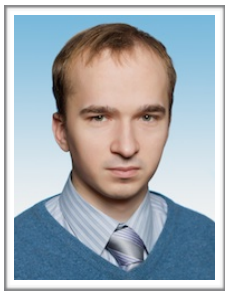
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ЛЮСТРАЦІЇ У ФОРМІ СУДОВОЇ ЗАБОРОНИ



Задоя Костянтин Петрович
кандидат юридичних наук
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

І. Вступні зауваги. Питання люстрації було традиційним предметом суспільно-політичної дискусії в Україні, починаючи з моменту проголошення незалежності нашої держави. З набранням чинності Закону України (далі — ЗУ) "Про очищення влади" від 16.09.2014 року № 1682-VII (далі — Закон № 1682-VII, ЗУ "Про очищення влади") зазначена дискусію перейшла з політичної у правову площину. Безумовно, що в найближчому майбутньому положення Закону № 1682-VII зазнають критичного осмислення науковцями та юристами-практиками, але вже зараз можна констатувати, що даний нормативно-правовий акт стане серйозним "випробуванням" для правової системи України.

Видається, що правові дослідження очищення влади (люстрації) можуть мати різне спрямування: а) конституційно-правове; б) міжнародно-правове; в) галузево-правове; г) порівняльно-правове. У даному дослідженні ми розглянемо, який вплив справить ЗУ "Про очищення влади" на кримінальне та кримінально процесуальне право України. У цьому контексті видається можливим говорити про дві групи проблем: а) концептуально-юридичні; б) спеціально-юридичні.

ІІ. Концептуально-юридичні проблеми. Ч. 1 ст. 1 Закон № 1682-VII визначає очищення влади (люстрацію) як встановлену цим правовим актом або рішенням суду заборону фізичним особам обіймати певні посади (крім виборних посад) в органах державної влади та органах місцевого самоврядування.

Відзначимо, що така дефініція видається не дуже вдалою з двох причин: 1) оскільки слова "очищення влади" та "люстрація", очевидно, позначають процес, у той час як слово "заборона" характеризує певний акт та/або зумовлений ним стан; 2) розділ Х Конституції України досить чітко відокремлює правовий статус органів влади Автономної Республіки Крим (далі

© Задоя К.П.

— АРК) від статусу органів державної влади та місцевого самоврядування, а отже — ч. 1 ст. 1 ЗУ "Про очищення влади" звучить неоднозначно з огляду на можливість її поширення на посади в органах АРК. Не вносить ясність й ст. 2 Закону № 1682-VII, в якій посади в органах АРК також не загадано, але міститься формулювання "інших посадових та службових (крім виборних посад) органів державної влади, органів місцевого самоврядування" (п. 10) ч. 1 ст. 2). Очевидно, на сьогодні таке "мовчання" законодавця не породжує якихось правозастосовчих проблем, але з втратою територією АРК статусу окупованої ст.ст. 1, 2 Закон № 1682-VII потребуватимуть певного уточнення чи конкретизації. Тим не менш, такі неточність самі по собі не є однозначним показником низької якості ЗУ "Про очищення влади".

У ч.ч. 3, 4 ст. 1 ЗУ "Про очищення влади" конкретизується, що: а) перша із вищевказаних заборон (умовно назвемо її — законодавчою) застосується упродовж десяти років з дня набрання чинності Законом № 1682-VII у випадках, передбачених ч.ч. 1, 2, 4 та 8 його статті 3; б) друга заборона (умовно назвемо її — судовою) застосовується упродовж п'яти років з дня набрання чинності рішенням суду у випадках, передбачених ч.ч. 3, 5-7 ст. 3 Законом № 1682-VII.

Звернемо увагу, що люстрація у формі законодавчої заборони може обумовлюватись тим, що особа у минулому: а) обіймала певну посаду (наприклад, посаду Президента України в період з 25.02.2010 року по 22.02.2014 року); б) вчиняла певні діяння (наприклад, будучи суддею постановила ухвалу про дозвіл на затримання з метою приводу особи, звільненої в подальшому від кримінальної відповідальності відповідно до ЗУ "Про усунення негативних наслідків та недопущення переслідування та покарання осіб з приводу подій, які мали місце під час проведення мирних зібрань" від 29.01.2014 року № 737-VII).

Заборона, обумовлена зайняттям певної посади, очевидно, повинна розглядатись як адміністративно-правовий захід і не є якісно новим явищем для правової системи Україні. Конституційне та адміністративне законодавство України встановлюють чималу кількість обмежень щодо зайняття посади у зв'язку з тими чи іншими юридичними фактами з "минулого" претендента — обмеження щодо зайняття посади Президента України понад два рази, обмеження щодо зайняття певних посад особами, які мають судимість, тощо.

Дещо складнішою виглядає юридична природа заборони, обумовленої вчиненими в минулому діяннями особи. Таке правообмеження зовні схоже на правову реакцію держави на скоєне особою правопорушення, тобто — на прояв

юридичної відповідальності1. Тим не менш, оскільки щодо особи не ухвалюється жодне судове рішення чи інший правозастосовчий акт у зв'язку з вчиненими нею діями чи діяльністю, що загалом характерно для юридичної відповідальності за правопорушення в правовій системі України, очевидно, і в цьому випадку все ж слід вести мову про правообмеження, що не є проявом юридичної відповідальності. Хоча, як видається, його юридична природа потребує подальшого предметного та всебічного дослідження.

Фактичною підставою люстрації у формі судової заборони, як випливає з ч.ч. 3, 5-7 ст. 3 Закон № 1682-VII, є виключно вчинені раніше (у минулому) особою діяння. Зважаючи на те, що у даному разі таке діяння одержує оцінку правозастосовчого органу (суду), яка фіксується в акті застосування законодавства (рішенні), встановлення правообмежень щодо такої особи може розглядатись як прояв юридичної відповідальності.

Отже, слід констатувати, що люстрацією законодавець найменував і заборону, яка не може розглядатись як прояв юридичної відповідальності, і заборону, що є таким проявом. При цьому, як випливає зі змісту ч. 1 ст. 1 ЗУ "Про очищення влади", обидві ці заборони вбачаються законодавцем видами певного родового явища. Подібний підхід викликає серйозні заперечення і є вельми сумнівним.

По-перше, Закон № 1682-VII фактично зводить в абсолют суть (зміст) правообмежень (правових наслідків), в яких виявляється люстрація у формі законодавчої заборони та люстрація у формі судової заборони, та ігнорує інші елементи правовідносин, що виникають у зв'язку із застосуванням згаданих правообмежень — суб'єктний склад правовідносин, юридичні факти, що обумовлюють їх виникнення, зміну та припинення тощо.

