

26 жовтня 2015 р.

Президенту України

П.О. Порошенку

01220, м. Київ, вул. Банкова, 11

Від

адвоката В.Г. Поляновського

Свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю № 1661 від 02.07.2008 р.

02068, м. Київ, а/с 117

Контактний тел.: 097 107 20 18

RE: звернення

до суб'єкта права законодавчої ініціативи

і суб'єкта права на конституційне подання

Шановний Петро Олексійовичу!

Відстоюючи законні права та інтереси численних фізичних і юридичних осіб, вимушений звернутись до Вас як до суб'єкта права законодавчої ініціативи в Верховній Раді України і суб'єкта права на конституційне подання до Конституційного суду України - з наступним.

Ч. 4 Прикінцевих та перехідних положень закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» № 1207-VII від 15 квітня 2014 р. до Кримінального кодексу України була внесена нова стаття під номером 332-1. Згідно із цією статтею, передбачається покарання за порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї з метою заподіяння шкоди інтересам держави. Ч. 2 статті вказує на кваліфікуючі ознаки злочину - ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням службового становища. Ч. 3 встановлює відповідальність за цей злочин, вчинений організованою групою.

Вважаю, що ст. 332-1 КК України не відповідає принципам криміналізації діяння, встановленим теоретичною наукою кримінального права, положенням національного і міжнародного законодавства, внесена до законодавства з порушенням процедури розгляду законопроектів Парламентом, внаслідок чого підлягає визнанню Конституційним судом такою, що не відповідає Конституції України (неконституційною), або виключенню з Кримінального кодексу (визнанню такою, що втратила чинність) на підставі відповідного закону Верховної Ради України.

ОБҐРУНТУВАННЯ З ТОЧКИ ЗОРУ НАУКИ

Теорія кримінального права стверджує, що будь-якому діянню повноважний законодавець може надати ознак переслідуваного законом злочину лише за умови обґрунтованості підстав і дотримання критеріїв (принципів) криміналізації. Це аксіома кримінально-правової доктрини. Лише в такому випадку можна забезпечити законність (в повному сенсі слова) в правозастосуванні.

Проте, стало традиційним, що перебільшення значення кримінального права у системі соціальних регуляторів виступає потужним чинником для переведення діянь до категорії злочинів навіть без повного дотримання згаданих критеріїв. О. Готін назвав такий підхід правовим ідеалізмом. Як свідчить аналіз КК України, частка кримінально-правових норм, які джерелом свого виникнення мають правовий ідеалізм, є доволі значною. Саме серед цієї категорії норм значний відсоток складають кримінально-правові заборони, які за своєю сутністю і змістом є алогічними.

На мій погляд, однією з таких норм є і ст. 332-1 КК України. Далі наводиться аналіз цієї норми в розрізі кожного з ключових принципів криміналізації.

Система принципів (критеріїв) криміналізації представляє собою звід науково обґрунтованих, свідомо застосованих учасниками правовідносин загальних правил і критеріїв оцінки доцільності внесення до кримінального закону новели, що встановлює або змінює кримінальну відповідальність за конкретний вид діяння. Існує кілька груп таких принципів.

Соціальні (соціально-психологічні) принципи криміналізації виражають суспільну необхідність, політичну доцільність встановлення кримінальної відповідальності за те чи інше діяння. Вони забезпечують соціальну адекватність криміналізації, її припустимість з точки зору основних характеристик соціальних систем і процесів суспільного розвитку, відповідності запропонованої норми рівню і характеру правосвідомості населення, громадській думці, історичним традиціям тощо.

1. Принцип суспільної небезпеки (матеріальної ознаки злочину).

Одним з основних принципів є принцип суспільної небезпеки (матеріальної ознаки злочину).

Суспільна небезпека – ключова ознака злочину. Нею характеризується соціальна сутність діяння. Визнаватись злочином може лише таке діяння, яке заподіює або реально може заподіяти шкоду суспільним відносинам, тобто – тільки суспільно небезпечне діяння. Суспільна небезпека – це об'єктивна ознака правопорушення, що відбиває шкідливість неправомірної поведінки для суспільства, заподіяння або реальну загрозу заподіяння істотної шкоди суспільним відносинам, способу життя, усталеним соціальним цінностям.

Вона визначається об'єктом посягання і об'єктивною стороною як елементами складу злочину. Отже, суспільно небезпечне діяння виражається в формі дії або бездіяльності, що заподіює істотну шкоду відносинам, які охороняються кримінальним законом, або містить у собі реальну загрозу заподіяння такої шкоди, за вчинення якого передбачена кримінальна відповідальність.

Суспільна небезпека – критерій відмежування злочину від інших правопорушень. Фактично відсутність необхідного рівня суспільної небезпечності діяння свідчить і про відсутність злочину як такого. Відсутність ключового елементу юридичного складу злочину передбачає відсутність засобу криміналізації діяння.

