

УДК 343.131.5

DOI <https://doi.org/10.32850/2414-4207.2019.11-2.33>

РЕАЛІЗАЦІЯ ОКРЕМИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЗАХИСНИКОМ ПЕРЕД ПОЧАТКОМ ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СЛІДЧОГО СУДДІ ПРО ДОЗВІЛ НА ОБШУК ЖИТЛА ЧИ ІНШОГО ВОЛОДІННЯ ОСОБИ

Дульський Олександр Леонідович,
адвокат
(м. Київ, Україна)

Як слідча (розшукова) дія, що передбачає втручання у сферу особистих прав людини, обшук має складний порядок проведення, а його результати використовують у кримінальному провадженні лише за умови відповідності вимогам процесуального закону.

Істотне значення мають не лише особливості правового регулювання участі сторони захисту в доказуванні, а й забезпечення під час її процесуальної діяльності прав і законних інтересів учасників кримінального провадження на окремих етапах проведення обшуку, зокрема підготовчому.

У статті визначено найважливіші завдання участі захисника під час проведення обшуку залежно від його етапів. Зокрема, на підготовчому етапі – це: 1) оперативне прибуття на місце проведення обшуку; 2) ознайомлення з ухвалою слідчого судді; 3) перевірка компетентності службових та інших присутніх осіб, зокрема понятих. Під час проведення обшуку діяльність захисника спрямована на реалізацію двох завдань: 1) забезпечення дотримання належної правової процедури стороною обвинувачення та іншими особами, залученими до участі в проведенні обшуку; 2) надання кваліфікованої юридичної допомоги особі, за викликом якої адвокат прибув на місце проведення обшуку.

Важливо для сторони захисту весь час перебувати поряд зі стороною обвинувачення з метою недопущення фальсифікацій, привернення уваги сторони обвинувачення до наявних порушень КПК України, заявлення клопотання мати побачення з підзахисною особою тощо. Ці питання повинен контролювати адвокат, коли ще безпосередньо не розпочато обшук, щоб запобігти в подальшому порушенням процесуального закону на підготовчому етапі проведення цієї слідчої (розшукової) дії.

У статті розглянуто проблемні аспекти забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку на підготовчому етапі, сформульовано низку нових концептуальних положень, висновків і рекомендацій, що мають велике значення для правозастосовної практики.

Ключові слова: обшук, слідчий, прокурор, захисник, адвокат, представник, спеціаліст, понятий.

REALIZATION OF CERTAIN POWERS BY THE DEFENSE COUNSEL BEFORE THE EXECUTION OF THE DECISION OF THE INVESTIGATING JUDGE ON THE PERMISSION TO SEARCH THE HOME OR OTHER PROPERTY OF THE PERSON

Dulskiy Oleksandr Leonidovych,
Lawyer
(Kyiv, Ukraine)

A search is an inquisitional of criminal investigation action. It has a difficult order of realization because it envisages interference with the sphere of the personal human rights.

Results of a search can be used in criminal realization just on condition of conforming to the requirements of judicial law.

The features of the legal adjusting of participation of side of defence have not just a substantial value in finishing telling, but providing rights and legal interests of participants of criminal realization on the separate stages of realization of search, during it's judicial activity.

In the article are defined the most important tasks of the defender's participation during the search are determined depending on his stages. In particular, at the preparatory stage, these are: 1) prompt arrival at the place of the search; 2) familiarization with the approval of the investigating judge; 3) verification of the competence of officials and other persons present, including those who are understood. During the search, the activities of the defense counsel are aimed at accomplishing two tasks: 1) ensure that the prosecution party and other persons involved in the search are adhered to in due course of the proceedings; 2) to provide qualified legal assistance to the person on whose call the lawyer arrived at the place of the search.