По-друге, зазначене нормативне рішення законодавця видається надмірно утилітарним. За своїм конкретним змістом покарання у виді арешту чи позбавлення волі на певний строк дуже подібні до такого кримінально-процесуального заходу як тримання особи під вартою. Однак, ані в загальній теорії права, ані в науці кримінального права чи кримінального процесу ніколи не ставилось питання про спорідненість юридичної природи цих правових заходів. Не останньою причиною цього є різна мета вказаних заходів. Так, метою покарання ч. 2 ст. 50 Кримінального кодексу України (далі — КК) визначає кару, виправлення особи, загальну та спеціальну превенцію, а метою

1 Зауважимо, що у випадку з врахуванням судимості як перешкоди для зайняття посади ситуація інша — конституційне та адміністративне законодавство надають у контексті конституційних (адміністративних) правовідносин характер юридичного факту кримінально-правовому наслідку злочину (судимості), але не йому самому. Останній же відіграє роль юридичного факту в контексті кримінально-правових відносин.

запобіжних заходів відповідно до ч. 1 ст. 177 Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК) є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується. У той же час ч. 2 ст. ЗУ "Про очищення влади" визначає метою люстрації (заборони обіймати певні посади) "недопущення до участі в управлінні державними справами осіб, які своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), спрямовані на узурпацію влади Президентом України Віктором Януковичем, підрив основ національної безпеки і оборони України або протиправне порушення прав і свобод людини". Така мета безумовно притаманна люстрації у формі законодавчої заборони і може бути обґрунтована цілями кадрової політики держави в сучасній суспільно-політичній обстановці, однак сумнівно, що вона в повній мірі характеризує люстрацію у формі судової заборони, яка, як ми вказували вище, є проявом юридичної відповідальності. Окрім того, приховане покладення на суд обов'язку забезпечувати досягнення певних політичних цілей виглядає несумісним з самою природою правосуддя.

Потребує ретельного розгляду й питання про те, якими саме судовими рішеннями може накладатись на особу люстраційна заборона. Оскільки в ч. 9 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади" йде мова про рішення, що приймаються судами загальної юрисдикції, а в ч. 10 ст. 3 Закон № 1682-VII — про вироки, можна припустити, що вказані судові рішення можуть ухвалюватись як у рамках кримінального провадження, так і поза ним. Однак видається, що у разі, коли задум законодавця справді був таким, його реалізація виявилась далеко не блискучою.

Суд може ухвалювати рішення виключно з додержанням певного процесуального порядку (процедури), засади якої визначені ч. 3 ст. 129 Конституції України та регламентовані окремими законодавчими актами. На сьогодні правовій системі України відомі такі форми процесуальних порядків ухвалення судових рішень (форми судочинства): а) конституційне провадження;

б) адміністративне провадження; в) цивільне провадження; г) господарське провадження; ґ) провадження у справах про адміністративні правопорушення; д) кримінальне провадження.

Очевидно, що люстраційні заборони не можуть ухвалюватись за підсумками цивільного (ст. 15 Цивільного процесуального кодексу України) чи господарського (ст. 12 Господарського процесуального кодексу України) провадження, зважаючи на предмет останніх. Так само, люстраційні заборони не можуть бути результатом конституційного провадження в силу специфічних функцій, які виконує у вітчизняній правовій системі, Конституційний Суд України (ст. 150 Конституції України, ст. 13 ЗУ "Про Конституційний Суд України"). Відповідно до п. 2) ч. 2 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства (далі — КАС) адміністративні суди уповноважені розглядати у рамках адміністративного судочинства публічно-правові спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби. Можна припустити, що люстраційні справи охоплюються цим поняттям і, на думку законодавця, адміністративні суди уповноважені застосовувати люстраційні заборони. Однак таке припущення все ж видається необґрунтованим, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 162 КАС адміністративний суд у разі задоволення адміністративного позову має у своєму розпорядженні обмежений арсенал правових заходів, які він може застосувати до відповідача. Заборона фізичній особі обіймати певні посади чи позбавлення її права обіймати певні посади до цього переліку не входить.

Таким чином, єдиною потенційною альтернативою кримінальному провадженню як процесуальній формі накладення на особу люстраційної заборони залишається провадження у справах про адміністративні правопорушення. Відтак потребує з'ясування, чи уповноважений суд, розглядаючи справу про адміністративне правопорушення забороняти особі обіймати певні посади (або позбавляти її такого права). Частина 1 ст. 24 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КАП) містить перелік видів адміністративних стягнень, які можуть накладатись на особу, і заборона обіймати певні посади (позбавлення права їх обіймати) у ньому не вказана. При цьому частина третя цієї ж статті КАП допускає, що законами України можуть встановлюватись й інші види стягнень. Отже, заборону обіймати певні посади, передбачену ЗУ "Про очищення влади" гіпотетично можна розглядати як вид адміністративного стягнення, не передбачений КАП. Однак і це припущення видається нам необгрунтованим. Якщо певний вид адміністративного стягнення передбачено іншим законом України, аніж КАП, то такий закон, очевидно,

повинен чітко “ідентифікувати” відповідний правовий захід як адміністративне стягнення. Частина ж 10 ст. 3 Закон № 1682-VII прямо ототожнює люстрація у формі судової заборони з покаранням як правовим заходом, передбаченим КК2, однак жодне інше положення даного нормативно-правового акту не містить навіть натяку на те, що вказана заборона розглядається законодавцем як вид адміністративного стягнення. Таким чином, видається, що люстрація у формі судової заборони може здійснюватись винятково у рамках кримінального провадження. У зв'язку з цим може бути конкретизований зроблений нами вище висновок — законодавець надав люстраційній забороні двоєдиної юридичної природи. З одного боку, вона розглядається як передбачене законом адміністративне обмеження щодо зайняття певних посад, а з іншого боку — вона є видом покарання, передбаченого КК.