Об'єктом злочину, передбаченого ст. 332-1 КК, є суспільні відносини у сфері охорони (забезпечення недоторканості) державного кордону України, безпека держави у цілому. Кримінальний закон охороняє ці відносини, і для відповідної кваліфікації саме ним має завдаватися шкода (або виникати реальна загроза її завдання).

З цього одразу виникають кілька суттєвих висновків:

- a) Щоб діяння могло кваліфікуватись як суспільно небезпечне, недостатньо ознаки шкідливості неправомірної поведінки для суспільства як такої, **необхідно також, щоб така шкода була істотною і тим самим ставилась чітка межа відповідальності за злочин порівняно з іншими, більш м'якими видами відповідальності**.

Критеріїв визначення такої шкоди законодавець не встановив. Але, відповідно до ч. 2 ст. 11 КК України, не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить

ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заповдіяла і не могла заповдіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

б) З огляду на це доволі важко розмежувати злочин за ст. 332-1 КК і адміністративне правопорушення за ст. 204-2 КпАП. Обидві норми встановлюють різні види відповідальності (кримінальну і адміністративну) за одне діяння - порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї. Тобто за ознаками об'єктивної сторони складу їх відрізнити неможливо. Єдина ознака, яка відрізняє їх один від одного, - це мета заповдіяння шкоди інтересам держави, властива злочину. Вже з самого формулювання стає зрозумілим, що **довести наявність такої мети сумлінним слідчим буде вкрай важко.** Самою нечіткою і непродуманою диспозицією норми КК вноситься сум'яття в правозастосовчу практику і відкривається широке поле для зловживань з боку органів слідства.

Головне юридичне управління в своїх зауваженнях від 01.04.2014 р. на законопроект, який 15.04.2014 р. був прийнятий Парламентом, також підкреслювало, що він не містить чітких критеріїв розмежування між адміністративною і кримінальною відповідальністю, що може призвести до складнощів при застосуванні зазначених статей на практиці (п. 12).

В цьому контексті доцільно провести аналогію з передісторією виключення з Кримінального кодексу України ст. 331 КК. Згідно з висновком Головного науково-експертного управління від 12.02.2003 р. на відповідний законопроект, той має за мету усунути фактичну тотожність диспозицій ч. 1 ст. 204-1 КпАП і ст. 331 КК України, які встановлюють відповідальність за одне й те саме діяння – незаконне перетинання державного кордону України. В висновку також визнавалось, що більша ефективність саме адміністративно-правових засобів впливу на осіб (порівняно з кримінально-правовими) пояснюється тим, що: а) органи слідства, як правило, перевантажені кримінальними справами і не в змозі оперативно проводити розслідування по всім фактам таких порушень; б) адміністративне провадження є набагато більш оперативним і набагато менш коштовним для бюджету країни; в) застосування штрафів щорічно приносить до бюджету мільйони «живих» гривень, у той час як кримінальне покарання далеко не завжди наповнює бюджет, а, навпаки, тягне за собою лише витрати.

Повертаючись до ст. 332-1 КК, представляють інтерес наступні твердження науковців.

В.М. Кудрявцев (Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, А.М. Яковлев. – М.: Наука, - 1982): кримінальний закон може бути практично функціональним і достатньо ефективним лише за умови, якщо всі елементи складу злочину можуть бути практично доведені [неможливо в нашому випадку].

Л.П. Брич (Значення ознак суб'єктивної сторони у розмежуванні суміжних складів злочинів / Науковий вісник ЛДУВС. – Львів: ЛьвДУВС, - 2012): елементи суб'єктивної сторони складу злочину (у т.ч. мета) можуть слугувати для розмежування різних злочинів лише при теоретичному аналізі. На практиці розмежування слід проводити за ознаками об'єктивної сторони [в нашому випадку ознаки останньої повністю співпадають].

Ю.О. Данилевська (Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї: питання обґрунтованості криміналізації / Порівняльно-аналітичне право, - № 8. - 2014): якщо мета злочину настільки істотна, що змінює характер діяння з адміністративного правопорушення на кримінально караний злочин, тоді кваліфікацію слід проводити за сукупністю ст. 332-1 і статті КК, що охоплює фактичні дії суб'єкта, направлені проти інтересів держави. Але у даному випадку мета не настільки значна, щоб впливати на кваліфікацію. Тобто – діяння не містить суспільної небезпеки і не повинно охоронятися кримінальним законом.

с) В статті 332-1 КК мова йде про порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, іншими словами – про порушення порядку перетинання межі між територією окупованої АРК і територією материкової України. Фактично це протирічить вищезначеному об'єкту злочину, що визначається виходячи з назви розділу 14 КК, в який цю статтю помістив законодавець («Злочини у сфері... недоторканності державних кордонів...»). **Адміністративна межа між окупованим Кримом і материковою Україною не є державним кордоном, і порушення порядку її перетинання не є посяганням на недоторканість державного кордону України.** В той же час, державний кордон України є недоторканим. Територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою. Тимчасово окупована територія України є невід'ємною частиною території України, на яку поширюється дія Конституції та законів України (ст.ст. 2, 132, 134 Конституції, ст. 1 закону № 1207-VII від 15 квітня 2014 р., закон України «Про державний кордон України» № 1777-XII від 04.11.1991 р.).

