

Бабчинська Тетяна Володимирівна

*кандидат юридичних наук, асистент кафедри кримінального процесу,
детективної та оперативно-розшукової діяльності Національного
університету «Одеська юридична академія»*

**ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ЗАХИСТ
ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ**

Кримінально-процесуальна регламентація виконання ухвали слідчого судді в частині забезпечення права, в житлі або іншому володінні якої проводиться обшук на захист піддалася ґрунтовному вдосконаленню відповідно до положень Законів України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII від 03.10.2017 р. та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» № 2213-VIII від 16.11.2017 р. Положеннями вказаних нормативно-правових актів у КПК України було нормативно врегульовано: 1) право особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, користуватися правовою допомогою адвоката на будь-якій стадії його проведення; 2) обов'язок слідчого, прокурора та іншої службової особи, яка бере участь у проведенні обшуку, допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються відповідно до КПК України; 3) правило про обов'язкове фіксування обшуку на підставі ухвали слідчого судді за допомогою аудіо- та відеозапису; 4) право сторони захисту на безперешкодне фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису; 5) процесуальні наслідки недопуску адвоката до місця проведення обшуку, а саме недопустимість доказів, що були отримані під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката

до цієї слідчої (розшукової) дії; 6) право слідчого судді або суду обмежити чи заборонити доступ сторін кримінального провадження з боку захисту до результатів технічного запису з метою забезпечення недопустимості розголошення відомостей досудового розслідування у разі, якщо на обґрунтування клопотання про проведення обшуку слідчий, прокурор надали результати проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Незважаючи на таку фундаментальну новелізацію кримінально-процесуального законодавства у частині забезпечення права на захист під час здійснення обшуку, формулювання окремих положень КПК України та практики їх реалізації потребують ґрунтовного наукового аналізу.

Відповідно до ч.1 ст. 236 КПК України незалежно від стадії цієї слідчої дії слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями ст. 50 КПК України, тобто свідоцтвом про право на заняття адвокатською діяльністю, а також ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Водночас, відповідно до ч.2 ст. 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» договір про надання правової допомоги може вчинятися усно у випадках якщо клієнт невідкладно потребує надання правової допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин є неможливим - з подальшим укладенням договору в письмовій формі протягом трьох днів, а якщо для цього існують об'єктивні перешкоди - у найближчий можливий строк. У літературі на цей аспект звернула увагу К.В. Дрішлюк, обґрунтовано зазначаючи, що у такому разі адвокат має бути допущений до участі у відповідній слідчій (розшуковій) дії за умови пред'явлення свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю [1, с. 348]. Поділяючи таку позицію, вважаємо за доцільне доповнити останнє речення ч.1 ст. 236 КПК України після слова Кодексу словосполученням «та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»».

Процесуальним наслідком недопущення адвоката до місця проведення обшуку є визнання доказів, отриманих під час виконання відповідної ухвали слідчого судді недопустимими. При цьому тягар доказування факту недопущення до участі в обшуку покладається на адвоката в суді під час судового провадження (п.3 ч.3 ст. 87 КПК України). Піддаючи відповідну нормативну конструкцію критичному аналізу, І.В. Гловюк звертає увагу на недосконалість положення про покладення тягара доказування саме на адвоката з тих міркувань, що, по-перше, на практиці може виникнути ситуація, коли у судовому засіданні цей адвокат вже не надає професійну правничу допомогу обвинуваченому (якщо мова йде про захисника) або обшук може проводитись у житлі чи іншому володінні будь-якої особи, у тому числі тієї, яка не буде учасником судового провадження у майбутньому, тому, відповідно, не буде учасником судового провадження і її адвокат, а по-друге, невідповідність формулювання «зобов'язаний довести в суді під час судового провадження» нормі ч. 4 ст. 87 КПК України, яка передбачає, що докази, передбачені цією статтею, повинні визнаватися судом недопустимими під час будь-якого судового розгляду, крім розгляду, якщо вирішується питання про відповідальність за вчинення зазначеного істотного порушення прав та свобод людини, внаслідок якого такі відомості були отримані. З огляду на це, вчена пропонує викласти п. 3 ч. 3 ст. 87 КПК України у такій редакції: «3) під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката до цієї слідчої (розшукової) дії» [2, с. 144,148].

Повністю погоджуючись із логікою наведених тверджень, зазначимо, що запропонована редакція п. 3 ч. 3 ст. 87 КПК України не в повній мірі вирішує її проблемний спектр. Порушення права на захист під час виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення обшуку може бути зумовлене не лише недопущенням адвоката до місця його проведення, але й перешкоджанням у реалізації його процесуальних та професійних прав з боку сторони обвинувачення. Цілком ймовірною видається ситуація, за якої адвоката може бути фізично допущено до місця проведення слідчої дії, але йому при цьому не

дали змоги здійснити право на безперешкодне фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису.

Саме тому, вважаємо, що п. 3 ч. 3 ст. 87 КПК України повинен бути викладений у такій редакції: «під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката до цієї слідчої (розшукової) дії та/або порушенням його процесуальних та професійних прав».