До аргументів щодо спірності такого рішення законодавця, які ми висловили вище, додамо ще деякі міркування:

1) надання люстраційній забороні характеру покарання суперечить п. 12 резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи (далі — ПАРЄ) 1096 (1996) “Про заходи щодо подолання наслідків минулих комуністичних тоталітарних систем”, який передбачає, що “метою люстрації є не покарання осіб, чия вина перезимується, - це задача прокуратури застосовувати кримінальне право, - а захистити демократію, що нововиникла” [1]. Ця теза більш детально розкрита у “Настановах щодо відповідності люстраційних законів та інших подібних адміністративних заходів стандартам правової держави” (підготовлених доповідачем ПАРЄ Адріаном Северіном), до яких відсилає п. 13 вказаної резолюції: “Люстрація не може бути використана для покарання, відплати чи помсти; покарання може бути застосовано виключно за вчинені в минулому діяння, що порушують кримінальний закон, на підставі звичайного кримінального кодексу з додержанням процедур та гарантій, характерних для кримінального провадження” [2];

2) люстрація у формі судової заборони не відповідає усталеним уявленням про так звану “юстицію перехідного періоду” (transitional justice) — у західній юридичній науці даним терміном іменується комплекс правових заходів, який здійснюється при переході від авторитарного (тоталітарного) до демократичного режиму. Узагальнено механізмами transitional justice визнаються: а) судове (кримінальне) переслідування осіб, що вчинили злочини;

---

[2] З урахуванням змісту підп. 2) п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Закону (див. нижче) остаточно стає зрозуміло, що мова йде покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади та обійматися певною діяльністю

б) діяльність комісій з примирення (truth commissions); в) відшкодування жертвам, чиї права були порушені минулим режимом (reparations); 4) інституційні реформи; 5) амністія; 6) адміністративні заходи (заборони), які в залежності від історико-правового контексту називаються люстрацією (традиційно цей термін вживається щодо адміністративних обмежень, які застосовувались і застосовуються в державах Центральної та Східної Європи), перевірка (vetting), очищення (purging) [3; 4; 5, с. 5]. Для цілей нашого дослідження ключовим у даному випадку є науковий консенсус щодо неприпустимості здійснення люстрація шляхом кримінального переслідування особи за вчинені нею діяння та розмежування цих механізмів transitional justice.

Отже, положення Закону № 1682-VII в частині правової регламентації люстрації у формі судової заборони видається такими, що не відповідають визнаним у цивілізованому світі стандартам здійснення transitional justice, взагалі, та люстрації, зокрема.

З рештою, відзначимо ще одну проблему концептуального характеру. У ч. 10 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади"3 міститься прямий орієнтир щодо призначення судами за відповідних обставин конкретного виду покарання, передбаченого КК, на певний строк. Таке положення за своєю юридичною природою безумовно слід вважати кримінально-правовим, а відтак — ЗУ "Про очищення влади", очевидно, має розгладитись як джерело кримінального права України (правовим актом, який є формою зовнішнього вираження кримінально-правових норм).

Звернемо увагу, що відповідно до ч. 3 ст. 3 КК лише даним Кодексом можуть визначатись злочинність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки. Хоча ч. 3 ст. 3 КК сформульована надто категорично (зокрема, об'єктивно продовжує зберігається ультраактивна дія в часі окремих положень Кримінального кодексу України 1960 року) та й для законотворчої практики України не є новим вихід за межі вказаного положення КК (див., наприклад, п.п. 2-4 Прикінцевих та перехідних положень ЗУ "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності" від 15.11.2011 року № 4025-VI), однак невідповідність ч. 10 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади" ч. 3 ст. 3 КК заслуговує на те, щоб бути відзначеною, а найголовніше — наслідком такої

3 Текст ч. 10 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади": "При постановленні вироків у справах та щодо осіб, передбачених частинами п'ятою - сьомою цієї статті, суди призначають заборону, передбачену частиною четвертою статті 1 цього Закону, як основне або додаткове покарання відповідно до положень Кримінального кодексу України. У разі призначення заборони, передбаченої частиною четвертою статті 1 цього Закону, як додаткового покарання строк такої заборони становить п'ять років. кодексу України".

невідповідності є “незапрограмоване” законодавцем при прийнятті КК, розширення переліку джерел кримінального права України.

ІІІ. Спеціально-юридичні проблеми. Неоднозначне визначення законодавцем юридичної природи люстрації породжує низку більш конкретних запитань щодо застосування останньої у формі судової заборони.

1. Як ми вказували вище, люстрація у формі судової заборони, очевидно, може реалізовуватись лише в рамках кримінального провадження. При цьому в ч.ч. 9 та 10 ст. 3 ЗУ “Про очищення влади” законодавець говорить про встановлення заборони обіймати певні посади на підставі вироку суду (ч. 10) та на підставі рішення суду (ч. 9). Як можна зрозуміти з контексту цих законодавчих положень, у даному випадку поняття “рішення суду” є родовим відносно поняття “вирок суду”, а не суміжним із ним. Такий висновок слідує з того, що в ч.ч. 9, 10 ст. 3 Закону № 1682-VII йде мова про різні питання — у ч. 9 ст. 3 про обов'язкове сповіщення судом Державної судової адміністрації України про прийняте ним рішення, а в ч. 10 ст. 3 — про призначення заборони, передбаченої ч. 4 ст. 1 ЗУ “Про очищення влади”, на підставі вироку суду. Однак відмінність у понятійному апараті даних положень закону наштовхує на запитання про її обґрунтованість.

Відповідно до ст. 369 КПК кримінальне провадження може завершуватись або постановленням вироку, або ж постановленням ухвали. Отже, можна в чергове припустити, що у кримінальному провадженні люстрація може реалізовуватись не лише шляхом постановлення обвинувального вироку, але й шляхом постановлення ухвали. У зв'язку з цим складається враження, що законодавець допускає застосування заборони, передбаченої ч. 4 ст. 1 ЗУ “Про очищення влади”, й тоді, коли до особи застосовуються заходи кримінально-правового характеру, відмінні від покарання, зокрема — звільнення від кримінальної відповідальності та примусові заходи медичного характеру. Щонайменше, положення КК не виключають можливості звільнення особи, яка відповідно до положень Закону № 1682-VII підлягає люстрації у форму судової заборони, від кримінальної відповідальності з підстав, передбачених Загальною чи Особливою частиною КК, або ж застосування до такої особи примусових заходів медичного характеру, якщо, наприклад, після вчинення злочину, який за своїми ознаками, дозволяє поширити на особу положення ЗУ “Про очищення влади”, захворіла на психічну хворобу. В обох цих випадках провадження має завершуватись постановлення ухвали суду (ст.ст. 288, 513 КПК), тобто судового рішення, відмінного від вироку суду. Якщо законодавець справді мав на увазі таку можливість, вживаючи в ч. 9 ст. 3 Закону № 1682-VII поняття “судові

рішення", його позиція знову видається неприйнятною через невизначеність нормативних підстав для застосування люстраційної заборони у випадках завершення кримінального провадження постановленням правозастосовчого акту, що передбачає звільнення особи від кримінальної відповідальності або обрання відносно неї примусових заходів медичного характеру. Дані кримінально-правові заходи самі по собі не передбачають жодних заборон щодо зайняття особою певних посад. Якщо ж законодавець мав на увазі, що вони мають поєднуватись із призначенням особі покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, яке в ЗУ "Про очищення влади" ототожнюється (див. ч. 10 ст. 3 та підп. 2) п. 4 Прикінцевих та перехідних положень) з люстраційною забороною, то в даному разі матиме місце порушення ч. 1 ст. 50 КК, що допускає можливість застосування покарання лише на підставі вироку суду, а головне — конституційного принципу презумпції невинуватості (ч. 1 ст. 62 Конституції України), який передбачає, що особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Вирішити таку суперечність (неузгодженість) на користь Закону № 1682-VII не дозволяє навіть колізійна норма, передбачена п. 3 його Прикінцевих та перехідних положень, оскільки вона надає перевагу ЗУ "Про очищення влади" перед іншими законами та нормативно-правовими актами, але не перед Конституцією України.