Набагато правильніше законодавець визначив об'єкт посягання при адміністративному правопорушенні за ст. 204-2 КпАП, помістивши її в главу 15 «Адміністративні правопорушення, що посягають на встановлений порядок управління». Це відповідає фабулі як правопорушення, так і суміжного злочину, і є чи не найчіткішою ознакою того, що **розмежування між ст. 332-1 КК і ст. 204-2 КпАП є здебільшого умовним і говорить проти криміналізації цього діяння за відсутністю ступеню і характеру суспільної небезпеки.**

Слід погодитись з думкою М.І. Мельника, який стверджує, що небезпека необґрунтованої (безпідставної) криміналізації полягає в тому, що вона закладає законодавчі основи для введення безпідставної кримінальної відповідальності за діяння, які за своїм характером можуть призвести до притягнення до менш суворої юридичної відповідальності, і створює штучні критерії розмежування злочинного і незлочинного.

2. Принцип відносної розповсюдженості діяння.

Цей принцип передбачає, що діяння, піддане криміналізації, має бути явищем не випадковим, а проявом відповідних суспільних тенденцій і закономірностей, у той же час - не надто поширеним в суспільстві. При чому відсутність відносної поширеності діяння є вагомим аргументом проти його криміналізації, навіть якщо існують інші приводи «за».

На момент підготовки цього звернення, за даними електронного Єдиного державного реєстру судових рішень (www.reyestr.court.gov.ua), після внесення до КК ст. 332-1 (тобто більше ніж за 1,5 роки) за цією статтею судами був винесений **лише один судовий вирок**. Отже, не можна говорити ні про яку системність чи закономірність подібних правопорушень. Мова скоріше саме про випадковість, яка робить недоцільною криміналізацію діяння.

3. Принцип співрозмірності позитивних і негативних наслідків криміналізації.

Цей принцип деякі науковці також відносять до групи соціально-економічних підстав криміналізації діяння. Він полягає в тому, що за будь-яких обставин позитивні наслідки криміналізації мають бути значнішими, ніж негативні.

У випадку із статтею 332-1 КК принцип не дотримується. Відчутних соціальних результатів криміналізації діяння немає і взагалі не передбачається. На противагу цьому, наводиться очевидна відсутність суспільної небезпеки порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, більш значні витрати держави на кримінальне переслідування гіпотетичних фігурантів «злочину» порівняно з оформленням адміністративних правопорушень, а також на їх подальшу ресоціалізацію, не говорячи вже про те, що на це просто витрачається більше часу, криміналізація індивідуальної свідомості покараних громадян, послаблення їх соціальних зв'язків з суспільством тощо.

До речі, з огляду на це подив викликає п. 4 пояснювальної записки від 18.03.2014 р. до законопроекту № 4473 (фінансово-економічне обґрунтування), де вказується, що

начебто «прийняття і реалізація законопроекту не потребує додаткових видатків із державного бюджету України», що не відповідає дійсності.

Внаслідок криміналізації порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї вимальовується певна негативна тенденція. Органи слідства (включаючи Генеральну прокуратуру України), користуючись невизначеністю чітких критеріїв розмежування адміністративного правопорушення і злочину, передбачених ст. 204-2 КпАП і ст. 332-1 КК, і відсутністю усталеної слідчої і судової практики з цих питань, відкривають а-пріорі бездоказові («фактові» і не тільки) кримінальні провадження за відповідною статтею КК і в подальшому активно використовують їх у якості полігонів і інструментів протиправного тиску на бізнес. Особливо страждають від такої несправедливості підприємства, діяльність яких пов'язана з морськими перевезеннями в басейні Чорного і Азовського морів.

4. Принцип кримінально-політичної адекватності криміналізації.

Цей принцип вимагає відповідності криміналізації певного діяння основним тенденціям соціальної політики суспільства і держави.

Беручи до уваги очевидну протиправність анексії території Криму Російською федерацією, визнану всіма ключовими міжнародними організаціями і іноземними державами, і намагання найвищого керівництва України мати якомога більше дієвих інструментів впливу на агресора (прямих чи побічних), встановлення особливого порядку перетинання межі між Кримом і материковою Україною та юридичної відповідальності за його порушення є політично адекватним з боку держави і відповідає загальним тенденціям державної політики в цьому сегменті.

Загалом такий підхід відповідає і громадській думці українського суспільства.

