

УДК 343.1

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ МЕХАНІЗМУ РЕАЛІЗАЦІЇ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ

Анжеліка ЧЕРКЕСОВА,

аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики
Університету державної фіскальної служби України

SUMMARY

The author researched criminal-procedure procedure for conducting such inquiry (investigative) act as a search. Defined grounds upon which the search is possible which are divided into the factual and legal. Analyzed legislative provisions identified regulatory gaps and main problematic practical issues restricting fundamental rights and freedoms that are legally granted to a suspect during the search. The emphasis is on the procedural status of witnesses during a search. Offered a number of changes for further improvement the current criminal procedural legislation of Ukraine.

Key words: search, restrictions, guarantee, procedural coercion, mechanism of implementation.

АНОТАЦІЯ

Автором досліджено кримінально-процесуальну процедуру проведення такої слідчої (розшукової) дії, як обшук. Визначено підстави, керуючись якими можливе проведення обшуку, що поділяються на фактичні та юридичні. Проаналізовано законодавчі норми, виявлено нормативні прогалини та основні проблемні практичні питання обмеження основоположних прав і свобод, які законодавчо надані підозрюваному під час проведення обшуку. Зосереджено увагу на процесуальному статусі понятих під час обшуку. Запропоновано ряд змін для подальшого удосконалення чинного кримінального процесуального законодавства України.

Ключові слова: обшук, обмеження, гарантія, процесуальний примус, механізм реалізації.

Постановка проблеми. Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) істотно реформував систему заходів кримінально-процесуального примусу шляхом систематизації у Розділі II усіх заходів, що спрямовані на забезпечення дієвості його провадження, істотно оновивши зміст та порядок застосування вже відомих кримінальному провадженню України заходів та додавши до їх системи нові. І хоча чинне національне законодавство є суттєвим кроком уперед у питаннях прав і свобод людини, гарантування цих прав та процесу їх обмеження, існують певні прогалини у механізмі їх реалізації. Не є винятком і така слідча (розшукова) дія, як обшук.

Актуальність теми. Різні правові аспекти механізму реалізації обмеження прав і свобод людини під час проведення обшуку досліджували такі вчені: В.В. Назаров, О.Л. Булейко, Є.Д. Лук'янчиков, В.О. Фінагеев, Ю. Чорноус, В.С. Шадрин та ін. Проте на практиці все ж таки зустрічаються випадки порушення законних прав і свобод осіб, залучених до кримінального провадження.

Метою статті є дослідження процедури проведення обшуку, аналіз чинного законодавства у процесі обмеження прав і свобод людини під час його здійснення.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, які виникають у процесі проведення обшуку.

Предметом дослідження є механізм реалізації обмеження прав і свобод людини під час проведення обшуку.

Виклад основного матеріалу дослідження. Реалізація обмежень у кримінальному провадженні здійснюється за допомогою примусу, який має містити усі ознаки правового діяння, тобто відповідати встановленим законом вимогам. Примус може бути як фізичним, так і психічним.

Кримінально-процесуальний примус полягає в передбачуваному чи реальному обмеженні (погіршенні) соціального, зокрема правового, стану особи та передбачає загрозу чи дійсне настання негативних наслідків матеріального, морального чи організаційного характеру.

Важливим є те, що обмеження прав особи можливо застосовувати лише за умови невиконання або реальної

загрози невиконання тих чи інших правил, встановлених кримінальним процесуальним законодавством. У випадках, коли суб'єкти кримінального провадження, які до нього залучаються, добровільно виконують свої обов'язки, примус не повинен застосовуватись, а випадки його застосування необхідно розцінювати як порушення закону.

В.В. Назаров зазначив, що досвід про непорушність прав людини, звичайно, вагомий, але їх обмеження – неминуча дань боротьбі зі злочинністю. Крім цього, учений відзначає, що у випадках застосування примусових заходів варто керуватися методами зважування цінностей і побудови системи пріоритетів, що діють за принципами крайньої необхідності: жертвується менша соціальна цінність заради збереження більшої цінності. При цьому береться до уваги, що завдання розкриття злочинів далеко не завжди мають вирішуватися ціною відмови від гарантій недоторканності особистого життя [1].

