади (стаття 365 КК); Службова недбалість (стаття 367 КК); Невиконання судового рішення (стаття 382 КК).

ституції України, так і нормами інших правових актів. Інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин. В основі перших завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо. При цьому, інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій чи з інтересами господарських товариств з часткою державної власності у статутному фонді. Проте держава може вбачати свої інтереси не тільки в їх діяльності, але й в діяльності приватних підприємств, товариств.

Із врахуванням того, що «інтереси держави» є оціночним поняттям, прокурор чи його заступник у кожному конкретному випадку самостійно визначає з посиланням на законодавство, на підставі якого подається позов, у чому саме відбулося чи може відбутися порушення матеріальних або інших інтересів держави, обґрунтовує у позовній заяві необхідність їх захисту та зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах [4].

Загалом, інтерпретація сутності держави у рішеннях суду конституційної юрисдикції має важливе значення для розуміння змісту поняття «державний інтерес».

Наприклад, в одному з останніх рішень Конституційний Суд зазначив, що у Конституції України встановлено, що Україна є демократичною, соціальною, правовою державою (стаття 1); людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; держава відповідає перед людиною за свою діяльність; утвердження і забезпечення прав

і свобод людини є головним обов'язком держави (стаття 3); держава забезпечує соціальну спрямованість економіки (частина четверта статті 13). Вказані положення визначають, зокрема, соціальну орієнтованість держави, що є важливою конституційною гарантією соціальних прав людини в Україні... з метою виконання конституційного обов'язку щодо утвердження соціальних прав держава має не лише створити систему соціального захисту, а й забезпечити її належне функціонування. Ця система повинна гарантувати охорону, зокрема, сім'ї, дитинства, материнства і батьківства [5].

З огляду на це, можна зробити висновок, що *інтереси держави полягають у належній (ефективній) реалізації її функцій з огляду на розуміння людини як найвищої соціальної цінності*. Отже, навряд чи можливо навести вичерпний перелік інтересів держави, і їх визначення має бути здійснене у кожному конкретному випадку правозастосування з урахуванням положень Конституції та відповідних законодавчих актів. Інтереси держави до певної міри є категорією динамічною, оскільки успішність реалізації функцій держави залежить від низки факторів внутрішньої та зовнішньої природи.

Враховуючи зазначене вище, проведемо аналіз потенційного шкідливого впливу незаконного перетинання державного кордону на інтереси держави.

Відповідно до Закону України «Про державний кордон України», державний кордон – це лінія і вертикальна поверхня, що проходить по цій лінії, які визначають межі території України – суші, вод, надр, повітряного простору [7].

Перетинання державного кордону України здійснюється на шляхах сполучення через державний кордон з додержанням встановленого порядку. Залізничне, автомобільне, морське, річкове, поромне, повітряне та пішохідне сполучення через державний кордон України здійснюється в пунктах пропуску, що встановлюються Кабінетом Міністрів України відповідно до законодавства і міжнародних договорів України, а також поза пунктами пропуску

через державний кордон України у випадках, визначених законодавством.

У свою чергу, пункт пропуску через державний кордон України – це спеціально виділена територія на залізничних та автомобільних станціях, у морських і річкових портах, аеропортах (аеродромах) з комплексом будівель, споруд і технічних засобів, де здійснюються прикордонний, митний та інші види контролю і пропуск через державний кордон осіб, транспортних засобів, вантажів та іншого майна.

Оцінка небезпеки того чи іншого діяння завжди відбувається в контексті актуальних суспільно-політичних процесів. Згадаємо лише різке посилення в Україні уваги до проблематики відповідальності за наявність чи приховування подвійного громадянства внаслідок подій серпня 2008 року у Грузії, коли захист громадян за кордоном було задекларовано однією з причин військового втручання³ у формі «примусу до миру» [9].

Відповідно, оцінка значення державного кордону та режиму його функціонування залежить від контексту. Так, у 2004 році ситуація склалася таким чином, що незаконне перетинання державного кордону вчинялося або в ситуаціях звичайного життя прикордонних районів, або в контексті процесів великих міграційних потоків, або у зв'язку з випадками торгівлі людьми. У результаті це діяння було декриміналізоване.

Починаючи з 2014 року незаконне перетинання державного кордону набуло кардинально іншого змісту. Саме ця мотивація (протидія перетинанню кордону регулярними чи нерегулярними військовими формуваннями) відображено у такій події, як доповнення КК статтею 332², але навряд чи можна визнати це рішення ефективним.

