

УДК 343.44

**Ірина Вегера,***аспірант кафедри кримінального процесу  
та оперативно-розшукової діяльності  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого*

## ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ АДВОКАТА ПРИ ПРОВЕДЕННІ ОБШУКУ

*Досліджено спірні питання участі адвоката під час проведення обшуку. Проаналізовано правозастосовну практику та з'ясовано недоліки правового регулювання, що потребують усунення з метою забезпечення конституційного права людини на недоторканність житла чи іншого володіння у сфері кримінального судочинства.*

**Ключові слова:** адвокат, обшук, житло чи інше володіння особи, право на недоторканність житла чи іншого володіння особи, правова допомога.

Право на недоторканність житла чи іншого володіння особи є конституційним правом людини, забезпечення якого гарантується у всіх сферах суспільного життя. Особливого значення забезпечення цього права набуває у царині кримінального судочинства як такої, що передбачає можливість його істотного обмеження з метою вирішення завдань кримінального провадження.

З огляду на важливість проблеми забезпечення цього права під час кримінального провадження, вона була предметом наукових досліджень різних поколінь вчених. Так, у радянський період нею займалися В.П. Бож'єв, Е.А. Вологіна, Л.А. Григорян, Я.О. Мотовіловкер, І.І. Петрухін, Ф.М. Рудінський, С.А. Шейфер та інші науковці. На сучасному етапі ця проблема досліджується у роботах Ю.П. Аленіна, О.В. Білоуса, В.І. Галагана, О.І. Галагана, Ю.М. Грошевого, І.В. Глобюк, О.М. Дроздова, С.Ю. Ільченка, Л.М. Лобойка, О.В. Капліної, В.О. Коновалової, І.Ф. Літвінової, В.Т. Маляренка, В. Назарова, М.А. Погорецького, Л.Д. Удалової, В.Ю. Шепітька, О.Г. Шило та інших українських учених.

**Постановка проблеми.** Утім, незважаючи на традиційну увагу до цієї проблематики, правозастосовна практика свідчить про те, що правове регулювання порядку проведення слідчих (розшукових) дій, які пов'язані з обмеженням вказаного права, не є досконалим, а у механізмі захисту прав особи під час їх проведення лишаються сегменти, що потребують змін та доповнень. Свідченням цього є чисельні рішення Європейського Суду з прав людини щодо дотримання стат-

ті 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (зокрема, «Ратушна проти України», «Поліщук проти України», «Васильчук проти України», «Головань проти України» тощо).

**Мета статті.** Автор ставить за мету дослідити спірні питання участі адвоката під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи. За результатами дослідження сформулювати висновки та вказати на недоліки правового регулювання, що потребують усунення з метою забезпечення конституційного права людини на недоторканність житла чи іншого володіння у сфері кримінального судочинства.

**Основний матеріал дослідження.** Згідно зі ст. 13 КПК України недоторканність житла чи іншого володіння особи становить нормативний зміст загальної засади кримінального провадження, відповідно до якої не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше, як за вмотивованим судовим рішенням, крім випадків, передбачених КПК.

Виходячи із цього, можна дійти висновку про те, що це право не є абсолютним і за наявності передбачених законом підстав воно може бути обмежено шляхом проведення вказаних слідчих (розшукових) дій.

Проте необхідно відзначити, що недоторканність житла чи іншого володіння особи, а отже, і право на прайвесі можуть бути обмежені під час кримінального провадження не тільки шляхом проведення огляду чи обшуку, а й під час проведення негласних слідчих

(розшукових) дій, зокрема тих, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, а також під час проведення слідчого експерименту. Це, видається, потребує врахування законодавцем у процесі формулювання правових конструкцій, що закріплюють нормативний зміст вказаної засади кримінального провадження.

З огляду на природний характер права на недоторканність житла чи іншого володіння особи, важливого значення в механізмі його забезпечення набувають юридичні гарантії, що мінімізують можливість безпідставного втручання з боку осіб, які здійснюють кримінальне провадження, порушення передбаченого законом порядку проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій. Однією з таких гарантій є участь адвоката під час проведення в житлі чи іншому володінні особи слідчої (розшукової) дії, зокрема обшуку.