Принциповим є положення про те, що примус може бути як фізичним, так і психічним. Тобто особа, яка повідомлена про проведення конкретної процесуальної дії (у нашому випадку обшуку), має вибір добровільно виконати законні вимоги уповноваженої особи (при цьому вона розуміє суть своїх дій та можливість настання негативних наслідків) або із застосуванням заходів примусу. Обмеження прав і свобод людини під час добровільного виконання вимог уповноважених осіб проявляються, так би мовити, у пасивній формі – наявний вибір моделі поведінки, проте у свідомості особи є реальна загроза, у протилежному разі, безпосереднього застосування примусових заходів.

Відповідно до ст. ст. 29, 30 Конституції України кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність, кожному гарантується недоторканність житла. Статтями 12 та 13 КПК України деталізовано забезпечення права на свободу та особисту недоторканність і недоторканність житла чи іншого володіння особи.

В.Т. Нор вважає, що поняття «свобода й особиста недоторканність» означає не свободу загалом, яка охоплює сукупність особистих, політичних та інших конституційних сво-

бод, а свободу від фізичного або психічного примусу, свободу дій і прийняття рішень у дозволених правовими і моральними нормами межах, можливість розпоряджатися собою і не перебувати під контролем неособистих, зовнішніх чинників, свободу (вільне) пересування у просторі [2, с. 56].

Разом із тим передбачено і виняток із загальних правил. Суть обмеження полягає в тому, що проти волі особи або/чи власника майна уповноваженими особами, відповідно до КПК України, здійснюється ряд процесуальних дій, які, так би мовити, призупиняють дію зазначених заasad. Це виправдано метою слідчої (розшукової) дії. Тобто є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення цієї мети (наприклад, стало відомо з інших джерел, що відомості (предмети, речі, документи) про вчинене кримінальне правопорушення знаходяться в певному приміщенні, місці чи у конкретної особи).

Юридичною підставою для проведення обшуку є ухвала слідчого судді про проведення обшуку. Ідеться про так званий судовий контроль у кримінальному процесі. Винятками із цього правила є: 1) виклик особи слідчим та прокурором; 2) тимчасове вилучення майна; 3) затримання особи (без ухвали слідчого судді).

Віднесення прийняття процесуального рішення (ухвали) до виключної компетенції суду (під час досудового розслідування – слідчого судді) відповідає європейським стандартам у галузі прав людини. У Рішенні Європейського суду із прав людини у справі «Клас та інші проти Федеративної Республіки Німеччина» зазначено, що принцип верховенства права виходить, зокрема, з того, що втручання органів виконавчої влади у права окремих осіб повинно бути під ефективним контролем, який, звичайно, має забезпечуватися судовою системою як останньою інстанцією; судовий контроль надає найкращі гарантії незалежності, неупередженості та належної процедури. Тому положення КПК України в цьому аспекті повністю відповідають європейським стандартам [3, с. 231].

Фактичними підставами для проведення слідчої (розшукової) дії є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення її мети.

У законі не вказано, яка саме сукупність відомостей може бути визнана достатньою для проведення слідчої (розшукової) дії. Передусім законодавець у ч. 2 ст. 223 КПК України вживає словосполучення у множині: «<...> є наявність достатніх відомостей», тобто йдеться не про одиничні повідомлення, відомості, докази, а про їх певну сукупність.

На нашу думку, перенасичення норм КПК України абстрактними нормами є вкрай негативним явищем. Так, на прикладі досліджуваної слідчої дії бачимо, що законодавець такий процес покладає на суб'єктивний фактор: визначення достатності відомостей для проведення слідчої (розшукової) дії пов'язано з їх оцінкою з погляду достатності й залежить від внутрішнього переконання слідчого чи прокурора.