Important for the side of defence is a permanent stay next to the side of prosecution with the aim of non-admission of falsifications, bringing in of attention of side of prosecution to present violations of legislation, statement of solicitor on an appointment with a client person and others like that. These questions an advocate must control, when yet a search is not begun directly to prevent in future the breach of judicial law on the preparatory stage of realization of this of criminal inquisitional-investigation action.

In the article are considered problematic aspects of ensuring the party protecting the observance of the rights and legitimate interests of the participants in the search at the preparatory stage, formulating a number of new conceptual provisions, conclusions and recommendations that are important for the law enforcement practice.

Key words: search, investigator, prosecutor, defender, lawyer, representative, specialist, witness of inquest.

Мета статті полягає у всебічному висвітленні ролі захисника у дотриманні прав та законних інтересів учасників проведення обшуку на підготовчому етапі його проведення.

Постановка проблеми. Обшук є однією з тих СРД, під час якої найвиразніше виявляються позиції сторін обвинувачення та захисту. Кожна з них намагається вибудувати свою тактику дій, підкріпити її доказами, оскільки у змагальному процесі допущені помилки стають надто вагомими. Тож істотне значення мають не лише особливості правового регулювання участі сторони захисту в доказуванні, а й забезпечення під час її процесуальної діяльності прав і законних інтересів учасників кримінального провадження на окремих етапах проведення обшуку, зокрема підготовчому. Ця діяльність спрямована на недопущення навмисних чи ненавмисних порушень і помилок із боку сторони обвинувачення під час обшуку й тих негативних наслідків, які позначаються на інших учасниках кримінального провадження під час проведення обшуку як заходу процесуального примусу. Проте КПК України містить певні неузгодженості, що призводить до правової невизначеності у цьому питанні.

Аналіз останніх досягнень. Окремі проблеми проведення обшуку й забезпечення дотримання прав та законних інтересів його учасників досліджували В.Ю. Аббакумов, С.Ф. Денисюк, І.В. Канфуї, О.В. Капліна, Е.Є. Манівлець, Н.С. Моргун, М.А. Погорецький, О.А. Струць, В.М. Трофименко, В.Ю. Шепітько, О.Г. Шило та інші науковці. Але досі залишається невирішеною значна кількість проблем у цьому напрямі, які потребують усвідомлення, аналізу та вирішення на законодавчому рівні й у практичній діяльності з розслідування злочинів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Про проблеми, пов'язані з участю сторони захисту, а саме захисника під час проведення СРД, неодноразово й небезпідставно зазначали науковці, пропонуючи, наприклад, закріпити обов'язок слідчого забезпечити присутність захисника під час проведення обшуку [1, с. 5–7]. Недотримання зазначених правил розглядають як порушення права на захист, і, відповідно до пункту 3 частини 2 статті 87 КПК України, це може потягнути за собою визнання недопустимими доказів, одержаних із таким порушенням.

Дослідження та аналіз процесуальних прав особи, у житлі чи іншому володінні якої проводять обшук, потребує аналізу питання участі у цій СРД не лише адвоката, а й представника цієї особи. Передусім це стосується випадків проведення обшуку приміщень, які є багатоповерховими або утворюють комплекси споруд. У таких випадках забезпечення ефективного контролю за діями слідчого та співробітників оперативних підрозділів (часто такі СРД проводять спільні їх групи) є неможливим без залучення осіб, яким власник житла чи іншого володіння делегує виконання цього завдання з метою захисту його законних інтересів. Така практика залучення до участі в обшуку зазначених осіб, які представляють законні інтереси обшукуваної особи шляхом здійснення неупередженого контролю над дотриманням вимог закону під час проведення обшуку, вже наявна. Тому виправданість законодавчої новели, передбаченої в абзаці третьому частини 3 статті 236 КПК України, не викликає сумніву: слідчий, прокурор не мають права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Слідчий, прокурор зобов'язані допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення.

