

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

УДК 343.1

ТИМЧАСОВЕ ОБМЕЖЕННЯ В КОРИСТУВАННІ СПЕЦІАЛЬНИМ ПРАВОМ У КОНТЕКСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Христина ГРИЦАК,
аспірант кафедри кримінального права та процесу
Інституту права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена огляду питання застосування тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом як особливого заходу забезпечення кримінального провадження, зокрема в частині вилучення документів, які засвідчують право на зайняття підприємницькою діяльністю. У цьому контексті автор проводить детальний аналіз судової практики щодо застосування тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом. Окрім того, автором піднімається питання про визначення обсягу та характеристик документів, які повинні вилучатися при задоволенні клопотання слідчим суддею про застосування тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом на займання підприємницькою діяльністю.

Ключові слова: заходи забезпечення кримінального провадження, обмеження права, право на займання підприємницькою діяльністю, досудове слідство, кримінальне провадження.

TEMPORARY RESTRICTION ON THE USE OF SPECIAL LAW IN THE CONTEXT OF APPLICATION OF CRIMINAL PROVISION FOR MEASURES

Khrystyna HRYTSAK,
Postgraduate Student at the Department of Criminal Law and Process
of Institute of Law and Psychology of National University "Lviv Polytechnic"

SUMMARY

The article is devoted to the review of the issue of the application of a temporary restriction on the use of special law as a special measure for the provision of criminal proceedings, in particular regarding the removal of documents certifying the right to engage in entrepreneurial activity. In this context, the author conducts a detailed analysis of judicial practice regarding the application of a temporary restriction on the use of special law. In addition, the author raises the question of determining the scope and characteristics of documents to be withdrawn in response to a petition by an investigating judge on the application of a temporary restriction on the use of special law, namely, the right to engage in entrepreneurial activity.

Key words: measures to ensure criminal proceedings, restriction of rights, right to engage in entrepreneurial activity, pre-trial investigation, criminal proceedings.

REZUMAT

Articolul analizează problema aplicării de restricții temporare privind utilizarea legii speciale ca o măsură specială pentru a asigura proceduri penale, în special în ceea ce privește excluderea documentului care atestă dreptul la activitatea de antreprenariat. În acest context, autorul face o analiză detaliată a practicii judiciare privind aplicarea unei restricții temporare în folosirea dreptului special. În plus, autorul ridică problema definirii domeniului de aplicare și caracteristicile documentelor care urmează să fie retrase în cazul în care cererea de către judecătorul de instrucție privind aplicarea restricțiilor temporare în utilizarea legii speciale, și anume dreptul la activitatea de antreprenariat.

Cuvinte cheie: măsuri pentru asigurarea procedurilor penale, restrângerea dreptului, dreptul de a se angaja în activități antreprenoriale, investigarea pre-proces, proceduri penale.

Постановка проблеми. Сьогодні такий захід забезпечення кримінального провадження як тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом є досить поширеним у застосуванні слідчими та прокуратурою з метою попередження вчинення злочинів у відповідній сфері, наприклад, у сфері безпеки дорожнього руху чи господарській діяль-

ності. Проте в процесі розгляду таких клопотань, слідчі судді виносять ухвали з неоднозначним трактуванням питання обмеження права на підприємницьку діяльність.

Актуальність дослідження зумовлена постійними законодавчими змінами в процесі реформування та впровадження нових норм у кримінальне процесуальне законо-

давство, зокрема щодо розширення переліку документів, які посвідчують право, що може бути обмеженим у зв'язку із застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження.

Стан дослідження. Питання досудового розслідування, зокрема заходи забезпечення кримінального провадження, досліджували такі вчені: М.А. Макаров, І.В. Глювюк, В.І. Фаринник, О.М. Сіверський, О.А. Калганова та інші.

Метою статті є проведення аналізу змісту ухвал слідчих суддів під час вирішення питання про надання дозволу на застосування заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом.

