

## ПРАКТИЧНЕ ЗАСТОСУВАННЯ ОБМЕЖЕННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ПРАВА В КОНТЕКСТІ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

### ON PRACTICE OF THE RESTRICTION OF SPECIAL LAW IN THE CONTEXT OF MEASURES TO ENSURE CRIMINAL PROCEEDINGS

Гумін О.М.,

*доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри кримінального права і процесу  
Навчально-наукового інституту права та психології  
Національного університету «Львівська політехніка»*

Римарчук Р.М.,

*кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри цивільного права та процесу  
Навчально-наукового інституту права та психології  
Національного університету «Львівська політехніка»*

Стаття присвячена огляду судової практики та законодавчого відображення поняття «спеціальне право» у контексті застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Проведено аналіз норм чинного законодавства щодо визначення переліку документів та прав, які входять до складу спеціального права та підлягають тимчасовому обмеженню порядком застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

**Ключові слова:** спеціальне право, тимчасове обмеження, заходи забезпечення, кримінальне провадження, кримінальний процес.

Статья посвящена обзору судебной практики и законодательного отражения понятия «специальное право» в контексте применения мер обеспечения уголовного производства. Проведен анализ норм действующего законодательства относительно определения перечня документов и прав, входящих в состав специального права и подлежащих временному ограничению в порядке применения мер обеспечения уголовного производства.

**Ключевые слова:** специальное право, временное ограничение, меры обеспечения, уголовное производство, уголовный процесс.

The article is devoted to the review of judicial practice and legislative reflection of the concept of “special law” in the context of the application of measures to ensure criminal proceedings. The analysis of the norms of the current legislation concerning the definition of the list of documents and rights that are part of the special law and are subject to a temporary limitation in the order of application of measures for ensuring criminal proceedings is covered.

**Key words:** special law, temporary restriction, measures of protection, criminal proceedings, criminal procedure.

**Постановка проблеми.** Практика обмеження спеціального права в контексті його застосування через заходи забезпечення кримінального провадження досить неоднозначна, тому визначальна зараз необхідність дослідження питання належного нормативного закріплення.

**Стан опрацювання.** Питання правового аналізу заходів забезпечення кримінального провадження вивчають: В. Бринцев, Ю. Грошевой, Л. Давиденко, В. Зеленецький, П. Каркач, В. Клочков, О. Кондратьєв, В. Маляренко, В. Махов, В. Михайлов, І. Петрухін, М. Пешков, П. Пилипчук, М. Погорельський, Ю. Стецовський, А. Туманянц, О. Шило й ін.

**Метою статті** є визначення переліку документального підкріплення поняття «спеціальне право» та кореспондуючого «незалежна професійна діяльність» у контексті застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

**Вклад основного матеріалу.** Досить неоднозначне законодавство, а отже, і його інтерпретація в судовій практиці щодо питання тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом у контексті застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Здебільшого слідчі судді доодять правильного висновку про обставини справи, достатність підстав та наявні ризики повторного правопорушення. Проте трапляються 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 кримі-

нального провадження у вигляді тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом – правом арбітражного керуючого.

Так, з обставин справи вбачається, що Особа 1 підозрюється в тому, що, обіймаючи посаду арбітражного керуючого – розпорядника майна Товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ) «Х», вона зловживала своїм службовим становищем і впродовж 2013–2015 рр., за сприяння суддів господарських судів України, за попередньою змовою зі службовими особами Товарної біржі «У», ТОВ «А», ТОВ «К» і ТОВ «Ф», у порушення норм Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» під час розгляду справи про банкрутство ТОВ «Х», скоїла 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. Крупка звернувся до слідчого судді Печерського районного суду м. Києва із клопотанням, погодженим із прокурором, про тимчасове обмеження підозрюваного Особи 1 у користуванні спеціальним правом – зайняттю діяльністю арбітражного керуючого строком на два місяці, оскільки є достатні підстави вважати, що тимчасове обмеження підозрюваного Особи 1 у користуванні спеціальним правом – зайняттю діяльністю арбітражного керуючого – необхідне для припинення кримінального правопорушення та запобігання іншим, для запобігання протиправній поведінці підозрюваного щодо перешкодження кримінальному провадженню, забезпечення компенсації шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

Слідчий суддя після вивчення клопотання та доданих до нього документів дійшов такого висновку.

У ст. 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 [1].