Аналізована СРД передбачає особливий порядок залучення захисника. Це питання є важливим ще й тому, що обшукувана особа може наполягати на присутності захисника з метою відтягування початку проведення обшуку й використання можливості знищення відшукуваних слідів, предметів, знарядь учинення кримінального правопорушення, а також учинення інших дій, що спричиняють негативні наслідки для сторони обвинувачення. Обшук може бути результативним лише тоді, коли його проведено раптово, інакше він утрачає будь-який сенс. На підставі системного тлумачення статей 207–211, 213, 223, 234, 236 КПК України можна стверджувати, що уповноважена особа має право на проведення обшуку без захисника виключно під час обшуку особи на момент її затримання в порядку статті 208 цього Кодексу. В інших випадках слідчий повинен задовольнити клопотання обшукуваної особи на залучення захисника, а ще краще – на підготовчому етапі проведення обшуку передбачити такі ситуації та вжити необхідних заходів для попередження тактичних помилок. Як варіант розв'язання проблеми слідчий у порядку статті 53 КПК України може запропонувати обшукуваному залучити іншого захисника (наданого державою), якщо захисник обшукуваного не може бути залучений протягом визначеного сторонами часу, достатнього для прибуття для участі в проведенні обшуку. Цей час мають визначати в кожному конкретному випадку залежно від низки об'єктивних і суб'єктивних чинників, оскільки законодавчо його поки що не унормовано.

Проблемне питання проведення обшуку полягає у тому, що має робити слідчий після заявлення клопотання про участь під час обшуку захисника, його виклику на місце проведення цієї СРД і до моменту його прибуття. На нашу думку, слідчий має чекати захисника, забезпечивши неможливість пересування осіб, які перебувають у приміщенні, або обмеживши такі дії. Цей підхід до вирішення питання постає внаслідок системного тлумачення частини 2 статті 236 КПК України. У цій процесуальній нормі йдеться про те, що обшук житла чи іншого володіння особи має відбуватися

в час, коли завдають найменшої шкоди звичайним заняттям особи, яка ним володіє, якщо слідчий, прокурор не вважатимуть, що виконання такої умови може суттєво зашкодити меті обшуку, а також частини 5 цієї статті, у якій визначено, що обшук слід проводити в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку. Якщо ж є підстави вважати, що затягування особистого обшуку становить небезпеку для інших осіб (наприклад, застосування зброї, дистанційної вибухівки тощо), такий обшук осіб слід проводити невідкладно.

Участь адвоката під час проведення обшуку необхідна й потрібна насамперед для реалізації права на захист підозрюваного, надання кваліфікованої юридичної допомоги іншим учасникам цієї СРД, зокрема тим із них, які ще не мають визначеного процесуального статусу. Коли адвокат присутній на місці проведення обшуку, поведінка правоохоронців стає стриманішою, їхня увага переключасться на правника, у присутності якого припуститися порушення значно складніше.

На підготовчому етапі проведення обшуку перед адвокатом постають три завдання: 1) оперативне прибуття на місце проведення обшуку; 2) ознайомлення з ухвалою слідчого судді; 3) перевірка компетентності службових осіб, які прибули для проведення обшуку, й інших присутніх осіб, зокрема понятих.

