

Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза;
оперативно-розшукова діяльність

УДК 343.132.1

Сас Юлія Вікторівна

студентка факультету адвокатури

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Сас Юлия Викторовна

студентка факультета адвокатуры

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Sas Yuliia

Student of the Faculty of Advocacy of the

Yaroslav Mudryi National Law University

**ОБОВ'ЯЗКОВА УЧАСТЬ АДВОКАТА ПРИ ПРОВЕДЕННІ
ОБШУКУ, ЙОГО АУДИО- ТА ВІДЕОФІКСАЦІЯ: АКТУАЛЬНІ
ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ
ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ УЧАСТИЕ АДВОКАТА ПРИ ПРОВИДЕНИИ
ОБЫСКА, ЕГО АУДИО- И ВИДЕОФИКСАЦИЯ: АКТУАЛЬНЫЕ
ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ РЕШЕНИЯ
OBLIGATORY PARTICIPATION OF THE LAWYER DURING A
SEARCH, IT'S AUDIO- AND VIDEOFIXATION: ACTUAL PROBLEMS
AND WAYS TO SOLVING**

Анотація. Дана стаття присвячена дослідженню обов'язкової участі адвоката під час проведення обшуку та його відеофіксації у контексті основних змін до Кримінального процесуального кодексу України. В роботі особлива увага приділяється визначенню практичних проблем пов'язаних із аудіо-, відеозаписом обшуку житла чи іншого

володіння особи та шляхи їх вирішення. А також розкриваються основні аспекти обов’язкової участі адвоката під час проведення обшуку.

Ключові слова: *обшук, адвокат, особа, у житлі чи володінні якої проводиться обшук, відеофіксація.*

Аннотація. *Данная статья посвящена исследованию обязательного участия адвоката при проведении обыска и его видеофиксации в контексте основных изменений в Уголовный процессуальный кодекс Украины. В работе особое внимание уделяется определению практических проблем, связанных с аудио-, видеозаписью обыска жилища или иного владения лица и пути их решения. А также раскрываются основные аспекты обязательного участия адвоката при проведении обыска.*

Ключевые слова: *обыск, адвокат, лицо, в жилище или владении которого производится обыск, видеофиксация.*

Summary. *This article is devoted to the study of the obligatory participation of a lawyer during a search and its videofixation in the context of the main changes to the Criminal Procedure Code of Ukraine. In the work, special attention is paid to the definition of practical problems related to audio, video recording of the search of a home or other person's possession and ways of their decision. It also reveals the main aspects of the mandatory participation of a lawyer during a search.*

Key words: *search, lawyer, person in the home or in whose possession the search is conducted, videofixation.*

Постановка проблеми. Неодноразове порушення органами досудового розслідування прав осіб на професійну правничу допомогу, обмеження права на недоторканість житла та наявність численних звернень до Європейського суду з прав людини щодо порушення ст. 6 та 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, стало

основною передумовою прийняття змін до Кримінального процесуального кодексу України, щодо обов'язкової участі адвоката під час проведення обшуку та обов'язкова фіксація за допомогою аудіо- та відеозапису обшуку житла чи іншого володіння особи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проілюстрований міжнародний досвід країн СНГ з даного питання, а також приділено значної уваги вивченню сучасних праць таких науковців як О. В. Білоус, В. І. Галаган, Ю. М. Грошевий, О. М. Дроздов, О. В. Капліна, В. О. Коновалова, І. Ф. Літвінова. У роботі досліджено наукові роботи Т. В. Корчевої, Н. В. Титової, О. Ю. Фартушної, І. В. Вегери, О. Д. Бойкова, О. А. Банчука, Ю. Ф. Лубшева, І. Л. Петрухіна, М. А. Погорецького.

Мета статті спрямована на аналіз основних змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо обов'язкової участі адвоката під час проведення обшуку, а також на з'ясування проблем обов'язкової відеофіксації обшуку житла чи іншого володіння особи.

Виклад основного матеріалу. Під час здійснення кримінально-процесуальної діяльності виникають непоодинокі випадки пов'язані з втручанням в особисте життя людини, обмеженням, у випадку передбачених законом, її прав та свобод, застосуванням заходів процесуального примусу. Такі дії зі сторони органів досудового розслідування можуть бути здійсненні під час проведення слідчих (розшукових) дій, у тому числі під час проведення обшуку.

16 березня 2018 року набрали чинність зміни до низки статей Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), зокрема важливі зміни стосувалися і порядку проведення обшуку.

По-перше, 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 статті 50 КПК України (ч. 1 ст. 236 КПК).

По-друге, обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису (ч. 10 ст. 236 КПК) [1].

Розглядаючи першу новелу, слід зазначити, що пропозиції щодо законодавчого закріплення норми про обов'язкову участь адвоката при проведенні обшуку лунали неодноразово. Так, 17.09.2015р. 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 адвокатів та/або законних представників осіб, які є власниками та/або фактичними володільцями обшукуваного житла. 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 22.02.2016 р., Генеральним прокурором України було підписано лист № 0416-36, в якому Генеральна прокуратура звернулася до своїх підрозділів із вимогою вжити необхідних заходів, спрямованих на забезпечення прав адвокатів брати участь у проведенні обшуків та інших слідчих дій з метою реалізації конституційного права осіб на кваліфікований захист [2].