Вказаною нормою визначено вичерпний перелік документів, що можуть посвідчувати таке спеціальне право, а саме: 1) право керування транспортним засобом або судном; 2) право полювання; 3) право здійснення підприємницької діяльності. Отже, з огляду на перелік документів, що посвідчують спеціальне право в розумінні ст. 148 КПК України, спеціальними вважаються право на керування транспортним засобом або судном, право на полювання, право на здійснення підприємницької діяльності.

Особа 1, яка виконує функції арбітражного керуючого, є суб'єктом незалежної професійної діяльності, згідно зі ст. 4 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» та абз. 2 п. 14.1.226 Податкового кодексу (далі – ПК) України.

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

Зважаючи на викладене, слідчий суддя відмовляє в задоволенні клопотання органу досудового розслідування про тимчасове обмеження підозрюваного Особи 1 у користуванні спеціальним правом – зайняття діяльністю арбітражного керуючого строком на два місяці, з огляду на безпідставність та необґрунтованість внесеного клопотання [2].

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

Постає запитання, чому все ж законодавець обрав такі види прав для обмеження, які стосуються лише керування транспортним засобом, полювання та підприємницької діяльності. Напевно, з огляду на те, що такі права належать до сфери державного регулювання, тоді як, наприклад, діяльність нотаріуса, арбітражного керуючого, адвоката, приватного виконавця – це все незалежна професійна діяльність, яка, хоч і підлягає державному регулюванню, проте має своє законодавство та правила.

Згідно з пп. 14.1.226 п. 14.1 ст. 14 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, оцінщиків, інженерів чи архітекторів, особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою-підприємцем та використовує найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб [3].

Отже, навіть діяльність, яка передбачає отримання дозволу або ліцензії, або свідоцтва, але зазначена у вищенаведеному списку або ж входить за своїми ознаками до такої, не може бути обмежена порядком 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 (далі – ДФС) України, «якщо фізична особа зареєстрована як підприємець та при цьому така особа провадить незалежну професійну діяльність, така фізична особа обліковується у контролюючих органах як фізична особа-підприємець з ознакою провадження незалежної професійної діяльності (п.п. 4 п. 6.7 р. VI Порядку обліку платників податків і зборів, який затверджено наказом Міністерства фінансів України від 9 листопада 2011 р. № 1588) [4].

Отже, у результаті загального аналізу 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, тому, на нашу думку, права, які супроводжують таку діяльність (наприклад, ліцензія на медичну практику, свідоцтво на право зайняття адвокатською діяльністю тощо) підлягають обмеженню як право на підприємницьку діяльність.

Про невизначеність норми та документів, які вилучаються порядком тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом – правом на зайняття підприємницькою діяльністю, 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 і документами, за відсутності яких ПАТ «АКБ «КОНКОРД»» позбавляється можливості здійснювати свою підприємницьку діяльність, тому суддя-доповідач вважає, що постановлена ухвала відповідно до вимог ст. 309 КПК України оскарженню в апеляційному порядку не підлягає і у відкритті провадження за скаргою представника заявника слід відмовити [5].

Згідно із ч. 1 ст. 309 КПК України, під час досудового розслідування можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали слідчого судді, зокрема і про тимчасовий доступ до речей і документів, яким дозволено вилучення 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 із правом їх вилучення, не посвідчують користування правом на здійснення підприємницької діяльності, та вилучення вказаних документів не позбавить можливості Дочірнє підприємство ПАТ «Київхліб» «Київхлібокомбінат № 11» здійснювати свою діяльність, у зв'язку із 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 дані документи не є установчими, дозвільними, чи такими, що посвідчують право користування спеціальним правом, а фактично стосуються проведення господарських операцій підприємства, його внутрішньої діяльності чи кадрового нормативного забезпечення [7].

Отже, бачимо, що лише в одному разі слідчий суддя наводить приблизний перелік документів на підтвердження права на зайняття підприємницькою діяльністю, а саме установчі документи, дозвільні й 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 в ст. 7 Закону «Про ліцензування видів господарської діяльності» [9] передбачено перелік видів господарської діяльності, для здійснення яких потрібен дозвіл, а саме ліцензія.

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

Тому, з огляду на таке трактування положень кримінального процесуального законодавства, саме установчі та дозвільні документи повинні вилучатися в особи в разі погодження слідчим суддею рішення про застосування тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом.