Однак навіть вчасне прибуття адвоката ще не гарантує йому допуск до місця проведення обшуку. Також у практичній діяльності подеколи наявні факти обмеження адвоката в можливостях пересування. Йдеться про те, що в частині 3 статті 236 КПК України зафіксовано право слідчого заборонити будь-якій особі залишити місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку. Невиконання цих вимог тягне за собою відповідальність. Адвокати фіксують значну кількість зловживань цим положенням, тож норму, з огляду на статус захисника, варто було б переглянути, забезпечивши непорушення процесуальних прав адвокатів, а саме їхню фізичну недоторканність. Адже слідчі під час проведення обшуку приміщень по-різному трактують нововведення щодо присутності захисника (адвоката). Деякі з них вважають, пише М.В. Комарова, що допуск захисника неможливий, якщо особі, у якій проводять обшук, не вручено підозру, оскільки в такому разі адвокат не має статусу «сторони захисту». Інші стверджують: якщо перед початком обшуку немає договору між адвокатом і клієнтом, то допуск захисника в обшукуване приміщення є сумнівним. Проте, продовжує зазначена авторка, закон не забороняє підписати договір на місці проведення обшуку. Існує правова позиція, згідно з якою договір може бути укладено й в усній формі у порядку, передбаченому пунктом 2 частини 2 статті 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Також усна заява, зафіксована під час відеозапису, про бажання запрошення конкретного адвоката матиме значення під час оскарження недопуску захисника в суді. За наявності згоди клієнта та договору між ним і захисником слідчі переважно не заперечують проти присутності адвоката. Однак КПК України не зобов'язує слідчих очікувати на приїзд захисника [2, с. 86–87]. Це твердження навряд чи можна вважати цілком слушним. Насправді в КПК України не визначено час очікування захисника під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи на відміну від обшуку особи, коли таку дію має бути відтерміновано, відповідно до абзацу другого частини 5 статті 236 цього Кодексу, на строк до трьох годин. Водночас право обшукуваної особи запросити захисника кореспондується з обов'язком уповноваженої сторони обвинувачення забезпечити цій особі право на захист або надання кваліфікованої юридичною допомогою. Тож за наявності клопотання обшукуваної особи про залучення захисника й проведення обшуку житла чи іншого володіння без його участі вважаємо грубим порушенням прав і законних інтересів цієї особи.

Завданням обшуку є виявлення та фіксація відомостей про обставини вчинення конкретного кримінального правопорушення. Тож ухвала слідчого судді, відповідно до частини 3 статті 234 КПК України, з-поміж інших зазначених у цій нормі обставин має містити перелік речей і документів, для відшукування та вилучення яких, власне, й проводять цю СРД. Проте достатньо поширеною практикою є намагання сторони обвинувачення вилучити предмети, не пов'язані зі збиранням доказів. На зміст ухвали у цій частині слід акцентувати увагу захисникові, а якщо аргументація не діє – фіксувати порушення з метою подальшого оскарження цих дій слідчого.

З огляду на зазначене, обов'язковим складником обґрунтування клопотання слідчого має бути опис індивідуальних або родових ознак речей, документів, іншого майна або осіб, яких планують відшукати, а також їхнього зв'язку з учиненим кримінальним правопорушенням. Це дасть змогу слідчому судді переконатися в необхідності проведення обшуку в конкретному місці й у конкретної особи, щоб прийняти обґрунтоване процесуальне рішення. Велике значення ця обставина має в кримінальних провадженнях, коли обшук проводять у житлі чи іншому володінні особи, якій не повідомлено про підозру.

Щодо зазначення в клопотанні слідчого індивідуальних або родових ознак речей, документів, іншого майна або осіб, яких планують відшукати, конкретизація цих положень спрямована на правову визначеність у питанні щодо мети й меж СРД і відіграє роль гарантії від зловживань із боку органів державної влади. Проте використання у чинному законі категорії «родові ознаки речей» призведе до надмірного розширення дискреційних повноважень як суду, так і процесуальних опонентів (ідеться про сторону обвинувачення). Такий підхід суперечить практиці ЄСПЛ [3]. Зокрема, Т. Алексик зауважує, що поняття родових ознак охоплює широке коло речей і документів, що надасть можливість вилучити їх під час обшуку як такі, що належать до переліку, зазначеного в ухвалі. Звісно, що їх повернення законним володільцям буде значно ускладнено [4].

