

**КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД
УКРАЇНИ**

01033 м. Київ, вул. Жилянська, 14

Котляра Андрія Олексійовича,
адвоката, керуючого партнера
адвокатського об'єднання «Формула
Захисту»,

КОНСТИТУЦІЙНЕ ЗВЕРНЕННЯ

щодо офіційного тлумачення положень частини 1 статті 236 Кримінального процесуального кодексу України щодо словосполучення “Для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисних, представник та інші учасники кримінального провадження” та частини 3 статті 237 Кримінального процесуального кодексу України щодо словосполучення “Для участі в огляді може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, законний представник та інші учасники кримінального провадження”.

Відповідно до положень частини другої статті 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Конституція України гарантує права і свободи людини і громадянина (частина друга статті 22), які не можуть бути обмежені за ознаками раси, кольору шкіри політичних релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками (частина друга статті 24). Права і свободи є основним елементом правового статусу людини і громадянина. Діставши закріплення в Конституції України, права і свободи визначають міру можливої поведінки людини і громадянина, відображають певні межі цих прав і свобод, можливість користуватися благами для задоволення своїх інтересів.

З метою забезпечення реалізації закріплених прав і свобод людини і громадянина Конституція України встановлює відповідні правові гарантії. Зокрема, в частині першій статті 59 Конституції України закріплено право кожного на правову допомогу. Право на правову допомогу - це гарантована Конституцією України можливість фізичної особи одержати юридичні (правові) послуги. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

Професійне право адвоката реалізувати свій обов'язок по наданню такої допомоги має кореспондуватись із обов'язком правоохоронних органів надати адвокатуві можливість брати участь у слідчих діях, що стосуються його клієнта

Інакше, надання правової допомоги буде неможливим, а доступ до правової допомоги, як конституційного права кожної особи, буде примусово обмежений.

Закріпивши право будь-якої фізичної особи на правову допомогу, конституційний припис "кожен є вільним у виборі захисника своїх прав" (частина перша статті 59 Конституції України) за своїм змістом є загальним і стосується не лише підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, а й інших фізичних осіб, яким гарантується право вільного вибору захисника з метою захисту своїх прав та законних інтересів, що виникають з цивільних, трудових, сімейних, адміністративних та інших правовідносин, а не тільки з кримінальних. Право на захист, зокрема, може бути реалізоване фізичною особою у цивільному, арбітражному, адміністративному і кримінальному судочинстві (Рішення Конституційного Суду № 13-рп/2000 від 16.11.00).

Крім того, гарантування кожному права на правову допомогу є не тільки конституційно-правовим обов'язком держави, а й дотриманням взятих Україною міжнародно-правових зобов'язань відповідно до положень Загальної декларації прав людини 1948 року, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 року тощо. ЄСПЛ у своїх рішеннях не одноразово зазначав, що Держава має забезпечити виконання гарантованих прав і свобод людини реально та ефективно, а не теоретично (ілюзорно). В свою чергу, принцип правової визначеності є складовою верховенства права, дотримання якого забезпечує права і свободи людини і громадянина. Основу принципу правової визначеності становить ідея передбачуваності (очікуваності) особою правових наслідків своєї поведінки, яка відповідає нормативним приписам щодо поведінки у суспільстві та гарантує юридичну безпеку. Юридична безпека означає стійкість нормативних орієнтирів і впевненість в тому, що вони будуть втілені в життя, в тому числі через судову практику. Наведені положення передбачені також у національному законодавстві у закріпленому у ч.2 ст. 19 Конституції України принципі забезпечення правового порядку, відповідно до якого органи влади та їх посадові особи зобов'язані діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

За змістом же статті 64 Конституції України конституційне право кожного на правову допомогу у жодному випадку не може бути обмежено. Відповідно до Основного Закону України положення "кожен має право на правову допомогу" (частина перша статті 59) є нормою прямої дії (частина третя статті 8), і навіть за умови, якщо це право не передбачене відповідними законами України чи іншими правовими актами, особа не може бути обмежена у його реалізації. Це стосується, зокрема, і права свідка на отримання правової допомоги під час допиту у кримінальному процесі та права особи у разі надання нею пояснень у державних органах (Рішення Конституційного Суду № 23-рп/2009 від 30.09.2009).