Виклад основного матеріалу. Тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом у контексті застосування заходів забезпечення кримінального провадження потребує детального та вдумливого аналізу з точки зору практики слідства та прокуратури та надання згоди на застосування такого заходу з боку слідчого судді. За таких умов судової практика є досить неоднозначною. Найчастіше слідчі судді приходять до правильного висновку про обставини справи, достатність підстав та наявні ризики повторного правопорушення. Проте існують непоодинокі випадки слідчих помилок, коли клопотання про застосування тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом не стосується такого «спеціального права» або ж узагалі не містить підстав для обмеження відповідних прав.

Так, наприклад, показовою є Ухвала Печерського районного суду міста Києва про відмову в задоволенні клопотання про застосування заходу забезпечення кримінального провадження у вигляді тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом - арбітражного керуючого.

Так, з обставин справи вбачається, що ОСОБА_1 підозрюється в тому, що, обіймаючи посаду арбітражного керуючого - розпорядника майна ТОВ «Х», зловживаючи своїм службовим становищем, впродовж 2013-2015 років, за сприянням суддів господарських судів України, за попередньою змовою із службовими особами Товарної біржі «У», ТОВ «А», ТОВ «К» і ТОВ «Ф», порушуючи норми Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» під час розгляду справи про банкрутство ТОВ «Х», вчинив розкрадання майна, зазначеного товариства, шляхом його продажу підконтрольним підприємствам за ціною, що є значно меншою від ринкової, на суму понад 1 330 млн. грн., що є особливо великим розміром.

Старший слідчий в особливо важливих справах Генеральної прокуратури України Р.О. Крупка звернувся до слідчого судді Печерського районного суду м. Києва з клопотанням, погодженим із прокурором, про тимчасове обмеження підозрюваного ОСОБА_1 у користуванні спеціальним правом - займанням діяльністю арбітражного керуючого строком на два місяці, оскільки є достатні підстави вважати, що тимчасове обмеження підозрюваного ОСОБА_1 у користуванні спеціальним правом - займанням діяльністю арбітражного керуючого необхідне для припинення кримінального правопорушення та запобігання інших, запобігання протиправній поведінці підозрюваного щодо перешкодження кримінальному провадженню, забезпечення відшкодування збитків, завданих кримінальним правопорушенням.

Слідчий суддя, вивчивши клопотання та дослідивши долучені до нього документи, приходять до такого висновку.

Статтю 148 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України визначено загальні положення тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом

та тимчасового вилучення документів, які посвідчують користування спеціальним правом.

Указаною нормою визначено перелік документів, що можуть посвідчувати це спеціальне право, до них належать: 1) право керування транспортним засобом або судном; 2) право полювання; 3) право здійснення підприємницької діяльності. Отже, виходячи з переліку документів, що посвідчують «спеціальне право» в розумінні статті 148 КПК України, під «спеціальним правом» слід розуміти: право на керування транспортним засобом або судном, право полювання або право на здійснення підприємницької діяльності.

ОСОБА_1, здійснюючи діяльність арбітражного керуючого, є суб'єктом незалежної професійної діяльності відповідно до статті 4 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» та абзацу 2 пункту 14.1.226 КПК України.

Таким чином, арбітражний керуючий не є суб'єктом підприємницької діяльності та спеціального права в контексті положень статті 148 КПК України.

Зважаючи на викладене, слідчий суддя відмовляє в задоволенні клопотання органу досудового розслідування про тимчасове обмеження підозрюваного ОСОБА_1 у користуванні спеціальним правом - займанням діяльністю арбітражного керуючого строком на два місяці, з огляду на безпідставність та необґрунтованість внесеного клопотання [1].

Із наведеного вбачається, що під час визначення обсягу «спеціальних прав», які надані суб'єкту та які підлягають обмеженню, потрібно виходити лише з того вичерпного переліку документів, які посвідчують таке право згідно зі статтею 148 КПК України.

Відтак виникає запитання: чому все ж законодавець обрав такі види прав для обмеження, які стосуються лише керування транспортним засобом, полювання та підприємницької діяльності? Напевно, виходячи з того, що такі права стосуються сфери державного регулювання, тоді як, наприклад, свідоцтво нотаріуса, арбітражного керуючого, адвоката, приватного виконавця - це незалежна професійна діяльність, яка хоч і підлягає державному регулюванню, проте має своє законодавство та правила.