У клопотанні слідчого про проведення обшуку має бути зазначено обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, не може отримати орган досудового розслідування в добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей відповідно до частини 2 статті 93 КПК України або за допомогою інших СРД, передбачених цим Кодексом, а доступ до осіб, яких планують відшукати, – за допомогою інших СРД. Це положення цілком відповідає практиці ЄСПЛ, сприятиме забезпеченню пропорційності втручання у сферу прав людини й перешкоджатиме зловживанню повноваженнями з боку органів досудового розслідування. Зокрема, у рішенні у справі «Рьомен і Шміт проти Люксембургу», стверджує Д. МакБрайд, ЄСПЛ зауважив, що, розшукуючи виконавців правопорушень, зазначених у поданнях прокурора, слідчий суддя міг скористатися й іншими заходами, не лише проведенням обшуків у помешканні та на робочому місці заявника (таких, наприклад, як допит службовців Управління у справах реєстрації й державного майна). Слід, однак, зазначити, що уряд не зміг довести, що без здійснення обшуків у житлі й на робочому місці заявника національні органи влади не змогли б установити, чи було порушення професійної таємниці, а отже, використати отриману в такий спосіб інформацію [5, с. 163, 184].

З огляду на зазначене, адвокат повинен ретельно ознайомитися з ухвалою слідчого судді – документом, що є юридичною (правовою) підставою для проведення обшуку та має велике значення під час визначення законності й обґрунтованості прийняття рішення щодо надання дозволу на проведення цієї СРД. Перед початком проведення обшуку під час ознайомлення із цією ухвалою слідчого судді захисник має акцентувати

увагу на наявності в ухвалі точної адреси проведення обшуку (номер квартири, офісу тощо) або її помилковості, що, своєю чергою, призводить до порушення прав інших осіб, які можуть бути залучені до цієї СРД, не маючи жодного відношення до кримінального провадження; на визначення речей чи документів, що підлягають вилученню, з метою вирішення питання з обшукуванням щодо добровільної їх видачі й уникнення надалі проведення стороною обвинувачення примусових пошукових дій.

Окрім цього, під час здійснення обшуку найпоширенішими порушеннями адвокати визначають, зокрема, такі: проведення обшуку без ухвали слідчого судді (порушення вимоги частини 2 статті 234 КПК України); в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку як порушення частини 2 статті 235 цього Кодексу не зазначено строк дії ухвали, який не може перевищувати одного місяця зі дня її постановлення (пункт 1); немає відомостей про прокурора, слідчого, який подав клопотання про проведення обшуку (пункт 2); не визначено положення закону, на підставі якого постановлено ухвалу (пункт 3); бракує відомостей щодо житла чи володіння особи або частини житла чи іншого володіння особи, які має бути піддано обшуку (пункт 4); не зазначено відомості щодо особи, якій належить житло чи інше володіння, й особи, у фактичному володінні якої воно знаходиться (пункт 5); зазначено неправильну адресу, кабінет місця проведення обшуку; у дорученні на проведення обшуку співробітникам оперативних підрозділів не вказують конкретні прізвища виконавців; у дорученні використовують печатку для пакетів замість печатки для довідок [6].

Ухвалу слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи має бути виконано не пізніше, ніж у передбачені в ній строки. Перед початком її виконання та під час безпосереднього проведення обшуку до найпоширеніших порушень, про які адвокати зазначають у своїх зауваженнях до протоколів обшуку, належать такі: неперед'явлення ухвали про дозвіл на проведення обшуку; ненадання копії ухвали про дозвіл на проведення обшуку; неперед'явлення ухвали й надання її копії перед початком виконання ухвали слідчого судді особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі; здійснення обшуку особою, яка не зазначена в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку; проведення обшуку оперативними співробітниками, доручення на що не було надано; проведення більше ніж одного обшуку за однією ухвалою про дозвіл на проведення обшуку; проведення обшуку в нічний час (з 22 до 6 год.), а не тоді, коли, згідно з частиною 2 статті 236 КПК України, особі завдають найменшої шкоди, якщо тільки слідчий, прокурор не вважають, що виконання такої умови може суттєво зашкодити меті обшуку; порушення частини 2 статті 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» – недопуск адвоката за усним договором до укладення письмового; особа, яка проводить обшук, не назвала себе, що унеможливило з'ясування, чи ця особа є в ухвалі про дозвіл на обшук та чи має повноваження його проводити; під час обшуку проігноровано частину 2 статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», відповідно до якої під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката має бути присутній представник ради адвокатів регіону; у порушення частини 1 статті 236 КПК України не було вжито заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чий права та законні інтереси може бути обмежено або порушено; як порушення частини 6 статті 236 КПК України закрито приміщення, сховище, речі відкривав не слідчий, а сторонні особи після того, як особа, присутня під час обшуку, відмовилася їх відкривати; у порушення частини 6 статті 236 КПК України залучали так званих спеціалістів для відкриття приміщення без відповідного доручення слідчого; у порушення частини 5 статті 236 КПК України