Частиною 1 статті 9 Кримінального процесуального кодексу України визначено, що під час кримінального провадження суд, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші службові особи органів державної влади зобов'язані неухильно додержуватися вимог Конституції України, цього Кодексу, міжнародних договорів, згода на

обов'язковість яких надана Верховною Радою України, вимог інших актів законодавства.

Відповідно до частини 1 статті 11 Кримінального процесуального кодексу України зазначено, що під час кримінального провадження повинна бути забезпечена повага до людської гідності, прав і свобод кожної особи.

Отже, при здійсненні будь-яких слідчих дій в кримінальному провадженні, повинні дотримуватись права всіх без винятку осіб, яких стосується така слідча дія.

Згідно частини 3 статті 223 Кримінального процесуального кодексу України слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії осіб, чий права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені. Перед проведенням слідчої (розшукової) дії особам, які беруть у ній участь, роз'яснюються їх права і обов'язки, передбачені цим Кодексом, а також відповідальність, встановлена законом.

Відповідно до статті 234 Кримінального процесуального кодексу України однією з слідчих дій є обшук.

Перед проведенням обшуку слідчий, прокурор зобов'язаний пред'явити особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності - іншій присутній особі, ухвалу слідчого судді про проведення обшуку та надати її копію (ч. 3 ст. 236 КПК України), а також роз'яснити права особи передбачені чинним законодавством, серед яких і невід'ємне право на правову допомогу (ч.3 ст.223 КПК України).

Обов'язок слідчого, прокурора з роз'яснення прав особі до початку проведення обшуку не є формальною процедурою, а направлений на реалізацію особою своїх невід'ємних прав.

Право на правову допомогу при здійсненні обшуку є необхідною передумовою в попередженні можливих порушень, як з боку особи в якій проводиться слідча дія, так і з боку посадової особи, яка проводить слідчу дію.

Однак, згідно частини 1 статті 236 КПК України передбачене право слідчого, прокурора, а не обов'язок запросити потерпілого, підозрюваного, захисника та інших учасників кримінального провадження для участі в проведенні обшуку.

При цьому, із норм КПК України вбачається, що особа, яка є власником або володільцем житла (іншого володіння) не завжди є стороною і навіть учасником кримінального провадження (підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим тощо), а тому і не має повного спектру відповідних кримінально-процесуальних повноважень в межах конкретного кримінального провадження. Наприклад, оскаржувати ряд дій/бездіяльності/рішень слідчого до слідчого судді, заявляти певні процесуальні клопотання тощо. Проте, право на правову допомогу з боку адвоката у будь-якої особи, в тому числі, що не має статусу сторони кримінального провадження, є беззаперечним в силу конституційних норм прямої дії.

Однак, доволі часто слідчі при проведенні обшуків житла та іншого володіння особи взагалі не надають можливості власникам та іншим володільцям житла (іншого володіння) запросити адвокатів та/або інших законних представників до участі у даній слідчій дії саме з посиленням на

приписи частини 1 статті 236 КПК України, яка передбачає, що “для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження”, а тому у слідчого нібито відсутній обов'язок запрошувати адвоката та/або іншого законного представника власника чи володільця житла (іншого володіння). В деяких випадках, наявні факти не допуску слідчими адвокатів та/або інших законних представників до участі у слідчій дії при проведенні обшуку у випадку, якщо вони прибули до місця його проведення вже після його початку, що є порушення конституційного права громадянина на правову допомогу та перешкоджанням здійсненню адвокатської діяльності.

Відповідно до ч. 3 ст. 236 КПК України слідчий, прокурор має право заборонити будь-якій особі залишити місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку. Проте, ні слідчий, ні прокурор не вправі обмежувати право на правову допомогу під час проведення будь-якої слідчої дії, зокрема обшуку.

Так, _____ на підприємстві

_____ було проведено обшук.

Після повідомлення _____ про початок проведення обшуку та пред'явлення йому ухвали слідчого судді про проведення обшуку він заявив, що бажає скористатись своїм правом на правову допомогу та запросити свого адвоката Котляра Андрія Олексійовича.

Однак, йому було відмовлено в реалізації права на правову допомогу та не надано можливості подзвонити адвокату, у зв'язку з чим не допущено мене, як адвоката під час проведення слідчої дії - обшуку володіння _____, про що останнім було зазначено в протоколі обшуку.

При цьому, нормами статті 303 Кримінального процесуального кодексу України не передбачено права на оскарження дій слідчого щодо недопуску адвоката до проведення такої слідчої дії, як обшук житла (іншого володіння).

