

Список використаних джерел

1. Элькинц П. С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве / П. С. Элькинц. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. 146 с.
2. Ветрова Г. Н. Уголовно-процессуальная ответственность / Г. Н. Ветрова. – М.: Издательство «Наука», 1987. 113 с.
3. Мединська Л. В. Кримінально-процесуальна відповідальність сторін кримінального провадження // Л. В. Мединська. – Університетські наукові записки. – 2013. – № 3. – С. 463– 468.
4. Овчаренко О. М. Юридична відповідальність судді: теоретико-прикладне дослідження : монографія / О. М. Овчаренко. – Х. : Право, 2014. – С. 99– 101.

ТОРБАС О. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук

ПОРУШЕННЯ ПРАВА АДВОКАТА БУТИ ПРИСУТНІМ ПІД ЧАС ОБШУКУ: ПРОЦЕСУАЛЬНА ПРИРОДА ТА ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ

КПК у ст. 2 зазначає, що одним із завдань кримінального провадження є охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження. Як правило, чинне законодавство забезпечує реалізацію цих прав шляхом надання зазначеним суб'єктам певних процесуальних гарантій. І чим більша ймовірність обмеження прав особи під час проведення певних процесуальних дій, тим дієвішими повинні бути ці гарантії. Проте інколи уповноважені посадові особи неправильно тлумачать норми чинного КПК, що може суттєво вплинути на гарантування реалізації законних інтересів учасників кримінального провадження. І дуже часто такого роду порушення відбуваються саме під час проведення обшуків.

Обшук проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було зловжито у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб (ч. 1 ст. 234 КПК). В силу суттєвого обмеження прав особи, в оселі чи іншому володінні якої проводиться обшук, КПК встановлює додаткові гарантії забезпечення прав таких осіб: обшук може проводитися виключно на підставі ухвали слідчого судді (крім випадків, передбачених ч. 3 ст. 233 КПК), для участі у проведенні обшуку обов'язково залучаються поняті тощо. Однак у КПК не міститься чіткої

вказівки про необхідність забезпечення участі адвоката у проведенні обшуку, чим і користуються слідчі.

Згідно з п. 9 ч. 3 ст. 42 та ч. 4 ст. 46 КПК підозрюваний, обвинувачений та його захисник мають право бути присутніми у проведенні будь-якої процесуальної дії. Тобто право захисника бути присутнім під час обшуку прописано більш-менш чітко. Проте далеко не завжди обшук проводиться в оселі підозрюваного. Більше того, для проведення обшуку взагалі не вимагається повідомляти будь-кому про підозру. Таким чином особа, в оселі чи іншому володінні якої проводиться обшук, взагалі може не мати ніякого процесуального статусу, як і адвокат, якого вона залучає для участі у проведенні даної слідчої (розшукової) дії. Проте відсутність процесуального статусу не може бути перешкодою для участі у проведенні обшуку, на що неодноразово вказували як науковці, так і практики.

Ст. 59 Конституції України передбачає, що кожен має право на правову допомогу. Професійне право адвоката реалізувати свій обов'язок по наданню такої допомоги має кореспондуватись із обов'язком правоохоронних органів надати адвокату можливість брати участь у слідчих діях, що стосуються його клієнта. Інакше, надання правової допомоги буде неможливим, а доступ до правової допомоги, як конституційного права кожної особи, буде примусово обмежений [1]. Конституційний Суд України підкреслює, що «реалізація кожним права на правову допомогу не може залежати від статусу особи та характеру її правовідносин з іншими суб'єктами права... Відповідно до Основного Закону України положення «кожен має право на правову допомогу» (частина перша статті 59) є нормою прямої дії (частина третя статті 8), і навіть за умови, якщо це право не передбачене відповідними законами України чи іншими правовими актами, особа не може бути обмежена у його реалізації» [2].

Заборона адвокату приймати участь у проведенні обшуку є грубим порушенням вимог чинного законодавства України (перш за все — ст. 59 Конституції України). І з таким твердженням погоджуються не тільки судді [3], а і самі правоохоронні органи [4; 5]. Відповідно, такого роду грубе порушення процедури проведення обшуку повинно тягнути за собою визнання доказів, які були отримані при проведенні зазначеної слідчої дії, недопустимими в порядку ч. 1 ст. 87 та ч. 2 ст. 89 КПК. Проте виникає питання: а що фактично може зробити адвокат ще на стадії досудового розслідування, якщо все таки його право прийняти участь у проведенні обшуку було порушено?

По-перше, є сенс скаржитися до безпосереднього керівництва тієї особи, яка не дозволила адвокату прийняти участь у обшуку (для прикладу, Генеральна прокуратура та Фіскальна служба самі закликають до таких дій [4; 5]). Крім того, можна оскаржити дані дії слідчого до слідчого судді. Проте для цього адвокат повинен мати статус захисника у відповідному кримінальному провадженні. А зважаючи на те, що

сталою є практика обмежувального тлумачення п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК [6], подання скарги на дії слідчого до безпосереднього керівника чи процесуального керівника виглядає більш ефективним способом вирішення даної проблеми.

По-друге, згідно із Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», на органи адвокатського самоврядування покладено обов'язок сприяти забезпеченню гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних та соціальних прав адвоката. Отже, є сенс звернутися до ради адвокатів відповідного регіону із заявою про порушення професійних гарантій адвоката та сприяння в усуненні перешкод у здійсненні адвокатської діяльності.

Крім того, Кримінальний кодекс передбачає кримінальну відповідальність осіб за втручання у діяльність захисника чи представника особи (ст. 397 КК) та погрозу або насильство щодо захисника чи представника особи (ст. 398 КК). Отже, якщо захиснику було відмовлено в участі у проведенні обшуку (більше того — до нього було незаконно застосовано фізичний примус, погрози тощо), то цього достатньо для звернення із заявою про вчинення щодо адвоката кримінального правопорушення, що є підставою для початку досудового розслідування.

Хоча КПК чітко не встановлює право адвоката приймати участь у обшуку, положення Конституції України, Рішення КСУ та низка інших законних та підзаконних нормативно-правових актів дають змогу зробити висновок, що дане право адвоката не може бути обмежене ні за яких обставин.

Список використаних джерел

1. Островська М. Допуск адвоката до участі в проведенні обшуку [Електронний ресурс] / Марія Островська. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <http://unba.org.ua/publications/print/991-dopusk-advokata-do-uchasti-v-provedenni-obshuku.html>.
2. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя І. щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) справа № 1- 23/2009 від 30 вересня 2009 року № 23-рп [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09>.
3. Окрема думка судді Палькової В. М. при апеляційному розгляді кримінального правопорушення щодо ОСОБА_1, засудженого вироком Скадовського районного суду Херсонської області від 11 серпня 2015 року за ч.5 ст. 368 КК України до 8 (восьми) років позбавлення волі [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55152248>.
4. ГПУ заборонила слідчим відмовляти адвокатам у праві бути присутніми при обшуках [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://radako.com.ua/news/gpu-zaboronila-slidchim-vidmovlyati-advokatam-u-pravi-buti-prisutnimi-pri-obshukah>.