Отже, під поняттям "рішення" в ч. 9 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади" слід, на нашу думку, розуміти лише вирок суду. Принаймні, лише таке тлумачення цього поняття видається нам внутрішньо несуперечливим.

2. Такий висновок, у свою чергу, породжує наступне запитання — якщо люстрація у форму судової заборони передбачає обов'язкове постановлення обвинувального вироку суду та призначення особі виду покарання, передбаченого ст. 55 КК, чи означає це те, що суд у випадках, передбачених ч.ч. 3, 5-7 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади" (ці положення окреслюють підстави люстрації у формі судової заборони), взагалі не має можливості застосовувати до особи такі заходи кримінально-правового характеру як звільнення від кримінальної відповідальності чи примусові заходи медичного характеру, або ж звільняти особу від покарання без його призначення? Оскільки ч.ч. 3, 5-7 ст. 3 Закону № 1682-VII сформульовані імперативно ("заборона... застосовується.."), а не диспозитивно ("заборона... може застосовуватись..") відповідь на поставлене питання видається начебто ствердною. Однак у такому випадку положення ЗУ "Про очищення влади" увійдуть в суперечність з положеннями

КК, які зобов'язують суди у відповідних випадках: а) застосовувати до особи звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, ст. 49 КК); б) звільняти її від покарання без його призначення (наприклад, ч. 5 ст. 74 КК); в) робити вибір винятково між застосуванням чи незастосуванням до особи примусових заходів медичного характеру (ч.ч. 2, 3 ст. 19 КК). Колізійна норма, передбачена п. 3 його Прикінцевих та перехідних положень ЗУ “Про очищення влади”, може бути формальним виправданням для надання пріоритету положенням цього законодавчого акту, але таке вирішення проблеми призведе до абсурдних наслідків з точки зору положень КК — наприклад, суд повинен буде постановляти вирок щодо особи неосудної особи або ж після спливу строків давності.

3. Ще одна проблема, обумовлена імперативністю змісту ч.ч. 3, 5-7 ст. 3 Закону № 1682-VII, полягає у тому, що ці нормативні орієнтири передбачають застосування люстраційної заборони не до “особи, яка вчинила злочин, передбачений [відповідним] положенням КК”, а до “особи, яка вчинила певне діяння” (наприклад, до суддів, що постановлювали ухвали про дозвіл на затримання з метою приводу, про застосування запобіжних заходів у вигляді тримання під вартою, ухвалювали обвинувальні вироки, залишали їх без змін щодо осіб, до яких застосовано повну індивідуальну амністію Законом України “Про внесення змін до Закону України "Про застосування амністії в Україні” щодо повної реабілітації політичних в’язнів" від 27.02.2014 року № 792-VII). Таким чином, складається враження, що ЗУ “Про очищення влади” побудований не презумпції вини осіб, зазначених в ч.ч. 3, 5-7 ст. 3 Закону № 1682-VII, у вчиненні певного злочину. Завдання ж правозастосовчих органів полягає лише в тому, щоб встановити про злочину якого виду (різновиду) йде мова.

Видається, що у цьому аспекті імперативність вказаних нормативних орієнтирів насправді є лише уявною, оскільки наведене вище їх розуміння являє собою, по-перше, порушення принципу презумпції невинуватості (ч. 1 ст. 62 Конституції України, ч. 2 ст. 2 КК, ст. 17 КПК); а, по-друге, суперечить принципу незалежності судової влади (ч. 1 ст. 129 Конституції України). Відтак, положення ч.ч. 3, 5-7 ст. 3 Закону № 1682-VII не можуть розгладитись як адресована правозастосовчим органам вказівка “підшукати” для оцінки дій відповідної особи кримінально-правову норму. Інакше кажучи, навіть якщо на рівні фактичних обставин справи, вчинене особою діяння у поєднанні з іншими обставинами, відповідає критеріям, передбаченим ч.ч. 3, 5-7 ст. 3 ЗУ “Про очищення влади” (наприклад, надання певної інформації спецслужбам

іноземної держави не обов'язково є злочином відповідно до чинного КК), це не означає, що суд зобов'язаний оцінювати відповідний прояв поведінки як злочин.

4. У трьох із чотирьох випадків (ч.ч. 3, 5, 6 ст. 3 Закону № 1682-VII), щодо яких законодавець обумовив можливість здійснення люстрації у формі судової заборони, мова йде про діяння, вчинені виключно до набрання чинності ЗУ "Про очищення влади". Відтак, застосування щодо таких ситуацій ч. 10 ст. 3 Закону № 1682-VII або ч. 1 ст. 55 КК у редакції даного Закону неможливе, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 58 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, а ч. 1 ст. 5 КК допускає можливість зворотної дії кримінального закону в часі лише тоді, коли він скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи. Положення ж ч. 10 ст. 3 Закону № 1682-VII та ч. 1 ст. 55 КК у редакції даного Закону, навіть з огляду на певну неузгодженість їх між собою (див. детальніше нижче), щонайменше, не пом'якшують відповідальність особи та не поліпшують становище особи і тому не мають зворотної дії в часі. Цей висновок є актуальним і щодо випадків, передбачених ч. 7 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади", якщо вони мали місце до набрання цим законодавчим актом чинності.

Таким чином, люстрація у формі судової заборони з використанням кримінально-правових заходів та в рамках кримінального провадження може здійснюватись лише у випадках, передбачених ч. 7 ст. 3 Закону № 1682-VII (коли останні мали місце після набрання даним Законом чинності), а положення ч.ч. 3, 5, 6 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади" de facto є "непрацездатними" та "мертвими". Видається, що така відверта помилка законодавця є результатом омани, в які він увів сам себе, "сконструювавши" люстрацію як явище з подвійною юридичною природою (див. вище).