Іншу групу складають системно-правові принципи криміналізації – правила зміни положень Особливої частини Кримінального кодексу України, що закладаються чинною системою позитивного права, коли включення або виключення конкретного діяння до / з числа кримінально караних не порушує логічної стрункості і графічної досконалості закону, не погіршує його якості і системних характеристик. Основу цієї групи принципів складають засоби законодавчої техніки.

Це загально-правові і кримінально-правові принципи.

5. Принцип конституційної адекватності (відповідності Конституції).

Вважаю, що цей принцип не був дотриманий при криміналізації порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї.

Відповідно до ст. 1 закону № 1207-VII від 15 квітня 2014 р., тимчасово окупована територія України є невід'ємною частиною території України, на яку поширюється дія Конституції та законів України.

Згідно із ч. 1 ст. 11 КК, злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Оскільки діяння, передбачене ст. 332-1 КК, фактично не є суспільно небезпечним, його скоєння не містить ознак складу злочину і не є злочином, за який слід притягувати до кримінальної відповідальності. Тобто закон № 1207-VII від 15 квітня 2014 р., яким ця стаття була внесена до КК, у відповідній частині не є правовим і **фактично легалізує неправомірне притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які не вчиняли злочин, невинуватих осіб, тим самим штучно звужуючи зміст та обсяг існуючих прав і свобод громадян, що прямо заборонено ст. 22 Конституції.** Також це є прямим порушенням конституційного принципу верховенства права і презумпції невинуватості, передбачених ст.ст. 8, 62 Конституції України, і, врешті-решт, обмеженням гарантій конституційних справ і свобод (ст. 22 Конституції).

Окрім того, Головне юридичне управління в своїх зауваженнях від 01.04.2014 р. на законопроект слушно поставило під сумнів його конституційність з огляду на відсилочний (бланкетний) характер диспозицій ст. 332-1 КК і ст. 204-2 КпАП (відповідальність передбачається за порушення порядку, детально прописаного в іншому нормативному акті, – в Порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, затв. постановою Кабінету Міністрів України № 367 від 04.06.2015 р.). Викладення правових норм у такий спосіб не враховує вимог п. 22 ст. 92 Конституції України, згідно з якою діяння, які є злочинами чи адміністративними правопорушеннями, та відповідальність за них визначаються виключно законами України. Тобто склади злочину та адміністративного правопорушення мають визначатись безпосередньо Верховною Радою України і виключно законами (п. 12), а не постановами Уряду.

6. Принцип системно-правової несуперечності.

Цим принципом передбачається, що криміналізуватись не може діяння, дозволене іншими галузями права. Тут знову слід повернутись до аналізу співвідношення складів ст. 204-2 КпАП та ст. 332-1 КК і відсутності суспільної небезпечності порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї як невід'ємної складової будь-якого злочину.

7. Принцип можливості процесуального переслідування.

Будь-який злочин повинен мати своєрідний процесуальний потенціал до доведення передбаченими законом доказами. Дехто з вчених включає сюди умову про наявність матеріальних ресурсів у держави на здійснення кримінального переслідування у необхідному обсязі, чим визначається рівень своєрідної «пропускної здатності» держави у відповідному сегменті.

На мою думку, злочин, передбачений ст. 332-1 КК, такого процесуального потенціалу не має. Неможливо довести мету злочину - заподіяння шкоди інтересам держави, а це єдиний елемент складу, яким злочин теоретично можна відмежувати від аналогічного за об'єктивною стороною адміністративного правопорушення.

8. Принцип відсутності прогалин у законі й не надмірності заборони.

Цей принцип вимагає з'ясувати, чи змінився обсяг і розмір відповідальності за новостворений законодавцем злочин порівняно з іншими чинними нормами законодавства.

Очевидно, що у нашому випадку він також не був дотриманий. Впевнений, що **за порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї цілком достатньо винних притягати до адміністративної відповідальності.** Встановлення за це ж діяння додатково ще й кримінальної відповідальності є надмірною заборонаю і ніяким чином не являється усуванням прогалин у законі, тому що прогалин як таких немає (є цілком адекватна ст. 204-2 КпАП).

9. Принцип визначеності і єдності термінології.

В законі № 1207-VII від 15 квітня 2014 р. і ст. 332-1 КК мова йде про тимчасово окуповані території України. В міжнародному праві окупація – це тимчасове зайняття збройними силами однієї країни території противника, від тимчасового перебування військ однієї держави на території іншої. При чому окупація може відбуватись і без оголошення офіційного стану війни між цими державами, а також взагалі без збройного протистояння – на противагу оголошеній війні чи збройному конфлікту, в якому одна з держав – його учасників офіційно не визнає стану війни. Такого висновку можна дійти з аналізу наступних норм міжнародного законодавства:

✓ ст.ст. 2, 6 Женевської Конвенції про захист цивільного населення під час війни від 12.08.1949 р. (ратифікована Україною 03.07.1954 р., набрала чинності для України 03.01.1955 р.);

✓ ст. 2 Женевської Конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12.08.1949 р. (ратифікована Україною 03.07.1954 р., набрала чинності для України 03.01.1955 р.);

✓ ст. 2 Женевської Конвенції про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі від 12.08.1949 р. (ратифікована Україною 03.07.1954 р., набрала чинності для України 03.01.1955 р.);

✓ ст. 2 Женевської Конвенції про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 р. (ратифікована Україною 03.07.1954 р., набрала чинності для України 03.01.1955 р.).