Необхідно зазначити, що під час проведення обшуку істотного обмеження зазнають права та законні інтереси всіх осіб, які проживають або перебувають у приміщенні, що виступає об'єктом обшуку, навіть якщо ці особи не мають жодного стосунку до кримінального правопорушення, у зв'язку із досудовим розслідуванням якого проводиться слідча (розшукова) дія. Дуже часто обшук проводиться на початку досудового розслідування, а тому й особи, у житлі чи іншому володінні яких здійснюється ця процесуальна дія, можуть не мати у кримінальному провадженні чітко визначеного процесуального статусу. Однак не викликає жодних сумнівів необхідність отримання цими особами кваліфікованої юридичної допомоги саме під час проведення цієї слідчої (розшукової) дії, оскільки, як зазначалося, вона пов'язана з істотним втручанням у сферу прав людини, а, крім того, чинний КПК України не передбачає можливості оскарження її ходу і результатів до слідчого судді (в порядку оперативного судового контролю), а тому і вирішення всіх спірних питань, що пов'язані з дотриманням передбаченого законом порядку проведення обшуку, відтермінується до проведення провадження у суді першої інстанції.

Як свідчить правозастосовна практика, достатньо поширеними є випадки відмови слідчими, прокурорами у допуску адвоката до участі у проведенні обшуку. Хоча у розпорядженні виконуючого обов'язки генерального прокурора України Юрія Севрука від 22.02.2016 зазначалось, що вивчення відповідних матеріалів із цього питання засвідчило, що ці факти є поодинокими. Тим більше, що КПК України не містить прямої норми про допуск адвоката в будь-якому випадку

надання правової допомоги до участі у проведенні процесуальних дій під час досудового розслідування [7].

У зв'язку із цим надзвичайно актуальним видається питання допуску адвоката до участі у проведенні обшуку. Його, на нашу думку, необхідно розглянути у двох аспектах. Перший – якщо йдеться про допуск адвоката-захисника підозрюваного, другий – стосовно адвоката, який надає правову допомогу своєму клієнтові, який не має процесуального статусу в даному кримінальному провадженні.

У першому із вказаних випадків слід керуватися правилами, передбаченими ч. 5 ст. 46 та ч. 1 ст. 236 КПК України. Згідно із цими положеннями захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних дій, що проводяться за участю підозрюваного; до участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження. Тлумачення вказаних законодавчих положень у їх системному зв'язку дозволяє дійти висновку про те, що слідчий має право запросити до участі в обшуку підозрюваного та його захисника; якщо ж обшук проводиться у житлі чи іншому володінні підозрюваного, захисник у силу вищевказаного його процесуального права може безперешкодно брати участь у проведенні цієї слідчої (розшукової) дії.

Більш складна ситуація виникає у разі, коли особа, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, не має чіткого процесуального статусу в даному кримінальному провадженні. У такому разі зазначені положення КПК України не можуть застосовуватися. Для правильного вирішення цього питання слід виходити із конституційного права людини на надання правової допомоги (стаття 59 Основного закону), яке, як видається, не може бути обмежено у зв'язку з відсутністю спеціальної правової норми, спрямованої на забезпечення його реалізації.

Відмова слідчого, прокурора у допуску адвоката до участі в обшуку обмежує конституційне право особи на правову допомогу й у такий спосіб позбавляє її гарантії забезпечення іншого конституційного права – на недоторканність житла чи іншого володіння особи, оскільки найчастіше оцінити відповідність дій слідчого, прокурора, працівників оперативних підрозділів, що надають допомогу слідчому у проведенні цієї процесуальної дії, вимогам закону стосовно підстав та порядку проведення обшуку особа має можливість виключно за умови надання їй кваліфікованої правової допомоги. Саме тому право на правову допомогу за своєю правовою природою є правом-гарантією, що забезпе-

чує реалізацію інших прав людини. Його реалізація зумовлена рівнем розвитку суспільства, забезпеченням доступу до механізмів правової допомоги. Це дозволяє констатувати його виражений позитивний характер, оскільки воно передбачає здійснення певних позитивних дій щодо створення механізму реалізації права на правову допомогу в тому числі під час досудового розслідування. Тобто позитивному праву на правову допомогу кореспондує позитивний обов'язок держави створити належні умови для його реалізації, забезпечити вільний доступ кожного до механізмів правової допомоги.