Якщо ми порівняємо діяння та мету (в редакції чинної статті 332² КК), то стає очевидним, що незаконне перетинан-

³ «Instead, it has steadily cemented their links with Russia, building up military facilities and giving the local people Russian passports (a transparent ploy to justify a later purported need to “protect” Russian citizens)» [8]

ня державного кордону (якщо воно вчиняється саме з метою заподіяння шкоди інтересам держави) може бути вчинене лише для заподіяння шкоди таким інтересам, які є життєво важливими для існування держави. Це аж ніяк не ті інтереси, які можуть зазнати шкоди внаслідок, наприклад, самоправства чи зловживання повноваженнями. Інтереси держави такого самого рівня, як у випадку із самоправством, якщо вони пов'язані із функціонуванням державного кордону, іманентно і завжди страждають внаслідок його незаконного перетинання. Вони є невід'ємною частиною природи цього діяння і не може бути незаконного перетинання державного кордону, яке не було б спрямоване на заподіяння шкоди цьому конкретному державному інтересу (належне функціонування державного кордону, забезпечення свободи пересування тощо). Отже, у цьому випадку вказівка на мету заподіяння шкоди таким інтересам держави видається зайвою, оскільки було б достатньо вказівки на умисний характер діяння.

Якщо ж ми говоримо про інші інтереси держави, то з огляду на дискурс навколо відповідного законопроекту це, очевидно, такі інтереси, які пов'язані із збереженням конституційного ладу, суверенітету та територіальної цілісності. І це абсолютно інший об'єкт кримінально-правової охорони, аніж недоторканність державних кордонів як така.

Таким чином, у випадку із незаконним перетинанням державного кордону з метою заподіяння шкоди інтересам держави, криміналізовано попередній етап діяльності, спрямованої на такі цінності, які перебувають під захистом норм інших розділів Особливої частини КК, у першу чергу Розділу І.

Фактично, злочином визнано вчинення діяння меншого ступеня шкідливості як засобу забезпечення можливості вчинення діяння набагато більшого ступеня шкідливості. Природа діяння і підстави його правової оцінки в даному випадку визначається саме його метою.

Аналіз інших норм КК, у яких мета є обов'язковою ознакою основного складу

злочину, доводить, що діяння та мета (яка описує інше можливе і бажане для суб'єкта діяння у майбутньому) зазвичай є категоріями одного рівня та характеру (напад з метою заволодіння чужим майном; незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів тощо).

З іншого боку, наприклад, фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, де (як і у випадку із чинною статтею 332²) криміналізований також підготовчий етап до іншого злочину, а діяння є менш небезпечним, аніж його мета в разі її реалізації, поміщені законодавцем у Розділ І Особливої частини КК.

У свою чергу, є інші випадки, коли законодавець чітко розділяє діяння за ознакою наявності/відсутності мети вчинення більш небезпечних дій. Так, здача ворогові начальником ввірених йому військових сил, а також не зумовлене бойовою обстановкою залишення ворогові укріплень, бойової та спеціальної техніки чи інших засобів ведення війни, є злочином, передбаченим статтею 427 КК, якщо зазначені дії вчинені *не з метою сприяння ворогові*. І це є виправданим, оскільки такі дії, вчинені з метою сприяння ворогові, за своїми ознаками становитимуть державну зраду у формі переходу на бік ворога.

Так, на думку Кончук Н.С., ознаками державної зради у формі переходу на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту характерно: перехід на бік ворога може бути вчинений лише в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту; надання громадянином України безпосередньої допомоги іноземній державі, іноземній організації або їх представникам; вчинення зрадницьких дій може бути як на території України, так і на території ворога; вчинення злочину у формі дії або бездіяльності [10].

Окрім того, доведення такої мети, яка в цьому випадку є обов'язковою ознакою основного складу злочину, видається надзвичайно складним. Аналогічна проблематика спостерігається стосовно кваліфікації

діяльності членів самопроголошених квазідержавних утворень за статтями про злочини терористичної спрямованості, коли необхідність доведення терористичного характеру (в сенсі кримінально-правової норми) організації зумовлює додаткові труднощі у притягненні до відповідальності її індивідуальних членів, у діях яких значно простіше довести наявність інших складів злочинів [11].

Отже, слід визнати некоректність криміналізації незаконного перетинання державного кордону з метою заподіяння шкоди інтересам держави у статті 332² КК. При цьому, цей крок не є вдалим як з огляду на невідповідність засобу меті (криміналізація діяння, що посягає на фундаментальні інтереси держави, як злочину проти недотокранності кордонів), так і з огляду на складність доведення однієї з конструктивних ознак складу злочину, а саме мети заподіяння шкоди державним інтересам.

Окремо слід підкреслити доцільність диференціації перетинання державного кордону залежно від напрямку руху, адже незаконне проникнення на територію держави за своїм характером значно відрізняється від незаконного виїзду з неї.

Це особливо актуально також з огляду на безальтернативний характер санкцій у статті 332², які передбачають лише один вид покарання.