Анексія ж – це насильницьке приєднання державою всієї або частини території іншої держави в односторонньому порядку. За міжнародним правом, анексія є одним із видів агресії і спричиняє міжнародно-правову відповідальність. Анексію слід відрізнити від окупації, яка сама по собі не призводить до зміни юридичної приналежності території.

Таким чином, фактичні обставини, які склалися навколо конфліктної ситуації в Криму, не підпадають повністю під ознаки, визначені міжнародним правом як «окуповані території». **Юридично Крим був окупований Російською федерацією лише до 21.03.2014 р., коли його офіційно включили до складу РФ на правах суб'єкта федерації. Після 21.03.2014 р. (у т.ч. на момент прийняття закону України № 1207-VII від 15.04.2014 р.) Крим – це анексована Російською федерацією частина території України.** І в цьому полягає принципова різниця між статусом Криму і статусом грузинських територій – Південної Осетії і Абхазії. Тому невиправданим є зазначення в законі України саме про окупацію АРК, а не про її анексію.

Подібна термінологічна недосконалість закону порушує ч. 5 ст. 3 КК України, відповідно до якої закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

До речі, народний депутат С.А. Терьохін висловлював аналогічні зауваження на законопроект під час свого виступу з трибуни Парламенту (див. стенограму пленарного засідання Верховної Ради за 15.04.2014 р., 11:48, 13:52). На жаль, вони не були враховані при голосуванні.

10. Принцип повноти складу злочину.

У випадку із ст. 332-1 КК підготовча робота була проведена законодавцем поспіхом і на неналежному рівні, оскільки, як вже неодноразово зазначалось вище, залишено багато можливостей для суб'єктивного і упередженого трактування питання про відношення суміжних діянь до злочину за ст. 332-1 КК чи адміністративного правопорушення за ст. 204-2 КпАП. Це – наслідок недбалого ставлення до формулювання конструкції нового злочину.

11. Принцип співрозмірності санкції і економії репресії.

Цей принцип втілює в собі ідею справедливості кримінального покарання, згідно з якою кримінальна відповідальність за певне діяння має вводитися лише тоді, коли відповідні правовідносини не можна упорядкувати іншими, менш радикальними методами і в межах інших галузей права, і це має відповідати високому рівню суспільної небезпеки діяння. Іншими словами, злочин повинно визнаватись лише таке діяння, ступінь суспільної небезпечності якого досягла рівня, що вимагає боротьби з ним кримінально-правовими заходами, коли альтернативні методи соціального реагування залишаються і залишатимуться неефективними. В іншому випадку буде мати місце **надмірна криміналізація діяння (розходження між суспільною небезпечністю діяння і його протиправністю).**

В нашому випадку цей принцип також не був дотриманий. Вище детально обґрунтовано, чому **за порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї достатньо адміністративної відповідальності** (більш оперативний механізм притягнення до відповідальності, адміністративні штрафи реально наповнюють бюджет, що важливо в наш час, та ін.).

Показово, що Головне науково-експертне управління у своєму висновку від 20.03.2014 р. на проект закону висловило аналогічну точку зору і зазначило, що санкції нової статті 332¹ КК є занадто жорсткими і не відповідають рівню суспільної небезпеки правопорушення (п. 5).

ПОРУШЕННЯ ПРОЦЕДУРИ ПРИ РОЗГЛЯДІ ЗАКОНОПРОЕКТУ

Відповідно до ст. 96 Регламенту Верховної Ради України (РВР), затв. законом України № 1861-VI від 10.02.2010 р., на пленарному засіданні Верховної Ради розглядаються лише законопроекти, включені до порядку денного сесії Верховної Ради. За процедурним рішенням Верховної Ради для невідкладного розгляду може бути включено до порядку денного пленарного засідання (без додаткового включення до порядку денного сесії) законопроект, якщо він був підготовлений для термінового розгляду на виконання відповідного доручення Верховної Ради.

В Порядку денному 4 сесії ВР VII скликання (постанова ВР № 739-VII від 06.02.2014 р.) не зазначений законопроект, згодом прийнятий Парламентом 15.04.2014 р. Відсутня офіційна інформація й щодо того, чи розглядали депутати надалі питання та чи приймали рішення про включення цього законопроекту до порядку денного сесії в порядку ст. 23 РВР. Між 06.02.2014 р. і 15.04.2014 р. парламентарі приймали 16 постанов про внесення змін по Порядку денного сесії (21.02 – 25.02, 28.02, 11.03, 13.03 – 15.03, 25.03, 27.03, 01.04, 09.04, 10.04, 15.04), проте **в жодній з них проект під № 4473 не значиться.** Як і не має доручення Верховної Ради про терміновий його розгляд. При цьому в Порядку денному пленарного засідання 15.04.2014 р. цей законопроект вже присутній, що було узгоджено Погоджувальною радою депутатських фракцій і груп 14.04.2014 р.