Цей факт свідчить про те, що відмова у допуску адвоката на місце проведення обшуку та участь у ньому не була поодиноким і, по суті, набула ознаки системної проблеми, що потребувала відповідного вирішення. Не можуть бути виключені випадки, коли особи, які здійснюють обшук, можуть виключати можливість участі адвоката, адже це є своєрідною гарантією, що мінімізує можливість безпідставного

обмеження конституційних прав осіб під час проведення обшуку, оскільки особа, в житлі чи володінні якої проводять вищезазначену слідчу (розшукову) дію, враховуючи її психічний стан, часто не в змозі самотійно захищати свої права з додержанням усіх вимог чинного законодавства.

Слід вказати на ще одну проблему, яка стосується визначення поняття «особа, у житлі чи володінні якої проводиться обшук», тому що статус такої особи не завжди є визначеним. Так, Т. В. Корчева відзначає, що особи, у житлі або іншому володінні яких проводиться обшук, можуть не мати процесуального статусу в кримінальному провадженні, але їх права і свободи обмежуються, що спричиняє за собою необхідність передбачити їх право на отримання правової допомоги і участь у даній слідчій дії адвоката. Авторка відзначає, якщо особа заявляє клопотання про участь у справі адвоката і про свою можливість запросити конкретного адвоката, – проведення обшуку повинно бути призупинено [3, с. 105].

Отже, зазначимо, що питання обов'язкової участі адвоката під час проведення обшуку можна розглядати у двох аспектах. Перший – якщо йдеться про допуск адвоката-захисника підозрюваного, другий – стосовно адвоката, який надає правову допомогу особі, яка не має процесуального статусу підозрюваного в даному кримінальному провадженні.

Безспірність першого випадку не викликає ніяких сумнівів, оскільки регулюється ч. 5 ст. 46 КПК України, яка закріплює, що захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного та ст. 236 КПК України, яка передбачає, що для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження [1].

Питання виникають при участі у проведенні обшуку адвоката, який здійснює захист особи, яка не має процесуального статусу підозрюваного у

відповідному кримінальному проваджені. У такому випадку необхідно керуватися ч. 1 ст. 59 Конституції України (право кожного на професійну правничу допомогу) [4] та рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя І. В. щодо офіційного тлумачення положення ст. 59 Конституції України від 30.09.2009р. №23-рп/2009, відповідно до якого, кожна особа, що обшукується, має право на правову допомогу, що надається адвокатом [5].

Доречно проаналізувати досвіт зарубіжних країн щодо обов'язкової участі адвоката під час обшуку. Так, наприклад, КПК Республіки Білорусь у п. 4 ч. 1 ст. 48 визначає, що захисник має право брати участь у слідчих діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого. А КПК Республіки Молдова, закріплює право свідка бути супроводжуваним при участі в процесуальних діях, що провадяться в ході кримінального переслідування, захисником, вибраним ним у якості представника [6, с. 371]. Слід зазначити, що законодавство більшості пострадянських країн закріплює право присутності адвоката на місці проведення обшуку, а не обов'язок його участі, що в свою чергу впливає на кількість звернень до Європейського суду з справ людини та судових процесів проти цих країн.

Отже, закріплення у КПК України обов'язкової участі адвоката при проведенні обшуку є важливим елементом правового механізму забезпечення кожному конституційне право на професійну правничу допомогу та гарантування недоторканість житла чи іншого володіння.

Іншою новелою КПК України щодо порядку проведення обшуку є обов'язкова фіксація за допомогою аудіо- та відеозапису (ч. 10 ст. 236 КПК України), а також закріплення право сторони захисту самостійно здійснювати відеофіксацію проведення обшуку.

Зазначені зміни були очікуваними, оскільки саме під час проведення обшуку виникає чимало процесуальних порушень та обмежень прав і свобод осіб, у яких проводять обшук з боку органів, уповноважених

проводити зазначену слідчу (розшукову) дію. Як зазначають науковці, непоодинокі випадки вчинення крадіжок або підкидання речових доказів на місця проведення обшуку співробітниками правоохоронних органів підривали довіру до органів досудового розслідування [7, с. 21]. Тому, беззаперечно, це позитивний крок до належного, повного та об'єктивного проведення обшуку.

Найефективнішим на сьогодні засобом фіксації ходу й результатів слідчих дій є відеозапис, оскільки він, на відміну від протоколювання, дозволяє зафіксувати не тільки зміст показань, а візуально-акустичну сторону дії. Він поєднує простоту фотографії, динаміку кінематографічного зображення й акустичні переваги звукозапису.

Використання відеозапису дозволяє зафіксувати синхронний запис зображення і звуку, відтворити динаміку процесу слідчої дії, а також уникнути порушень з боку органів досудового розслідування [8, с. 198]. Проте на практиці застосування аудіо- та відеофіксації виникає багато проблемних питань.