5. Коло підстав (критеріїв) для застосування люстрації у форму судової заборони в ч. 7 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади"[4] сформульовано, на наш погляд,

---

[4] Текст ч. 7 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади": "Заборона, передбачена частиною четвертою статті 1 цього Закону, застосовується до посадових та службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування, в тому числі суддів, співробітників органів внутрішніх справ, прокуратури та інших правоохоронних органів, стосовно яких встановлено рішенням суду, яке набрало законної сили, що вони: 1) співпрацювали із спецслужбами інших держав як таємні інформатори в оперативному отриманні інформації; 2) своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), спрямовані на підрив основ національної безпеки, оборони чи територіальної цілісності України; 3) закликали публічно до порушення територіальної цілісності та суверенітету України; 4) розпалювали міжнаціональну ворожнечу; 5) своїми протиправними рішеннями, дією чи бездіяльністю призвели до порушення прав людини та основоположних свобод, визнаних рішенням Європейського суду з прав людини".

надто абстрактно. Зокрема, воно не дає підстав зрозуміти, які типи суспільно небезпечної поведінки має на увазі законодавець. Наприклад, “співпраця із спецслужбами інших держав в оперативному отриманні інформації”, очевидно, не обов'язково полягає в передачі інформації, що становить державну таємницю, і відтак не завжди зводиться до державної зради у формі шпигунства (ч. 1 ст. 111 КК). Видається, що під наведений критерій можуть підпадати й злочини, передбачені ст.ст. 330, 364, 387 КК тощо. Ще більш абстрактним виглядає критерій “порушення прав людини та основоположних свобод, визнаних рішенням Європейського суду з прав людини, зумовлене протиправними рішенням, дією чи бездіяльністю”. Теоретично ним може охоплюватись велика кількість видів злочинів, передбачених чинним КК.

Окремі питання викликає вказівка на те, у якому сенсі в ч. 7 ст. 3 ЗУ “Про очищення влади” законодавець веде мову про “посадових та службових осіб” - люстрація у формі судової заборони застосовується до таких осіб, у разі коли вони вчинили одне з діянь, передбачених цим положенням Закону, з використанням влади чи службового становища, зумовлених зайняттям певної посади, чи такий зв'язок є необов'язковим? Наприклад, чи поширюється ч. 7 ст. 3 Закону № 1682-VII на суб'єкта, який: а) є службовою особою органу державної влади; б) виготовив і поширив без використання обумовлених його посадою влади чи службового становища листівки, спрямовані на розпалювання міжнаціональної ворожнечі; в) і таке діяння в поєднанні з іншими обставинами відповідає одному із складів злочинів, передбачених ст. 161 КК?

На наш погляд, неконкретні критерії застосування люстрації у формі судової заборони, передбачені вказаним вище нормативним орієнтиром, створюють небезпеку неодноманітного застосування кримінального закону.

Окрім того, у тих випадках, коли суд вважатиме, що на особу поширюється ч. 7 ст. 3 Закону № 1682-VII, він з великою ймовірністю зіткнеться з проблемою процесуальної “фіксації” обставин, що зумовлюють застосування до особи люстрації у формі судової заборони. Якщо відповідні обставини кореспондують з ознаками певного юридичного складу злочину, така “фіксація” відбуватиметься “автоматично”, однак у протилежному випадку правове значення цих обставин та процесуальний порядок їх врахування є досить невизначеним, оскільки вони з точки зору ст. 91 КПК не входять у предмет доказування в кримінальному провадженні. Незрозуміло, наприклад, в якій складовій обвинувального вироку (ст. 374 КПК) у такому разі мають бути відображені обставин, що зумовлюють застосування до особи люстраційної

заборони, — у формулюванні обвинувачення, визнаного судом доведеним, чи в мотивах призначення покарання?

6. Ще одна специфічна кримінально-правова проблема, пов'язана із застосуванням люстрації у формі судової заборони, полягає в тому, що з огляду на ст. 26 КК злочини можуть вчинятись у співучасті. Відтак виникає запитання про те, чи підлягає люстрації посадова чи службова особа органів державної влади чи місцевого самоврядування, яка, наприклад: а) сама не приймала протиправного рішення чи не вчиняла протиправну дію або бездіяльність, що призвели до порушення прав людини та основоположних свобод, визнаних рішенням Європейського суду з прав людини; б) але віддала вказівку іншій посадовій чи службовій особі прийняти таке рішення або вчинити таку дію чи бездіяльність, що призвели до відповідного зазначеного наслідку; в) і при цьому може розглядатись як підбурювач до злочину з точки зору ч. 4 ст. 27 КК?

Обтічність формулювання "рішення, дія чи бездіяльність призвели до порушення прав людини та основоположних свобод, визнаних рішенням Європейського суду з прав людини" начебто дозволяє відповісти на поставлене запитання ствердно і поширювати положення ч. 7 ст. 3 Закону № 1682-VII на організацію, підбурювання та пособництво у вчиненні злочину. Тим не менш, видається, що неузгодженість формулювань зазначеного положення з нормами КК, може обумовлювати неодноманітне застосування люстраційної заборони до осіб, що вчинили злочини у співучасті.

7. Норми ЗУ "Про очищення влади" викликають низку запитань і в частині правових наслідків, які суд може застосувати до особи. Частина 4 ст. 1 Закону № 1682-VII передбачає, що люстраційна заборона на підставі судового рішення є актуальною упродовж п'яти років "з дня набрання чинності"5 останнім. У свою чергу, перше речення ч. 10 ст. 3 даного Закону встановлює, що "суди призначають [зазначену] заборону.., як основне або додаткове покарання відповідно до положень Кримінального кодексу України", а друге речення говорить, що в разі призначення даної заборони як додаткового покарання її строк становить п'ять років.

Таким чином, у ч. 10 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади" законодавець "промовчав" щодо особливостей застосування люстраційної заборони у разі, коли вона призначається як основне покарання. Оскільки ЗУ "Про очищення влади" лише доповнив зміст ч. 1 ст. 55 КК новим (другим) абзацем та залишив незмінним абзац, що був передбачений у первинній редакції цього положення

---

5 Очевидно, коректніше було б вказати "з дня набрання законної сили". Поняття "набрання чинності" у законодавстві України вживається щодо нормативно-правових актів.

кримінального закону (перший), останній із них продовжує встановлювати, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене як основне покарання на строк від двох до п'яти років.