Подібна невідповідність, не виключено, є явним порушенням РВР і має оцінюватись з точки зору легітимності закону № 1207-VII від 15.04.2014 р.

Напевно, парламентарі уникнули би подібних процедурних порушень, якби скористались ч. 4 ст. 93 РВР. Згідно з цією нормою, за дорученням ВР, Голови ВР України, за зверненням головного комітету, голови або першого заступника голови головного комітету чи з власної ініціативи комітет, до предмета відання якого належать питання регламенту, розглядає законопроект та готує експертний висновок на відповідність його оформлення та реєстрації вимогам закону, РВР та прийнятих відповідно до них нормативно-правових актів. Якщо законопроект оформлено та / або зареєстровано без дотримання вимог законодавства, висновок комітету, до предмета відання якого належать питання регламенту, направляється головному комітету та Голові ВР України для повернення законопроекту суб'єкту права законодавчої ініціативи без його включення до порядку денного сесії та розгляду на пленарному засіданні Верховної Ради.

Як можна зрозуміти з інформації з офіційного сайту Верховної Ради України (www.rada.gov.ua), із законопроектом № 4473 з незрозумілих причин нічого цього не було. **Комітет з питань Регламенту та організації роботи ВР України взагалі не приймав участі в розгляді цього законопроекту. Ніхто його до розгляду не залучив. Як наслідок, порушення РВР не було припинено на початковій стадії, законопроект не був повернутий ініціатору в порядку ст. 94 РВР.**

Також необхідно зауважити, що в інформаційній базі на офіційному сайті ВР України відсутні висновки наступних комітетів відносно законопроекту № 4473: з питань правової політики, з питань бюджету, з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією, з питань європейської інтеграції. Хоча в картці законопроекту зазначається, що його

опрацювання цими комітетами відбулось. Втім, відсутність безпосередньо самих висновків не дає можливості оцінити законопроект на предмет дотримання вимог ч.ч. 1, 3 ст. 93 РВР.

ПРОБЛЕМИ ПРАКТИЧНОГО ПРАВЗАСТОСУВАННЯ

1. Ст. 3 закону № 1207-VII від 15 квітня 2014 р. визначила, що до тимчасово окупованої території України відносяться: 1) сухопутна територія АРК та м. Севастополя, внутрішні води України цих територій; 2) внутрішні морські води і територіальне море України навколо Кримського півострова, територія виключної (морської) економічної зони України вздовж узбережжя Кримського півострова та прилеглого до узбережжя континентального шельфу України, на які поширюється юрисдикція України відповідно до норм національного законодавства, міжнародного права; 3) повітряний простір над цими територіями.

До територіального моря України належать прибережні морські води шириною 12 морських миль, відлічуваних від лінії найбільшого відпливу як на материку, так і на островах, що належать Україні, або від прямих вихідних ліній, які з'єднують відповідні точки (ст. 5 закону «Про державний кордон України»).

Ст. 2 закону України «Про виключну (морську) економічну зону» № 162/95-ВР від 16 травня 1995 р. встановлює, що морські райони, прилеглі до територіального моря України, включаючи райони навколо островів, що їй належать, становлять виключну (морську) економічну зону України. Ширина виключної (морської) економічної зони становить до 200 морських миль, відлічених від тих самих вихідних ліній, що і територіальне море України.

Контрольні пункти в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї встановлені лише на сухопутному адміністративному кордоні між АРК і материковою Україною (Херсонською областю) – і лише для автомобільного і залізничного сполучення (п. 2 Порядку № 367 від 04 червня 2015 р.). Відповідний Перелік контрольних пунктів був закріплений лише 04.06.2015 р. (додаток № 1 до Порядку № 367 від 04 червня 2015 р.). Для морського сполучення такі контрольні пункти законодавцем взагалі не передбачені.

Отже, **за чинним законодавством, в межі тимчасово окупованої території України входять Керченська протока і майже все Чорне море до узбережжя Туреччини.** Тому морське судно з екіпажем на борту, слідуючи курсом з порту, розташованого в Азовському морі, через Керченську протоку до порту в Середземному морі, завжди є формальним порушником режиму перетинання межі тимчасово окупованої території – просто тому, що **іншим водним шляхом з пункту А до пункту Б потрапити неможливо.** Як **об'єктивно неможливо капітану судна і оформити перетинання межі тимчасово окупованої території на суходолі.** За будь-який рух морського судна в зазначеній зоні можна потрапити під кримінальну відповідальність за ст. 332-1 КК з конфіскацією транспортного засобу, чим фактично морське сполучення в зазначеному регіоні як таке ставиться поза законом, що є ігноруванням елементарного здорового глузду.