По-перше, КПК України у ст. 236 закріплює лише загальні положення щодо аудіо- та відеофіксації обшуку, проте не зазначається на які саме технічні пристрої її можна здійснювати. Відомі випадки, коли адвокатам забороняли проводити відеофіксацію на власний телефон слідчим, аргументуючи, що це не є належний технічний засіб [7, с. 26]. Тому необхідно на законодавчому рівні закріпити перелік технічних засобів фіксації слідчих (розшукових) дій.

По-друге, на сьогодні не усі органи досудового розслідування забезпечені відповідною кількістю технічних засобів та елементів живлення для аудіо- та відеофіксації обшуку. Тому з прийняттям зазначеної норми, необхідно спочатку забезпечити усі відділи органів уповноважених на проведення обшуків необхідною кількістю пристроїв,

особливо у районах та містах де, як правило, такі пристрої взагалі відсутні, для того щоб не паралізувати роботу органів досудового розслідування.

По-третє, з прийняттям зазначених змін, О. Л. Булейко та інші науковці і практики пропонують відмовитися від інституту понятих, які здійснюють спостереження за тим, аби органи досудового розслідування не допускали порушень під час обшуку, вважаючи що відеофіксація повноцінно може їх замінити. Однак виникнення таких проблем, як неможливість одночасно зафіксувати всі дії слідчого чи іншої особи, що проводить обшук на відеозаписувальній пристрій, великі розміри місця проведення обшуку, технічні неполадки або переривання відеозапису через багатогодинну тривалість обшуку, вочевидь свідчать про недоцільність відмови від присутності незацікавлених осіб.

Тому вважаємо, що доцільно на законодавчому рівні закріпити перелік технічних засобів фіксації слідчих (розшукових) дій та забезпечити усі відділи органів уповноважених на проведення обшуків необхідною кількістю пристроїв для аудіо- та відеофіксації.

Висновок. Проаналізувавши зміни до КПК України щодо порядку проведення обшуку, можна стверджувати, що це є важливі та необхідні норми для законного та належного проведення обшуку. Прийняті законодавчі зміни здатні забезпечити отримання повної, належної та допустимої доказової інформації та водночас не допустити порушень прав людини. Запровадження обов'язкової участі адвоката-захисника під час проведення обшуку та його відеофіксації не лише підвищать довіру до органів досудового розслідування, а й сприятимуть розбудові України як правової держави в цілому.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1523453164602823>
2. ГПУ заборонила слідчим відмовляти адвокатам у праві бути присутніми при обшуках [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://radako.com.ua/news/gpu-oronila-slidchim-vidmovlyatiadvokatam-u-pravi-buti-prisutnimi-pri-obshukah>
3. Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника у досудовому провадженні та в суді першої інстанції : монографія / Т. В. Корчева. – Х. : Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – 200 с.
4. Конституція України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
5. Рішення Конституційного Суду України №23-рп/2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v3p710-09>
6. Титова Н. В. Щодо участі адвоката свідка під час проведення обшуку / Н. В. Титова. – Юридичні науки. - №2, 2013. – с. 369 – 376.
7. Банчук О. А. 35 неформальних практик у кримінальному судочинстві України / О. А. Банчук. - «Арт-Дизайн», 2014. – 48 с.
8. Фартушна О. Ю. Проблемні аспекти використання сучасних техніко-криміналістичних засобів фіксації доказової інформації / О. Ю. Фартушна // Сучасні проблеми юридичної науки: стан і перспективи розвитку: 2005. - С. 198-199.

References

1. The Criminal Procedure Code of Ukraine [Electronic resources] Retrieved from: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1-17/print1523453164602823>

2. GPU has forbade the investigator to refuse the lawyers to be present during searches [Electronic resources] Retrieved from:: <http://radako.com.ua/news/gpu-zaboronila-slidchim-vidmovlyatiadvokatam-u-pravi-buti-prisutnimi-pri-obshukah>
3. Korcheva T. V. Problems of Defender's Activity in Pre-trial Proceedings and in the Court of First Instance: Monograph / T. Korchev. - X.: Publisher VO-P Vapnyarchuk N. M., 2007. - 200 p.
4. Constitution of Ukraine [Electronic resources] Retrieved from:: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
5. Decision of the Constitutional Court of Ukraine №23-rp/2009 [Electronic resources] Retrieved from:: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v3p710-09>
6. Titova N.V. About the participation of a witness of a lawyer during a search / N.V. Titov. -Law sciences. №2, 2013. - p. 369 - 376.
7. Banchuk O. A. 35 Informal Practices in Criminal Proceedings of Ukraine / O. A. Banchuk. - "Art Design", 2014 - 48 p.
8. Fartushnaya O.Yu. Problemnye aspects of the use of modern technical and forensic means of fixing evidence / O. Yu. Fartushnaya // Modern problems of law science: the state and prospects of development: 2005. - P. 198-199.