Наслідком цього є суперечність (неузгодженість) між ч. 1 ст. 55 КК, яка допускає можливість призначення покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основного на строк менше п'яти років, та ч. 4 ст. 1 Закону № 1682-VII, яка вимагає, щоб строк покарання цього виду становив суворо п'ять років. Інструментом для розв'язання такої колізії знову може бути п. 3 Прикінцевих та перехідних положень ЗУ "Про очищення влади", який надає перевагу саме цьому законодавчому акту. Однак у даному випадку ситуацію ускладнює те, що в ч. 10 ст. 3 Закону № 1682-VII чітко та конкретно сказано, що суди застосовують люстраційну заборону як основне або додаткове покарання відповідно до положень КК. Таким чином, слід говорити не лише про суперечність (неузгодженість) абз. 1 ч. 1 ст. 55 КК та ч. 4 ст. 1 Закону № 1682-VII, а й про суперечність (неузгодженість) ч. 4 ст. 1 та ч. 10 ст. 3 Закону № 1682-VII у поєднанні з абз. 1 ч. 1 ст. 55 КК. Найголовніше ж, незрозуміло, яким чином можна розірвати це "порочне коло".

8. Окремої уваги заслуговує абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК[6], яким вказану статтю Загальної частини КК було доповнено відповідно до підп. 2) п. 4 Прикінцевих та перехідних положень ЗУ "Про очищення влади". За допомогою цього положення законодавець запровадив особливий (люстраційний) порядок (режим) застосування покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, відмінний від звичайного (загального) порядку (режиму).

Зазначений орієнтир, очевидно, є спеціальною підставою для призначення особі більш суворого покарання, аніж передбачено санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, у тих випадках, коли відповідна санкція містить вказівку на такий вид додаткового покарання як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. При цьому, на жаль, законодавець не обумовив такий виняток із першого загального правила призначення покарання на рівні п. 1) ч. 1 ст. 65 КК.

Менш очевидним є інше тлумачення абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК — чи є дане положення обов'язковою підставою для призначення покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю у тих випадках, коли даний вид покарання у санкції статті (частини статті)

---

6 Текст абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК: "Позбавлення права обіймати певні посади як додаткове покарання у справах, передбачених Законом України "Про очищення влади", призначається на строк п'ять років".

Особливої частини КК взагалі не передбачено. Наприклад, службова особа органу державної влади була визнана винною у вчиненні державної зради у формі шпигунства (ч. 1 ст. 111 КК). З огляду на ч. 7 ст. 3 Закону № 1682-VII до такої особа, очевидно, має бути застосована люстраційна заборона, передбачена ч. 4 ст. 1 даного законодавчого акту, але санкція ч. 1 ст. 111 КК, у свою чергу, не містить згадки про покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Видається, що у цьому та аналогічних йому випадках даний вид покарання має бути застосований до особи. По-перше, кримінальному праву України ще до набрання чинності ЗУ “Про очищення влади” було відоме призначення покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткового у випадках, коли останнє не було передбачене в санкції статті (частини статті) Особливої частини КК, на підставі ч. 2 ст. 55 КК. По-друге, у даному разі немає очевидних суперечностей абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК з іншими положеннями Кодексу.

Відзначимо також, що при сукупності злочинів (ст. 70 КК) або вироків (ст. 71 КК) призначення хоча б за один із злочинів покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткового в люстраційному режимі означає, що суд зобов'язаний застосувати принцип поглинення менш суворого покарання більш суворим, якщо за інший злочин (інші злочини) призначено покарання цього ж виду в звичайному режимі.

9. Положення ЗУ “Про очищення влади” виглядають неузгодженими: 1) з ч. 2 ст. 69 КК, яка надає право суду в цілому ряді випадків не призначати особі обов'язкове додаткове покарання, у тому числі — покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; 2) з положеннями КК, які передбачають можливість звільнення особи від покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю чи його відбування покарання, якщо воно було призначено як основне чи додаткове — зокрема: а) ч. 2 ст. 74 КК передбачає звільнення особи від призначеного покарання у разі усунення караності діяння, вчиненого особою; б) ч. 1 ст. 79 КК допускає можливість звільнення від відбування додаткового покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років, з встановленням іспитового строку у межах строку, на який згідно з законом жінку може бути звільнено від роботи у зв'язку з вагітністю, пологами і до досягнення дитиною семирічного віку , а ч. 4 цієї ж статті — можливість остаточного звільнення вказаних осіб від призначеного покарання після закінчення іспитового строку; в) ст. 80 КК передбачає можливість звільнення

особи від відбування основного та додаткового покарання у зв'язку із закінченням строків давності виконання обвинувального вироку; г) ч. 1 ст. 81 та ч. 2 ст. 82 КК допускають можливість звільнення особи від відбування додаткового покарання в разі умовно-дострокового звільнення особи від відбування покарання чи заміни невідбутої частини покарання більш м'яким; ґ) ст. 85 КК допускає можливість повного або часткового звільнення особи від основного і додаткового покарань на підставу закону України про амністію або акту про помилування.

За логікою Закону № 1682-VII застосування всіх вищеперерахованих положень КК неприйнятне, оскільки це унеможливить досягнення мети люстрації. До того ж в самому цьому законодавчому акті немає жодних застережень щодо можливості дострокового припинення (скасування) люстраційної заборони. З іншого боку, Закон № 1682-VII не передбачає внесення змін чи доповнень до жодного із вказаних вище положень КК, які б виключали їх застосування у випадках, визначених ч. 7 ст. 3 Закону.

Отже, слід констатувати ще низку неузгодженостей (суперчностей) між положеннями ЗУ “Про очищення влади” та КК. Загалом, п. 3 Прикінцевих та перехідних положень ЗУ “Про очищення влади” дозволяє вирішувати абсолютну більшість із них на користь люстраційного закону. Виняток, на наш погляд, становить колізія що виникає між ч. 4 ст. 1 Закону № 1682-VII та ч. 2 ст. 74 КК. У такому разі пріоритет має надаватись положенню КК, оскільки останнє розвиває та конкретизує ч. 1 ст. 58 Конституції України. Відносно ж положень Основного Закону ЗУ “Про очищення влади”, як ми зазначали вище, пріоритету мати не може.