обшук на підставі ухвали слідчого судді проводили в обсязі, більшому ніж необхідно для досягнення мети обшуку [6].

Після ознайомлення з ухвалою слідчого судді, однак перед початком обшуку варто перевірити службові посвідчення правоохоронців, що прибули з обшуком, на їх відповідність даним ухвали, та з'ясувати, чи мають вони повноваження на проведення обшуку, чи збігається зазначена в ухвалі адреса з фактичним місцем розташування приміщення, якщо так, то яка частина приміщення підлягає обшуку, чи містить документ перелік речей і документів, які планують виявити й вилучити під час цієї СРД [7].

Перед початком виконання ухвали слідчого судді до найпоширеніших порушень, про які зазначають адвокати у своїх зауваженнях до протоколів обшуку, належать відсутність понятих (їх обов'язкову участь передбачено в частині 7 статті 223 КПК України незалежно від застосування технічних засобів фіксування) або відмова слідчого задовольнити клопотання адвоката про залучення запропонованого ним понятого. У чинному КПК України не визначено, хто саме вибирає понятих, а тому прохання адвоката щодо залучення такого понятого у разі їх відсутності мало б бути задоволене. Крім цього, поширеними є випадки, коли в порушення частини 3 статті 223 КПК України перед проведенням обшуку не роз'яснюють понятим їхні права; на прохання (заяву) адвоката (особи, у присутності якої проводили обшук) у порушення частини 8 статті 236 КПК України; не перевіряють документи, що встановлюють особу понятих, попри те, що, згідно з частиною 7 статті 46 КПК України, органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їхні службові особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника [6].

Часто трапляються випадки залучення стороною обвинувачення як понятих осіб, які так чи інакше залежать від правоохоронних органів (наприклад, умовно-достоюково звільнені особи). Це не є порушенням, але користь від свідчень таких осіб у суді сумнівна. Наявні випадки, коли правоохоронці як понятих на обшук залучають своїх колег. Якщо згодом цей факт удасться встановити й довести, такі дії буде розцінено як пряме порушення норм процесуального законодавства, що стане вагомою підставою для оскарження законності проведення обшуку й отриманих результатів.

У зв'язку із зазначеним доречно схвалити запропоноване в літературі нормативне закріплення права осіб, щодо яких проводять слідчі дії, заявляти відвід понятим, якщо є підстави побоюватися розголошення таємниці, пов'язаної з особистим життям громадян (якщо понятими є сусіди, колеги та ін.) [8, с. 11]. Такі пропозиції, висловлені ще декілька десятків років тому [9, с. 6–8], нині є цілком логічними та доцільними в умовах чинного законодавства й не втратили актуальності. Обшук житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюють за обов'язковою участю не менше ніж двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної СРД. Коли як понятих під час проведення обшуку в житлі запрошують незацікавлених у справі сусідів тих осіб, у яких його проводять, такі дії не суперечать чинному законодавству України. Однак їм можуть стати відомі обставини особистого, зокрема інтимного, життя особи, що займає обшукуване приміщення, або інших осіб. Серед них також можуть виявитися люди, які недоброзичливо налаштовані до особи, яку обшуковують.