О.В. Фінгеев зазначив, що відомості, які вказують на можливість досягнення мети слідчої дії, можуть бути отримані під час проведення інших слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, оперативно-розшукових заходів, ревізій та перевірок, а також інших процесуальних дій, передбачених КПК України [4, с. 305].

Вважаємо, що питання обмеження конституційних прав і свобод під час проведення обшуку мають бути чітко регламентовані. Тому до ст. 234 КПК України пропонуємо внести такі зміни: «Обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді у випадках: 1) якщо очевидець чи очевидці вказують на місце та/або особу, пов'язаних (відшукання майна, особи) із вчиненням кримінального правопорушення – показання свідків; 2) якщо під час проведення інших

слідчих (розшукових) дій стало відомо про осіб чи речі, які пов'язані із кримінальним провадженням і є потреба у їх відшукуванні; 3) якщо під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій стало відомо про осіб чи речі, які пов'язані із кримінальним провадженням і є потреба у їх відшукуванні. Без ухвали слідчого судді може бути проведено обшук у разі, якщо особу застали під час вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину або замаху на його вчинення для недопущення псування або знищення речей матеріального світу, що можуть бути доказами у справі, а також у разі добровільної згоди особи, щодо якої може бути проведений обшук та/або у приміщенні, що належить їй на праві власності, після закінчення якого слідчий суддя повідомляється у загальному порядку». Кожна підстава має письмово підтверджуватися.

Процесуальний порядок відображається конкретним алгоритмом дій. Насамперед слідчий за погодженням із прокурором або особисто прокурор звертається з відповідним клопотанням до слідчого судді за місцем проведення досудового розслідування. До клопотання додаються оригінали або копії документів із інших матеріалів, якими прокурор чи слідчий обґрунтовують доводи клопотання, а також витяг із Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, у рамках якого подається клопотання. Слідчий суддя розглядає клопотання про обшук у день його надходження до суду в закритому судовому засіданні за обов'язковою участю слідчого чи прокурора. За результатами розгляду клопотання слідчий суддя в разі наявності підстав виносить ухвалу про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи або ухвалу про відмову в задоволенні клопотання про обшук [5, с. 103].

Крім цього, КПК України встановлено інші вимоги проведення законного обшуку: повідомлення учасників про їхні права й обов'язки, а також можливу відповідальність; залучення понятих; застосування технічних засобів фіксування слідчої дії.

У цьому контексті особливої уваги заслуговує питання правового статусу понятих. КПК України не надає визначення цій категорії учасників провадження. З аналізу норм закону можна констатувати лише те, що поняті – це незацікавлені особи («<...> ч. 7 ст. 223: слідчий, прокурор зобов'язаний запросити не менше двох незацікавлених осіб (поятих) для пред'явлення особи <...>»). Одразу виникає питання щодо «незацікавленості» особи, оскільки цей термін є абстрактним.

Частиною 6 ст. 237 встановлено, що слідчий, прокурор має право заборонити будь-якій особі залишити місце огляду до його закінчення та вчинювати будь-які дії, що заважають проведенню огляду. Зазначене положення стосується понятих і воно прямо обмежує їхні конституційні права.

Невиконання вимог слідчого або прокурора тягне за собою передбачену законом відповідальність. Проте ні Кримінальний кодекс України, ні Кодекс України про адміністративні правопорушення не встановлюють відповідальності за відмову бути залученим як понятій.

З негативної сторони інститут понятих характеризує також і те, що ці особи зазвичай не володіють достатніми знаннями, щоб правильно оцінити дії правоохоронців із позиції їх правомірності/неправомірності, часто перебувають осторонь від місця події, а їхню увагу слідчі активізують тільки тоді, коли певні об'єкти вже виявлені та вилучені. Непоодинокими є випадки залучення так званих «штатних понятих», факти фальсифікацій, що взагалі нівелює ідею громадського контролю за діяльністю органів досудового слідства [6, с. 327]. Тобто участь понятих зводиться лише до формального задоволення вимог законодавства.