10. Певні труднощі викликає й обчислення строків люстраційної заборони, визначеної вироком суду. Відповідно до ч. 4 ст. 1 ЗУ “Про очищення влади” вони обраховуються з “дня набрання чинності відповідним рішенням суду”. У свою чергу, ч. 3 ст. 55 КК встановлює три правила щодо обрахування строку відбування покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, якщо воно призначено особі як додаткове: а) якщо позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю призначено як додаткове покарання до арешту, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або позбавлення волі на певний строк, строк додаткового покарання обчислюється з моменту відбуття основного покарання (перше загальне правило); б) у випадку звільнення особи від відбування основного покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк з випробуванням (ст. 75 КК) і

застосування покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльності відповідно до ст. 77 КК, строк останнього покарання обчислюється з моменту набрання законної сили вироком (виняток з першого загального правила); в) при призначенні позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткового покарання до інших видів основного покарання (тих, що не вказані в пункті а) строк додаткового покарання обчислюється з моменту моменту набрання законної сили вироком (друге загальне правило). Таким чином, ч. 4 ст. 1 ЗУ "Про очищення влади" не узгоджується з першим загальним правилом обчислення строку покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, якщо воно призначено особі як додаткове. З огляду на неодноразово згаданий вище п. 3 Прикінцевих та перехідних положень Закону № 1682-VII дана суперечність (неузгодженість) також має долатись на користь люстраційного закону. У випадку, якщо особою вчинено злочин, який підпадає під критерії ч. 7 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади", строк призначеного особі покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю слід обчислювати з моменту набрання законної сили вироком суду. Однак внаслідок цього такий засуджений парадоксальним чином може виявитись у кращому (привілейованому) становищі, порівняно із особами, на яких буде поширено перше загальне правило, передбачене ч. 3 ст. 55 КК. Наприклад, за злочин одного й того самого виду одному засудженому призначено основне покарання у виді позбавлення волі на строк п'ять років з додатковим покаранням у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк три роки (в звичайному порядку), а іншому — основне покарання у виді позбавлення волі на строк п'ять років з додатковим покаранням у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк пять років (в люстраційному порядку). У першому випадку після відбуття основного покарання почне спливати строк додаткового покарання, а в другому — строки основного та додаткового покарання сплинуть одночасно.

Наслідком застосування покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю в люстраційному порядку може бути й більш сприятливе становище особи з точки зору обчислення строків погашення судимості, оскільки ч. 1 ст. 90 КК передбачає, що строки погашення судимості обчислюються з дня відбуття основного і додаткового покарання. Отже, як не дивно, застосування покарання, передбаченого ст. 55 КК, в

люстраційному режимі може бути до певної міри більш сприятливим, аніж застосування цього ж виду покарання в загальному порядку7.

Окрім того, ч. 6 ст. 1 Закону № 1682-VII дозволяє реалізувати відносно особи і люстрацію у формі законодавчої заборони, і люстрацію у формі судової заборони. Однак у даному разі абсолютно незрозуміло, яким чином мають обчислюватись строки цих заборон — вони спливають одночасно, чи після набрання законної сили відповідним судовим рішенням вони обчислюються в певному порядку? Якщо люстраційна заборона, визначена судовим рішенням (вироком), на думку законодавця, має обчислюватись після закінчення строку люстраційної заборони, прямо визначеної Законом № 1682-VII, то матиме місце ще одна суперечність (неузгодженість) з положеннями ст.ст. 55 та 88 КК, що знову ж таки повинна розв'язуватись на користь ч. 6 ст. 1 ЗУ "Про очищення влади".

11. Уваги заслуговує й ч. 7 ст. 1 ЗУ "Про очищення влади", яка передбачає, що судова люстраційна заборона, не застосовується, у тому числі, до осіб, зазначених у ч. 3 ст. 3 цього Закону, які визнані учасниками бойових дій під час проведення антитерористичної операції на сході України у встановленому законодавством порядку. З кримінально-правової точки зору це положення, очевидно, унеможливлює застосування покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю з люстраційному режимі (абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК). З одного боку, це тягне за собою сприятливі для особи кримінально-правові наслідки: а) якщо санкція статті (частини статті) Особливої частини КК не передбачає вказаного виду покарання як додаткового, він не обов'язково повинен бути призначений особі; б) якщо такий вид покарання передбачений у санкції статті (частини статті) Особливої частини КК як додатковий, його строк не обов'язково повинен становити п'ять років. З

7 Правові наслідки, обумовлені змістом ч. 4 ст. 1 ЗУ "Про очищення влади", дозволяють ставити питання про зворотну дію в часі цього положення закону щодо випадків, передбачених ч.ч. 3, 5, 6 (усі — мали місце до набрання чинності ЗУ "Про очищення влади") та 7 (якщо останні мали місце до набрання чинності даним законодавчим актом) Закону № 1682-VII. На наш погляд, підстав для цього все ж немає. Більш сприятливе вирішення для особи питань про обчислення строків відбування покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та строків погашення судимості є результатом того, що застосування до особи вказаного виду покарання водночас "ідентифікується" законодавцем як люстраційна судова заборона. Однак така "ідентифікація" обов'язково передбачає і настання тих наслідків, які погіршують становище особи (зокрема, призначення покарання, передбаченого ст. 55 КК, на строк п'ять років), що суперечить ч. 1 ст. 58 Конституції України. Підкреслимо, що люстраційний режим покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю передбачає безумовне поєднання і більш сприятливих, і більш несприятливих для особи наслідків — більш сприятливі для особи кримінально-правові наслідки є похідними від призначення особі додаткового покарання, передбаченого ст. 55 КК, на строк п'ять років, що саме по собі посилює кримінальну відповідальність особи, тому що такий строк покарання ніколи не був передбачений жодною санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК. Оскільки самостійна (окрема) реалізація більш сприятливих для особи правових наслідків у даному разі неможлива, а призначення особі покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю посилює кримінальну відповідальність, положення ч. 4 ст. 1 ЗУ "Про очищення влади" не може мати зворотної дії в часі, оскільки це не відповідає ч. 1 ст. 58 Конституції України.

іншого ж боку, це може означати погіршення становища особи в частині обчислення строків покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, якщо воно призначено як додаткове до арешту, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або позбавлення волі на певний строк, та, відповідно, в частині обчислення строків погашення судимості.

Видається, що схожу юридичну природу та аналогічні кримінально-правові наслідки має передбачене ч. 5 ст. 1 Закону № 1682-VII обмеження щодо неможливості застосування люстраційної судової заборони більше одного разу. Якщо покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю було призначено за певний злочин в люстраційному режимі, воно не може застосовуватись у такому ж режимі ще раз, навіть якщо вчинений злочин відповідає критеріям, передбаченим ч. 7 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади".