З огляду на зазначене, доцільним видається закріплення в законі права сторони захисту заявляти клопотання про заміну (відвід) понятих, якщо вони є знайомими за місцем мешкання або роботи особи, у якої проводять обшук. У цьому разі пріоритетним буде запрошення як понятих сторонніх незацікавлених осіб, не поінформованих про осіб, яких обшуковують.

У контексті вимог сучасного законодавства виправданою для дотримання прав учасників цієї СРД є унормування в окремій нормі частини 5 статті 223 КПК України можливості відводу понятого в такій редакції: «Особа, у якої проводять обшук,

її захисник, представник чи законний представник мають право заявити відвід понятим за наявності підстав, що виключають можливість присутності цих осіб під час проведення слідчої (розшукової) дії, про що роблять відповідну відмітку в протоколі. Питання про відвід вирішують у порядку, визначеному в частині 2 статті 81 цього Кодексу». Запропонована норма була б гарантією запобігання однобічності й тенденційності відображення ходу та результатів обшуку, а також, безумовно, сприяла б розширенню демократичних засад кримінального провадження.

Нині в частині 1 статті 79 КПК України передбачено підстави для відводу спеціаліста, представника персоналу органу пробації, перекладача, експерта та секретаря судового засідання. Натомість у цій нормі не визначено підстав і процесуального порядку відводу понятих, розгляду відповідної заяви. За загальним правилом частини 2 статті 81 цього Кодексу відводи під час досудового розслідування розглядає слідчий суддя. Однак, на нашу думку, зупинення проведення обшуку для того, щоб звернутися до слідчого судді для розгляду заяви про відвід понятого, не видається доцільним. У цьому разі таке зупинення не сприяє виконанню завдань кримінального провадження, зокрема забезпеченню швидкого, повного й неупередженого розслідування, а зволікання з проведенням обшуку може призвести до втрати чи пошкодження доказів. Окрім цього, якщо керуватися необхідністю дотримуватися загального правила, є небезпека використання цієї обставини стороною захисту з метою затягування проведення обшуку.

Тож вважаємо за доцільне закріпити в КПК України право сторони захисту заявляти клопотання про відвід понятих та їх заміну, якщо вони є знайомими за місцем мешкання або роботи особи, у якої проводять обшук, є зацікавленими особами, з іншого боку – визначити відмінний від загального порядок вирішення питання про такий відвід. Тож пропонуємо частину 1 статті 79 КПК України після слова «спеціаліст» доповнити словом «*поняті*», а після словосполучення «як спеціаліста» доповнити речення словом «*понятого*», і далі за текстом. Відповідно, частину 2 статті 81 цього Кодексу слід доповнити першим реченням такого змісту: «*Відводи понятого/понятих, заявлені стороною захисту під час проведення передбачених цим Кодексом слідчих (розшукових) дій, розглядає слідчий, прокурор, зазначивши в протоколі підстави, що виключають можливість участі цих осіб. У цьому разі запрошують інших понятих*».

Урахування цих пропозицій надасть можливість, по-перше, завчасно визначити підстави, що перешкоджають участі понятого під час проведення СРД, зокрема обшуку; по-друге, оперативно вирішити по суті заявлене клопотання про відвід понятого; по-третє, продовжувати без суттєвої затримки проведення цієї процесуальної дії [10, с. 160].

Виклик захисника на місце проведення обшуку не забороняє йому прибути зі спеціалістом для застосування відеозапису відповідно до абзацу третього частини 1 статті 107 КПК України. Оскільки одному учаснику кримінального провадження вкрай складно дотримуватися належної правової процедури під час проведення СРД та здійснювати її відеофіксацію, дотримуючись рекомендованих криміналістикою тактичних прийомів використання технічних засобів, тож захисникові не заборонено залучати фахівців для відеофіксації проведення обшуку [10, с. 158–159]. На ці питання слід зважати захисникові, який отримав терміновий виклик і прибув на місце проведення обшуку з метою активної та цілеспрямованої участі в його проведенні.