2. 17.06.1970 р. Україна ратифікувала Конвенцію Міжнародної організації праці № 108 від 29.04.1958 р. про національні посвідчення особи моряків (діє із змінами до неї № 185 від 19.06.2003 р.). Ч. 7 ст. 6 Конвенції відзначає, що кожна держава - член Конвенції дозволяє у найкоротші можливі строки доступ на свою територію будь-якому моряку, що має чинне посвідчення особи моряка, якщо такий доступ запитується для явки на своє судно чи переходу на інше судно та / або для транзитного проїзду в цілях явки на своє судно в іншій країні або для повернення на батьківщину. Іншими словами, моряк, за умов наявності посвідчення особи моряка, є носієм унікального права безперешкодного переміщення територією будь-якої держави - учасниці Конвенції для досягнення зазначених цілей.

Із змісту п. 7.3 закону України «Про створення вільної економічної зони "Крим" та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України» № 1636-VII від 12 серпня 2014 р. також випливає, що громадянам України дозволено транзит окупованою територією АР Крим.

нормах:

Насамкінець основну увагу необхідно зосередити на наступних конституційних

ВИСНОВКИ

України.

Змодельовані ситуації повністю відповідають обов'язкам капітана судна відповідно до, приміром, ст. 61 Кодексу торговельного мореплавства України чи Правила 8 Резолюції 1 від 12 грудня 2002 р. до Міжнародної конвенції з охорони людського життя на морі від 01 листопада 1974 р. (SOLAS), згідно з яким капітан не повинен бути обмежений в ухваленні або виконанні будь-якого рішення, яке, на його професійну думку, необхідно для підтримки рівня безпеки й охорони судна. Тому подібні рішення не повинні бути підставою для кримінального переслідування капітана чи інших членів екіпажу судна за ст. 332-1 КК

- при невідкладному заході судна до закритих портів Криму для доставки хворих членів екіпажу до лікувальних закладів;
- при терміновому заході до закритих портів Криму у випадку аварійних морських подій, що загрожують життю членів екіпажу чи завданню істотної шкоди екології;
- при заході судна до акваторії закритого порту Криму (без постановки до причалу та здійснення пропедрі відкриття кордону) для схову від штормової погоди в цілях безпеки судноплавства;
- при користуванні послугами самопроголошеної адміністрації Керченського морського торговельного порту з логістичної та льодової провідки Керч-Єникальським каналом (інакше до морських портів Азовського моря та в зворотньому напрямку не потрапити).

332-1 КК України, як-то:

З. Також слід зауважити, що парламентарями при ухваленні рішення взагалі не були враховані особливі випадки, коли капітан судна об'єктивно вимушений чи навіть прямо зобов'язаний законом прийняти рішення, що йдуть в розріз з імперативним приписом ст.

Відповідальності за ст. 332-1 КК.

України № 1207-VII від 15 квітня 2014 р. в частині встановлення кримінальної відповідальності за ст. 332-1 КК.
численних доводів про **непроцудманість, недосконалість і безсистемність закону** таких випадках вже і до кримінальної відповідальності. Описана ситуація є одним з наعبто скоєні моряками. Не виключена тенденція до зміни вектору в бік притягнення хочє складають протоколи про адміністративні правопорушення за ст. 204-2 КпАП, Натомість, практика показує дещо інше. Органи державної влади України напроцуд

шкоди інтересам держави.

Таким чином, абсолютно очевидно, що реалізація міжнародного права моряка на транзитний проїзд в цілях явки на своє судно та повернення на батьківщину через встановлені законодавцем контрольні пункти пропуску через умовний кордон АРК не можуть розцінюватися як умисел, спрямований на порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію і в'їзду з неї. Тим більше – як умисел, направлений на заподіяння

включаючи Україну.

Заразом переважна більшість моряків здійснює транзит через територію АР Крим з метою посадки на судно за межами територіального моря. В силу специфіки роботи моряки працюють і живуть на судах, що використовуються в цілях мореплавства, тому право українського моряка на транзитний проїзд з метою явки на своє судно є елементом, що забезпечує загальне благополуччя моряків і визнаний в усьому цивілізованому світі,

Моряки є найманними працівниками і змушені дотримуватися вказівок та інструкцій свого роботодавця, в тому числі у питаннях посадки на судно та списання з судна. У зв'язку з тим, що кримські порти знаходяться на тимчасово окупованій території АР Крим, де відсутні органи державної влади України, українські моряки змушені виконувати вимоги місцевих органів влади Криму. Для того, щоб потрапити на борт свого судна, моряки проходять контроль місцевих органів влади через контрольні пункти пропуску Російської Федерації «Керч» з відповідними відмітками в документах.

