

UDC | УДК : 343.1

Анотация: В статье рассматриваются актуальные вопросы проведения в неотложных случаях обыска /осмотра жилья или другого владения лица. Рассматриваются проблемные законодательные аспекты обеспечения прокурором законности проведения таких следственных (розыскных) действий.

Ключевые слова: обыск; основания; прокурор; следователь; последствия.

**PROVIDING OF LEGALITY OF
PENETRATION IN HABITATION OR
OTHER DOMAIN OF PERSON WITHOUT
DECISION OF INVESTIGATING JUDGE
AND PERMISSION OF PROPRIETOR FOR
LEADTHROUGH OF SEARCH OR REVIEW**

KOMARNYTSKA O.¹, YANOVSKA O.², PRYADKO V.³

1— *Candidate of Legal Science, National Prosecution Academy of Ukraine*

2— *Doctor of Legal Science*

3— *Senior Counsellor of Justice*

ABSTRACT

The purpose of this publication: the study of theoretical and practical aspects of the prosecutor's activity during an emergency search or inspection of the home or other possession of a person prior to an issuance of proper ruling by the investigating judge.

Approach: The short wording of CPC not always results in practice synonymous to intentions. In particular, a disturbance is caused by problems of enforcement of the decision concerning the most meaningful questions which touch limitation of rights and freedoms of persons during the leadthrough of such investigation actions as a search, and the personal search in particular. This investigation action is widely used in law-enforcement practice and is the widespread method of exposure, fixing, excerption of factsheets about criminal offence and forming of proofs. However, the risk of violation of human rights during this kind of procedural activity is rather high. The limita-

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЗАКОННОСТИ ПРИ ПРОНИКНОВЕНИИ В ЖИЛИЩЕ ИЛИ ДРУГОЕ ВЛАДЕНИЕ ЛИЦА БЕЗ ПОСТАНОВЛЕНИЯ СЛЕДСТВЕННОГО СУДЬИ И РАЗРЕШЕНИЯ ВЛАДЕЛЬЦА ДЛЯ ПРОВЕДЕНИЯ ОБЫСКА ИЛИ ОСМОТРА

О. КОМАРНИЦКАЯ

*кандидат юридических наук, профессор,
Национальная академия прокуратуры Украины*

А. ЯНОВСКАЯ

доктор юридических наук

В. ПРЯДКО

старший советник юстиции

✉ зв'язок з авторами: через Редакцію

Актуальность темы. Принятием в 2012 году Уголовного процессуального кодекса Украины (УПК Украины) законодатель в корне изменил процессуальный статус прокурора и систему следственных (розыскных) действий. Приблизил их к процессу доказывания в уголовном судопроизводстве и связал их такими общими задачами, как организация досудебного расследования по получению (сбору) доказательств или проверку уже полученных доказательств с одновременным обеспечением законности. Осуществляя надзор за соблюдением законов при проведении досудебного расследования в форме процессуального руководства досудебным расследованием, соответствующий прокурор реализовывает свои

tion of constitutional (human) rights during pre-trial investigation is possible only with the purpose of defense of person, as well as society and state, from criminal offences, to guard the rights, freedoms and legal interests of participants of criminal procedure. Art. 8 of the European Convention on Human Rights provides that "everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence". Consequently, this article proclaims four separate rights, common for which is that they touch the personal sphere. An interference with the exercise of these rights is only lawful if the public authority acts: 1) "in accordance with the law"; 2) with legitimate purpose; and 3) such interference is "necessary in a democratic society".

Findings: inspection of the home or any other possession of a person can be carried out without consent and without an order of the investigating judge, namely in urgent cases referred to in para. 3 of Art. 233 of the Code of Criminal Procedure (CPC). Thus, para. 1 and 3 of Art. 233 CPC provides exceptional cases where inspection of the home or any other possession of a person can be held before the decision of the investigating judge is taken. However, the question concerning the procedures for the search or inspection in emergency cases shall be subject to further scientific comprehension and discussion. In our opinion, only the establishment of a particular procedure in the law may comply with the principle of legal certainty, and, consequently, the international standards in the field of justice.