З огляду на це вважаємо, що перешкодження участі адвоката в обшуку шляхом відмови у його допуску слід кваліфікувати як перешкодження його професійній діяльності, що тягне передбачену законом юридичну відповідальність, а також перешкоджає реалізації конституційного права на правову допомогу.

Слід додати, що згідно з конституційною нормою та принципами кримінального провадження навіть незапрошений, але такий, що фактично прибув, адвокат так само має право на доступ до клієнта в будь-якому разі як під час проведення обшуку, так і під час інших слідчих (процесуальних) дій – затримання клієнта, допиту, пред'явлення особи чи речей для впізнання тощо (ст. 46, 208, 224, 228, 229 КПК України) [1]. Адже нерідко адвокати не можуть потрапити до місця проведення обшуку через недопущення їх не особою, яка здійснює обшук, а працівниками правоохоронних органів, котрі забезпечують охорону місця проведення слідчої дії. До речі, у подальшому поясненням не допуску може бути неможливість отримання відповідного дозволу слідчого, який був зайнятий проведенням слідчої дії [2]. До того ж дуже важливо, щоб адвокат не просто був присутній під час проведення слідчої дії, а саме брав участь у ній [3, ст. 10]. Тобто стосовно клієнта, який не має процесуального статусу в даному кримінальному провадженні, адвокат міг надати правову допомогу, а стосовно підозрюваного – здійснити конституційну функцію захисту його прав, свобод та законних інтересів.

У юридичній літературі неодноразово висловлювались обґрунтовані думки про те, що вимога захисника про його участь у слідчій дії має бути для слідчого обов'язковою [4, ст. 34], а відсутність повідомлення про проведення слідчої дії слід розглядати як істотне порушення права на захист [5, с. 6].

Також необхідно зазначити, що за правилами ч. 2 ст. 46 КПК України, якщо підозрюваний заперечує проти проведення процесуальної дії за відсутності захисника, проведення процесуальної дії відкладається

або для її проведення залучається захисник у порядку, передбаченому ст. 53 КПК України. Цю норму загального характеру слід поширювати і на порядок проведення обшуку, тобто якщо особа, у приміщенні якої здійснюється ця слідча дія, заперечує проти її проведення без захисника, то слідчий невідкладно має вжити заходів для його залучення. У контексті розгляду цього питання доречним видається звернення до порівняльно-правового аналізу, що може підтвердити правильність вказаного підходу. Приміром, КПК Республіки Молдова містить окрему статтю (127) під назвою «Особі, які присутні при проведенні обшуку чи виїмки предметів та документів». Відповідно до неї, окрім спеціалістів, перекладачів та представників, мають право бути присутніми і захисники під час усіх дій органу кримінального розслідування і робити із цього приводу зауваження та заяви, які заносяться до протоколу. Важливим є те, що якщо особа, у якій проводиться обшук, потребує присутності захисника, процесуальна дія призупиняється до появи захисника, але не більше ніж на 2 години. Але в разі необхідності, коли існує ризик втрати, псування чи знищення доказів або коли під загрозою стоїть безпека особи, у якій проводиться обшук, чи інших осіб, обшук продовжується із зазначенням причини цього в протоколі [8].

Аналогічний підхід має застосовуватися і до розгляду та розв'язання клопотання особи, у якій проводиться обшук, про участь в обшуку її адвоката. Але слід враховувати той факт, що за наявності ухвали слідчого судді про проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи дії, які перешкоджають проведенню обшуку, з боку особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, слід визнати законними, якщо дана особа виявить бажання реалізувати надане їй право на участь під час обшуку адвоката, а це право не буде реалізоване [6, ст.6]. Зрозуміло, що в цьому разі не йдеться про зловживання правом з боку підозрюваного.

На окрему увагу заслуговує те, що чинним кримінальним процесуальним законодавством України не передбачено процесуальної можливості оскарження рішення слідчого, прокурора про недопущення адвоката до проведення обшуку, так само як і ходу та результатів цієї слідчої (розшукової) дії. Адже у ст. 303 КПК України («Рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування, та право на оскарження») ці дії не передбачені [2].