Ст. 236 КПК України в редакції Закону України № 2147-VIII від 03.10.2017 р. містить положення, якими регламентовано процесуальний порядок особистого обшуку особи, який може бути проведений під час виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи.

Так, відповідно до п.2 ч.5 ст. 236 КПК України обшук особи здійснюється особами тієї самої статі у присутності адвоката, представника на вимогу такої особи. Неявка адвоката, представника для участі у проведенні обшуку особи протягом трьох годин не перешкоджає проведенню обшуку. Хід і результати особистого обшуку підлягають обов'язковій фіксації у відповідному протоколі. Зазначимо, у літературі постійно висловлюються різні пропозиції щодо розширення кримінально-процесуальної регламентації порядку проведення особистого обшуку особи в контексті підстав, порядку та процесуального оформлення відповідної слідчої (розшукової) дії, а враховуючи відносну лапідарність та колізійність наведеного правоположення, відповідна проблематика не втрачає своєї актуальності.

По-перше, викликає певне запитання щодо вказівки в останньому реченні п.2 ч.5 ст. 236 КПК України на процесуальний порядок фіксації особистого обшуку лише у протоколі. За такого формулювання норми не достатньо зрозумілим залишається те, чи розповсюджується на порядок проведення особистого обшуку, встановлене у ч.10 ст. 236 КПК України правило про обов'язкове фіксування за допомогою аудіо- та відеозапису. Враховуючи те, що особистий обшук є складовою обшуку в житлі чи іншому володінні особи, на що вказує структурне розміщення правових приписів, що регламентують порядок

його здійснення у ст. 236 КПК України і може бути проведений виключно під час виконання відповідної ухвали слідчого судді, видається, що його фіксація повинна здійснюватися із дотриманням вимог ч.10 ст. 236 КПК України. Тому, на наше переконання, нормативне формулювання останнього речення п.2 ч.5 ст. 236 КПК України в цьому аспекті має бути уточнене та доповнене реченням такого змісту: «Хід і результати особистого обшуку підлягають обов'язковій фіксації за правилами, передбаченими частиною десятою цієї статті, а також у відповідному протоколі».

Набуття чинності Закону України № 2213-VIII від 16.11.2017 року зумовило появу у вітчизняному законодавстві нового суб'єкта - іншої особи, права чи інтереси яких обмежуються під час досудового розслідування, під якою слід розуміти особу, стосовно якої (в тому числі щодо її майна) здійснюються процесуальні дії, визначені КПК України. Незважаючи на те, що КПК України нормативно не визначає які конкретно суб'єкти відносяться до цієї категорії, а у літературі висловлюються пропозиції на користь системного викладення та розширення їх правового статусу, можливість віднесення до цієї категорії особу, у житлі або володінні якої проводиться обшук є беззаперечною.

І хоча право такої особи користуватися правовою допомогою гарантовано у ч.3 ст. 236 КПК України, у доктрині звертається увага на асиметричність правових можливостей володільця житла або іншого володіння, у якому проводиться обшук, його адвоката, представника, порівняно із підозрюваним та його захисником, зокрема, мова йде про право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису надається лише стороні захисту. Відповідно, якщо адвокат виступатиме не захисником, а надаватиме правову допомогу іншим учасникам, права на безперешкодне фіксування, передбачене ч.1 ст. 107 КПК України він не матиме [2, с. 143; 3, с. 77].

На нашу думку подолати будь-які розбіжності у правовому статусі осіб, у житлі або іншому володінні яких проводиться обшук порівняно із підозрюваним та його захисником можна доповнивши ч.3 ст. 236 КПК України положенням

такого змісту: «Особа, у житлі або іншому володінні якої проводиться обшук користується усіма правами сторони захисту під час його проведення».

Список використаних джерел:

1. Дрішлюк К. В. Деякі питання тактики захисту під час здійснення обшуку у кримінальному провадженні на підставі оновлених положень КПК України. *Правове життя сучасної України: у 2 т.: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.)* /відп. ред. Г. О. Ульянова. Одеса, 2019. Т. 2. С. 346-349.

2. Гловюк І. В. Проблемні питання забезпечення належної правової процедури обшуку (у розрізі новел КПК України). *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2018. №14. С. 141-149.

3. Вегера-Іжевська І. В. Забезпечення права на недоторканність житла чи іншого володіння особи в кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2018. 233 с.

Дідюх Богдан Максимович

курсант 4 курсу факультету №4

Харківського національного університету внутрішніх справ

Юхно Олександр Олександрович

доктор юридичних наук, професор,

професор кафедри криміналістики, судової експертології та домедичної підготовки Харківського національного університету внутрішніх справ

ДІЗНАННЯ ЯК НОВЕЛА ФОРМИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ СУЧАСНОСТІ

Відповідно до генезису запровадження дізнання як форми досудового розслідування встановлено, що впровадження у практичну діяльність правоохоронних органів положень попереднього КПК України 1960 року в