Implications: Thus, we propose to append para. 4 to the Art. 236 CPC as follows:

"4. In the case of urgent penetration of a home or other property of a person, the investigator or prosecutor shall leave a copy of the protocol fixing it on the inner side of the front doors of the home or any other possession of the person."

Value: Analysis of existing practices in this so sensitive for human rights area as search and inspection of the home or any other possession provides the basis for further research, which, we hope, will lead to the improvement of the legislation in accordance with international standards.

Keywords: search; grounds; public prosecutor; investigator; consequences

полномочия путем согласования или отказа в согласовании ходатайств следователя к следственному судье о проведении следственных (розыскных) действий или самостоятельно подает следственному судье такие ходатайства. На основании постановления следственного судьи проводятся такие следственные (розыскные) действия, как обыск или осмотр жилища или другого владения лица. Однако УПК Украины разделяет правовые основания проведения обыска или осмотра жилища или другого владения лица в зависимости от промежутка времени: до или после получения постановления следственного судьи.

Общие основания проведения обыска или осмотра жилища или другого владения лица до получения постановления следственного судьи следуют из ст. 30 Конституции Украины и ст. 13 УПК Украины. В соответствии с названными законодательными актами не допускается проникновение в жилище или в другое владение лица, проведение в них обыска или осмотра иначе, как по мотивированному решению суда, кроме случаев, предусмотренных уголовно-процессуальным законом.

Состояние научной разработки темы. Вопросы проведения в неотложных случаях обыска или осмотра жилища или другого владения лица по УПК Украины исследовались в трудах В. Берназа, В. Галаган, О. Галаган, М. Погорецкого, Г. Титаренко и др. В то же время вопрос использования предоставленных прокурору полномочий относительно сбора (оценки) доказательств при проведении в неотложных случаях обыска или осмотра жилища или другого владения лица нуждается в более углубленном изучении в связи с отсутствием единой точки зрения на использование полномочий прокурора как процессуального руководителя.

Цель и задание статьи. Целью рассматриваемой публикации является изучение теоретических и практических аспектов деятельности прокурора при проведении в неотложных случаях обыска или осмотра жилища или другого владения лица до вынесения постановления следственного судьи.

Общий материал. Частью 2 ст. 30 Конституции Украины определено, что в неотложных случаях, связанных со спасением жизни людей и имущества или с непосредственным преследованием лиц, которые подозреваются в совершении преступления, возможен другой, установленный законом, порядок проникновения в жилище или в другое владение лица и проведения в них обыска или осмотра. Это положение Конституции Украины получило свое развитие в конкретных нормах УПК Украины.

В ч. 1 ст. 233 УПК урегулированы три случая, при наличии одного из которых возможно проникновение в жилище или

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАКОННОСТІ ПРИ ПРОНИКНЕННІ В ЖИТЛО АБО ІНШЕ ВОЛОДІННЯ ОСОБИ БЕЗ ПОСТАНОВИ СЛІДЧОГО СУДДІ І ДОЗВОЛУ ВЛАСНИКА ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ АБО ОГЛЯДУ

КОМАРНИЦЬКА О.¹, ЯНОВСЬКА О.², ПРЯДКО В.³

*1 – кандидат юридичних наук, професор,
Національна академія прокуратури України*

2 – доктор юридичних наук

3 – старший радник юстиції

Резюме. В статті висвітлені актуальні питання проведення у невідкладних випадках обшуку/огляду житла чи іншого володіння особи. Розглядаються проблемні законодавчі аспекти забезпечення прокурором законності при проведенні таких слідчих (розшукових) дій.

Ключові слова: обшук; підстави; прокурор; слідчий; наслідки.



OPEN ACCESS

This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

иное владение лица с целью, предусмотренной в ч. 1 ст. 234 УПК Украины:

- когда имеется добровольное согласие лица, которое владеет жилищем или иным владением. Такое согласие особенно актуально в случаях, когда это лицо, например, само вызвало следственно-оперативную группу в связи с совершением преступления в его жилище или ином владении этого лица;
- на основании постановления следственного судьи. В этом случае имеет место двойной надзор и контроль за принятием процессуального решения следователя. Во-первых, со стороны прокурора, который должен согласиться с ходатайством о проведении обыска или осмотра жилища или иного владения лица [1, с. 16]. Здесь следует отметить, что прокурор вправе согласовать ходатайство, когда оно обоснованное, законное и мотивированное или отказать в его согласовании. Однако отказ прокурора в согласовании ходатайства не является окончательным результатом решения судьбы такого ходатайства. Следователь вправе в случае отказа прокурора в согласовании его ходатайства о проведении следственных (розыскных) действий обратиться к руководителю органа досудебного расследования. Последний после изучения ходатайства следователя инициирует при необходимости рассмотрение вопросов, указанных в нем, перед прокурором высшего уровня (вышестоящим прокурором). Вышестоящий прокурор в течение трех дней согласовывает соответствующее ходатайство или отказывает в его согласовании (ч. 3 ст. 40 УПК Украины).

Также следователь вправе в порядке ст.ст. 311, 312 УПК Украины самостоятельно обжаловать отказ прокурора в согласовании ходатайства о проведении обыска или осмотра в прокуратуру высшего уровня. Таким образом, с одной стороны, законодатель предусмотрел двойной надзор и контроль в случае временного ограничения прав и свобод человека. С другой стороны – абсолютная процессуальная зависимость следователя от прокурора при проведении следственных (сыскных) действий.

Во-вторых, со стороны следственного судьи, который после рассмотрения в судебном заседании поданных материалов с обоснованием ходатайства, своим постановлением дает разрешение на проведение указанных процессуальных (розыскных) действий или отказывает в этом;

- в случаях неотложности, которые текстуально аналогичные указанным ранее положениям ч. 2 ст. 30 Конституции Украины (*в случаях, связанных со спасением жизни людей и имущества или с непосредственным преследованием лиц, которые подозреваются в совершении преступления*)(*подчеркнуто автор*) [1, с. 16].

Учитывая изложенное, отметим положение ч. 2 ст. 237 УПК Украины, где осмотр жилища или другого владения лица осуществляется согласно правилам упомянутого Кодекса, предусмотренным для обыска жилища или другого владения лица. То есть, осмотр жилища или другого владения лица не содержит никаких оговорок относительно процедуры его проведения и осуществляется в соответствии с требованиями УПК Украины, предусмотренным для обыска жилища или другого владения лица. Из системного анализа положений ст. 13, ч. 1, 3 ст. 233 УПК Украины следует вывод о том, что, невзирая на юридическую неравнозначность в правовой науке и судебной-следственной практике понятий «обыск», «осмотр» и «проникновение», они вполне обоснованно употребляются применительно к определению «жилище или другое владение лица».

Важно отметить, что отмеченные понятия взаимосвязаны общей целью, задачей и находятся в зависимости от общих правовых оснований, предусмотренных в ст. 223 УПК Украины. Именно исходя из содержания ст. 233 и ч. 2 ст. 237 УПК Украины дефиниции «обыск» и «обзор жилища или иного владения лица» используются в значении одной из форм «проникновения в жилище или иное владение лица».

Все это дает основания утверждать, что осмотр жилища или иного владения лица можно проводить без согласия лица и без постановления следственного судьи, а именно в неотложных случаях, о которых идет речь в ч. 3 ст. 233 УПК Украины. Таким образом, ч. 1 и 3 ст. 233 УПК Украины предусмотрены исключительные случаи, когда осмотр жилища или иного владения лица могут быть проведены до получения постановления следственного судьи.

Стоит отметить, что в ст. 233 УПК Украины определение понятию «проникновение» не приводится. По мнению Г.В. Титаренко, с которой мы согласны, под проникновением в понимании ст. 233 УПК Украины следует считать любой доступ лица, которое проводит предварительные следственные (розыскные) действия, в жилище или иное владение физического или юридического лица. Такое использование понятия «проникновение» противоречит теории и практике толкования проникновению в уголовно-правовом смысле, согласно

которому проникновение может осуществляться лишь против воли владельца или другого уполномоченного лица [2]. Часть 3 ст. 233 УПК Украины устанавливает исключение из общего правила, при котором происходит проникновение в жилище до вынесения следственным судьей соответствующего постановления, то есть когда происходит ограничение права на неприкосновенность жилища или иного владения лица. Законодатель, сделав исключение из общего правила, установил в ст. 162 УК Украины гарантии неприкосновенности собственности и предусмотрел наказуемость за действия, связанные с незаконным проникновением в жилище или иное владение лица, незаконным проведением в них обыска или осмотра.