1. **закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй** (ст. 8 Конституції);
2. **при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод** (ст. 22).

В контексті цих ключових (у нашому випадку) постулатів надважливого значення набувають інші норми Конституції, як-то:

- ст. 68: кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей;
- ст. 8: в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Норми Конституції України є нормами прямої дії;
- ст.ст. 3, 21: 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. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність;
- ст.ст. 22, 24: громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані.

Як можна зрозуміти з проведеного аналізу, закон України № 1207-VII від 15 квітня 2014 р. в частині внесення до Кримінального кодексу України нової статті 332-1 протирічить кожній з перелічених норм Конституції. **Він не відповідає Конституції. Його прийняттям був штучно звужений зміст та обсяг існуючих прав і свобод громадян. З нехтуванням принципу верховенства права була поставлена під удар недоторканність громадян і інші їхні права і свободи як такі. Тим самим держава не виконала свою основну функцію - гаранта цих прав і свобод.**

ШЛЯХИ РОЗВ'ЯЗАННЯ ПРОБЛЕМИ

Ст. 93 Конституції України, ст. 89 РВР визначають, що право законодавчої ініціативи у Верховній Раді України належить:

- Президентіві України;
- народним депутатам України;
- Кабінету Міністрів України.

Згідно із ст.ст. 147, 150, 152 Конституції України, ст. 3 закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 2453-VI від 07 липня 2010 р., ст.ст. 1, 2, 13, 15, 61, 73 закону України «Про Конституційний Суд України» № 422/96-ВР від 16.10.1996 р., Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні. Завданням Конституційного Суду України є гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України.

Конституційний Суд України вирішує питання (приймає рішення та дає висновки) **про відповідність законів та інших правових актів Конституції України (їх конституційність)**. Закони та інші правові акти за рішенням Конституційного Суду України **визнаються неконституційними повністю чи в окремій частині:**

- якщо вони не відповідають Конституції України;

- якщо була порушена встановлена Конституцією України процедура їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності.

Закони, інші правові акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, оголошуються нечинними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність.

Питання про конституційність закону України ставиться перед КС України шляхом подання конституційного подання - письмового клопотання до Конституційного Суду України про визнання правового акта (його окремих положень) неконституційним. Суб'єктами права на конституційне подання з питань прийняття рішень Конституційним Судом України у цих випадках є:

- Президент України;
- не менш як 45 народних депутатів України;
- Верховний Суд України;
- Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (ст.ст. 39, 40 закону «Про Конституційний Суд України»).

Підставою для порушення питання про відкриття провадження у справі щодо відповідності норм чинного законодавства принципам і нормам Конституції України стосовно прав та свобод людини і громадянина є у т.ч. наявність спірних питань щодо конституційності прийнятих і оприлюднених у встановленому порядку законів, інших правових актів (ст. 82 закону «Про Конституційний Суд України»).

Таким чином, вважаю, що діяння, передбачене ст. 332-1 КК України (порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї з метою заподіяння шкоди інтересам держави), підлягає декриміналізації. Відповідно до вищезначених норм, існують два юридичні механізми для цього. **Президент України має право:**

- як суб'єкт права законодавчої ініціативи – **звернутись до Верховної Ради України із законопроектом про визнання таким, що втратив чинність, закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» № 1207-VII від 15 квітня 2014 р. в частині внесення до Кримінального кодексу України нової статті 332-1 (ч. 4 Прикінцевих та перехідних положень закону);**
- як суб'єкт права на конституційне подання – **звернутись до Конституційного суду України з конституційним поданням, в якому поставити питання про конституційність (відповідність Конституції) закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» № 1207-VII від 15 квітня 2014 р. в частині внесення до Кримінального кодексу України нової статті 332-1 (ч. 4 Прикінцевих та перехідних положень закону) і про визнання його неконституційним у відповідній частині.**

Враховуючи вищенаведене, керуючись зазначеними положеннями чинного законодавства України, ст. 20 закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 5076-VI від 05 липня 2012 р., -

ПРОШУ:

Розглянути поставлені в цьому зверненні питання і здійснити дії по їх розв'язанню одним з передбачених законодавством України способів:

1. звернутись до Верховної Ради України із законопроектом про визнання таким, що втратив чинність, закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» № 1207-VII від 15 квітня 2014 р. в частині внесення до Кримінального кодексу України нової статті 332-1 (ч. 4 Прикінцевих та перехідних положень закону);
2. звернутись до Конституційного суду України з конституційним поданням, в якому поставити питання про конституційність (відповідність Конституції) закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» № 1207-VII від 15 квітня 2014 р. в частині внесення до Кримінального кодексу України нової статті 332-1 (ч. 4 Прикінцевих та перехідних положень закону) і про визнання його неконституційним у відповідній частині.

З повагою,

Адвокат В.Г. Поляновський