Такий підхід законодавця до вирішення даного питання можна пояснити тим, що

обшук, як правило, є невідкладною слідчою (розшуковою) дією, а тому і застосування в цьому разі механізму оскарження дій слідчого, прокурора під час його проведення є недоцільним, оскільки суттєво ускладнить вказаний процесуальний порядок. Крім того, гарантією захисту прав і законних інтересів особи, у житлі чи іншому володінні якої було проведено обшук, є передбачений КПК України порядок накладення арешту на тимчасово вилучене майно. Згідно з ч. 5 ст. 171 КПК України клопотання слідчого, прокурора про арешт тимчасово вилученого майна повинно бути подано не пізніше 48 годин після вилучення майна, інакше майно має бути негайно повернуто особі, у якої воно було вилучено. У разі тимчасового вилучення майна під час обшуку, огляду, здійснюваних на підставі ухвали слідчого судді, передбаченої статтею 235 КПК України, клопотання про арешт такого майна повинно бути подано слідчим, прокурором протягом наступного дня після вилучення майна, інакше майно має бути негайно повернуто особі, в якої його було вилучено.

Водночас необхідно зазначити, що вказаний процесуальний механізм є гарантією прав і законних інтересів особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, лише у тому разі, коли слідчий, прокурор звертаються до слідчого судді з клопотанням про накладення арешту на тимчасово вилучене майно. За правилами статті 172 КПК України клопотання про арешт майна розглядається слідчим суддею у змагальній процедурі; під час судового засідання власник майна може висловити свої зауваження стосовно дотримання слідчим, прокурором передбаченого законом порядку проведення обшуку. Якщо ж відповідне клопотання не подавалося до слідчого судді, то і процесуального механізму захисту інтересів власника майна законом не передбачено (їдеться, наприклад, про випадки порушення слідчим, прокурором порядку проведення обшуку; пошкодження майна, яке не викликано необхідністю тощо). У таких ситуаціях видається необхідним встановлення процедури оперативного судового контролю, що створить умови для ефективного захисту конституційного права людини на недоторканність житла чи іншого володіння особи. Адже застосування у цьому разі положення, що передбачене ч. 2 ст. 303 КПК України (а саме, скарги на інші рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора не розглядаються під час досудового розслідування і можуть бути предметом розгляду під час підготовчого провадження у суді згідно з правилами статей 314-316 КПК України), не забезпечує

права і законні інтереси особи, у житлі чи іншому володінні якої проведено обшук, ефективним судовим захистом.

17 вересня 2015 року Консультативною радою при Генеральній прокуратурі України було прийнято рішення № 10-2015, яким було визнано такою, що не відповідає принципам розумності, добросовісності та справедливості, існуючу практику органів, які здійснюють досудове розслідування, щодо відмови у допуску до участі в проведенні обшуків (оглядів) адвокатів та/або законних представників осіб, які є власниками та/або фактичними володільцями обшукуваного житла (іншого володіння). У зв'язку із цим Консультативна рада й звернулася до Генерального прокурора України з проханням видати відповідне методичне роз'яснення для нижчестоящих прокурорів.

У відповідь на вказане звернення 22 лютого 2016 року в.о. генерального прокурора України було підписано лист № 0416-36вих-82окв-16, в якому керівникам регіональних прокуратур було доручено вжити заходів для недопущення фактів незаконної відмови адвокатам брати участь у проведенні обшуків та інших слідчих дій. Вказане дає зрозуміти, що відмова у допуску адвоката до участі в обшуку не є поодиноким і, по суті, набула ознаки системної проблеми, що потребує розв'язання [7].

### Висновки

Підсумовуючи викладене, вважаємо за доцільне прямо передбачити в КПК України положення, яким надати право адвокату особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, брати в ньому участь (таким положенням слід доповнити перелік осіб, які можуть брати участь при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії, що міститься у ч. 1 ст. 236 КПК України), а також оскаржувати в порядку судового контролю рішення слідчого, прокурора про відмову в допущенні адвоката до проведення обшуку, а також інших дій, що обмежують конституційні права людини. Це унеможливить незаконну практику відмови слідчими, прокурорами у допуску адвоката і стане важливим складником правового механізму забезпечення конституційного права кожного на недоторканність житла чи іншого володіння.