12. Правозастосовчий орієнтир, передбачений абз. 3 п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України „Про практику призначення судами кримінального покарання" від 24.10.2003 року № 7, вимагає чіткого формулювання рішення про застосування покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. На розвиток цього положення в науковій літературі неодноразово підкреслювалось, що застосовуючи покарання даного виду, суд повинен чітко окреслити коло посад чи вид діяльності, які не може обіймати або здійснювати винний, при цьому вказані посади або види діяльності повинні бути за своїм характером близькими до тієї посади або виду діяльності, яку(-ий) обіймав (здійснював) винний, вчиняючи відповідний злочин [6, с. 115; 7, с. 19].

Однак, як випливає із системного тлумачення ч. 4 ст. 1, ст. 2, ч.ч. 7, 10 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади" та абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК, призначення покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю в люстраційному режимі передбачає безумовне позбавлення особи права обіймати посади, зазначені в ч. 2 ст. Закону № 1682-VII. При цьому перелік цих посад настільки різнорідний, що за будь-яких умов окремі із них не будуть за своїм характером близькими до посади, яку обіймав винний на момент вчинення відповідного злочину (для прикладу — керівник державного підприємства за будь-яких умов позбавляється права обіймати посаду члена Вищої ради юстиції чи члена Центральної виборчої комісії).

IV. Висновки de lege lata.

1. У ЗУ "Про очищення влади" законодавець в нетиповий для правової системи України спосіб змоделював люстрацію як правове явище з двоєдиною

природою, що полягає в: а) адміністративному обмеженні щодо зайняття певних посад (законодавча заборона); б) покаранні, передбаченому ч. 2 ст. 55 КК (судова заборона).

2. ЗУ "Про очищення влади" має de facto визнаватись джерелом кримінального права, хоча така можливість не обумовлена законодавцем у ч. 3 ст. 3 КК.

3. Положення Закону № 1682-VII та абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК в сукупності встановлюють особливий (люстраційний) режим (порядок) застосування покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, що відзначається своєрідністю: а) строку даного покарання, який має бути обраний судом особі при його призначенні; б) обчислення вказаного строку; в) конкретизації змісту правообмежень, що накладаються на особу; г) обмежень щодо подальшого звільнення особи від покарання даного виду чи його відбування.

4. Положення ч.ч. 3, 5-7 ст. 3 ЗУ "Про очищення влади" не можуть розглядатись як показники злочинності згаданих у них проявів поведінки.

5. Застосування окремих положень Закону № 1682-VII щодо люстрації у формі судової заборони неможливе через їх невідповідність вимогам Основного Закону.

6. Між положеннями ЗУ "Про очищення влади" та КК мають місце чисельні суперечності (неузгодженості), подолання яких відповідно до п. 3 Прикінцевих та перехідних положень Закону № 1682-VII має здійснюватись на користь першого із зазначених нормативно-правових актів. Наслідком цього є порушення системності кримінального права України, а в окремих випадках — застосування ЗУ "Про очищення влади" взагалі може призводити до абсурдних з кримінально-правової точки зору наслідків.

7. Існує небезпека неодноманітного застосування положень Закону № 1682-VII щодо люстрації у формі судової заборони відносно подібних кримінально-правових ситуацій через: а) надмірну абстрактність (неконкретність) цих положень; б) через "мовчання" законодавця, яке породило низку правових "прогалин". В окремих випадках застосування положень ЗУ "Про очищення влади" ускладнено нездоланними внутрішніми суперечностями (неузгодженостями) між ними, які можуть бути усунені лише самим законодавцем.

8. Неоднозначною виглядає і "фіксація" в процесуальних документах (у першу чергу, в обвинувальних вироках) обставин, що зумовлюють застосування до особи люстраційної заборони.

V. Висновки de lege ferenda.

Оскільки здійснення люстрації засобами кримінального права суперечить загальновизнаним уявленням про механізми юстиції перехідного періоду (transitional justice), а також, зважаючи на чисельні проблеми (складається враження, що абсолютну більшість із них законодавець не передбачав і навіть не намагався передбачити), які мають місце у кримінально-правовій та кримінально-процесуальній площинах при застосуванні ЗУ "Про очищення влади", видається доцільним виключити з даного законодавчого акту положення щодо люстрації у формі судової заборони.

Кримінальне право України на сьогодні має достатню кількість правових засобів для забезпечення ефективного переслідування осіб у випадках, передбачених ч.ч. 3, 5-7 ст. 3 Закону № 1682-VII, а чисельні труднощі та помилки, які безумовно матимуть місце при здійсненні люстрації у формі судової заборони, створюють великий ризик дискредитації всього процесу очищення влади в очах суспільства.

Список використаної літератури:

1. Resolution (1996) on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http:// assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta96/eres1096.htm. - Назва з екрана.

2. Measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ XrefViewHTML.asp?FileID=7506&Language=en. - Назва з екрана.

3. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.unrol.org/files/ 2004%20report.pdf. - Назва з екрана.

4. Thoms, Oskar N.T. The Effects of Transitional Justice Mechanisms: CIPS Working Paper / Oskar N.T. James Ron and Roland Paris [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://aix1.uottawa.ca/~rparis/ CIPS_Transitional_Justice_April2008_ExecSummary.pdf. - Назва з екрана.

5. Beitler III, James Edward. Remaking Transitional Justice in the United States / James Edward Beitler III. - New York: Springer, 2013 — 157 p.

6. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / [Ю. В. Александров, П. П. Андрушко, В. І. Антипов та ін.]; відп. ред. С. С. Яценко. – 4-те вид., переробл. та доповн. – К. : А.С.К., 2005. – 848 с. – (Нормат. док. та комент.).

7. Тютюгин В. И. Лишение права занимать определённые должности как вид преступления по советскому уголовному праву / В. И. Тютюгин. – Х. : Вища школа, 1982. – 144 с.

У статті аналізуються положення Закону України "Про очищення влади". Розглядаються проблеми застосування цього закону, його неузгодженість з положеннями Конституції України, кримінального та кримінального процесуального законодавства.

Ключові слова: люстрація; покарання; позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; заборона; юстиція перехідного періоду.

В статье анализируются положения Закона Украины "Об очищении власти". Рассматриваются проблемы применения этого закона, его несогласованность с положениями Конституции Украины, уголовного и уголовного процессуального законодательства.

Ключевые слова: люстрация; наказание; лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью; запрет; юстиция переходного периода.

The article analyzes the provisions of the Law of Ukraine "On the purging of power" The problems of application of this law, its inconsistency with the provisions of the Constitution, criminal law and criminal procedural law are considered.

Keywords: lustration; punishment; deprivation of the right to take up certain posts or to be engaged in certain activity; prohibition; transitional justice.

© Задоя К.П.