УПК Украины определяет перечень субъектов, которые имеют право до вынесения постановления следственным судьей войти в жилище или другое владение лица, а именно: следователь или прокурор. Совершить это действие они могут лишь в случаях, имеющих характер неотложных:

- связанных со спасением жизни людей и имущества;
- связанных с непосредственным преследованием лиц, которые подозреваются в совершении преступления.

Впрочем, по нашему мнению, кроме следователя или прокурора, как основных участников уголовного производства, с ними могут войти в жилище или другое владение лица в случаях, предусмотренных ч. 3 ст. 233 УПК Украины, также оперативные работники, специалисты, врачи и другие лица. Такой, расширенный состав участников проведения обыска или осмотра на наш взгляд, является необходимым инструментарием для эффективного и профессионального проведения данных следственных (розыскных) действий. Ведь цель их проведения (кроме цели, предусмотренной ч. 1 ст. 234 УПК Украины) – это получение надлежащих и допустимых доказательств. В этом случае следует помнить, что в соответствии со ст. 30 Конституции Украины при проникновении в жилище или другое владение лица в случаях, предусмотренных ч. 3 ст. 233 УПК Украины, можно проводить обыск или осмотр жилища или иного владения лица, а также при необходимости

личный обыск или осмотр в соответствии с правилами, предусмотренными ст. 236 УПК Украины. В дальнейшем прокурор, следователь по согласованию с прокурором обязан безотлагательно после проведения следственных (розыскных) действий обратиться с ходатайством о проведении обыска или осмотра к следственному судье. Следственный судья рассматривает такое ходатайство согласно требованиям ст. 234 УПК Украины, проверяя, кроме другого, на самом ли деле имелись основания для проникновения в жилище или иное владение лица без постановления следственного судьи, подано ли ходатайство безотлагательно, изъяты ли при этом вещи, которые имеют значение для установления истины в уголовном производстве. Если прокурор откажется согласовывать ходатайство следователя об обыске или следственный судья откажет в удовлетворении ходатайства об обыске, установленные в результате такого обыска доказательства являются недопустимыми, а полученная информация подлежит уничтожению в порядке, предусмотренном ст. 255 УПК Украины [3]. Но в статье не указывается за какими основаниями прокурор или следственный судья в таких случаях могут отказать в ходатайстве об обыске, такое на практике приводит к субъективному толкованию такого права этими должностными лицами.

Важно при обращении с такими ходатайствами к следственному судье придерживаться принципа «безотлагательности». В частности, если обыск или осмотр помещения осуществлен 9-го числа месяца, то нельзя обращаться с ходатайством 12-го. С ходатайством следует обращаться того же, 9-го числа.

Однако здесь возникает практический вопрос, как действовать следователю или прокурору в случае, когда неотложный обыск или осмотр жилища или иного владения лица проводится в последние часы последнего рабочего дня месяца. Когда идти к следственному судье, на следующий рабочий день, через два календарных дня или обращаться с ходатайством в последний рабочий день месяца? На затронутый вопрос однозначного ответа не дает ни практика, ни теория уголовного процесса, нет единства и среди научных работников. По нашему мнению, в данном конкретном случае такое ходатайство нужно подавать в суд «безот-

лагательно» непосредственно после проведения обыска или осмотра жилища или иного владения лица, т.е. в последний рабочий день месяца.

Всем известно, что в судах общей юрисдикции имеются дежурные следственные судьи, которые осуществляют рассмотрение таких ходатайств в выходные и праздничные дни. Подача ходатайства на следующий рабочий день, т.е. после выходных повлечет за собой обоснование причин, по которым ходатайство о проведении обыска или осмотра не было направлено в суд безотлагательно. Законодательное предписание нормы «безотлагательно», по нашему мнению, нужно понимать, как процесс, который не прерывается.

Помимо того, нововведением УПК Украины является то, что такой обыск или осмотр жилища или иного владения лица может быть проведен по ходатайству стороны защиты, потерпевшего и проведен с их участием и участием их защитников или представителей.