Наступні дослідження у цьому напрямі повинні передбачати розробку рекомендацій щодо розмежування незаконного перетинання державного кордону з іншими складами злочинів та з адміністративними правопорушеннями.

Література

1. Бутченко Т. І. Сутність державного інтересу / Т. І. Бутченко // Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії. - 2008. - Вип. 35. - С. 36-45. Електронний ресурс]. - Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/znpqgvzdia_2008_35_5.

2. Перепелиця Т.В. Діалектика національних і державних інтересів / Т.В. Перепелиця // Наукові записки Міжнародного гуманітарного університету. - 2013. - №18. - С. 11 - 124. Електронний ресурс]. - Ре-

жим доступу : <http://www.sci-notes.mgu.od.ua/archive/v18/45.pdf>

3. Наливайко Л. Р. Інтереси держави як предмет у структурі позовної діяльності прокурора у кримінальному провадженні / Л. Р. Наливайко, О. Р. Мала // Бюлетень Міністерства юстиції України. - 2015. - № 2. - С. 110-118. Електронний ресурс]. - Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmj_u_2015_2_18.

4. Рішення Конституційного Суду України від 08 квітня 1999 р. у справі №1-1/99 [Електронний ресурс]. - Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99/conv>

5. Рішення Конституційного Суду України №9-р/2018 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 7 розділу II Закону України «Про запобігання фінансової катастрофи та створення передумов для економічного зростання в Україні» Електронний ресурс]. - Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-18/conv>

6. Закон України «Про державний кордон України» [Електронний ресурс]. - Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1777-12>

7. South Ossetia is not Kosovo [Електронний ресурс]. - Режим доступу : <https://www.economist.com/leaders/2008/08/28/south-ossetia-is-not-kosovo>

8. Заява МЗС РФ від 27.08.2008 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу : http://www.mid.ru/press_service/spokesman/official_statement/-/asset_publisher/t2GCdmD8RNIr/content/id/327238

9. Кончук Н.С. Перехід на бік ворога як форма державної зоради / Н.С. Кончук // Наше право. - 2015. - №4. - С. 98 - 103.

10. Гацелюк В.О. Правова оцінка діяльності самопроголошених організацій в документах Верховної Ради України та рішеннях українських судів: порівняльний аналіз / В.О. Гацелюк // Наше право. - 2016. - №2. - С. 11 - 19.

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена аналізу правових наслідків повернення до кримінального закону норми про незаконне перетинання державного кордону. Доводиться, що у даній нормі законодавець штучно об'єднав доволі різні саме за характером суспільної небезпеки діяння. Обґрунтовується, що інтереси держави полягають у належній (ефективній) реалізації її функцій з огляду на розуміння людини як найвищої соціальної цінності. Навряд чи можливо навести вичерпний перелік інтересів держави, і їх визначення має бути здійснене у кожному конкретному випадку правозастосування з урахуванням положень Конституції та відповідних законодавчих актів. Інтереси держави до певної міри є категорією динамічною, оскільки успішність реалізації функцій держави залежить від низки факторів внутрішньої та зовнішньої природи.

Слід визнати некоректність криміналізації незаконного перетинання державного кордону з метою заподіяння шкоди інтересам держави у статті 3322 КК. При цьому цей крок не є вдалим як з огляду на невідповідність засобу меті (криміналізація діяння, що посягає на фундаментальні інтереси держави, як злочину проти недотокранності кордонів), так і з огляду на складність доведення однієї з конструктивних ознак складу злочину, а саме мети заподіяння шкоди державним інтересам.

Ключові слова: криміналізація, злочин, незаконне перетинання, державний кордон, державний інтерес.

SUMMARY

The article is devoted to the analysis of the legal consequences of returning of illegal crossing of the state border to the criminal law in a separate article. It turns out that in this norm, the legislator artificially combined acts quite different in nature of their social danger.

It is grounded that the interests of the state consist in the proper (effective) implementation of its functions in view of the understanding of man as the highest social value. It is unlikely that it is possible to give an exhaustive list of the interests of the state, and their determination should be carried out in each case of law enforcement, taking into account the provisions of the Constitution and relevant legislative acts. Interests of the state to a certain extent are a dynamic category, since the success of the state functions depends on a number of factors of internal and external nature.

The incorrectness of the criminalization of illegal crossing of the state border with the purpose of causing damage to the interests of the state in Article 3322 of the Criminal Code should be recognized. At the same time, this step is not successful as in view of the mismatch of the means of the target (criminalizing an act that infringes on the fundamental interests of the state as a crime against the intolerance of borders), and in view of the difficulty of proving one of the structural features of corpus delicti, namely the purpose of causing damage to state interests.

Key words: criminalization, crime, improper entry, state border, state interest.