Великого значення у механізмі забезпечення прав і законних інтересів особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, мають також передбачені законом правила фіксації ходу і результатів цієї слідчої (розшукової) дії, адже це дає змогу у подальшому кримінальному провадженні (зокрема, під час судового розгляду) достат-

ньо повно оцінити адекватність дій слідчого вимогам закону щодо підстав та порядку її проведення. За змістом ст. 236 КПК України під час проведення обшуку слідчий складає протокол та опис вилучених документів і тимчасово вилучених речей (за наявності), другий примірник яких вручається особі, у якій проведено обшук, а в разі її відсутності – повнолітньому членові її сім'ї або представникові (ч. 9). Технічні засоби фіксації ходу цієї слідчої (розшукової) дії застосовуються за розсудом слідчого, про що свідчить зміст ч. 7 ст. 236 КПК України: при обшуку слідчий, прокурор має право проводити вимірювання, фотографування, звуко- чи відеозапис. У зв'язку із цим слід зазначити, що застосування безперервного відеозапису проведення цієї слідчої дії у багатьох випадках знімає низку спірних питань, що пов'язані з порушенням слідчим або працівниками оперативних підрозділів, які надають йому допомогу у проведенні обшуку, передбаченого законом порядку та прав учасників даної слідчої дії. Також це є істотним складником формування внутрішнього переконання суду щодо оцінки отриманих під час обшуку речей і документів як допустимих доказів, що можуть бути покладено до обґрунтування рішення суду в цьому кримінальному провадженні.

Тому вважаємо, що, з огляду на істотність обмеження конституційного права на недоторканність житла чи іншого володіння під час проведення обшуку, доцільно передбачити в КПК України правило про те, що під час проведення обшуку здійснюється безперервний відеозапис.

*Исследованы спорные вопросы участия адвоката во время проведения обыска. Проанализирована правоприменительная практика и выяснены недостатки правового регулирования, которые требуют устранения с целью обеспечения конституционного права человека на неприкосновенность жилища или иного владения в сфере уголовного судопроизводства.*

**Ключевые слова:** адвокат, обыск, жилище или иное владение лица, право на неприкосновенность жилища или иного владения лица, правовая помощь.

*Debatable questions of participation of lawyer during the search. Analyzed law enforcement practice and clarified the deficiencies of legal regulation, which should be eliminated to ensure the constitutional right to inviolability of dwelling or other private property of a person in criminal proceedings.*

**Key words:** lawyer, search, dwelling or other private property of a person, right to inviolability of dwelling or other private property of a person, legal aid.

#### Список використаних джерел:

1. Островська М. Допуск адвоката до участі в проведенні обшуку [Електронний ресурс] / Марія Островська // Legalans. – 2016. – Режим доступу : <http://legalans.com/articles/publications/6783-dopusk-advokata-do-uchast-v-provedenn-obshuku.html>
2. Фаринник В. Загадка синьої папки [Електронний ресурс] / Василь Фаринник // Закон і бізнес. – 2015. – Режим доступу : [http://zib.com.ua/ru/113888-hto\\_nuzhno\\_znat\\_grazhdanam\\_o\\_poryadke\\_provedenii\\_obiska.html](http://zib.com.ua/ru/113888-hto_nuzhno_znat_grazhdanam_o_poryadke_provedenii_obiska.html).
3. Бронз Й. Л. Зміни й доповнення, що пропонуються використовувати під час обговорення проекту Кримінально-процесуального кодексу України / Йосип Львович Бронз // Адвокат. – 2003. – С. 9–10.
4. Стуканов А. Уголовные дела о лжесвидетельстве / А. Стуканов // Законность. – 1996. – С. 34–36.
5. Милова И.Е. Участие адвоката-защитника в собирании доказательств на предварительном следствии : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс» / И.Е. Милова ; Самарский государственный университет. – Самара, 1998. – 17с.
6. Арабули Д.Т. Теоретические и практические основы регулирования процессуального положения и деятельности адвоката – нового участника уголовного судопроизводства : монография / Д.Т. Арабули ; науч. ред. д.ю.н., проф., Засл. юрист РФ А.П. Гуськова. – Санкт-Петербург – Челябинск: ООО «Полиграф-Мастер», 2006. – 136 с.
7. ГПУ заборонила слідчим відмовляти адвокатам у праві бути присутніми при обшуках [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://gadako.com.ua/news/gpu-zaboronila-slidchim-vidmovlyati-advokatam-u-pravi-buti-prisutnimi-pri-obshukah>
8. Уголовно-процесуальный кодекс Республики Молдова [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=30397729#pos=1;-263](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30397729#pos=1;-263)