Вирішення указаної проблеми О.А. Колесников вбачає у тому, що законодавець має чітко визначити процесу-

альний статус понятих, закріпити систему гарантій прав, свобод та обов'язків особи, яку залучають до проведення слідчої (розшукової) дії як понятого, а також установити відповідальність за відмову від участі у слідчій (розшуковій) дії як понятого без поважних на те причин [7, с. 327].

О.Л. Булейко говорить про те, що у кримінально-процесуальному законодавстві демократичних країн відсутній інститут понятих або він має вкрай обмежене застосування, тож для України в контексті євроінтеграційних процесів такий позитивний досвід повинен стати орієнтиром для впровадження правових реформ відповідно до міжнародних стандартів [8, с. 10].

На нашу думку, варто відмовитися від процесу залучення понятих у наявному вигляді. Для забезпечення громадського контролю за здійсненням кримінального провадження доцільно застосувати аналогію до функціонування інституту присяжних: формування списку професійних, незалежних осіб на засадах добровільності, виборності, строковості та оплатності за територіальним критерієм із поданням таких списків до відповідних органів. Лише волевиявлення та свідомий підхід до своїх обов'язків можуть забезпечити виконання покладених завдань. А першочерговим завданням є недопущення обмеження конституційних прав і свобод людини, а також формалізації громадського контролю.

У ч. 1 ст. 236 КПК України передбачено необхідність ужиття належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чий права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, а в ч. 4 цієї самої процесуальної норми зазначено, що обшук може бути проведений за відсутності особи в житлі чи іншому володінні. У такому разі копія ухвали слідчого судді про проведення обшуку повинна бути залишена на видному місці, а слідчий, прокурор зобов'язаний забезпечити схоронність майна, що наявне в житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб. Однак, підкреслюють В.В. Топчій та Н.В. Карпенко, залишаються незрозумілими питання щодо проведення обшуку в невідкладних випадках: який процесуальний документ варто залишити в житлі чи іншому володінні особи, якщо обшук проводиться без ухвали суду, хто його має підписувати, чи потрібно залишати копію протоколу на місці проведення обшуку [9, с. 100].

На нашу думку, обов'язковою умовою невідкладного проведення обшуку має бути законодавчо закріплений припис про залишення копії протоколу.

Повертаючись у русло процесуального порядку обмеження конституційних прав людини, варто підкреслити те, що законодавець встановлює кримінально-процесуальну форму – структуру кримінального процесу загалом і його окремих стадій, умови, послідовність, порядок провадження процесуальних дій та оформлення їх у правових актах. Отже, кримінально-процесуальна форма судочинства являє собою, з одного боку, комплекс заходів, які забезпечують дотримання прав, свобод та законних інтересів учасників процесу, а, з іншого боку, регламентує порядок обмеження прав і свобод учасників процесу.

Чинний КПК України у ст. 87 містить категоричну вимогу щодо визнання недопустимими доказів, які одержані з істотним порушенням прав та свобод людини, стимулюючи слідчого, прокурора дотримуватись усіх правил проведення відповідної слідчої (розшукової) дії, передбачених законодавством, забезпечувати права та законні інтереси осіб, які залучаються до участі у слідчій дії.

Ю.М. Черноус зазначає, що проведення слідчих (розшукових) дій обов'язково повинно ґрунтуватися також на належних етичних принципах і нормах [10, с. 55]. Цього вимагає, зокрема, і чинне кримінальне процесуальне за-

конодавство. Так, у КПК України закріплено положення про недопустимість дій, що принижують честь і гідність особи, під час проведення таких слідчих (розшукових) дій, як слідчий експеримент (ч. 4 ст. 240), освідування (ч. 4 ст. 241). Очевидно, що цього правила необхідно дотримуватися під час проведення всіх слідчих (розшукових) дій.