Особливо цікавим у даному контексті є аналіз так званих дозвільних документів за Законом України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» [11]. Отже, документ дозвільного характеру – це дозвіл, висновок, рішення, погодження, свідоцтво, інший документ в електронному вигляді (запис про наявність дозволу, висновок, рішення, погодження, свідоцтва, іншого документа в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань), який дозвільний орган зобов'язаний видати суб'єкту господарювання в разі надання йому права на провадження певних дій щодо здійснення господарської діяльності або видів господарської діяльності та/або без наявності якого суб'єкт господарювання не може проваджувати певні дії щодо здійснення господарської діяльності або видів господарської діяльності. Такими дозвільними документами можуть бути дозволи, які видаються територіальними органами Державної архітектурно-будівельної інспекції (далі – ДАБІ) України, дозвіл на працевлаштування іноземця, ліцензія на здійснення посередницької діяльності із працевлаштування за кордоном тощо.

**Висновки.** У підсумку вважаємо за необхідне надати роз'яснення щодо порядку застосування тимчасового обмеження в користуванні спеціальним правом як заходу забезпечення кримінального провадження.

1. Спеціальне право полягає в наданому державою окремо передбаченого законодавчим актом дозволу, який підтверджує законність здійснення певних операцій / відносин / дій конкретним суб'єктом – отримувачем дозволу.

Спеціальне право потребує державного контролю за певною сферою діяльності особи, а такий контроль можливий у разі отримання відповідного підтверджувального документа на здійснення того обсягу прав, на який видано дозвіл. Це може бути ліцензія, дозвіл, декларація відповідності, сертифікат тощо. З іншого боку, це є установчі документи суб'єкта підприємницької діяльності, якщо водночас він не виконує функцій, які потребують отримання документів дозвільного характеру.

2. Особливі ознаки спеціального права: право надається на дозвільній основі (незалежно від типу документа, який підтверджує право); для отримання такого права необхідно звертатися до відповідних органів державної влади (у цьому полягає відмінність дозволу, наприклад, на адвокатську діяльність, від свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю, яке видається органами самоврядування адвокатури України, а не органами державної влади); орган державної влади, що видав відповідний документ дозвільного характеру, здійснює періодичний контроль за виданими дозволами / веде реєстр / вимагає продовження дозволу, якщо він строковий, тощо; під час отримання дозволу вимагається подання документів, визначених для кожної конкретної сфери діяльності; отримання дозволу є імперативною нормою, не має альтернативного шляху.

3. Тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом може полягати лише у вилученні певної документації – документів та дозволів, які посвідчують таке право. У жодному разі даний захід забезпечення кримінального провадження не застосовується з метою вилучення атрибутів, наприклад, підприємницької діяльності, як-от печатки, штампи тощо.

4. Право на здійснення підприємницької діяльності підтверджується Витягом з реєстру та / або свідоцтвом про державну реєстрацію підприємця. Проте хочемо зауважити, що спеціальне право посвідчується не лише такими документами. Ідеться про наявність дозволів, ліцензій, сертифікатів, декларацій відповідності тощо, за безпосереднього використання яких можна виконувати ті чи інші господарські операції / вчиняти дії тощо. Тому перелік документів, які підлягають вилученню в особи, щодо якої застосовується тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом, треба розширити.

5. Установчі договори та витяги з реєстрів повинні розглядатися як документи, що підтверджують статус суб'єкта підприємницької діяльності, а не право на зайняття підприємницькою діяльністю в конкретній сфері. У зв'язку із цим пропонуємо вважати формулювання «документи, що посвідчують право на зайняття підприємницькою діяльністю» як таке, що передбачає дозволи, ліцензії, сертифікати, декларації відповідності тощо залежно від сфери діяльності суб'єкта-підприємця.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
2. Судова справа. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51936026>.
3. Повідомлення ДФС від 20 січня 2017 р. / Головне управління ДФС у Дніпропетровській області. URL: <http://dp.sfs.gov.ua/media-ark/news-ark/282212.html>.
4. Лист ДФС від 21 березня 2017 р. № 3782/К/99–99–13–02–03–14. URL: <http://sfs.gov.ua/baneryi/podatkovi-konsultatsii/konsultatsii-dlya-fizichnih-osib/print-71792.html>.
5. Судова справа. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/44611031>.
6. Судова справа. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54692225>.
7. Судова справа. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64008917>.
8. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань: Закон України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/755-15/page4>.
9. Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/222-19>.
10. Про затвердження Порядку надання спеціальних дозволів на користування надрами: Закон України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/615-2011-%D0%BF>.
11. Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності: Закон України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2806-15>.