Важливим для сторони захисту весь час перебувати поряд зі стороною обвинувачення з метою недопущення фальсифікацій, привернення уваги сторони обвинувачення до наявних порушень КПК України, заявлення клопотання мати побачення з підзахисною особою тощо. Ці питання повинен контролювати адвокат, коли ще безпосередньо не розпочато обшук, щоб запобігти надалі порушенням процесуального закону на підготовчому етапі проведення цієї СРД.

Висновки. Як СРД, що передбачає втручання у сферу особистих прав людини, обшук має складний порядок проведення, а його результати використовують у кримінальному провадженні лише за умови відповідності вимогам процесуального закону.

Обов'язковим складником обґрунтування клопотання слідчого, прокурора є зазначення в ньому відомостей про те, що в інший спосіб неможливо отримати речі, документи або відомості, які можуть в них міститися. Водночас слідчий суддя відмовляє в задоволенні клопотання про обшук, якщо слідчий не доведе, що за встановлених обставин обшук є найдоцільнішим і найефективнішим способом відшукування та вилучення речей і документів.

Законодавчі вимоги щодо обґрунтування ухвали слідчого судді мають кореспондувати аналогічним вимогам стосовно змісту обґрунтування клопотання слідчого, прокурора, адже їх підтвердження під час розгляду клопотання дає підстави для постановлення ухвали про його задоволення. Наявність нормативних вимог щодо конкретизації в ухвалі слідчого судді предметів і документів, які планують відшукати під час обшуку, є елементом механізму обмеження дискреції уповноваженої особи, яка проводить цю СРД, а отже, елементом забезпечення прав і законних інтересів особи під час її проведення.

Список використаних джерел:

1. Аленін Ю.П. Участь захисника при проведенні слідчих (розшукових) дій: проблемні питання. *Адвокатура: минуле та сучасність* : матеріали V Міжнар. наук. конф., м. Одеса, 14 листопада 2015 р. / уклад.: І.В. Гловюк, О.В. Малахова, Л.Ю. Чекмарьова. Одеса : Юрид. літ., 2015. С. 5–7.
2. Комарова М.В. Правові та організаційні засади обшуку у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2019. 237 с.
3. Ізовітова розкритикувала зміни до КПК щодо слідчих дій. *Закон і Бізнес*. 2016. 28 липня. URL: http://zib.com.ua/ua/124994-izovitova_rozkritikuvala_zmini_do_kriminalnogo_procesualnogo.html.
4. Алексик Т. Обшук: замість посилення гарантій – розширення повноважень правоохоронних органів? *Закон і Бізнес*. 2016. 29 вересня. URL: http://zib.com.ua/ua/125736-obshuk_zamist_posilennya_garantiy-rozshirennya_povnovazhen.html.
5. МакБрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. Київ : К.І.С., 2010. 576 с. URL: <http://nsj.gov.ua/files/documents/ECHR%20and%20Criminal%20procedure%20Mc%20Bride%20ukr.pdf>.
6. 6. Основні порушення під час обшуку: зауваження адвоката як додаток до протоколу. URL: https://protocol.ua/ua/osnovni_porushennya_pid_chas_obshuku/.
7. Дроздова О. Обшук очима адвоката: типові порушення правоохоронців та прогалини законодавства, які варто усунути. URL: <https://dpartners.com.ua/obshuk-ochima-advokata-tipovi-porushennya-pravoohorontsiv-ta-progalini-zakonodavstva-yaki-var-to-usunuti/>.
8. Манівлець Е.Є. Реалізація конституційних прав та свобод громадян при проведенні невідкладних слідчих дій : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2005. 16 с.
9. Москалькова Т.Н. Уважение чести и достоинства личности как принцип советского уголовного процесса : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Москва, 1988. 16 с.
10. Галаган В.І., Дульський О.Л. Процесуальна діяльність захисника з дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2019. № 4. С. 155–163.