Натомість, фізична перешкода адвокату у наданні ним правової допомоги своєму клієнту, складає злочин, передбачений ст. 397 Кримінальним кодексом України (втручання в діяльність захисника чи представника особи).

Таким чином, право посадової особи органу досудового розслідування з не допуску адвоката/захисника до особи, в приміщенні якої проводиться обшук для надання правової допомоги особі, відносно якої проводиться обшук, суперечить статтям 59, 64 Конституції України.

Така ж ситуація склалась із проведенням такої слідчої дії, як огляд житла чи іншого володіння особи, який здійснюється за правилами КПК України, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи.

Вказане право, передбачене частиною 1 статті 236 КПК України, щодо можливості допуску або не допуску посадовою особою органу досудового розслідування адвоката/захисника до особи-клієнта, породжує зловживання такими посадовими особами своїми службовими правами.

В своєму рішенні №10-2015 від 17 вересня 2015 року Консультативна рада при Генеральній прокуратурі України зазначила, що не відповідає розумності, добросовісності та справедливості, існуюча практика органів, які

здійснюють досудове розслідування, щодо не допуску до участі в проведенні обшуків (оглядів) адвокатів та/або законних представників осіб, які є власниками та/або фактичними володільцями обшукуваного житла (іншого володіння).

Консультативною радою зазначено про наявність у власників та/або фактичних володільців житла (іншого володіння) права на отримання правової допомоги під час проведення обшуку (огляду) належних їм об'єктів та про право їх адвокатів та/або інших законних представників бути допущеними до участі в обшуку (огляді), навіть у випадку, якщо вони прибули до місця його проведення після його початку, із зазначенням у протоколі часу їх прибуття.

В своєму листі від 22 лютого 2016 року за № 0416-36вих-82окв-16 Генеральна прокуратура України зазначила про наявність фактів недопущення адвокатів до участі у проведенні обшуків та інших процесуальних дій.

Генеральна прокуратура України зазначила, що такі дії органів, які здійснюють досудове розслідування порушують конституційне право осіб на кваліфікований захист, а також зазначила, що необхідно невідкладно вжити належних заходів до недопущення фактів незаконної відмови адвокатам брати участь у слідчих та інших процесуальних діях.

Враховуючи наведене, практична необхідність в офіційному тлумаченні зазначеного положення частини 1 статті 236 Кримінального процесуального кодексу України щодо словосполучення «Для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження» та частини 3 статті 237 Кримінального процесуального кодексу України щодо словосполучення «Для участі в огляді може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, законний представник та інші учасники кримінального провадження» обґрунтовується невідповідністю вказаних норм статтям 59, 64 Конституції України та неоднозначним їх застосуванням слідчими, прокурорами при проведенні такої слідчої дії як обшук (огляд) житла та іншого володіння особи.

На підставі викладеного, керуючись статтями 13, 38, 42, 43, 94 Закону України «Про Конституційний Суд України», ст. 150 Конституції України,

П Р О Ш У :

Надати офіційне тлумачення положень частини 1 статті 236 Кримінального процесуального кодексу України щодо словосполучення «Для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження» та частини 3 статті 237 Кримінального процесуального кодексу України щодо словосполучення «Для участі в огляді може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, законний представник та інші учасники кримінального провадження», надавши відповідь на наступні питання:

- Чи мають власники та/або фактичні володільці житла (іншого володіння) право на отримання правової допомоги під час проведення обшуку (огляду) належного їм житла (іншого володіння)?
- Чи має право слідчий, прокурор не допускати до участі в проведенні обшуку (огляду) житла чи іншого володіння особи адвокатів та/або

законних представників осіб, які є власниками та/або фактичними володільцями житла (іншого володіння), навіть у випадку, якщо вони прибули до місця проведення обшуку (огляду) житла (іншого володіння) після початку слідчої дії?

Додаток:

- копія протоколу обшуку від 07.10.2015 року;
- копія договору про надання правової допомоги від 12.10.2015 року;
- копія свідоцтва про право на здійснення адвокатської діяльності;
- копія рішення №10-2015 від 17 вересня 2015 року Консультативної ради при Генеральній прокуратурі України;
- копія листа від 22 лютого 2016 року за № 0416-36вих-82окв-16 Генеральної прокуратури України.

23.03.2016р.

Котляр А.О.