Слідчий, прокурор під час проведення обшуку мають право відкривати закриті приміщення, сховища, речі, якщо особа, присутня під час обшуку, відмовляється їх відкрити або обшук здійснюється за відсутності осіб, зазначених у ч. 3 ст. 236 КПК України. На нашу думку, наділення уповноважених осіб такими повноваженнями має обов'язково обмежуватися законодавчим приписом про повагу до права власності особи. Відкриття зачинених приміщень, сховищ чи речей має проводитися спеціалістом, який не допустить псування або руйнування таких об'єктів. Пропонуємо частину 6 ст. 236 КПК України доповнити таким реченням: «Для відкриття закритих сховищ, приміщень, речей із метою недопущення їх псування або пошкодження слідчий або прокурор зобов'язані залучити спеціаліста». Така норма буде процесуальною гарантією охорони об'єктів права власності від можливого свавілля сторони обвинувачення.

Деякі автори пропонують закріпити в КПК України перелік «незаконних заходів», «незаконних дій», які порушують право на повагу до людської гідності [11, с. 93]. Із цим важко погодитись, оскільки для сфери кримінального провадження більш притаманний дозвільний засіб регулювання суспільних відносин (тобто прямо вказується, що дозволено, тим самим непрямо визначається, що заборонено). Разом із тим до незаконних заходів проведення процесуальних дій насамперед потрібно віднести застосування катувань (тортур), жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження (ч. 2 ст. 28 Конституції України, ч. 2 ст. 11 КПК України).

Висновки. Аналізуючи викладений матеріал, можемо констатувати той факт, що чинний КПК України містить ряд процесуальних недоліків із питань обмеження конституційних прав і свобод людини. Формальне закріплення процесуальних гарантій зводиться нанівець глобальне реформування кримінального провадження. Лише чіткий порядок процесуального обмеження основоположних засад здатний забезпечити дієвий механізм недопущення різного роду порушень. Саме тому чинне кримінальне процесуальне законодавство, яке регулює процедуру проведення обшуку, потребує подальшого удосконалення.

Список використаної літератури:

1. Назаров В.В. Конституційні права і свободи громадян у кримінальному провадженні – обмеження чи порушення? / В.В. Назаров // Громадська організація «Глобальна організація союзницького лідерства». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://goo.gl/CqnGEG>.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. проф. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К. : Юстиніан, 2012. – С. 56.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – Т. 1 / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін. – 2012. – С. 231.
4. Фінагеев В.О. Загальні положення проведення слідчих (розшукових) дій під час розслідування злочинів у сфері банківської діяльності / В.О. Фінагеев // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 305.
5. Кримінальний процес : [навч. посіб. для підгот. до комплекс. держ. іспиту] / О.В. Капліна, М.О. Карпенко, В.І. Маринів, В.М. Трофименко, А.Р. Туманянц, О.Г. Шило. – Х. : Оберіг, 2014. – С. 103.

6. Лук'янчиков Є.Д. Методологічні засади інформаційного забезпечення розслідування злочинів : [монографія] / Є.Д. Лук'янчиков. – К. : НАВС України, 2005. – С. 327.

7. Актуальні питання розслідування злочинів / уклад. Л.М. Кирій. – К. : МВС України, 2013. – С. 43.

8. Булейко О.Л. Участь понятих у кримінальному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / О.Л. Булейко. – К., 2009. – С. 10.

9. Топчій В.В. Проблемні питання проведення огляду та обшуку житла чи іншого володіння особи / В.В. Топчій, Н.В. Карпенко // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2014. – № 4. – С. 100.

10. Черноус Ю. Морально-етична характеристика слідчих дій / Ю. Черноус // Право України. – 2005. – № 2. – С. 55.

11. Шадрин В.С. Обеспечение прав личности при расследовании преступлений / В.С. Шадрин. – М. : Юрлитинформ, 2000. – С. 93.