Згідно з підпунктом 14.1.226 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу (далі – ПК) України незалежна професійна діяльність – це участь фізичної особи в науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності, діяльність лікарів, приватних нотаріусів, адвокатів, арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів), аудиторів, бухгалтерів, інженерів чи архітекторів, особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою діяльністю за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою – підприємцем та використовує найману працю не більше ніж чотирьох фізичних осіб [2].

Відтак навіть діяльність, яка передбачає отримання дозволу або ліцензії, або свідоцтва, але знаходиться у вищепереліченому списку або ж входить за своїми ознаками до такого, не може бути обмежена в порядку застосування заходів забезпечення кримінального провадження у вигляді тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом.

Відповідно до норм Податкового кодексу України, фізична особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, вважається самозайнятою особою за умови, що вона не є працівником у межах підприємницької діяльності чи незалежної професійної діяльності.

Виходячи з такого твердження, незалежна професійна діяльність не повинна здійснюватися за трудовим договором, а також в порядку здійснення фізичною особою-підприємцем своєї господарської діяльності. Фізична особа,

яка надає послуги самостійно у вигляді, наприклад, бухгалтерських послуг, викладає та читає лекції, надає правову допомогу, вважається такою, що здійснює незалежну професійну діяльність.

Відповідно до Листа Державної фіскальної служби України «якщо фізична особа зареєстрована як підприємець та при цьому така особа провадить незалежну професійну діяльність, то вона обліковується у контролюючих органах як фізична особа – підприємець з ознакою провадження незалежної професійної діяльності» (підпункт 4 пункт 6.7 розділ VI Порядку обліку платників податків і зборів, який затверджено наказом Міністерства фінансів України від 09.11.2011 № 1588) [3].

Таким чином, провівши загальний аналіз поняття «незалежна професійна діяльність» ми доходимо висновку, що фізична особа-підприємець, яка здійснює незалежну професійну діяльність вважається такою, що є суб'єктом підприємницької діяльності, навіть з ознакою провадження незалежної професійної діяльності, а відтак, на нашу думку, права, які супроводжують таку діяльність (наприклад, ліцензії на медичну практику, свідоцтво на право зайняття адвокатською діяльністю тощо) підлягають обмеженню як право на підприємницьку діяльність.

До прикладу, згідно зі статтею 131 Кримінального кодексу України неналежне виконання медичним, фармацевтичним або іншим працівником своїх професійних обов'язків, унаслідок недбалого чи несумлінного ставлення до них, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, карається обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк із позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Якщо санкція статті передбачає позбавлення права займатися певною діяльністю на визначений строк, то виникає питання: чому не застосовується такий захід забезпечення кримінального провадження на стадії досудового розслідування як тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом займатися фізичною особою-підприємцем медичною практикою? Хочемо підкреслити, що така ситуація стосується лише питання підприємницької діяльності фізичних осіб. Для здійснення медичної практики в закладах охорони здоров'я медичним працівникам не потрібно отримувати ліцензію. Ліцензіатом є сам заклад охорони здоров'я [4].

Стаття 134 Кримінального кодексу стверджує: «Проведення абортів особою, яка не має спеціальної медичної освіти, карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до двох років».

Незаконне проведення абортів, якщо воно спричинило тривалий розлад здоров'я, безплідність або смерть потерпілої, карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

Відповідно до ліцензійних умов пункту 34, про які говорилося вище, фізичні особи, підприємці з числа молодших спеціалістів з медичною освітою, провадять медичну практику самостійно або під керівництвом лікаря.

За пунктом 35 фізична особа – підприємець, яка не має спеціальної освіти та не відповідає єдиним кваліфікаційним вимогам, затвердженим Міністерством охорони здоров'я, має право отримати ліцензію. У такому разі фізична особа – підприємець зобов'язана укомплектувати штат

медичними та немедичними працівниками відповідно до заявлених спеціальностей.