Отдельно обсудим формулировку резолютивной части ходатайства. Практика предлагает несколько вариантов. Самые распространенные среди них – признание действий следователя или прокурора, связанных с проведением обыска или осмотра, законными и обоснованными, т.е. проведенными в соответствии с ч. 3 ст. 233 УПК Украины. В резолютивной части таких ходатайств следует рекомендовать указывать следующее: «предоставить разрешение на проведение обыска или осмотра жилища или иного владения лица, который проведен (вписывая дату проведения, фамилию и инициалы следователя либо прокурора) на основании ч. 3 ст. 233 УПК Украины».

В УПК Украины урегулированы лишь вопросы проведения обыска или осмотра в отсутствие лиц в жилище или ином их владении, но вне поля зрения остались другие принципиальные вопросы проведения этих следственных (сыскных) действий. В частности, неопределенными являются положения относительно проведения обыска или осмотра в неотложных случаях: 1) какой процессуальный документ и каким должностным лицом должен быть составлен. Если он проводился без постановления следственного судьи, то это – постановление следователя, его ходатайства о проведении обыска или осмотра, согласованном с

прокурором, или другой документ; 2) нужно ли оставлять этот документ на видном месте, как это определено в законе относительно копии постановления следственного судьи; 3) остается ли копия протокола проведенных в неотложных случаях обыска или осмотра на месте их проведения.

В соответствии с ч. 1 ст. 104 УПК Украины ход и результаты проведения процессуального действия фиксируются в протоколе. Однако в законе не указано, необходимо ли вручать обыскиваемому или оставлять на видном месте копию протокола о проведении обыска жилища или иного владения лица. Вместе с тем это лицо вправе знать не только о том, что в его отсутствие был проведен обыск, но и о его результатах – что именно, в каком количестве и при каких обстоятельствах изъято, кто при этом присутствовал и т.д. [1, с. 17]. Определяя доминирующую роль общих требований к проведению следственных (розыскных) действий, а именно проведение обыска или осмотра жилища или иного владения лица в неотложных случаях, отметим, что УПК Украины изменяет объем прав и обязанностей для прокурора и следователя. В частности, в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 7, ч. 6 ст. 9, ст. 223, ст. 236 УПК Украины следователь, прокурор должны, кроме соблюдения общих требований при проведении обыска или осмотра жилища или иного владения лица в случае отсутствия в них лиц принять меры к сохранности имущества, которое находится в таком помещении, и обеспечить невозможность досту-

па к нему посторонних лиц. При этом следователь и прокурор должны оставить на видном месте протокол обыска или осмотра жилища или иного владения лица вместе с постановлением. Ведь основанием для проникновения в неотложных случаях в жилище или иное владение лица было решение следователя, согласованное с прокурором, или решение прокурора, которое в соответствии со ст. 233 УПК Украины оформляется в форме постановления. Кроме того, протокол проникновения в жилище или иное владение лица должен отвечать требованиям ст. 104, 105 УПК Украины, где должно отмечаться основание проникновения в жилище или иное владение лица без постановления судьи. При таких обстоятельствах предлагаем дополнить ст. 236 УПК Украины ч. 4 следующего содержания:

«4. В неотложном случае при проникновении в жилище или иное владение лица, следователь или прокурор оставляют протокол и копию постановления, фиксируя их на внутренней части входных дверей жилища или иного владения лица».

Следовательно, вопрос относительно процедуры проведения в неотложных случаях обыска или осмотра подлежит дополнительному научному осмыслению и обсуждению. По нашему мнению, лишь установление в законе конкретной процедуры может отвечать принципу правовой определенности, а, следовательно, и международным стандартам в сфере судопроизводства.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ

1. Галаган В. И. Реалии и проблемы нового УПК Украины / В. И. Галаган, О. И. Галаган // Юридический журнал Национальной академии внутренних дел. – 2013. – № 1. – С. 13–18.
2. Титаренко Г. В. Проблемные вопросы назначения обыска согласно новому уголовному процессуальному кодексу Украины [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://irbis-nbuv.gov.ua/.../cgiirbis_64.exe?
3. Обобщения судебной практики рассмотрения следственными судьями ходатайств о предоставлении разрешения на проведение обыска жилья или другого владения лица в 2012–2013 годах [Электронный ресурс] / Апелляционный суд города Киева. – Режим доступа: <http://www.apcourtkiev.gov.ua/apcourtkiev/uk/index>