За таких умов є два варіанти: 1) провадження господарської діяльності з медичної практики молодшим спеціалістом – бакалавром, який має право на отримання ліцензії і може бути суб'єктом злочину згідно з Кримінальним кодексом України; 2) фізична особа – підприємець не має відповідної освіти, проте має право на отримання ліцензії та набрання відповідного персоналу з такою освітою. Але в цьому випадку абсолютно можливо є ситуація, коли така фізична особа й сама веде медичну практику, незаконно, звичайно, але маючи на руках ліцензію на здійснення медичної практики своїми працівниками. У такій ситуації, у разі проведення абортів особою, яка не має спеціальної медичної освіти, така ліцензія повинна анулюватися та, в порядку застосування тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом, вилучатися працівниками органів досудового слідства.

Про невизначеність норми та документів, які вилучаються в порядку тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом – правом на здійснення підприємницької діяльності, свідчить і судова практика:

«З огляду на викладене та з урахуванням того, що ухвалою слідчого судді надано дозвіл на тимчасовий доступ до речей і документів, з можливістю їх вилучення, які посвідчують користування правом на здійснення підприємницької діяльності ТОВ «Снабзбутпром», а не заявником, яким не доведено, що вони є речами й документами, за відсутності яких ПАТ «АКБ «КОНКОРД» позбавляється можливості здійснювати свою підприємницьку діяльність, тому суддя-доповідач вважає, що постановлена ухвала відповідно до вимог статті 309 КПК України оскарженню в апеляційному порядку не підлягає, у відкритті провадження за скаргою представника заявника слід відмовити» [5].

Згідно з частиною 1 статті 309 КПК України, під час досудового розслідування можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали слідчого судді, зокрема про тимчасовий доступ до речей і документів, які посвідчують користування правом на здійснення підприємницької діяльності, або інших, за відсутності яких фізична особа – підприємець чи юридична особа позбавляються можливості здійснювати свою діяльність.

Відповідно до наданих матеріалів, зазначені в резолютивній частині ухвали слідчого судді документи, до яких надано тимчасовий доступ з правом їх вилучення, не посвідчують користування правом на здійснення підприємницької діяльності та вилучення вказаних документів не позбавить можливості Дочірнього підприємства ПАТ «КИЇВХЛІБ КИЇВХЛІБОКОМБІНАТ» № 11 здійснювати свою діяльність, у зв'язку з чим ухвала слідчого судді оскарженню не підлягає [6].

Відповідно до оскаржуваної ухвали слідчого судді надано тимчасовий доступ до документів, які не посвідчують право на здійснення підприємницької діяльності, і їх вилучення не позбавлятиме КП «Луцьке» можливості здійснювати свою діяльність, оскільки ці документи не є установчими, дозвільними чи такими, що посвідчують право користування спеціальним правом, а фактично стосуються проведених господарських операцій підприємства, його внутрішньої діяльності чи кадрового нормативного забезпечення [7].

Відтак бачимо, що лише в одному випадку слідчий суддя наводить приблизний перелік таких документів, які входять в підтвердження права на займання підприємницькою діяльністю: установчі документи, дозвільні та інші, які посвідчують користування спеціальним правом.

У такому контексті можемо говорити про те, що для юридичної особи установчі документи, згідно із Законом

України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань» [8] є підставою для реєстрації та діяльності суб'єкта господарських відносин, для фізичної особи – це витяг з єдиного реєстру про державну реєстрацію.

Щодо вилучення дозвільних документів, то Законом «Про ліцензування видів господарської діяльності» [9], статтею 7 передбачено перелік видів господарської діяльності, для здійснення яких потрібен дозвіл. Серед таких:

1) банківська діяльність, яка ліцензується відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність»; 2) надання фінансових послуг (крім професійної діяльності на ринку цінних паперів); 3) професійна діяльність на ринку цінних паперів, яка ліцензується з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні»; 4) діяльність у галузі телебачення і радіомовлення, яка ліцензується відповідно до Закону України «Про телебачення і радіомовлення»; 5) діяльність у сфері електроенергетики, яка ліцензується з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про ринок електричної енергії», і діяльність у сфері використання ядерної енергії, яка ліцензується з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про дозвільну діяльність у сфері використання ядерної енергії»; 6) освітня діяльність, яка ліцензується з урахуванням особливостей, визначених спеціальними законами у сфері освіти; 7) виробництво і торгівля спиртом етиловим, коньячним і плодovým, алкогольними напоями та тютюновими виробами, яка ліцензується відповідно до Закону України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів»; 8) діяльність у сфері телекомунікації з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про телекомунікації», надання послуг у галузі криптографічного захисту інформації (крім послуг електронного цифрового підпису) та технічного захисту інформації, за переліком, що визначається Кабінетом Міністрів України; 9) будівництво об'єктів, що за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів з середніми та значними наслідками, з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про архітектурну діяльність»; 10) виробництво лікарських засобів, оптова та роздрібна торгівля лікарськими засобами, імпорт лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів) з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про лікарські засоби»; 11) виробництво та ремонт вогнепальної зброї невійськового призначення і боєприпасів до неї, холодної зброї, пневматичної зброї калібру понад 4,5 міліметра і швидкістю польоту кулі понад 100 метрів на секунду, торгівля вогнепальною зброєю невійськового призначення та боєприпасами до неї, холодною зброєю, пневматичною зброєю калібру понад 4,5 міліметра і швидкістю польоту кулі понад 100 метрів на секунду; виробництво спеціальних засобів, заряджених речовинами сльозоточивої та дратівної дії, індивідуального захисту, активної оборони та їх продаж; 12) виробництво вибухових матеріалів промислового призначення за переліком, що визначається Кабінетом Міністрів України; 13) надання послуг і виконання робіт протипожежного призначення за переліком, що визначається Кабінетом Міністрів України; 14) виробництво особливо небезпечних хімічних речовин, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України, поводження з небезпечними відходами. Не підлягає ліцензуванню зберігання (накопичення) суб'єктом господарювання утворе-

них ним небезпечних відходів, якщо протягом року з дня утворення небезпечні відходи передаються суб'єктам господарювання, що мають ліцензію на поводження з небезпечними відходами; 15) медична практика; 16) діяльність банків пуповинної крові, інших тканин і клітин людини згідно з переліком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я України; 17) ветеринарна практика; 18) випуск та проведення лотерей; 19) туроператорська діяльність; 20) посередництво в працевлаштуванні за кордоном; 24) перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів річковим, морським, автомобільним, залізничним та повітряним транспортом, міжнародні перевезення пасажирів та вантажів автомобільним транспортом; 26) транспортування нафти, нафтопродуктів магістральним трубопроводом та інші.

Окрім того, окремими нормами законодавства визначено порядок отримання дозволів, наприклад, «Про затвердження Порядку надання спеціальних дозволів на користування надрами» [10], також законодавством передбачені й інші види дозвільних документів, а саме надання дозволу на розроблення проекту землеустрою, будівництво тощо.

Висновки. Тому, виходячи з такого трактування положень кримінального процесуального законодавства, саме установчі та дозвільні документи повинні вилучатися в особи при погодженні слідчим суддею рішення про застосування тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом.

Список використаної літератури:

1. Ухвала суду. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51936026>
2. Повідомлення ДФС. URL: <http://dp.sfs.gov.ua/media-ark/news-ark/282212.html>
3. Лист ДФС від 21.03.2017 № 3782/К/99-99-13-02-03-14. URL: <http://sfs.gov.ua/baneryi/podatkovi-konsultatsii/konsultatsii-dlya-fizichnih-osib/print-71792.html>
4. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з медичної практики. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/285-2016-%D0%BF>
5. Ухвала суду. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/44611031>
6. Ухвала суду. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54692225>
7. Ухвала суду. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64008917>
8. Ухвала суду. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/755-15/page4>
9. Ухвала суду. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/222-19>
10. Ухвала суду. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/615-2011-%D0%BF>

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

Грицак Христина Михайлівна – аспірант кафедри кримінального права та процесу Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Hrytsak Khrystyna Mykhailivna – Postgraduate Student at the Department of Criminal Law and Process of Institute of Law and Psychology of National University “Lviv Polytechnic”

halyna_rymarchuk@yahoo.com